GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

Bogotá, mayo de 1937

TOMO XLV — NUMERO 1923

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

"Summa itaque ope, et alacri studio has legen nostras accipite". (Siete partidas. — Ley XIII). (Proomium Institutionem D. Justiniani).

LA INFLUENCIA DE VARIACION DE VALOR DE LAS MONEDAS SOBRE LAS RELACIONES JURIDICAS DE CARACTER INTERNACIONAL

Por R. SAVATIER, profesor en la Facultad de Derecho de Poitiers.

(Tomado de la "Revue Critique de Droit International", tomo XXXII, número 1, enero a marzo de 1937.—Traducción de Juan Francisco Mújica).

Un asunto tal debe ante todo ser definido y limitado.

Es por relación al peso de oro representado por ella por lo que nosotros supondremos que una moneda varía. En otros términos, razonaremos como si el oro mismo siempre tuviese un valor fijo. Sin duda este postulado no es exacto en sí. Sin embargo, es a causa de que aquél es prácticamente considerado como tál por lo que el problema se sienta. En efecto, si todas las monedas hubiesen conservado una relación constante por relación al oro, niguna de las dificultades prácticas que encontraremos se habrían suscitado, porque la costumbre hubiera sido suficiente para considerar constante el valor de las monedas.

La fuente de las dificultades para estudiar siendo así definida, importa además limitar estas dificultades. No figura en nuestro cuadro el estudio de las repercusiones de naturaleza económica o política que la variación de valor de las monedas haya podido tener en las relaciones internacionales. De estas repercusiones no tenemos que contemplar sino los aspectos jurídicos. Aún no lo haremos desde el ángulo del derecho público, sino exclusivamente del de los intereses puestos en causa por el derecho privado.

* * *

Para comprender la orientación práctica de las leyes y de las jurisprudencias sucesivas de los diferentes países, es preciso establecer desde luego una distinción esencial. Las dificultades para resolver se presentan en efecto de manera muy diferente, según la manera como se haya operado la variación de la moneda. Porque aquélla puede ser ya repentina, ya crónica.

La variación de la moneda hiere como de rayo a las relaciones jurídicas que se habían establecido bajo un régimen de plena confianza en la estabilidad de esta moneda. O al contrario, la atención de las partes está ya sobre aviso, en presencia de una moneda flotante o dirigida. En el primer caso, la confianza en la moneda empleada tiene generalmente como resultado el de que los contratantes no hayan tomado ninguna precaución contra sus variaciones futuras, la idea de las cuales les era extraña. Las leyes monetarias envuelven, pues, a las partes de improviso, y es sobre cláusulas no preme-

ditadas como deben reglamentarse sus pagos. Tal era el caso para la inmensa mayoría de las convenciones concertadas en francos antes de 1914, en libras antes de 1931, en dollares antes de 1933.

Muy diferente se presenta la situación cuando la instabilidad monetaria se ha realizado, como es hoy el caso universal. Las partes que estipulan en una moneda inestable corren un riesgo que ellas conocían. El problema no se sienta sino cuando ellas buscan escapar a este riesgo por estipulaciones diversas, cuya validez es entonces el solo objeto serio de las discusiones.

I

Efectos de una catástrofe monetaria sobre las estipulaciones habidas en período de confianza

La época de la confianza en la estabilidad de una moneda cualquiera pertenece ahora al pasado. Pero muchas convenciones hechas durante este período aún no han agotado sus efectos, de suerte que hay siempre un interés práctico en preguntarse cuál será la suerte en nuestra edad de inquietud, de las estipulaciones contemporáneas a la edad de oro de las monedas. Este interés es igualmente un interés de método, porque es esencial no confundir unas con otras las dos series de cuestiones, a las cuales van a ser consagradas las dos partes de este estudio.

Supongamos, pues, que en la época de la confianza, en un contrato cualquiera se haya estipulado el pago en una moneda convertible en oro. Contra toda previsión de las partes, sobreviene la catástrofe. Un día el gobierno suspende, por acto de autoridad, la convertibilidad en oro del billete de banco. Autoriza al banco de emisión para delinquir en la deuda que había contraído cuando se comprometió a pagar a la vista, en piezas de oro, el equivalente de sus billetes. La moneda de papel se convierte en papel moneda. Su valor es destacado de el del oro. Y muy a menudo en las leyes monetarias recientes esta desconexión se acompaña a una devaluación instantánea, cuya proporción depende a la vez de las circunstancias y de la política del gobierno.

De una manera directa, la operación concierne solamente a las relaciones del banco de emisión con el Estado y con el público. Los más importantes de estos últimos se producirán indirectamente, bajo la forma de la novación por cambio de objeto que resulta, de alguna manera, de la catástrofe, en todos los contratos de derecho privado en donde la moneda devaluada había sido estipulada. Las partes habían estipulado esta moneda como talón fijo del valor, al mismo título que una moneda de oro directa. Y he aquí que el hecho del príncipe sustituye brutalmente a ésta constante una variable; y este primer instante es aprovechado a menudo para cercenar en una proporción importante el talón estipulado.

En derecho interno, su voluntad es soberana. La regla que él prescribe declarando que la nueva moneda será reputada idéntica, franco por franco, libra por libra, dollar por dollar, a la antigua, es un desconocimiento querido de la realidad objetiva. Es una ficción. Pero todo legislador es libre de crear ficciones y de imponerlas en las relaciones de derecho colocadas bajo su autoridad. Solamente la cuestión es menos simple cuando se pasa del plano del derecho interno al de las relaciones jurídicas internacionales.

Aquí la ficción de identidad de la moneda antigua y de la moneda nueva va a suscitar protestas tanto más fuertes cuanto que la realidad de los hechos es mucho más saliente. Instantáneamente, en efecto, la moneda devaluada pierde, en el extranjero, el poder de adquisición que en el interior ella conserva algún tiempo. La expoliación sufrida por el acreedor extranjero o el enriquecimiento inesperado procurado al deudor extranjero, impresionan por consiguiente mucho más. Será posible remediar esto? Es preciso distinguir, a este respecto, según que el litigio sea entablado ante los tribunales del Estado devaluador o ante los tribunales de otros Estados.

a)—**Jurisprudencia del Estado devaluador.** Ante los tribunales de este Estado, toda su ley monetaria es de orden público. Si esta ley admite la identidad franco por franco, libra por libra, dollar por dollar, de la moneda de ayer y de la de hoy, una disposición semejante se aplicará, en principio, aun si los francos, libras o dollars han sido estipulados en las relaciones internacionales.

Ni la jurisprudencia francesa, después de la depreciación del franco consecutiva a la guerra de 1914, ni la de ninguno de los países devaluadores, no parecen haber dudado sobre este punto en lo que concierne a su propia moneda. Nada de hacer distinción entre los nacionales y las extranjeras, entre los pagos internos y los pagos internacionales desde el momento que la estipulación en moneda nacional ha sido pura y simple. Esta moneda ha sido, por lo mismo, sometida, por las partes, en su definición,

ón de la nación que la emite.
e sin vacilar el juez de esta na-
duda, aun bajo el régimen de la
cesa de 1914, tentativas doctrinales
ido hechas para separar la moneda de
nta de la moneda de contrato en el ré-
gimen internacional. A nombre de la intención de las partes, y volviendo a tomar la tesis de antiguos autores, se ha querido subentender una estipulación franco-oro en toda estipulación en francos. Una tentativa semejante, que tiene también análogas en otros países, no podía sino frustrarse ante la voluntad de los legisladores de identificar, de una manera ficticia, pero absolutamente, la moneda nueva a la antigua, en un trueque (*intervertibilité*) sin reservas.

Esto no es decir, sin embargo, que el derecho positivo de los países devaluadores haya siempre dejado sin remedio, en las relaciones internacionales, las iniquidades debidas a la baja de su moneda.

Desde luego, en los países donde medidas internas de revalorización jurisprudenciales o legales, han sido tomadas, los créditos internacionales han generalmente aprovechado como los créditos internos, desde el momento que estaban redactados en moneda nacional.

Pero, sobre todo en las relaciones internacionales, los tribunales han podido, mucho más ampliamente que en las relaciones internas, interpretar la intención de las partes. Para los contratos interiores, esta intención, aun cuando deliberadamente contraria al poder liberatorio de la moneda nueva, permanece absolutamente sin efecto. Porque el carácter imperativo de la ley monetaria no sufre ninguna fisura (desvencijamiento) en las relaciones jurídicas puramente nacionales. Veremos, al contrario, en la segunda parte de este estudio, que ello no es tan riguroso en las relaciones internacionales. En particular, explicaremos que, según la interpretación dada por la jurisprudencia francesa de la ley de 1914 sobre el curso forzoso, ninguna garantía contra la inestabilidad del franco puede ser estipulada por las partes bajo el régimen interno, mientras que estas cláusulas son libres bajo el régimen internacional.

De ahí, una tendencia cada día más acentuada ha nacido ante los tribunales franceses. Ha consistido para ellos en usar de su soberano poder de apreciación de las intenciones de las partes en vista de presumir, cada día más fácilmente, entre los contratantes, la intención de estipular en una moneda más estable que el franco francés legal. Ejemplos célebres sobran. Así, cuando los cupones de obligaciones emitidos en francos eran pagables, a la vez en una plaza francesa y en una plaza suiza, sin otra indicación en cuanto a la moneda de pago, la opción de plaza hacía a ella sola presumir la opción de cambio; por otra parte, ha bastado, por ejemplo, que un empréstito emitido en París por francos fuese declarado ser la tajada (*tranche*) francesa de un empréstito más vasto destinado a reunir en diversos países un cierto número de libras esterlinas, para que los portadores de la tajada (*tranche*) francesa de obligaciones fuesen admitidos a reclamar su pago en libras. Lo mismo, cuando un empréstito internacional, declarado reembolsable en francos en París, lo era también de una manera facultativa, en piastras-oro en Constantinopla, los tribunales se han creído en derecho de concluír que los francos susceptibles de ser reclamados en París no eran los francos legales internos, sino francos oro.

Se ve el procedimiento. Los tribunales franceses, en las relaciones internacionales, mantienen el principio de la identidad, franco por franco, de la moneda antigua y de la moneda nueva. Pero, permitiendo entonces a las partes corregir esta identidad ficticia, se esforzaban en encontrar, en las circunstancias de cada especie, las pruebas de una parecida intención.

Pero esta tendencia jurisprudencial viene a tener un fin (*aboutissement*), y aun una extralimitación muy notable, en la nueva ley monetaria francesa del 1° de octubre de 1936. El artículo 6° de esa ley declara en estos términos que "la nueva definición del franco no es aplicable a los pagos internacionales que, anteriormente a la promulgación de dicha ley, hayan sido estipulados en francos. Respecto de estos pagos internacionales, la unidad monetaria francesa será definida conforme a la ley monetaria en vigor en Francia en la época en que fué contratada la obligación, causa del pago". De repente, un divorcio profundo se produce entre las relaciones internas y las relaciones internacionales. La ficción de la identidad del franco nuevo al franco antiguo no permanece adicta sino para los primeros. En materia de convenciones internacionales, por contrario, se ve triunfar legislativamente la doctrina interpretada de 1928 a 1936, toda estipulación en francos como una estipulación en francos-oro.

b)—**Jurisprudencia de otros Estados.**—La ley monetaria del Estado devaluador se impone mucho menos rigurosamente a la jurisprudencia de los [illegible] que a la de los

cuales ella es evidentemente de orden público. Se verá más lejos, a propósito de las cláusulas por las cuales ciertas partes han podido buscar premunirse contra la devaluación, que los tribunales de los otros países no se privan del derecho de no admitir, en la ocasión, ciertas disposiciones expresas de la ley devaluadora.

Se encuentran, pues, mucho más libres de seguir la intención presunta de las partes, aun en contra de la definición de su moneda, dada de autoridad por la legislación devaluadora. Así, cuando la devaluación de la libra o del dollar, los tribunales alemanes, franceses o italianos hubiesen perfectamente podido, en los litigios internacionales de su competencia, y sin incurrir en ninguna censura, decir, por interpretación del contrato, que las libras o dollars estipulados por las partes antes de la devaluación, permanecían pagables según su antiguo peso de oro.

De una manera general, ellos no lo han hecho. Tampoco los tribunales del Estado devaluador, y a pesar de su gran libertad, generalmente no han admitido la tesis doctrinal que distingue entre la moneda de cuenta y la moneda de contrato, y suponen sistemáticamente, en las partes, la intención de fijar en oro el monto de su deuda.

Esta solución estaba ya manifestada para el rublo, el franco, y, salvo el tener en cuenta lo de la revalorización, para el marco. Ella se impuso, pues, por analogía en el momento de la depreciación de la libra, para los efectos del Gold Standard —Act. del 21 de Septiembre de 1931—, y la del dollar para los de Gold Repeal, Resolution del 5 de junio de 1933.

El contratante sufre el riesgo de la moneda que ha estipulado en pago! Esta afirmación jurisprudencial casi general, traduce la influencia combinada de dos principios. El primero depende de la autonomía de [illegible]ntad. Se trata de la libertad, uni[illegible]ujo [illegible]nte admitida para las partes en de[illegible]bes [illegible]ernacional, de escoger, salvo al me[illegible]iad [illegible]tas reglas imperativas, la ley apli[illegible]er- su contrato, o a tal o cual cláusula [illegible] contrato (1). Estipular en la moneda [illegible] país determinado, es, implícita pero [illegible]

[illegible] orque las partes han podido escoger, para [illegible] moneda del pago, una ley diferente de [illegible]ella a la cual sometieron el conjunto de su con[illegible]to. Esta observación esencial es muy justa[illegible]nte hecha por [illegible]entencias de la Corte de Jus[illegible] [illegible]s en lo relativo a los em-

necesariamente, adoptar la ley [illegible] en cuanto a la determinación de [illegible] de pago. Quien estipula, por ej[illegible] bras esterlinas, se somete, al mismo [illegible] a la ley inglesa dueña de esta moneda. [illegible] ley así escogida regirá el contrato, no so[illegible]mente por las disposiciones contemporáneas de la operación, sino aun por las modificaciones o adiciones que el legislador competente haga después. Porque quien somete el contrato a una ley determinada reconoce al mismo tiempo la soberanía presente y futura del legislador al cual él promete, por así decir, obediencia.

Es verdad que esto no es sino una interpretación de la voluntad de las partes. Se ha sostenido, por consiguiente, que esta interpretación no es exacta. En las épocas de estabilidad, el papel que las partes entienden atribuir a la moneda no es, como lo hemos expuesto, el de un talón constante de valor? Implícitamente, cuando ellas estipulan una moneda cuya estabilidad está a sus ojos fuéra de duda, no le dan, preguntamos, en lugar del valor arbitrario y disminuído que un legislador futuro atribuirá contra sus esperanzas a esta moneda, su valor real según las bases legales actuales sobre las cuales ella está establecida? Aquel que ha estipulado libras, en 1926, no ha entendido definir al mismo tiempo, estas libras de acuerdo con el Gold Standard Act 1926, más bien que según una hipotética ley inglesa posterior?

Pero aquí interviene, para fijar la jurisprudencia en sentido contrario, otro principio: el respeto internacional de la soberanía de cada Estado sobre su moneda (2). Porque el derecho de acuñar moneda, y de acuñarla a su agrado, es, según una tradición ya antigua, una de las pruebas más características, al mismo tiempo que una de las más preciosas y más celosamente defendidas, de la soberanía. Es, por excelencia, un derecho de regalía. Esta vieja idea impregna siempre, aun sin saberlo, la mentalidad de los jueces. Es a ella a quien rinden homenaje cuando afirman la soberanía territorial de la ley monetaria. Sin duda, en la cuestión que nos ocupa, esta territo-

(2) "Todo Estado, dicen las mismas sentencias de la Corte de Justicia Internacional, tiene el derecho de determinar él mismo sus monedas". Es en igual sentido como la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio internacional, en su sentencia número 505, califica la devaluación de "hecho del príncipe con motivo del cual ninguna reparación incumbe a nadie".

rialidad está, razonando correctamente, fuéra de causa, puesto que se trata de contratos internacionales donde las partes eran libres, por hipótesis, de escoger su moneda. Pero el hecho, para ellas, de haber adoptado la moneda de un país determinado, los coloca, a los ojos de los jueces, en la misma situación que si ellas hubieran estipulado para el territorio de este Estado. La soberanía de este Estado se impone de la misma manera. Y las disposiciones imperativas por las cuales, usando de su derecho de regalía, él ha modificado su moneda, deben, al mismo título, ser respetadas.

Más particularmente, este razonamiento se aplica en el caso frecuente donde el lugar de pago se sitúa sobre el territorio del Estado del cual depende la moneda escogida. Aquí no se está en derecho de hablar, en términos propios, del principio de territorialidad de la ley monetaria?

Así, pues, para las jurisprudencias extranjeras como para la del país devaluador, la regla general es que aquel que estipula la moneda de un país determinado, sufre, por lo mismo, los riesgos de la depreciación. Sin embargo, la brutalidad de esta regla no va sin algunos retoques.

El más grave, porque ella resume prácticamente toda la cuestión, es el que parece resultar de la construcción jurídica edificada por la jurisprudencia de ciertos países respecto de los efectos generales de los contratos. Nosotros hacemos, sobre todo, alusión a la teoría alemana de **l'Ausgleichsverfahren** y a la jurisprudencia inaugurada por la sentencia del **Reichsgericht** del 21 de junio de 1923. Si es admitido, en un país, el equilibrio entre las prestaciones recíprocas de un contrato sinalagmático es, a los ojos de las partes, la base fundamental de este contrato, se puede sostener que la brusca devaluación de la moneda estipulada habiendo roto este equilibrio, la parte lesionada tiene el derecho a una revisión de la convención. Cuestión de hecho, cuya solución varía, sin duda, con las especies. Pero cuando ella es así admitida, la revisión concluye en una especie de revalorización judicial de la moneda depreciada. Esta revalorización aparece como el medio de restablecer el equilibrio entre las prestaciones respectivas de las partes. Prácticamente, el resultado es semejante al de la tesis que atribuye su valor oro a la moneda estipulada, independientemente de las leyes monetarias posteriores. Observemos, sin embargo, que la jurisprudencia alemana, cuyo radio se restringe únicamente a los contratos sinalagmáticos, no podría, por ejemplo, extenderse al reembolso de las sumas prestadas, el cual debe hacerse en la moneda del préstamo definida por la ley de la cual ella depende.

Los argumentos de equidad que pueden militar en apoyo de semejante teoría, aparecen particularmente notables **(frappants)** para las monedas cuya depreciación ha sido total, habiendo su valor descendido a cero. Existe evidentemente entonces alguna dureza en admitir que una de las partes haya podido adquirir por nada los valores reales que ella había estipulado contra este dinero, y se encuentra prácticamente dispensada de hacer a la otra pago ninguno. El caso se ha presentado para los contratos estipulados en rublos. Aun entonces, sin embargo, la mayor parte de las jurisprudencias han dejado soportar al acreedor el riesgo total de la moneda que había estipulado. Es preciso, sin embargo, que esta tesis sea general. Los tribunales alemanes admiten la posibilidad de extender al rublo las reglas de la revalorización (3). Los tribunales americanos también han sido favorables a una revalorización del rublo. En cuanto a los tribunales chinos, parten la pérdida por mitad entre el deudor y el acreedor. En Francia, la jurisprudencia se ha mostrado rigurosa. Las decisiones divergentes que se encuentran se explican por las circunstancias particulares de ciertas especies donde consideraciones de humanidad han podido parecer determinantes.

Para los contratos estipulados en marcos, la revalorización admitida por el derecho alemán ha correspondido a la idea de evitar muy graves iniquidades. Ella parece sin embargo limitar sus efectos, según lo consideran algunas jurisprudencias extranjeras, a los créditos pagables en Alemania. La situación es análoga para las otras monedas de los países que tienen leyes de revalorización.

En todo lo que precede, hemos supuesto que la moneda estipulada era la de un país determinado, a pesar de la dificultad que se encuentra a veces en identificar este país,

(3) Creemos que esto resulta de la serie de sentencias del Reichsgericht, cuyos motivos parecen subordinar la revalorización a la condición esencial de que la moneda considerada haya descendido a cero. Sin embargo, en el hecho, parece que los tribunales alemanes, en las relaciones internacionales, han rehusado valorizar el rublo, apoyándose en la ausencia de disposiciones revalorizadoras en la ley rusa.

(en general, según el lugar de pago convenido), en el caso en que las monedas de varias naciones lleven el mismo nombre. Reconocemos, desde luego, que nuestro razonamiento cesaría de sostenerse, si no se tratase de una divisa nacional, sino de una moneda internacional. Para los negocios concernientes a los créditos y deudas egipcios, se ha precisamente sostenido que el **franco**, cuando esa moneda había sido estipulada, debía ser considerado como independiente del franco francés, suizo, o belga, y como representando, en el uso internacional, una moneda oro, de un peso determinado e invariable. Pero esta tesis, bien que parece haber influenciado muchas veces los tribunales franceses, ha permanecido extraña, en realidad, a los tribunales mixtos de Egipto y a las jurisdicciones egipcias. Se ha llegado, sin duda, en algunas sentencias pronunciadas en Egipto, a disociar el franco litigioso del franco francés, suizo o belga; pero esto fue para hacer un franco egipcio, teniendo, pues, él mismo una nacionalidad determinada, y sometido, por consiguiente, al menos en la medida que lo impida el carácter limitado de la soberanía egipcia, al derecho de regalía del gobierno egipcio. De hecho, es preciso reconocer que en el estudio actual del derecho público, una moneda internacional no podría existir si ninguna autoridad internacional tiene poder para emitirla o garantizarla.

(Continuará)

COLABORACION JURIDICA

POSESION

Miguel Moreno Jaramillo

Se discute por tribunales y abogados sobre la posesión de los inmuebles. Unos afirman que debe ser inscrita y otros que basta sea material. No falta quien asocie los dos sistemas contrarios o deseche uno y otro colocándose en zona de diferenciación y de distingos.

Este problema, tenido a veces por insoluble, proviene quizá de no haberse hecho una clara distinción entre el dominio, cosa incorporal, y el bien raíz sobre el cual se ejerce, cosa corporal.

Como es sabido, los bienes consisten en cosas corporales e incorporales, según tengan sér real y puedan ser percibidos por los sentidos, o estriben apenas en meros derechos. Una casa es ejemplo de cosa corporal; una servidumbre activa lo es de cosa incorporal.

El derecho de dominio es cosa incorporal, ejérzase sobre bién mueble o sobre bién raíz.

Las cosas incorporales pueden ser objeto de posesión, con las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales (art 776). Luego es científico decir que el dueño posee su derecho de dominio. Cuando se afirma que "Pedro es propietario inscrito de la finca en donde trabaja", se descubren ahí dos posesiones: la del dominio sobre la finca y la de la finca misma. El dominio se reputa inmueble; la finca es inmueble. La posesión del derecho se adquiere por el registro; la posesión de la finca se adquiere materialmente. Lo propio puede decirse de la conservación de esas posesiones. La del dominio se guarda manteniendo vivo el registro. La de la finca se mantiene ejecutando en ella actos de señorío. Así en el campo probatorio. La posesión del derecho se establece por el registro, y mientras éste subsista no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarlo. La posesión del suelo se establece por hechos positivos, como los de rozar, quemar, barbechar, sembrar, aporcar y segar.

Distinguiendo lo incorporal de lo corporal se comprende que en Colombia no puede adoptarse como único ninguno de los dos sistemas contrarios, ni el del registro ni el de la tenencia, sino que ha de seguirse una regla para la posesión del dominio y otra regla para la posesión del inmueble. No hablo de más derechos reales —usufructo, hipoteca, etc., etc.— porque el método exige reducir la teoría a lo que es nervio de este pequeño estudio.

Materializando la posesión de lo corporal y simbolizando la posesión de lo incorporal, si es posible entender la acción reivindicatoria, la posesoria, la prescripción y otros fenómenos civiles, como quizá es posible realizar el desideratum de que inscripción, posesión y propiedad sean términos idénticos, según lo soñó don Andrés Bello.

No se me oculta que esta diferenciación choca en general con el concepto moderno de patrimonio — suma de derechos, no de haberes físicos— y desarrolla además el principio, harto discutido, de ser la posesión un mero hecho; pero me atrevo a insinuar esta doctrina de innegable utilidad práctica, porque estableciéndola me limito a engranar textos dentro de un código que divide los bienes en cosas corporales e incorporales, distingue los raíces de la propiedad constituída en ellos, ve en la posesión material un hecho generador de derechos y llega hasta admitir el jura praediorum de los romanos.

Se deja de poseer una cosa corporal desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya; pero si la cosa es incorporal a que se refiere el título registrado, 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. Mientras subsista el registro, quien se apodere de la cosa corporal a que se refiere el título registrado, no adquiere posesión del dominio de ella, ni pone fin a la existente posesión inscrita. Este es, a mi entender, el sentido de los artículos 787 y 789.

Contribuyen a la inteligencia de tales normas los principios consignados en estos cánones: el 756, que pide el registro para la tradición del dominio de los inmuebles; el

759, que lo exige para la posesión efectiva del derecho de dominio; y el 785, que ordena el asiento en la oficina de instrumentos públicos para que pueda adquirirse la posesión de aquellas cosas, como el dominio de bienes raíces, cuya tradición deba hacerse por este medio.

El artículo 789, admitiendo que la posesión inscrita puede también cesar por decreto judicial, armoniza con los artículos 758, 2534 y 2652, según los cuales la sentencia que declara una prescripción hace las veces de escritura pública para la propiedad de bienes raíces; sirve de título de dominio; vale contra terceros, y está sujeta al registro que viene a cancelar la existente posesión inscrita del titular del dominio y poseedor del mismo derecho (arts. 670 y 776), vencido en juicio por el poseedor de la finca que se hizo dueño mediante la usucapión (arts. 2512 y 2518).

Ajustando los artículos 2526 y 2531, fluye esta doctrina: la prescripción extraordinaria, para la cual no es necesario título alguno, puede obrar victoriosamente contra un título inscrito, y la prescripción del usucapiente extraordinario empieza a correr desde que principia la tenencia de una cosa corporal con ánimo de señor.

Como magistrado ponente redacté el 28 de febrero de 1936 (GACETA JUDICIAL, Nos. 1907 y 1908), una sentencia de casación en donde se expusieron las ideas que en seguida expreso:

El carácter de "dueño", exigido por el artículo 946 del código civil, y la noción de "propiedad", prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicador un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto.

Al "dueño" que quiere demostrar "propiedad" le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay para qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la prueba diabólica, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares.

Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del código civil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio a la consagrada por el artículo 950, pueden contemplarse varios casos.

Llámese Pedro al demandante y Juan al demandado.

Primer caso.—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro.

Segundo caso.—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan.

Tercer caso.—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909, y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor.

En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título.

En sentencia de casación fechada el 27 de febrero de 1937 (GACETA JUDICIAL, Nos. 1920 y 1921), también redactada por mí, hizo la corte estas observaciones:

Según el código civil la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por el registro, nadie puede adquirir su posesión sino por tal medio y no cesa la inscrita mientras la inscripción no sea cancelada. El mismo código define la posesión como un hecho y dispone sea establecida por actos significativos de dominio. Distingue entre la inscrita, como signo de haberse transferido el dominio de los bienes raíces, y la material, que se adquiere por actos reales y se pierde desde que otra persona se apodera de la cosa con ánimo de hacerla suya. En este último sentido es visible y tangible. Un hecho y no un mero derecho. Algo que permite al propietario el ejercicio de su dominio. Y como esta situación corresponde ordinariamente al dueño, es natural ver a éste en el poseedor material. La ley lo presume. Dice que el poseedor es reputado dueño. En el artículo 762, inciso 2º, poseedor es el tenedor de la cosa que se conduce con respecto a ella como lo hace el propietario, es decir, usando, ge-

zando y disponiendo. Si así no fuera, el dueño inscrito de un inmueble, cuya inscripción no ha sido cancelada, se hallaría en imposibilidad de promover acción reivindicatoria contra el ocupante que sin título inscrito le desconoce su derecho, y dejaría de ser cierto que la acción de dominio corresponde al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela.

Estimo que la corte obró bien dictando las dos sentencias aludidas, porque cuando se traba el litigio entre un poseedor inscrito y un poseedor material, importa saber cuál de las dos posesiones fue primero en el tiempo. "El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo". Tal texto, a la par que obliga al reivindicador a presentar una prueba completa de su dominio, salvo cuando ejerce la publiciana in rem actio, consagrada por el artículo 951, supone que el poseedor material de la finca es también el poseedor inscrito del dominio, mientras el reivindicador no pruebe su propiedad. Recuérdese que se trata de una acción de dominio. Y como dentro de ésta se comparan situaciones, es claro que reputando la ley dueño a quien posee, presúmese que su imaginado dominio principió el día en que empezó a poseer físicamente, por lo cual el demandante debe comprobar una posesión inscrita anterior al comienzo de la material. Y si para ello no se le exige la prueba diabólica, sí debe pedírsele al menos una cadena de títulos y tradiciones que lo coloque más allá del momento en que nació la posesión física.

Esta tesis, posesión inscrita del dominio y posesión material de la finca, que con grave temor de equivocarme tengo el arresto de llamar "mi teoría sobre la posesión", porque es diferente de las expuestas por los letrados de Chile y de Colombia, quizá pueda prestarse, no lo aseguro, para interpretar los pasos sobre posesión, inscripción y propiedad, del mensaje dirigido en Santiago por don Manuel Montt, el 22 de noviembre de 1855, a los ciudadanos del senado y de la cámara de diputados, mensaje cuya redacción se atribuye a don Andrés Bello.

No terminaré sin apuntar que don Andrés parece distinguir entre la posesión del predio y la posesión de la propiedad, en este párrafo:

"Acerca de la posesión se ha creído conveniente adoptar una nomenclatura menos embarazosa y ambigua que la que al presente existe. Toda posesión es esencialmente caracterizada por la realidad o la apariencia del dominio; no es poseedor de una finca (subrayo) sino el que la tiene como suya, sea que se halle materialmente en su poder, o en poder de otro que le reconoce como dueño de ella. Pero como los derechos reales son varios, el que no es poseedor del dominio (subrayo), puede serlo de un derecho de usufructo, de uso, de habitación, de un derecho de herencia, de un derecho de prenda o de hipoteca, de un derecho de servidumbre".

Concluyo diciendo con Tomás Carrasquilla, por si esto fuere un cabal disparatorio, que las bobadas ilustran algunas veces más que las sabidurías, pues un disparate enorme sugiere al espíritu la verdad opuesta. Quiero escuchar a quienes no acepten mi embeleco.

Bogotá, mayo 26, 1937.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE PERJUICIOS.—CONFESION EXPLICADA.—CONFESION DE HECHOS DISTINTOS Y SEPARADOS DEL PRINCIPAL

Como explicación de lo confesado ante la cual queda duda sobre si forma o no un todo indivisible con el hecho principal, no puede entenderse una circunstancia o grupo de circunstancias que lo corroboran, sino que precisamente ha de ser algo encaminado a descargar al confesante de la obligación bajo la cual lo coloca su confesión del hecho principal tomada íntegramente. Todo hecho extraño y separado del confesado constituye una verdadera excepción que, al tenor del artículo 809 del C. J., debe probar el confesante. Confesado el hecho principal, y no probada la explicación agregada o la salvedad exculpativa del demandado, constituye error de derecho el fallar el pleito de acuerdo con ésta. En el presente caso, aunque eso no fuera decisivo al respecto, como lo es, y aunque hubiera podido caber la duda aludida, la solución habría tenido que ser la opuesta a la que el Tribunal dio, puesto que esas salvedades son hechos extraños y separados y, para mayor claridad, son de un tercero, lo que, en el inadmisible evento de duda, colocaría el caso en el contemplado por la segunda parte del artículo 809 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Va a decidirse del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de trece de marzo último en que el Tribunal Superior de Bogotá, confirmando la del Juzgado 6º de este Circuito de catorce de agosto de 1935, negó la demanda de Manual Antonio González V. contra Carlos Arturo Tavera, ambos de esta vecindad, por perjuicios.

ANTECEDENTES

González, en presencia de Tavera, compró a Isidro Molina el 23 de agosto de 1930 el automóvil Buick con placa municipal número 1548 y motor número 206890, por $ 1,500, y ese mismo día lo entregó a Tavera para que bajo su responsabilidad lo manejase como chofer en servicio público, con cargo de entregar a González los productos y rendirle cuentas cada tres días; y así sucedieron efectivamente las cosas hasta el 28 de febrero de 1931, fecha desde la cual este señor no ha vuelto a recibir nada por tal causa, a que se agrega que no ha recuperado su automóvil.

Estos hechos los afirma González y los confiesa Tavera, según se ve respectivamente en la enumeración de hechos fundamentales de la demanda inicial de este pleito (Cdno. 1º, fol. 1) y en las posiciones absueltas a petición de él por Tavera el 4 de septiembre de 1931, cuya copia legal forma los folios 8 a 10 del Cdno. 2º

Agregando González a esos hechos que Tavera culposamente, en acuerdo con Molina, privó a aquél de su automóvil desde la fecha últimamente expresada y de sus frutos, perjudicándolo así, formuló la demanda inicial de este pleito, en la que pide se condene a Tavera a pagarle tales perjuicios y las costas de la causa.

El Juzgado absolvió, porque Tavera al contestar la demanda y al absolver posiciones en el término probatorio del juicio manifestó ser condueño del automóvil por haber concurrido, con ánimo de adquirir cuota en él, con la suma de cien pesos al pago que el día de la compra se hizo de la parte del precio pagadera al contado, y porque, respecto de la no entrega ulterior del mismo y de sus frutos, manifestó Tavera en las mismas oportunidades que ello procede de haber Molina recuperado ese bien al tenor de cláusula del documento de compraventa que a ello lo autorizaba en el evento de faltar González al pago del resto del precio. Ajustándose el Juzgado a aquella innovación de Tavera a su confesión primitiva y acogiéndole estas explicaciones como parte integrante e indivisible del hecho principal confesado, lo absolvió, como acaba de recordarse.

Igual fue el concepto del Tribunal a estos respectos para confirmar esa sentencia.

EL RECURSO

Este aduce ante todo el motivo primero de los establecidos por el artículo 520 del C. J. y, dentro de él, acusa el fallo del Tribunal por interpretación errónea de la demanda, así como por error de derecho en la apre-

ciación de la confesión de Tavera, y por la consiguiente violación de los artículos 2341 y 2343 del C. C., que debió aplicar, lo que no hizo.

Acogiéndose este cargo, por lo que se verá en seguida, es innecesario estudiar los restantes, a que se agrega que a este estudio no habría lugar, dado el mandato del C. J. en su artículo 538.

En efecto: Tavera confesó lisa y llanamente en sus citadas posiciones anteriores al pleito que el comprador había sido González y que las cosas sucedieron, tanto para esa compra como para recibir él de este señor el automóvil con sus herramientas y demás accesorios en buen estado y en la forma aseverada por González, tal como éste afirma. Y el Tribunal le acepta la infirmación o revocación de esa confesión inicial, de suerte que le acepta la calidad de condueño de que más tarde se le ocurrió revestirse, sin que ensayara Tavera probar ni el Tribunal le exigiese que probara nada de lo que habría sido indispensable que probase para lograr esa infirmación, de conformidad con los artículos 606 del C. J. y 1769 del C. C.

De otro lado, en cuanto a las explicaciones que da Tavera al hecho principal, confesado por él, de no haber devuelto a González el automóvil ni rendídole cuentas, ni entregádole frutos desde fines de febrero de 1931, y en cuanto a la admisión por el Tribunal de esas explicaciones, se observa:

En primer lugar, salta a la vista que como explicación ante la cual quepa duda sobre si forma o no un todo indivisible con el hecho principal, no puede entenderse una circunstancia o grupo de circunstancias que lo corroboran, sino que precisamente ha de ser algo encaminado a descargar al confesante de la obligación bajo la cual lo coloca su confesión del hecho principal tomada aisladamente. De ahí que agregando Tavera a manera de disculpa datos confirmatorios de ese hecho principal, hasta sorprende el modo de considerarlos el Tribunal en forma de erigirlos en salvedad exculpativa.

En segundo lugar, aunque eso no fuera decisivo al respecto, como lo es, y aunque hubiera podido caber la duda aludida, la solución habría tenido que ser la opuesta a la que el Tribunal dio, puesto que esas salvedades son hechos extraños y separados y, para mayor claridad, son de tercero, lo que, en el inadmisible evento de duda, colocaría el caso en el contemplado por la segunda parte del artículo 609 del C. J.

Lo que Tavera agrega y el Tribunal le admite como salvedad exculpativa unida tan indisolublemente al hecho principal que lo acepta como un solo cuerpo con éste es la intervención de Molina, ante la cual Tavera se inclinó dócilmente cual si Molina hubiera sido autoridad pública competente o hubiese exhibido orden de ésta, expedida mediante una actuación judicial o siquiera policiva. Y brilla por su ausencia en el proceso y hasta en las afirmaciones mismas del confesante el menor elemento de esta clase, algo que con calidad de fuerza mayor, por ejemplo, justificase esa obediencia aducida en son de descargo.

Tavera, tenedor del automóvil, o condueño, como ya dentro de este pleito se le ocurrió aparecer, estaba obligado a defender lo de González, puesto por éste en sus manos, fuera ello lo totalidad de ese bien, fuese apenas una cuota.

Porque cabe anotar que, aunque le hubiese prosperado mediante las probanzas conducentes, su tesis sobre comunidad a que acaba de aludirse, no por eso dejaría de ser culposa su conducta para con González, siendo así que, según Tavera mismo, ante la sola orden de Molina fue haciendo Tavera todo lo que hizo contra el patrimonio de González, para lesionar el cual bastaba que fuera éste dueño de una parte.

Se habla de culpa, porque a hallarla en la conducta confesada por Tavera obliga lo que establecen las pertinentes disposiciones legales, entre las cuales basta citar los artículos 2º y 3º del C. Penal y 63, 1604 y 1606 del Civil. Es de recordarse que el artículo 2356 de esta obra habla no sólo de malicia, sino también de negligencia y de imprudencia disyuntivamente, en forma que cualquiera de estos elementos basta para producir responsabilidad a cargo de quien daña a otro por acción u omisión en que uno de ellos figure, según los casos allí discriminados.

Como se vio, ni aun dando por sentado que efectivamente él fuese adquirente de cuota en el automóvil y que Molina estuviese autorizado por su contrato con González a recuperar ese bien y se presentase a ejercitar este derecho, ni aun así podría entenderse a Tavera libre de la responsabilidad que se le exige en este pleito; pero no sobra advertir que ninguno de esos hechos está comprobado; de manera que aparecen en el proceso sin más respaldo que la afirmación del reo. La copia tomada de una ejecución por pesos de éste contra González no acredita nada de aquello, como no lo acredita tampoco la que se trajo de una diligencia frustrada de entrega en actuación entre González y Molina de que no hay más dato.

Tavera recibió bajo su responsabilidad de manos del dueño un automóvil para darlo al servicio público y entregar a aquél los productos y sí, como corroborando su compro-

miso en la forma inequívoca de la aplicación práctica (C. C. artículo 1622 in fine), efectivamente a todo esto procedió por varios meses continuos a partir del mismo día de esa compra y de esa entrega, según Tavera mismo dice, salta a la vista su culpa al responderle más tarde a ese dueño del modo que lo hace, pretendiendo esquivar su responsabilidad con la mera intervención, presencia y orden de un tercero.

Cometer culpa es obligarse a la indemnización del daño inferido por ella (C. C., artículo 2341).

* * *

Al estudiar la demanda parece, por ciertos pasajes de la sentencia recurrida, que ésta entendió haber en aquélla una dislocación o incongruencia entre los hechos fundamentales y las disposiciones legales invocadas como fundamento de derecho, en cuanto aquéllos miran al contrato y éstas a responsabilidad extracontractual.

Pero analizando el libelo se encuentra que en el relato de hechos todos los que se refieren al contrato entre los actuales litigantes se exponen como antecedentes, como razón de ser de la entrega del automóvil a Tavera y como indicación de la relación de hechos y de moral en que para con González quedó desde entonces y se hallaba aún a la fecha en que, como éste dice, decidió Tavera atribuírse el dominio del automóvil a persona distinta para entenderse con ésta a expensas de González.

Y como, a más de esos hechos que pintan esas relaciones desde sus comienzos hasta que a fines de febrero se le ocurrió a Tavera esto último, se invoca este proceder y la culpa por él implicada, no es extraño que, a pesar del largo relato de hechos sobre contrato, sea la responsabilidad extracontractual la exigida.

Así las cosas, es innecesario estudiar aquí la diferencia entre las dos responsabilidades aludidas y la posibilidad o imposibilidad legal en que la persona perjudicada se halle para exigirlas ambas conjuntamente, porque, según se ha visto, la demanda simplifica el caso evitando esos problemas, siendo así que exige la indemnización de un daño nacido de culpa. Por otra parte, el proceso establece que la culpa se produjo por actos del demandado.

En suma: por error en la apreciación de la demanda y de la confesión del reo, dejó de aplicar el Tribunal, habiendo debido aplicarlos, y consiguientemente violó, los artículos 2341 y 2343 del C. C.

Aceptado, pues, este cargo, debe casarse la sentencia recurrida.

* * *

Para dictar la que la reemplace, a las consideraciones pertinentes expuestas en el capítulo anterior de este fallo, se agregan éstas:

El demandante estimó los perjuicios en $ 2,500. Como es subido y obvio, la estimación del mismo interesado mal puede ser sobrepasada por persona distinta, sea juzgador o perito. En otras palabras: la indicación de que esa estimación se somete por el actor a avalúo pericial no puede entenderse como aspiración a suma más alta, puesto que él fija el máximum, sino como una precaución encaminada a dejar a salvo tanto los reclamos posibles y aun probables del demandado, cuanto la prueba necesaria como fundamento de una sentencia.

Ante esta reflexión cabe advertir de paso que en principio fue improcedente y por ende no debió el Tribunal conceder el recurso de casación, dada la cuantía máxima fijada desde la demanda a la acción; y que si la Corte hubo de admitirlo, a pesar de circunstancia tan protuberante, fue en virtud de la valla que al respecto levanta en su inciso final el artículo 529 del C. J. y en atención, de otro lado, a que se trataba de sentencia pronunciada en segunda instancia por Tribunal Superior en juicio ordinario (artículo 519, C. J.)

El avalúo pericial practicado en la primera instancia y que se lee al folio 11 del Cdno. 2º, no es aceptable, porque no contiene una fundamentación completa del producto bruto, ni menciona siquiera, mucho menos detalla, las bajas, ni hace la obligada distinción entre producto bruto y líquido, ni toma en cuenta los desgastes ni el envejecimiento del automóvil, ni, en una palabra, constituye la exposición íntima y nimia necesaria para dar al juzgador la base cierta y segura indispensable en una sentencia.

Esto significa que, faltando en el proceso el avalúo de los perjuicios, quedan éstos en el estado o calidad de cantidad ilíquida.

Las bases y elementos procedentes para ese avalúo se resumen así: en primer lugar la antedicha sobre establecimiento del límite máximo de $ 2,500 por el demandante mismo; en segundo lugar todas las aludidas en relación con la diferencia entre productos bruto y líquido y elementos constitutivos de aquel minuendo y del sustraendo necesario para llegar a esa diferencia, o sea,

al producto neto. Asimismo se tendrá en cuenta la marca y el modelo y la calidad del automóvil, su desgaste, su envejecimiento en sí mismo y en relación con modelos de nuevas marcas sucesivamente llegados a la ciudad para uso del público. En el referido sustraendo se considerarán sueldos de empleado o piloto, garage, combustible, lubricante, reparación y reposición de piezas, etc. Para la fijación o cálculo del producto bruto se tomarán en cuenta todos los elementos pertinentes, como precio promedial o habitual del servicio en la respectiva época, promedio numérico de clientes, capacidad de servicio.

En cuanto a tiempo, se partirá del 28 de febrero de 1931, fecha que se escoge como más favorable al deudor, entre las dos que él confiesa (el 25 o el 28, dice), y se llegará hasta el día de la terminación de la capacidad de servicio del referido automóvil, terminación que se calculará en vista de su marca, calidad e intensidad del servicio y demás elementos pertinentes.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior de Bogotá el trece de marzo de mil novecientos treinta y seis y, revocando la de primera instancia, dictada por el Juzgado sexto de este Circuito el catorce de agosto anterior, resuelve,

1º Condénase a Carlos Arturo Tavera a pagar en esta ciudad en moneda corriente a Manuel Antonio González V. los perjuicios cuya indemnización le demanda éste en el presente juicio.

2º El valor de esa indemnización se fijará sobre las bases indicadas en la parte motiva del presente fallo y mediante la tramitación establecida por el artículo 553 del C. J.

3º Condénase al mismo Tavera a pagar al mismo González las costas del juicio.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—SOCIEDAD DISUELTA Y EN LIQUIDACION.—LIBROS DE COMERCIO. — EFECTO RETROACTIVO DE LA PARTICION ENTRE COASIGNATARIOS.

1.—La circunstancia de que en la liquidación y partición de una compañía civil, a la cual se aplican las reglas de las sucesiones, según el artículo 2141 del C. C., no se trate de herederos sino de socios, no hace variar los fundamentos en que se apoya la responsabilidad de unos y otros, respecto de la sociedad y de la herencia. Si un heredero es considerado como acreedor de otro o de la sucesión, es preciso que se acredite la deuda o con su consentimiento o con el título respectivo; y de la misma manera en lo que atañe a los socios. 2.—La forma como se acreditan en un juicio los cargos o descargos resultantes de los libros de comercio es de una de dos maneras: o mediante su exhibición general, en cualquiera de los cuatro casos que enumera el artículo 56 del Código de Comercio, o por exhibición parcial en las ocasiones que contempla el artículo 57 del mismo código. Según el Código de Comercio los libros de comercio prueban en contra del comerciante que los lleva, regular o irregularmente. Pero la ley establece una particularidad que hace excepción a la regla mencionada y es la de que, en determinados casos, los libros de comercio prueban también a favor del comerciante, no obstante ser éste el autor de sus asientos, en forma que viene a crearse el mismo una prueba a su favor. Pero para que llegue este caso el C. de Co. exige los requisitos que señala el artículo 43 del mismo. 3.—Las hijuelas formadas en la partición de sociedades tienen, como las formadas en juicios mortuorios, un efecto declarativo de dominio entre los coasignatarios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

Hechos

Por escritura número 1197 otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá el 27 de agosto de 1905, los señores Roberto y Jesús María Tobón, Enrique Forero y Pedro Martín Páez constituyeron una sociedad colectiva denominada Tobón & Compañía, para explotar las rentas de licores en los Departamentos de Boyacá y Tundama, con un capital de $ 100,000 papel moneda aportado en proporción de 55.20, 12½ y 12½ respectivamente por cada socio, y que debía tenerse en cuenta para la repartición de utilidades y pérdidas. De las bases restantes, en cuanto sean pertinentes, se ocupará después este fallo.

"El socio Roberto Tobón tuvo a su cargo como gerente de la sociedad y socio pudiente de la misma, todos los gastos del negocio, que se hicieron de los fondos particulares de éste, en cantidades de mucha consideración", según dice su libelo.

El socio Jesús María Tobón, en 1914, solicitó la liquidación y la partición judicial de la compañía, que se verificaron con audiencia y contradicción de todos los socios.

El partidor judicialmente nombrado, "ejecutó su trabajo distribuyendo entre los socios el activo y el pasivo; pero como éste estaba todo a favor del socio Roberto Tobón, dedujo la parte que correspondía a las 55 acciones del socio acreedor y distribuyó el resto (de pérdidas) entre los otros tres socios, correspondiendo por ese motivo a Jesús María Tobón pagarle a Roberto Tobón $ 21,384 con 1,840 diezmilésimos", suma que, no obstante haber sido Jesús María Tobón actor y parte en el juicio de liquidación y partición, no ha sido posible que la pague al adjudicatario acreedor Roberto Tobón.

Con los antecedentes así resumidos demandó éste a Jesús María Tobón para que por la vía ordinaria se le condenare a pagarle dicha suma con sus intereses al 1% mensual desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia aprobatoria de la partición, más las costas del presente litigio.

El demandado no contestó el libelo, pues se limitó, extemporáneamente, según el Juez, a proponer las excepciones de pleito pendiente y de cosa juzgada.

El Juez de primera instancia absolvió al demandado y condenó en costas al actor.

El Tribunal Superior de Bogotá desató la segunda instancia, de que conoció por apelación del demandante Roberto Tobón, en el sentido de confirmar la del inferior, también con costas a cargo del demandante, en providencia de fecha 28 de febrero de 1933.

Síntesis de la sentencia acusada

Deriva su derecho el demandante de la hijuela de deudas —escritura número 3359 de 11 de noviembre de 1927, Notaría 2ª de Bogotá— formada en la partición judicial de Tobón y Compañía, a cargo de Jesús María Tobón y a favor de Roberto Tobón, por $ 21,384.18 moneda cte. integrada por dos partidas o deudas a saber: a favor de Roberto $ 12,164.73 y a favor de Tobón Hermanos, $ 9,219.45. De Tobón Hermanos se dice cesionario Roberto Tobón.

Con el fin de averiguar el origen del crédito adjudicado de $ 21,384.18, que Roberto Tobón pretende cobrar a Jesús María Tobón, el Tribunal hace una detenida relación de las pruebas que obran en este juicio, tras de lo cual concluye que, "por más esfuerzos que se hagan, no resulta probada la existencia real y efectiva de la obligación que se demanda".

Dice que se acreditó, en resumen: Que con las formalidades legales fue judicialmente liquidada la Sociedad de Tobón & Cía.; "pero con base en un inventario de créditos activos y pasivos que no se comprobaron debidamente; que en dicha liquidación y en la ejecución consiguiente correspondió al demandado don Jesús María Tobón el crédito a favor de la Sociedad y de don Roberto Tobón por la suma de pesos a que se refiere la demanda; que el demandado don Jesús María Tobón fue parte en dicho juicio de liquidación, pero negó la existencia de los créditos inventariados y se opuso a su inclusión en el acta de inventarios y a su distribución, y, por último, que la sentencia del Tribunal de arbitramento de Manizales tampoco dio al demandante el título de acreedor real de don Jesús María por concepto de negocios de la Sociedad "Tobón & Compañía" de esta ciudad, ya que se abtuvo de fallar el compromiso arbitral en lo relativo a los negocios de dicha compañía".

Resuelto por el Tribunal este punto de hecho, de no haber prueba de la existencia de la deuda que se cobra, procede a resolver el valor que en derecho le corresponda a la adjudicación que se concreta en la hijuela de deudas formada con motivo de la partición de los bienes sociales. Esta segunda parte de la sentencia del Tribunal prohija, en síntesis, la siguiente doctrina:

En virtud de lo dispuesto en el artículo 2141 del C. C., la liquidación y partición de los bienes sociales debe ajustarse a las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, reglas que atañen, principalmente: 1º A la acción misma, que pertenece a todos y a cada uno de los coasignatarios y se considera de orden público; 2º Al objeto de la partición o sea a la masa de bienes sobre que recae; 3º A las formas de partición; y 4º A su naturaleza y efectos, entre los cuales interesa examinar el efecto declarativo de la partición.

Atendido el texto del artículo 1401 del C. C., la partición no puede tener —entre socios o entre herederos— el efecto traslaticio o atributivo de propiedad que la caracterizó ante el derecho romano sino uno declarativo de dominio y de consecuencias retroactivas. Efectivamente, el acto de partición según lo explican los autores franceses, como Josserand (Derecho Civil Positivo Tomo III, número 1186), concepto que prohija el Tribunal, no desplaza ni trasfiere nada; su papel, de orden distributivo, consiste en situar, en localizar derechos preexistentes, en sustituir cosas a cuotas. Verificada la partición, los copartícipes no son más ricos que antes pero sus derechos se presentan en forma concreta y exclusiva; se han materializado en determinados bienes: suum quique recipit, cada uno ha recibido lo que le correspondía.... Por consiguiente, y puesto que la partición nada trasfiere, los copartícipes no son derechohabientes unos de otros; es directamente del difunto de donde derivan sus derechos; se reputa que cada uno de ellos ha tenido la propiedad exclusiva, desde el día de la apertura de la sucesión, es decir, retroactivamente, de los bienes que forman su hijuela, y, en compensación, no haber tenido nunca parte alguna en los de los demás...

"Conforme a esa doctrina, la liquidación de una sociedad, que tiene por objeto solamente finalizar los asuntos pendientes y distribuír entre los socios los bienes comunes y las utilidades alcanzadas, pone fin al estado de indivisión anterior de los bienes sociales y, con la sentencia aprobatoria de la partición, localiza, sitúa y distribuye en cada adjudicatario los derechos preexistentes del mismo sobre la masa común, en relación con el activo, pero no tiene por sí sola la virtud de crear ni atribuír derechos: declara simplemente, en forma concreta y exclusiva, que al partícipe corresponde el sitio del causante sobre determinados bienes o derechos, corporales o incorporales. De la misma manera como las deudas se dividen entre los socios a prorrata de sus respectivos aportes, de pleno derecho, la partición concreta ipso facto el pasivo de la sociedad y lo fracciona entre los socios continuadores de la personalidad social, en

la misma proporción, pero no crea ese pasivo ni le da existencia por sí misma.

"Luego, si el adjudicatario de créditos sucede directamente a la sociedad y no a los socios, se deduce que es en el patrimonio de ese causante (sociedad) donde debe primero haberse radicado el derecho o carga que se trasmite por la adjudicación: nemo dat quod non habet, principio aplicable tanto a los créditos activos como a los pasivos.

"Consecuencia rigurosa de tal principio es la de que el título del crédito que relaciona un inventario de bienes sociales debe ser anterior a esta diligencia y existir en el patrimonio de la compañía, trátese de créditos activos o de créditos pasivos. Si de los primeros, porque la sola relación inventarial basada en la denuncia, fundada o no, de quien la formula, no es título ni prueba la existencia del crédito. Si de los segundos, porque si a pesar de que algunos de los asignatarios desconocen la legitimidad del crédito y sin embargo de que los libros en que constan no prestan mérito ejecutivo, se relacionan en los inventarios y así se aprueban estos, es manifiesto que no pueden tenerse como aceptados por todos los interesados ni queda acreditada su existencia plenamente. Y al constatar las probanzas útiles del juicio (pruebas del demandado, primera instancia) se observa que los señores Jesús María Tobón, Páez y Forero, negaron insistentemente la legitimidad de los créditos pasivos inventariados a su cargo, y se observa igualmente que, según constancia judicial, tales créditos no constaban en documentos plenamente probatorios, desde luego que la relación de cuentas de una compañía, aunque se la suponga llevada en forma legal, no tiene el carácter de documento o instrumento debidamente reconocido por la persona contra quien se aduce (arts. 637 y 639 del C. C.".

Demanda de casación

Roberto Tobón por medio de apoderado demanda la casación del referido fallo. Antes de concretar sus cargos hace algunas consideraciones previas para la mejor inteligencia de aquéllos, a saber:

Que si los consocios de su poderdante creyeron del caso privarlo del carácter de liquidador que le daba el pacto social, y acudir más bien al trámite judicial, fue debido a que siendo Roberto Tobón el único socio capitalista "y de hecho todos los gastos de la administración habían estado a su cargo" temieron que el socio gerente se hallaba "en capacidad de imponerles la contribución relativa a los derechos de cada uno en las pérdidas".

De ahí que fuera precisamente el actual demandado Jesús María Tobón quien pidió la liquidación judicial con citación y audiencia de los demás socios, y el juicio siguió todo su curso legal, pasando por inventarios y avalúos en que éstos tuvieron todas las oportunidades legales para hacer valer sus derechos y sus objeciones fueron oídas aunque no atendidas y así se llegó a formarse la hijuela de deudas con la consiguiente fuerza obligatoria para el que hoy es demandado en este juicio.

Que es explicable que de los extraños al juicio de liquidación y partición no pueda exigirse el cumplimiento de una obligación por las solas referencias que las partes hayan hecho de esa obligación en el juicio sin la presencia de un documento auténtico que la haga indubitable; pero que no se alcanzan a comprender las razones legales y morales que presidan los juicios de liquidación de sociedades ante los jueces del país, si éstos no han de darle derechos a los socios ni establecer entre ellos alguna obligación, porque si así fuere carecería de objeto la concurrencia de los socios al juicio y los fallos no llevarían a otro resultado que al desprestigio de la autoridad.

Que hubo pues en el juicio de liquidación una activa defensa de los intereses de los socios hasta cristalizar en la partición; que la demanda propuesta por Jesús María Tobón es su asentimiento a la liquidación de la sociedad, en forma tan expresa como obligante, lo que hace imposible sostener que el juicio a que esa demanda dio origen no tenga la eficacia que para el caso debe caracterizar todo un proceso judicial confiado a la pericia y seriedad de los jueces del país.

Que aceptando desde luego que las hijuelas de partición no obligan por sí mismas en cuanto declaren obligaciones extrañas, es un contrasentido afirmar que ellas no obligan a los socios entre sí en el proceso a que éstos han asistido para definir sus derechos y determinar sus obligaciones, como que todo auto ejecutoriado es una ley para las partes que intervinieron en el proceso. Y agrega textualmente:

"El socio puede haberse opuesto al inventario y también a la partición verificada; pero si a las objeciones se les ha dado tanto en el uno como en el otro caso la tramitación que les conviene, y los respectivos actos judiciales han obtenido su aprobación en debida forma, es inútil sostener que ellos dejen de obligar a los que han sido partes en el juicio".

Previas estas consideraciones de orden general, el recurrente concreta sus cargos en la forma siguiente:

PRIMERO—Con motivo de un error de derecho, que en seguida se explica, el Tribunal violó los artículos 1494, 1498, 1501, 1546, 1602 y 2079 del C. C.

Consiste el error de derecho en haber dejado de calificar el mérito probatorio de la escritura número 1197 otorgada el 27 de agosto de 1906 ante el Notario 2º de Bogotá, por la cual se asociaron Roberto y Jesús María Tobón, Enrique Forero y Pedro Martín Páez con el fin de explotar las rentas de licores de Boyacá y Tundama.

Por medio de ella los socios convinieron en repartir tanto las utilidades como las pérdidas del negocio en proporción de sus aportes, formando así un contrato que era la ley de las partes, a pesar de lo cual el Tribunal no consideró necesario calificar su mérito probatorio, según un expreso párrafo de la sentencia que el recurrente transcribe y siendo los instrumentos públicos prueba que ocupa el primer lugar de conformidad con el artículo 1757 del C. C.; pero el Tribunal prefirió tener en cuenta más bien la escritura número 495 otorgada por Jesús María Tobón, Pedro Martín Páez y Enrique Forero el 8 de mayo de 1914 en la Notaría 1ª de Bogotá, en que dichos señores privan al otro socio Roberto Tobón de su calidad de liquidador, como si este último instrumento pudiera anular al de constitución de la Sociedad sin la ritualidad de un juicio contradictorio.

No dice el recurrente por qué aspectos legales el supuesto error del Tribunal trae como consecuencia la violación de los varios artículos del C. C. citados arriba.

SEGUNDO—Estima el recurrente que el Tribunal incurre en error evidente de hecho (sic) al considerar que son aplicables irrestrictamente a la liquidación de las sociedades colectivas, las reglas de procedimiento que rigen las herencias en juicios de sucesión.

Para fundar su aserto el recurrente distingue entre las dos instituciones y advierte que las obligaciones del socio nacen de contrato, mientras que las del heredero provienen del hecho voluntario de su aceptación, de manera que el socio no puede sustraerse a la fuerza obligatoria del contrato social y en cambio el heredero está en libertad de aceptar o no la herencia que se le defiere; que disuelta la sociedad sigue rigiendo una norma contractual modificada por las necesidades propias de una liquidación, y ese fenómeno no acompaña a la liquidación de la comunidad herencial. Dicho lo cual, se pregunta el recurrente:

"Tenían Jesús María Tobón, Enrique Forero y Pedro Martín Páez el carácter de herederos cuando se practicaron las diligencias de inventarios en la sociedad de Tobón y Compañía en 1917 y 1922, y podían objetar el pasivo que constaba en los libros de la compañía, oponiéndose a su inclusión en ellos de los respectivos créditos de acuerdo con el artículo 264 de la Ley 105 de 1890? No es el gerente de una sociedad colectiva el representante de la misma y el mandatario de los socios para que puedan desconocerse los asientos de los libros y las partidas que en ellos ha hecho constar el gerente en ejercicio de aquél mandato?"

"Sólo por el error de equiparar al heredero con el socio se ha podido admitir que las deudas sociales se asimilen a créditos contra extraños y que esas deudas que figuran en los libros llevados en forma legal, como lo certifica el Juez de la diligencia no hayan prestado la fe que en las causas mercantiles les da el artículo 43 del C. de Comercio".

Dice que el heredero puede rehusar la aceptación de un crédito contra la mortuoria que no esté respaldado con un título que preste mérito ejecutivo, porque se trata de un acto en que sólo el causante y el tercero han intervenido, pero que otra es la condición de los socios de una sociedad en liquidación, quienes vienen a ser dueños de haberes y obligaciones que deben repartirse entre los mismos socios, y que la porción que les quepa en el activo y en el pasivo descansa en la fe que para los socios prestan los libros llevados de conformidad con el artículo 43 del C. de Comercio, y de ahí que las hijuelas de partición social crean derechos y obligaciones que los socios no pueden eludir entre sí, porque unos y otros son la consecuencia obligada del contrato social.

Como estas diferencias no las hizo el Tribunal, violó los artículos 43 y 465 del C. de Comercio; 1494, 1495, 1502, 1505, 1602, 1603, 1619, 2097 y 2098 del C. C.

TERCERO—El contenido de este tercer cargo se concreta a repetir, destacándolo, el de violación del artículo 43 del C. de Comercio ya incluído en el capítulo precedente. En efecto, dice el recurrente:

"El Tribunal incurrió en error de derecho y violó la ley sustantiva por aplicación indebida al caso del pleito, al considerar como lo hizo, que Jesús María Tobón, Enrique Forero y Pedro Martín Páez podían oponerse en los inventarios de la sociedad de Tobón y Compañía a la inclusión de créditos del pasivo que constaban en los libros de la

sociedad, porque esos créditos hacen fe contra ellos y no puede el Tribunal ir contra el artículo 43 del C. de Comercio que así lo dispone. Los socios en un inventario pueden oponerse a que se incluyan créditos en contra de ellos que no figuran en los libros; pero los que son materia de asientos especiales en ellos no pueden dar asidero a ninguna prueba en contrario de lo que ellos expresan, ni ser materia para los socios de ninguna reclamación que desvirtúe la presunción de fe hecha que consagra el artículo 43 del C. de Comercio.

"A esto debo agregar que siendo los gerentes de sociedades verdaderos mandatarios de ellas y los únicos responsables de la contabilidad que hace constar todas las operaciones de los negocios sociales, no es posible aceptar que lo que hace el gerente no obligue a los socios y a cada uno de ellos".

Anota que la sentencia acusada reproduce parte de la diligencia de inventario de la sociedad y que en la reproducción consta que según el Juez que la practicó las partidas del pasivo fueron tomadas de los libros de la compañía llevados conforme a la ley; y aunque también consta allí que los socios no aceptaron dichas partidas, figurando éstas en los libros no era admisible el reclamo de los socios y la hijuela obliga a Jesús María Tobón a favor de Roberto Tobón, a pesar del Tribunal.

Concluye el recurrente que consecuencialmente el Tribunal violó los artículos 43 del C. de Comercio, 254 de la Ley 105 de 1890 y el 2141 del C. C.

CUARTO- En este capítulo final el recurrente destaca también como cargos especiales dos de los anteriores, a saber: interpretación errónea del artículo 2141 del C. C., porque dándole a éste una extensión que no tiene, consideró el Tribunal que había completa similitud entre una mortuoria y una sociedad disuelta y dio a los socios derechos que sólo convienen a los herederos. Considera que también hubo aplicación indebida de la ley al aplicar el Tribunal en el inventario de la sociedad el artículo 254 de la Ley 105 de 1890, tratándose de hechos ocurridos entre los mismos socios.

Estudio de los cargos

Como los cargos contenidos en los capítulos tercero y cuarto de la demanda de casación se concretan a reproducir, para destacarlos especialmente, algunos de los del capítulo segundo, la Corte los estudia todos en seguida.

Ya en ocasión anterior y con fecha 8 de noviembre de 1932 — GACETA JUDICIAL, número 1890 — la Sala de Casación Civil sentó doctrina sobre la mayor parte de las cuestiones jurídicas planteadas entonces, y hoy nuevamente, por Roberto Tobón, y también por razón del cobro de una porción de la hijuela de deudas formada en la partición de la sociedad de Tobón & Cía.

Respecto de la aplicabilidad de las normas legales de partición de bienes hereciales a los bienes de una sociedad disuelta y en liquidación, la Corte fue desde entonces explícita contra la tesis del recurrente: "La circunsancia, dijo la Corte, de que en la liquidación y partición de una compañía civil, a la cual se aplican las reglas de las sucesiones, según el artículo 2141 del C. C., no se trate de herederos sino de socios, no hace variar los fundamentos en que se apoya la responsabilidad de unos y otros, respecto de la sociedad y de la herencia". Y agrega la Corte: "Si un heredero es considerado como deudor de otro o de la sucesión, es preciso que se acredite la deuda o con su consentimiento o con el título respectivo; y de la misma manera en lo que atañe a los socios. Una deuda no se demuestra ni con la inclusión en los inventarios si el deudor la rechaza, ni con la partición, si no aparece probada su existencia por los medios establecidos para el efecto por la ley".

En sentencia de esta misma Sala de fecha 20 de noviembre de 1929, GACETA JUDICIAL número 1857, páginas 323 y siguientes, se consagra también y se fundamenta la referida doctrina.

En la primera de tales ocasiones hace la Corte hincapié en que el demandante recurrente solamente adujo al juicio como prueba de la deuda la hijuela formada en la partición. Y dice al respecto: "El recurrente se empeña en sostener que el Tribunal, al apreciar la hijuela, ha incurrido en un error de derecho, porque ha pensado que no podía dársele a ese documento ningún valor probatorio, tomando el crédito, no como el reconocimiento que hacen los socios de sus obligaciones recíprocas, originadas por el negocio común, sino como créditos venidos de otra fuente; pero olvida que la hijuela sólo demuestra que a su representado se le adjudicó un crédito contra Enrique Forero, que aquél es dueño de ese crédito; pero para cobrarlo era preciso demostrar su existencia con otros elementos que en el proceso no figuran; ni siquiera aparece de esa hijuela, como se ha dicho, que el deudor hubiera intervenido en el inventario y en la liquidación que originaron las prestaciones que en este juicio se debaten. Ni se trajo tampoco la escritura de sociedad en que cons-

tan los derechos y obligaciones de los socios".

En el proceso que ahora ocupa a la Sala obra no solamente la hijuela de deudas sino también la escritura de asociación, las diligencias de los inventarios practicados con motivo de la liquidación judicial de la compañía con intervención de la persona demandada y los autos dictados con ocasión del proceso de liquidación y partición. El Tribunal los enumera y los detalla en la sentencia acusada, al hacer la historia de los antecedentes del negocio, con el fin de buscar a través de esos documentos una comprobación de la realidad de las operaciones o inversiones que justifiquen la deuda a que la hijuela se refiere, o sea un respaldo al contenido de la hijuela, y, aunque no califica su mérito probatorio, sí concluye en varios pasos de su sentencia que "se ve claro que por más esfuerzos que se hagan no resulta probada la existencia real y efectiva de la obligación creditual que se demanda de Jesús María Tobón".

El recurrente, por su parte, ve esa prueba en los libros de la compañía y en consecuencia formula el cargo de no haber dado el Tribunal aplicación al artículo 43 del Código de Comercio.

Consiste el argumento del recurrente en que los libros de comercio de la compañía, estando llevados en forma regular, según lo afirmó el Juez que practicó la diligencia de inventarios, y de donde fueron tomadas las partidas del activo y del pasivo, constituyen la prueba que el Tribunal echó de menos para respaldar la realidad del crédito a que la hijuela de deudas se refiere. Y que los libros de comercio, en tales condiciones, prueban a favor de la compañía.

El cargo es preciso desecharlo porque los libros de comercio no han sido exhibidos en el presente juicio como elemento probatorio. Sabido es que la forma como se acreditan en un juicio los cargos o descargos resultantes de los libros de comercio es de una de dos maneras: O mediante su exhibición general, en cualquiera de los cuatro casos que enumera el artículo 56 del código de comercio, entre los cuales está el de liquidación de las sociedades legales o convencionales, y por tanto los debates a que esas liquidaciones den lugar; o por exhibición parcial en las ocasiones que contempla el artículo 57 del mismo código. La fe indivisible que merecen los libros y la complejidad de concordancia de sus asientos, hace necesaria la exhibición ante el Juez de la causa, en el litigio en que a ello se acude, en una de las dos formas dichas, y casi siempre con asistencia de expertos que en esa labor de verificación auxilian al juez, a fin de que la prueba resultante de la exhibición dé lugar, como toda prueba, a ser contradicha y analizada. No fue así como se procedió en este caso.

La sola referencia a partidas aisladas de algunos libros, contentivas de asientos cuya imputación y cantidad no coinciden con las de la hijuela de deudas, tomada a solicitud verbal de uno de los litigantes por el secretario de un juez distinto al del proceso, en lo cual consiste una de las pruebas traídas a este expediente; y la manifestación del juez que practicó la diligencia de inventario de que las partidas del activo y del pasivo se tomaron de los libros de la sociedad, que es otra de las constancias del debate, no llenan la plenitud de las formas propias de esa prueba, tan sustancial, a juicio del mismo recurrente, para el éxito del debate.

Y como el Tribunal se limita a mencionar el contenido de esas pruebas, aunque no exprese sino tácitamente su influencia negativa en la convicción del sentenciador; no ha podido violar, por ese aspecto, el artículo 43 del Código de Comercio.

El Código Civil sienta en el artículo 1773 la regla de que los asientos, registros y papeles domésticos, hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, por regla general y en las condiciones que dicho artículo prevé.

Los libros de comercio pertenecen a esta categoría de pruebas y según el código del ramo siempre prueban en contra del comerciante que los lleva, regular o irregularmente. Pero la ley establece una particularidad que hace excepción a la regla ya mencionada, y es la de que, en determinados casos, los libros de comercio prueben también a favor del comerciante no obstante ser éste el autor de sus asientos, en forma que viene a crearse él mismo una prueba a su favor. Pero para que llegue este caso el código del ramo exige determinados requisitos.

Tales requisitos son los del artículo 43, a saber: que se trate de un litigio entre comerciantes, que obedezca a una causa mercantil, y que estén regular y legalmente llevados.

No concurren en este litigio tales circunstancias. En sentencia ejecutoriada que obra en autos, al decidir el Tribunal Superior de Bogotá sobre las objeciones formuladas a la partición de los bienes de la Sociedad de Tobón & Cía.; se determinó que ella había sido civil y no comercial, atendidas las operaciones a que se dedicaba: explotación en arrendamiento de una renta oficial. Obliga pues a las mismas partes que aquí litigan esa apreciación, que no fue indiferente para el fallo objeto del recurso de casación, y

sobre la cual no se ha hecho reparo alguno. Sobre cuestiones civiles, y aún en el supuesto de que se tratara de y entre comerciantes, los libros no habrían tenido más fuerza que las anotaciones privadas, según el artículo 51 del Código de Comercio, es decir que no probarían a favor de la compañía, autora de ellos.

No tratándose de un negocio mercantil ni por tanto de un litigio entre comerciantes, no cabe la invocación del artículo, que sólo podría hacerlo la Compañía en el supuesto de que fuera comerciante. Pero aún así, antes de presentarse Roberto Tobón como subrogado a la compañía en un crédito contra los socios por haber hecho gastos y haber completado él, por su cuenta, el aporte o valor de algunas acciones que no pagaron los demás socios, ha de justificar la realidad de aquellas inversiones que dieron lugar a la subrogación que invoca, y en eso precisamente consistió la objeción de los demás socios que no ha sido aclarada ni satisfecha por Roberto Tobón en el litigio.

Finalmente, a través del artículo 43 del Código de Comercio, el recurrente, si fuera el caso, invocaría la fuerza probatoria de los libros a favor de la sociedad, y no es esa la representación o personería que lleva el demandante. El recurrente mandatario de Roberto Tobón invoca el favor de los libros en pro de Roberto Tobón personalmente, considerado como socio mandatario de los demás; y entonces ya no se trata de una fuerza probatoria, sino de la fuerza obligatoria de los mismos libros para acreditar a favor de uno de los socios y a cargo de los otros. Por este aspecto obligatorio, y no del probatorio, de los libros, surge la consideración que se estudiará adelante de si siendo Roberto Tobón un mandatario de los demás socios a quienes ha de rendir cuentas, debe o no justificar la realidad de los cargos, operaciones o gastos sentados en los libros; es decir, si éstos por sí solos sirven de justificación en las cuentas que debe rendir el mandatario.

Es procedente que la Corte advierta, en virtud de una atenta lectura de las pruebas, que si bien es cierto que Jesús María Tobón y demás socios asistieron a la diligencia de inventarios y fueron partes en el juicio de liquidación y partición de los bienes sociales, lo que hace obligatorio para ellos lo actuado, conclusión que la Corte reconoce y afirma, también es cierto que precisamente la audiencia les dio lugar a objetar la inclusión de créditos pasivos denunciados por Roberto Tobón y que su oposición prosperó como fundada, observaciones que cobijaron el crédito a favor del propio denunciante, no obstante lo cual, por una anomalía censurable el juez aprobó los inventarios, base de la partición y luégo la partición misma; por lo cual es preciso entender que la aprobación de los inventarios y de la partición lleva envuelta en sí la oposición que prosperó respecto de dicha partida del pasivo. Esta advertencia es tanto más necesaria cuanto la discordancia entre la parte motiva y la resolutiva de tales providencias no ha sido materia de acusación especial en el recurso.

En cuanto a la aplicabilidad, a la liquidación y partición de sociedades de las normas legales sobre liquidación y partición de bienes de sucesión, y por tanto a la inaplicabilidad del art. 254 de la ley 105 de 1890, la Corte considera:

Es verdad que existen diferencias entre una sociedad disuelta y en liquidación y una sucesión ilíquida, ya motivadas por la personalidad jurídica que la doctrina y la jurisprudencia ven en las primeras, ya por el fin económico de una y otra, pues la comunidad herencial ha de liquidarse en especie y la masa social requiere la conclusión activa de los negocios pendientes con el fin principal de repartir entre los asociados el activo neto, en lo posible reducido a dinero. Empero, no obstante esas diferencias, es lo cierto que un precepto expreso de la ley, el del artículo 2141 del C. C. dispone que las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios, y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social, y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones del título 28 del libro cuarto del Código Civil.

El Tribunal no desconoce esas semejanzas ni esas diferencias y ninguna censura merece su consideración fundamental de que las hijuelas formadas en la partición de sociedades tienen, como las formadas en juicios mortuorios, un efecto declarativo de dominio entre los consignatarios, de lo cual deduce rectamente el Tribunal, y ya se vio que en este mismo sentido se ha pronunciado la Corte, que la sola hijuela sin la comprobación que para cada caso requiere la ley no sirve para demostrar la propiedad del crédito a que la hijuela se refiere. La doctrina francesa que al respecto acoge el Tribunal es aceptable en ese caso entre nosotros, porque al artículo 1401 del C. C. colombiano, que en su primera parte consagra dicho efecto declarativo de dominio entre coasignatarios, corresponde a igual precepto, al artículo 883 del Código Civil francés; porque la aplicabilidad de las normas de liqui-

dación de sucesiones a la partición de bienes sociales que contiene nuestro artículo 2141 del C. C., corresponde al 1872 del francés; y porque tanto nuestro Código de Comercio como el francés autorizan, en sus artículos 1º y 28, respectivamente, la aplicación de esas reglas a la liquidación de las sociedades comerciales.

El recurrente considera que el artículo 254 de la ley 105 de 1890 no daba derecho al grupo de socios que objetaban la liquidación presentada por Roberto Tobón al inventariar los bienes de la sociedad disuelta para oponerse a la inclusión de créditos a cargo de la sociedad, entre los cuales estaba, advierte la Corte, un crédito a favor del mismo denunciante Roberto Tobón.

Al respecto se observa: O el hoy demandante Roberto Tobón se presentó entonces, al denunciar bienes y deudas en los inventarios, como ex-gerente mandatario de sus consocios, y entonces debió documentar sus actuaciones ante los demás socios, no sirviéndole como única justificación la correspondiente inserción de partidas en los libros de contabilidad que él llevaba, que apenas serían un elemento de la cuenta pero no la justificación legal ante sus consocios.

O se presentó como una tercera persona, acreedora de la compañía, que por su intervención estatutaria pudo hacerse a un crédito contra los otros socios, por gastos del negocio y complemento de pago de acciones insolutas de los otros socios, y entonces la constancia que dejó él mismo en los libros de la sociedad civil, con protesta y sin asentimiento de los supuestos deudores, se resuelve por las reglas de la prueba de confesión, conforme a las cuales no hay confesión cuando la manifestación no emana del obligado, sino, como es el caso, del mismo acreedor (artículo 51, Código de Comercio).

Una cosa es que el gerente de la sociedad obligue a los demás socios a las resultas de las operaciones sociales cuando ha obrado dentro de sus atribuciones o, en ciertos casos fuera de ellas, excepcionalmente, pero dentro de la más amplia norma de acción que la doctrina francesa comprende bajo la expresión "es qualités"; y otra cosa es el derecho que tienen los socios mandantes para que el socio gerente justifique la realidad de las operaciones que diga haber hecho dentro de tales atribuciones, justificación que implica la exhibición de documentos de comprobación distintos a los libros de comercio, los cuales pueden reflejar aquellas operaciones pero no son el único elemento de la cuenta que debe rendir el mandante. (Artículo 2181 del C. C.).

A lo cual se agrega que a través de autos resulta que la denuncia de bienes en los inventarios, reflejo, según el demandante recurrente, de los libros de comercio, es la única ocasión de rendir cuentas que ha ofrecido el gerente, y en esa única ocasión los socios tenían derecho a exigir los comprobantes de la realidad de las operaciones, y cuya exigencia ha sido uno de los objetos del actual litigio.

No se ve pues cómo la aplicabilidad del artículo 254 de la ley 105 de 1890, hoy reproducido en esencia por el 941 del Código Judicial, pueda dar motivo al cargo que se estudia; ni cabe aceptar la violación de los restantes artículos, referentes a la formación y fuerza de las obligaciones, que cita el recurrente, pues el Tribunal no desconoce las obligaciones de los socios ni las normas de repartición de las pérdidas resultantes de las operaciones sociaels. El Tribunal, en últimas, se limita a echar de menos la comprobación de los gastos u operaciones que pudieron ocasionar la pérdida denunciada por el gerente y la calidad de acreedor subrogado a la sociedad y en contra de los demás socios de un saldo proveniente de dineros que suministró para los negocios.

Se rechazan pues los cargos contenidos en los capítulos segundo, tercero y cuarto del recurso.

En cuanto al cargo contenido en el capítulo primero, arriba expuesto, se considera: El Tribunal no desconoció la proporción fijada por los contratantes en la escritura de asociación para la repartición, llegado el caso, de las pérdidas provenientes de las operaciones sociales. Hay más: a falta de esa norma estatutaria el Tribunal dijo que podía darse aplicación al artículo 1411 del C. C., aplicable por analogía a la repartición entre los herederos de las deudas hereditarias, y advierte expresamente también que fue así como el partidor dividió las deudas a cargo de los socios y a favor de la sociedad, o sea en proporción a sus aportes respectivos.

Por la misma razón tampoco puede afirmarse que el Tribunal le diera preferencia sobre la mencionada escritura a la número 495 otorgada en la Notaría primera de Bogotá el 8 de mayo de 1914, pues esta última escritura no contiene ni podía contener otra norma o regla de repartición de pérdidas entre los socios.

El Tribunal, lejos de desconocer la fuerza imperativa de aquellas reglas en cuanto a la proporción en que los socios debían soportar las pérdidas, se limitó a atestar el

hecho de que en su concepto no estaba demostrada la realidad de los negocios o gastos en los cuales pudieron consistir las pérdidas sufridas por la sociedad bajo la gerencia del mandante. Y es de creer, dada la actitud del Tribunal, que si tales pérdidas hubieran estado demostradas, la proporción de distribución de ellas entre los socios habría sido la convenida en la escritura de constitución social.

El sentenciador aunque menciona la escritura número 495, por la cual los socios restantes privaron a Roberto Tobón de las facultades que por la escritura de constitución tenía de liquidador, no hace de ella capítulo especial de decisión y no influyó en manera alguna en el debate. Por lo demás, concretándose la referida escritura a privar a Roberto Tobón de sus facultades de liquidador y habiéndose verificado judicialmente las operaciones de liquidación y luégo de partición, tal proceder de los socios restantes y la liquidación y partición judicial consiguientes son hechos y actos invocados por el demandante recurrente como constitutivos de derechos a su favor, puesto que la hijuela formada en virtud de tal procedimiento es la base de su acción de cobro. No se ve pues cómo pueda a la vez invocar un derecho derivado de la partición judicial, en que se prescindió del liquidador originalmente nombrado y a la vez objetar la escritura que dio lugar a esa forma de liquidación.

Se rechaza también este cargo.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia de fecha veintiocho de febrero de mil novecientos treinta y seis proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas del recurso, a cargo del recurrente.

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

Antonio Rocha, Ricardo Hinestrosa Daza, Rodrigo Jiménez Mejía, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica. El Conjuez, Tancredo Nannetti.—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

No se accede a lo solicitado en el memorial anterior por dos consideraciones:

a) Porque ello envolvería una reconsideración de la sentencia definitiva. En efecto, el artículo 17 de la ley 169 de 1896, que antes permitía reconsiderar el pronunciamiento sobre costas, fue sustituído por el 482 de la ley 105 de 1931, que sólo permite aclarar conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda; y

b) Porque la Corte, en la sentencia a que la solicitud se refiere, después de examinar en orden las causales aducidas, las desechó una a una, sin casar la sentencia, por lo cual impuso las costas al recurrente. Se limitó pues a aplicar estrictamente lo que en forma imperativa dispone el artículo 537 del Código Judicial. Apreciar la temeridad en el ejercicio de la acción era cuestión de instancia que la Corte, por no haber casado el fallo recurrido, no tuvo ocasión de considerar. Los casos de excepción, en que no se hace condena en las costas del recurso contra el recurrente que lo pierde, reconocidas en ciertas circunstancias por la Jurisprudencia de la Corte, no ocurrieron en el referido caso.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta. El Conjuez, Tancredo Nannetti.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

RECURSO DE REVISION

1.—El error de apreciación de una prueba, en su caso, no constituye el fraude a que se refiere el artículo 542 del C. J. 2.—La dificultad que presentaba para el juzgador el artículo 568 del C. J. anterior se ha atenuado ante el artículo 609 del C. J. actual, aunque no puede decirse que haya desaparecido en absoluto. 3.—El recurso de revisión es distinto del de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

En el Juzgado 1º del Circuito de Soatá cursó en primera instancia la que allí se cerró con sentencia absolutoria, un juicio ordinario por cantidad de pesos de Clodoveo Mojica contra Simón Peñuela, y el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en segunda instancia, revocando aquel fallo, condenó al tenor de la demanda a Peñuela, quien ahora recurre en revisión.

Fue base para el Tribunal la confesión de Peñuela, y es base para éste en el presente recurso su concepto de que esa confesión debió admitírsele con sus modificaciones y explicaciones, como manda en su primera parte el artículo 609 del C. J. por lo cual en su concepto el Tribunal erró situando el caso en la segunda parte del mismo artículo y echando menos la comprobación de esas modificaciones cual si fuesen hechos separados.

De ahí y de su creencia insistente y vehementemente expresada en la mala voluntad y hasta odio que le profesa el Magistrado del Tribunal que fue sustanciador y ponente, deriva Peñuela el cargo que formula como razón de ser de la revisión impetrada, que es el fraude, pues invoca la causal última del artículo 542 del C. J. que en lo pertinente dice: "Puede revisarse una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior, en los casos siguientes:..... 4º Si la sentencia se dictó injustamente, por cohecho, violencia o fraude".

La Corte encuentra que el error de apreciación de una prueba en su caso, no constituye el fraude a que se refiere esta disposición y que cuando efectivamente lo hay, determina la invalidación de la sentencia revisada y su reemplazo por la que juzgue arreglada a derecho, según las palabras del artículo 547 ibídem.

Peñuela confesó en posiciones haber recibido $ 590.01 que en los trabajos de la carretera central del Norte se debían a Mojica y agrega que, si inicialmente apalabró con éste una comisión u honorario del diez por ciento creyendo fácil el cobro ambos, por haber sido éste difícil se elevó aquella al cincuenta por ciento, y añade además que al arreglar cuentas con Mojica pagó a éste su saldo menos $ 34 simplemente. Pero Mojica, sosteniendo el diez por ciento primitivo y negando por tanto la elevación al cincuenta y negando también lo del pago, con prescindencia de centavos formuló su demanda por la suma redonda de $ 530 e intereses legales en la mora, y así condenó a Peñuela el Tribunal estimando que aquella confesión dividua y que el mayor porcentaje afirmado por el confesante, así como el pago comprendido en la misma afirmación, constituyen otras tantas excepciones cuya comprobación por lo mismo era de cargo de Peñuela, de donde dedujo la condenación ante la falta de comprobantes de lo que en concepto del Tribunal, como acaba de decirse, eran excepciones. Opinando así, siguió el artículo 1757 del C. C.

Mientras rigió el artículo 568 del C. J. anterior, fue una verdadera dificultad para el juzgador y tema de intensas discusiones y diferencias entre los doctrinantes la determinación en cada caso de si el confesante que procede condicionando su confesión añade al condicionarla hechos constitutivos de excepciones o simplemente algo que la determine y la precisa y que, por lo mismo, sería carente a la vez de lógica y de equidad reputar excepción con la consiguiente carga probatoria. Esa dificultad se ha atenuado ante el artículo 609 del C. J. actual, aunque no puede decirse que haya desaparecido en absoluto por haber éste trazado una línea divisoria entre las dos aludidas clases de confesión.

Así las cosas, es muy agible que se opte por colocar en uno u otro de los grupos una confesión dada, sin que ello signifique algo distinto de un error de apreciación ante quien opine que debió colocarse en el otro grupo. Concretando la reflexión al presente caso, puede afirmarse como probable que, a haber interpretado el Tribunal el citado artículo 609 tal como lo ha hecho la Corte en los fallos de casación civil en que ha tenido ocasión de estudiarlo y sentar doctrina so

bre él, hubiera tomado las explicaciones, aclaraciones y modificaciones, aludidas como concernientes al hecho principal confesado, y por tanto, las habría admitido o, mejor dicho habría admitido con ellas la confesión, tal como Peñuela la hizo.

Pero esta simple conjetura sobre lo que pudo haber sido si se hubiera interpretado en determinado sentido esa disposición legal, no puede ser en manera alguna concepto afirmativo respecto del fraude afirmado por Peñuela, ni puede ser, mucho menos, la prueba necesaria en ley para que un funcionario o entidad judicial reconozca que hay fraude y proceda en consecuencia.

Cuando se yerra en la apreciación de una prueba y con ello se viola ley sustantiva, prospera el recurso de casación que en ello se funde. Claro es que aquí se alude a casos cuya cuantía permite este recurso y en que se le haya fundado oportuna y debidamente. Pero el recurso de revisión es muy distinto, tanto en tramitación como, sobre todo, en su alcance y en sus causales. Distinto es también, y apenas habrá para qué decirlo, de una instancia. No estándose en nueva instancia ni en casación sino en revisión, y concretándose la Corte como es su deber, a lo procedente a este preciso y extraordinario recurso, le basta para hallarlo infundado observar que la causal invocada es la antedicha de fraude y que lo único pertinente a ella entre las alegaciones del recurrente es la queja ya vista sobre interpretación y aplicación del artículo 609 del C. J., en la cual, aun dando por sentado que el Tribunal equivocó la apreciación de las referidas posiciones, mal podría hallarse lo que como fraude se entiende en ley y es requerido por el citado artículo 542 para invalidar una sentencia.

De otro lado se observa que la enemistad manifiesta entre el juzgador y alguna de las partes es causal de impedimento (C. J., artículo 435, numeral 15); que la parte interesada puede recusar al funcionario (C. J., artículo 440), y que en el pleito de Mojica contra Peñuela no aparece que éste recusara al Magistrado sustanciador en el Tribunal.

Llamado a pruebas este recurso (C. J., artículo 546), solicitó el recurrente las indicadas en su memorial presentado el 18 de diciembre último, decretadas en auto del mismo día; de ellas se practicó sólo la encaminada, según aquél, a establecer que los juicios que cursaban en dicho Tribunal en que el actual recurrente es interesado por sí o como mandatario le correspondían al aludido Magistrado cuando era "manejador del reparto" al decir del memorialista. Diligenciado el despacho correspondiente, aparece que esos asuntos fueron cuatro así: el de que ahora se trata y tres más, repartidos éstos con mediación, cada cual, de algunos de los Magistrados restantes. Aunque todos hubieran correspondido a aquél siendo el Presidente, de esta simple circunstancia no podría deducirse o en ella no podría verse prueba de que la sentencia que hoy revisa la Corte la dictara el Tribunal por fraude.

Quizá no sobre advertir que ella se dictó no por un solo Magistrado, sino por los tres de la Sala respectiva.

Se observa también que no aparece en este proceso reclamo alguno acerca de los aludidos repartimientos distinto del de ahora que tangencialmente se sugiere o formula.

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 infundado el recurso de revisión interpuesto por Simón Peñuela contra la sentencia de siete de marzo de mil novecientos treinta y tres en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo lo condenó a pagar a Clodoveo Mojica lo que ella expresa, en el juicio ordinario de éste contra aquél por cantidad de pesos, y condena al recurrente en las costas del recurso.

De la suma consignada por el recurrente se tomará lo necesario para pagar las costas, y el sobrante se aplicará a la beneficencia pública, al tenor del artículo 544 del C. J.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Rodrigo Jiménez Mejía, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica. Pedro León Rincón, Srio en ppd.

DEMANDA SOBRE RESOLUCION DE UN CONTRATO, SOBRE PAGO DE PERJUICIOS, ETC. CONTRATO DE CAMBIO. — ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. — CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE "IN REM VERSO"

El caso de autos fue un contrato de cambio, en el cual el demandante debía hacer las gestiones pertinentes para recibir el cheque o cheques sobre Alemania; la prestación del Banco demandado consistía en girarle uno o varios cheques contra Alemania, pero dentro de los términos de la convención y para hacerlo era precisa la manifestación del actor sobre el particular, que no se demostró en los autos. Siendo eso así, la acción resolutoria del contrato de cambio no puede prosperar porque el demandado no ha estado en mora de cumplirlo, lo que no elimina en absoluto la obligación del Banco de entregarle una suma de dinero al actor, la misma que hubiera tenido que desembolsar si el actor hubiera acudido a reclamar en su día los cheques. 2. El acrecimiento de un patrimonio se justifica tanto en derecho como en equidad, cuando hay un fundamento, una causa legítima procedente de un acto jurídico. Más algunas veces existe o se presenta un desplazamiento o disminución de un patrimonio independientemente de toda causa jurídica,o, cuando una persona hace un pacto a que no está obligada o en algunos casos de accesión. El equilibrio en casos como los apuntados, entre los dos patrimonios, queda roto y entonces el remedio para restablecerlo consiste en dar al enriquecedor una acción contra el enriquecido. 3. Para el ejercicio de la acción de IN REM VERSO se requieren estas condiciones: a) Que haya habido un enriquecimiento; b) Un empobrecimiento correlativo; c) Que ese enriquecimiento haya sido injusto o sin causa; d) Que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de EN REM VERSO tiene un carácter esencialmente subsidiario, y e) Por último, esa acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley. 4. El enriquecimiento sin justa causa es la condición jurídica esencial que da a la teoría y a la doctrina su verdadera fisonomía, y que demarca los límites necesarios de ella; en principio puede haber enriquecimiento a expensas de otro, pero con la condición de que exista una verdadera causa; sólo cuando ésta no existe tiene lugar la aplicación de la teoría predicada que consagra de una manera expresa el código alemán en su artículo 812 y el código federal suizo en su artículo 62, la doctrina y la jurisprudencia francesa y también la jurisprudencia colombiana.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

La base fundamental de este pleito iniciado por el apoderado del doctor José J. Hernández contra el Banco Alemán Antioqueño de Medellín es la siguiente carta: "Medellín, octubre 20 de 1919.—Señor doctor don José Joaquín Hernández.—E. L. C. Muy señor nuestro: Haciendo referencia a nuestro convenio verbal de hoy, nos es grato dejar constancia, por la presente, de haberle vendido la cantidad de sesenta mil (60,000) Marcos vista de la moneda corriente hoy en Alemania, al tipo de cambio 17½% cuyo equivalente, o sea la suma de $ 2,625.00 oro legal, ya nos ha sido entregado por usted, de la manera siguiente:

V/. de su depósito en este Banco	$	2,390.00	oro
Más: intereses al 5% anual en 82 días desde el 28 de julio de 1919 hasta hoy, al 5% anual		27,22	"
V/. de su depósito donde Vásquez. Correas & Cía.	606.00		
Más: intereses al 6% anual en 64 días, desde agosto 16 de 1919 hasta hoy	6,40	606.40	"
	$	3,023.62	oro
Menos: V/. de los M. 60,000 vista	$	2,625.00	oro
Queda un saldo a su favor de $		398.62	oro

que le abonamos en cuenta Depósito Disponible, con valor al día de hoy. Conforme a nuestro convenio, le recibiremos los M. 60,000 también en depósito por el término fijo de seis (6) meses, a contar de esta fecha en adelante, abonándole un interés del tres por ciento (3%) anual, y entregándole el valor del depósito, al vencimiento del plazo. en uno o varios cheques s. Alemania, de acuerdo con los deseos de usted. Somos de usted muy attos. ss. ss. y amigos, Banco Alemán Antioqueño". (Aquí la firma).

Basado en dicha carta cuya autenticidad aceptan las partes militantes en este litigio,

el apoderado del doctor Hernández pidió que por la justicia ordinaria se hicieran tres declaraciones principales, a saber:

1ª Que está resuelto el contrato que se hizo constar en la carta de 20 de octubre de 1919; 2ª Que el Banco demandado está obligado a devolver al demandante la cantidad de dos mil seiscientos veinticinco pesos, en virtud de la resolución del contrato; y 3ª Que el mismo Banco está obligado a pagarle al actor los servicios provenientes del incumplimiento de tal contrato, perjuicios que según estimación del demandante valen la suma de cinco mil, a la que fijen peritos en este mismo juicio o en otro distinto.

En subsidio de las anteriores declaraciones el actor pidió que se declare que el Banco Alemán Antioqueño debe al demandante Hernández la suma de ocho mil pesos o la que fijen peritos, como valor de los perjuicios por no haberle entregado el 20 de octubre de 1919 en adelante, en el caso de que se declare que el cheque o cheques han debido entregársele el 20 de abril de 1920.

Como segunda subsidiaria solicitó la declaratoria de que el Banco demandado debe pagar al demandante la suma de $ 2.625 y sus intereses a la rata más alta de la plaza, o a la rata corriente, o a la legal, desde el 20 de octubre de 1919, hasta el pago.

Por último pidió que se condenara al Banco al pago de las costas del juicio.

En sentencia de primera instancia se declararon no probadas las excepciones propuestas por el Banco demandado y se condenó a éste a pagar al actor la cantidad de mil trescientos cincuenta pesos con sus respectivos intereses al 3% anual desde el 20 de abril de 1920 hasta el día en que se verifique el pago, más la suma de veinte pesos, veinticinco centavos. Se declaró que no había lugar a hacer las otras peticiones de la demanda.

El Tribunal Superior de Medellín en sentencia de 22 de febrero de 1934 confirmó la del inferior y ambas partes interpusieron recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

LA SENTENCIA RECURRIDA

Para el Tribunal fallador, según la carta transcrita en esta sentencia, existen dos contratos entre el Banco demandante y el demandado, a saber: a) Contrato de compraventa; b) Contrato de mutuo. Respecto del primero sostiene el Tribunal que no puede desconocerse que cada una de las partes cumplió religiosamente con sus respectivas obligaciones, que el precio se satisfizo con la adquiecencia del doctor Hernández para que los dos mil seiscientos veinticinco pesos que tenía en depósito pasaran a ser de propiedad del Banco con tal fin y esta entidad hizo la entrega de los sesenta mil marcos simbólicamente, brevi manu, cambiando la causa, esto es de ser propietario de dichos marcos pasó a ser depositario o mutuario a favor del doctor Hernández por igual cantidad.

Respecto del segundo estimó el Tribunal que perfeccionado el contrato de mutuo y vencido el término, el Banco se constituyó en la obligación de restituir los sesenta mil marcos y sus intereses devengados el veinte de abril de mil novecientos veinte. Pero como incurrió en mora, por no haber satisfecho la obligación en este día, debe los perjuicios ocasionados por semejante omisión.

RECURSO DEL DEMANDANTE

Acusa éste la sentencia por violación de los artículos 746 del C. de Co., 1546, 1610, 1603, 2221 del C. C. y 2º de la ley 46 de 1923.

El recurrente no impetra la declaración concreta que haya de hacer la Corte en el evento de que el fallo fuere casado, sino que pide a esta superioridad que "se sirva casar la sentencia recurrida y hacer las declaraciones de la demanda, que sean conducentes".

Toda la acusación y argumentación de la parte demandante se basa en que se trata de un contrato de cambio y al respecto se expresa así: "la parte del doctor Hernández sostiene que se trata de un contrato de cambio. Y para ello no es óbice el que haya hablado en la demanda de venta de marcos a la vista porque una y otra cosa son lo mismo en el fondo, y porque un litigante tiene derecho para rectificar conceptos jurídicos cuando a bien lo tenga, sin que por esto pueda imputársele dañada intención". "Concluyo, dice el recurrente, que el honorable Tribunal violó el artículo 746 del C. de Co. por haber apreciado erróneamente la carta de dos de octubre de mil novecientos diez y nueve interpretando de manera absurda el contrato que ella contiene. El primer contrato perfeccionado entre el Banco Alemán Antioqueño y el doctor José J. Hernández fue de compraventa, afirma redondamente el Tribunal, dejando de aplicar e infringiendo de manera directa el citado artículo 746".

Para el recurrente lo que se celebró en realidad entre el Banco Alemán Antioqueño y el doctor Hernández fue un contrato de cambio, que incumplió el Banco, y de ahí la resolución y perjuicios impetrados y la violación de las demás normas sustantivas citadas en el recurso.

RECURSO DEL DEMANDADO

Acusa éste la sentencia por violación, entre otros, de los artículos 1609, 1616 y 1627 del C. C., y la síntesis de su argumentación es la siguiente: El Tribunal fallador interpretó como de mutuo el contrato a que se refiere la carta de 20 de octubre de 1919 y esa interpretación lo llevó a la violación de los artículos que se acaban de mencionar. El recurrente demandado se expresa así: "al declarar el Tribunal en su sentencia que la operación celebrada entre el Banco Alemán Antioqueño y el doctor Hernández es un contrato de mutuo y al aplicar a la controversia las disposiciones legales establecidas para el mutuo, violó las disposiciones sustantivas citadas". Más adelante se expresa así: "al interpretar el Tribunal la parte final de la carta de veinte de octubre, y prescindir de la modalidad especial consignada allí para el pago, o sea la de que el acreedor determinara si exigía uno o varios cheques, ha violado indirectamente, por errónea apreciación de la prueba, los artículos 1626 y 1627 del C C., puesto que ha pretendido que el deudor verifique el pago sin tener en cuenta el mismo tenor de la obligación respecto de la manera de hacer el pago del depósito recibido de Hernández".

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Dada la naturaleza de este asunto, y los diferentes conceptos de los recurrentes, para mayor claridad y orden es necesario estudiar conjuntamente los cargos y así proceder la Corte, la cual observa lo siguiente:

Para ésta lo que realmente se celebró entre el Banco demandado y el demandante fue un contrato de cambio, para entrega futura de divisas extranjeras, de marcos, en fecha cierta, y si bien es evidente que el actor doctor Hernández cumplió con el pago, la obligación de la otra parte, o sea del Banco, dependía de que aquél percibiera el cheque o cheques contra Alemania, en la fecha estipulada, haciendo saber al Banco si exigía un solo cheque o varios y por cuánto cada uno en este último caso.

Se celebró, repite la Corte, el contrato de cambio a que se refiere el artículo 746 del C. de Co., contrato regido no sólo por esa norma y por la expresada en el artículo 747 ibídem, sino gobernado por la voluntad de las partes expresada en la carta de 20 de octubre de 1919 de que ya se ha hecho mérito.

Según esa carta, que es prueba del contrato, el Banco demandado debía entregarle al demandante al vencimiento del plazo, es decir a los seis meses contados del 20 de octubre de 1919 para adelante, cheque o cheques contra Alemania, de acuerdo con los deseos del doctor Hernández.

Según el artículo 746 citado, en el contrato de cambio una de las partes se obliga mediante un valor prometido o entregado a pagar o hacer pagar a la otra parte, o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención. Según el contrato entre el Banco y el doctor Hernández, el cheque o cheques serían girados contra Alemania dentro de los seis meses siguientes al veinte de octubre de mil novecientos diez y nueve.

Dadas la naturaleza del contrato y la estipulación contractual especialmente, el Banco no podía hacer la entrega del cheque contra Alemania al doctor Hernández, sino a solicitud de éste, en virtud de su manifestación respecto de si optaba por uno o varios cheques. La obligación del Banco era la de aguardar la manifestación del doctor Hernández sobre ese particular y la obligación de éste era la de hacer sabedor al Banco de su determinación al respecto. Y no podía el Banco girar o expedir oficiosamente los cheques porque no tenía elementos para saber si eran uno o varios ni en este último caso cuál debía ser la cuantía de cada uno de ellos. La estipulación sobre este particular estaba gobernada por la voluntad contractual, que se traducía en el aviso o manifestación de Hernández, hecho oportunamente al Banco.

Consideradas así las cosas, resulta de autos lo siguiente: a) No está comprobado que el demandante doctor Hernández hubiera acudido al Banco a reclamar esos cheques; b) No está demostrado hubiera estado remiso en entregárselos; c) Quien debía decidir, según los términos de la carta, si la entrega debía hacerse en uno o varios cheques era el doctor Hernández, y no se demostró la voluntad de éste sobre el particular.

El Tribunal interpretó como de compraventa el contrato a que se refiere la carta aludida, interpretación que el recurrente demandante ataca en casación, sosteniendo que lo que se celebró fue un contrato de cambio. En esto está en lo cierto el recurrente, pero ni la apreciación del Tribunal, ni el concepto del recurrente inciden en casación, porque para esto hubiera sido necesaria la demostración de que el Banco no cumplió con la obligación de entregar el cheque o cheques contra Alemania, demostración que no existe en autos. Todo lo

contrario. El demandante no ha reclamado la entrega de esos cheques y extraño además aparece, o por lo menos la Corte no encuentra una explicación en autos, por qué tratándose de un negocio de cambio, de la rapidez que requieren las operaciones comerciales y de los fines que se buscan con aquel contrato, el actor hubiera dejado pasar trece años sin reclamar el cumplimiento de la convención. Además, la obligación del Banco era la de entregar divisas extranjeras, pero en fecha cierta y determinada, y cualesquiera que fueran los móviles en esperanzas, halagos o temores, que llevaron a cada una de las partes a contratar como lo hicieron, es un hecho indudable que una y otra afrontaron las vicisitudes normales de la divisa que había de entregarse precisamente en día cierto y determinado, o sea el 20 de abril de 1920, y que además, el alea en pro o en contra de cada cual tuvo esta fijación de fecha, en la cual y no en ninguna otra distinta, vendría a quedar precisada la ganancia o pérdida respectivas.

El Tribunal no accedió a las peticiones de la acción resolutoria porque estimó que no había habido incumplimiento por parte del Banco. La Corte llega a la misma conclusión, pero por conceptos muy diferentes, y resulta entonces que no han sido violadas las otras normas sustantivas citadas por el recurrente demandante, porque, se repite, no está demostrado el incumplimiento del Banco para con el doctor Hernández.

Si se parte de la base de que la convención celebrada fue de cambio, las figuras jurídicas de depósito y mutuo quedan excluídas. El Tribunal razonó en su sentencia como si se tratara de un simple pacto de mutuo, y en esto sustenta la condenación contra el Banco. Pero este concepto no puede admitirse por lo que ya se expresó y resulta entonces justificada la acusación del demandado, del personero del Banco Alemán Antioqueño, quien señala como infringidas las disposiciones relativas al mutuo, por indebida aplicación y como violada por interpretación errónea, la norma del artículo 1609 y por no aplicación la consagrada por el artículo 1627 del C. C.

No fue en efecto un mutuo el pacto celebrado entre el doctor Hernández y el Banco, ni tampoco se celebró entre ellos una convención de aquellas que por la simple llegada del plazo constituye al deudor en mora. Fue un contrato de cambio, en el cual el demandante debía hacer las gestiones del caso para recibir el cheque o cheques sobre Alemania, como ya se expresó: la prestación del Banco consistía en girarle uno o varios cheques contra Alemania, pero dentro de los términos de la convención y para hacerlo era precisa la manifestación del doctor Hernández sobre el particular que no se demostró en los autos, y sólo con esa prueba y con la no entrega de los cheques el Banco hubiera quedado constituído en mora. La obligación del Banco no era ni la de devolver al doctor Hernández los dos mil seiscientos veinticinco pesos, porque no se trataba de un contrato de mutuo, ni los sesenta mil marcos, porque no se trataba de un contrato de depósito, sino de entregarle, por cuenta de un valor recibido, cheque o cheques contra Alemania, en virtud del contrato de cambio que fue el celebrado, lo que dicho sea de paso no puede entenderse que se oponga a que entre tanto el dinero anticipado por Hernández ganara interés mientras estaba en poder del Banco como en depósito hasta llegarse el citado día cierto (veinte de abril), puesto que en ese semestre lo disfrutaba el Banco.

SENTENCIA DE INSTANCIA

En la demanda se ha ejercitado la acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del C. C. y no se ha pedido el cumplimiento del contrato, la entrega de cheques, sino que el actor optó por aquella resolución y la indemnización de perjuicios. Para que la acción resolutoria pudiera prosperar, hubiera sido necesario que el Banco demandado hubiera estado en mora de cumplir con lo estipulado y que el demandante hubiera demostrado que se había allanado por su parte a cumplir el pacto en la forma y tiempo debidos, artículos 1546 y 1609 del C. C. y ni demostró por lo ya dicho estos extremos, ni dada la naturaleza de la convención y al tenor del artículo 1608 ibídem, puede afirmarse que el Banco hubiera estado en mora. Además está comprobado en autos que según la costumbre comercial no era el Banco demandado el que debía ir en busca del demandante, sino que éste ha debido acudir al Banco para obtener, en el día prefijado el cheque o cheques contra Alemania y no existe en autos ninguna prueba de que las partes hubieran convenido lo contrario sobre el particular.

La primera petición subsidiaria está condicionada a la acción resolutoria a que se refiere la primera petición, de modo que por lo ya dicho no puede prosperar.

En cuanto a la segunda petición subsidiaria la Corte observa lo siguiente: Se halla tal petición desvinculada de la principal y de la primera subsidiaria, o en otros términos no está basada en la acción resolutoria, sino que la intención del actor, interpretada

con algunos de los hechos de la demanda, se concreta a la devolución de los dos mil seiscientos veinticinco pesos, no por el concepto de resolución, sino por el enriquecimiento sin causa, invocado también por el actor entre los fundamentos de derecho.

Considerando así dicha petición resulta lo siguiente:

Entre el demandante y el demandado se celebró un contrato de cambio a plazo fijo; el día de la expiración del plazo el Banco debía desembolsar una cantidad determinada, como equivalente a los sesenta mil marcos, en cheque o cheques contra Alemania. Cuando se verificó dicho contrato ambas partes corrieron una contingencia, una álea, pues ni el Banco sabía con qué cantidad de moneda colombiana adquiría tales cheques en marcos, ni el doctor Hernández sabía tampoco si esa cantidad sería mayor o menor de los dos mil seiscientos veinticinco pesos moneda corriente, que entregó al Banco, para que éste a su turno y en el plazo prefijado le entregara los cheques. Pero dentro de esta contingencia, dentro de esta álea, es lo cierto que el Banco debía desembolsar una cantidad de dinero para entregar a Hernández el cheque o cheques contra Alemania.

Ahora bien: el hecho de que Hernández no hubiera ido a reclamarle al Banco en la fecha prefijada el cheque o cheques contra Alemania, si desde el punto de vista de la acción resolutoria impetrada hace legalmente imposible que ésta prospere, no elimina en absoluto la obligación del Banco de entregarle una suma de dinero al actor, la misma que el Banco hubiera tenido que desembolsar, si Hernández hubiera acudido a reclamar en su día los cheques. Si el contrato de cambio no pudo verificarse sino al vencimiento del término prefijado y no después, eso no quiere decir que la obligación del Banco para con Hernández haya quedado completamente cancelada o sea a paz y salvo el Banco con el demandante.

En la vida de los negocios se observa con frecuencia que uno de los contratantes se enriquece a costa del otro y de ahí que el acrecimiento de un patrimonio implica normalmente la disminución correlativa de otro patrimonio: pero este fenómeno se justifica tanto en derecho como en equidad, cuando hay un fundamento, una causa legítima procedente de un acto jurídico. Mas algunas veces existe o se presenta un desplazamiento o disminución de un patrimonio independientemente de toda causa jurídica, como cuando una persona hace un pago a que no está obligado o en algunos casos de accesión. El equilibrio en casos como los apuntados, entre los dos patrimonios, queda roto y entonces el remedio para restablecerlo consiste en dar al enriquecedor una acción contra el enriquecido.

Esta doctrina que tiene en la legislación colombiana apoyos tan fundamentales como las normas contenidas en el capítulo 2º del título 33 del libro IV del C. C., pago de lo no debido y artículo 1524 de la misma obra, no puede aplicarse sino con ciertas restricciones y limitaciones que en síntesis son las siguientes y que dan el fundamento para establecer la acción de inrem verso: A) Es necesario que haya habido un enriquecimiento. B) Un empobrecimiento correlativo. C) Es preciso que ese enriquecimiento haya sido injusto o sin causa. D) Es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción puesto que la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario y E) Por último esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley.

El enriquecimiento sin justa causa es la condición jurídica esencial que da a la teoría y a la doctrina su verdadera fisonomía, y que demarca los límites necesarios de ella; en principio puede haber enriquecimiento a expensas de otro, pero con la condición de que exista una verdadera causa; sólo cuando ésta no existe tiene lugar la aplicación de la teoría precitada que consagra de una manera expresa el código alemán en su artículo 812 y el código federal suizo en su artículo 62, la doctrina y la jurisprudencia francesas y también la jurisprudencia colombiana basada en los textos de que se ha hecho mérito. (Sentencias de fechas 6 de septiembre de 1935, 19 de noviembre de 1936 y 19 de agosto de 1935, dictadas por la Corte).

De acuerdo con todo lo anterior y aplicado al caso que se estudia la Corte encuentra lo siguiente: Pasado el término prefijado por las partes, el doctor Hernández no podía exigir del Banco Alemán Antioqueño la entrega del cheque o cheques contra Alemania, porque la negociación fue a día cierto y determinado y se trataba de un contrato de cambio; pero la negligencia, descuido o culpa de Hernández en pedir esos cheques, no podía imponerle la sanción de la pérdida total de la cantidad que él había entregado al Banco para que éste los expidiera. No prosperándole la acción resolutoria, el único modo de obtener que el Banco demandado le devuelva alguna suma, por el concepto de lo que él le entregó al dicho Banco, es la acción de in rem verso, ejercitada en la segunda subsidiaria de la deman-

da, condición ésta que tiene dicha acción.

Ahora bien: si Hernández hubiera acudido al Banco a obtener el cheque o cheques contra Alemania, el Banco Alemán Antioqueño de Medellín, hubiera así tenido que desembolsar la cantidad necesaria el día que se cumplió el plazo, para adquirir los sesenta mil marcos. Si Hernández no acudió ese día al Banco, claro es que no puede, como se ha dicho, impetrar la acción resolutoria, pero no por eso ha de desconocerse que en el Banco quedaba o debía quedar una cantidad necesaria y suficiente para adquirir esos marcos ese día, cantidad que existe o debe existir en poder del Banco y que es de Hernández, porque si no fuera así, habría un enriquecimiento sin causa, a favor del Banco y en contra de Hernández. Repite la Corte, que por el hecho de que Hernández no hubiera concurrido en oportunidad la cantidad que hubiera podido quedar o quedara a favor de Hernández no podría pasar por eso del patrimonio de éste al patrimonio del Banco demandante.

Mas los resultados de la acción de in rem verso no son ni pueden ser otros sino que el demandante debe obtener una suma igual al monto del enriquecimiento realizado por el demandado, de modo que por este concepto ese enriquecimiento no es ni puede ser la cantidad a que se refiere el demandante Hernández en su demanda, o sea la suma de dos mil seiscientos veinticinco pesos, sino la cantidad que hubiera tenido que desembolsar el Banco demandado, el 20 de abril de 1920, para entregarle a Hernández los sesenta mil marcos en letra o letras contra Alemania.

Analizando por otro aspecto la segunda petición subsidiaria, encuentra la Corte que si ésta no tuviera apoyo independiente en la acción de enriquecimiento sin causa, lo tendría como consecuencia de la imposibilidad del cumplimiento del pacto en fecha posterior a la prevista en él y en la forma convenida. El demandado, en efecto conviene en que en su poder hay un valor que no le pertenece y que ha estado dispuesto a restituir.

Ambas partes aceptan la existencia del pacto y aun cuando no están de acuerdo en el contrato que por él se celebró, sí convienen ambas en que quedaron vinculadas por relaciones jurídicas recíprocas. El debate se planteó no sólo sobre la interpretación del pacto sino sobre el monto de la obligación objeto de la prestación por parte del Banco a favor de Hernández; al paso que éste en la petición que se estudia reclama el pago de los dos mil seiscientos veinticinco pesos que entregó al Banco, para que éste a su turno y en el plazo convenido le entregara uno o varios cheques contra Alemania, el Banco demandado desde la contestación de la demanda ha manifestado que está dispuesto a cumplir con su obligación, no en la forma, en la cuantía señalada por Hernández, sino en cheque o cheques contra Alemania. Puede decirse que la intención y pensamiento del Banco está sintetizada en el siguiente aparte del alegato del apoderado del Banco ante la Corte y que dice así: "fundado en las razones que he expuesto, en el presente escrito solicito respetuosamente de la Corte que se case la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, y que el fallo que decida en definitiva este litigio, se contraiga a declarar la obligación en todo tiempo reconocida por el Banco Alemán Antioqueño de devolver al demandante sesenta mil marcos de la moneda corriente en Alemania el día 20 de octubre de 1919".

Según esto y en virtud de las disposiciones de los artículos 1494, 1495 y 1602 del C. C., demandante y demandado están ligados por una norma privada y el cumplimiento de ésta para que esa norma sea efectiva es la prestación de lo que el Banco debe a Hernández, artículo 1626 del C. C. para que de ese modo quede extinguida la obligación del Banco, artículo 1625 ibídem.

Ya se dijo atrás cuál es el criterio de la Corte respecto del modo como el Banco debe cumplir esa prestación, cual es la obligación del Banco para con Hernández, o sea no de pagarle la suma de los dos mil seiscientos veinticinco pesos que reclama en la petición subsidiaria que se estudia, sino la cantidad que hubiera tenido que desembolsar el Banco el 20 de abril de 1920 para entregarle a Hernández los sesenta mil marcos en cheque o cheques contra Alemania.

Cuál sea el monto de esa cantidad es una cuestión que la Corte no puede decidir en este fallo por lo siguiente: el apoderado del doctor Hernández entre las pruebas que solicitó, pidió que por peritos se estableciera el valor de los marcos con relación a la moneda colombiana el 20 de abril de 1920. Los peritos Lázaro Tobón y David Córdoba cumplieron su cometido y al respecto se expresaron así: "como los marcos estaban (el 20 de abril de 1920), a nueve pesos cada cuatrocientos, los sesenta mil marcos, capital del depósito valían mil trescientos cincuenta pesos". Mas este dictamen no puede ser tenido en cuenta por la Corte porque la prueba no se perfeccionó una vez que no fue puesto en conocimiento de las partes como lo previene el artículo 719 del C. C. ni fue aprobado por el juez; el dictamen

uniforme y explicado de dos peritos hace plena prueba, según el artículo 721 ibídem, pero es necesario para esto que la prueba se haya producido en la forma legal y ni por parte del juez ni por parte del demandante se hizo la menor gestión para que la prueba quedara completa hasta el punto, que ni siquiera el secretario del juzgado le puso nota de presentación al dictamen pericial, ni la parte actora hizo el menor reclamo sobre el particular. De modo pues que por imperio de los artículos 480 y 553 del C. J. en un juicio especial debe ser fijada en moneda colombiana la suma o cantidad que el Banco deba pagar al demandante, doctor J. J. Hernández, sobre esta base. ¿Cuánto valían el 20 de abril de 1920 en la plaza de Medellín, en pesos colombianos, sesenta mil marcos, en cheques contra Alemania y de los marcos que circulaban en esa fecha en Alemania? Ese es el valor o cantidad que el Banco demandado debe pagar al demandante.

En cuanto a los intereses se observa lo siguiente: En lo que respecta a los estipulados por ambas partes durante los seis meses, comprendidos entre el veinte de octubre de mil novecientos diez y nueve y el veinte de abril de mil novecientos veinte, debe estarse al pacto contractual, lo que equivale a decir que el Banco debe pagar al actor la suma de veinte pesos, veinticinco centavos por concepto de esos intereses. En lo que atañe a los intereses comprendidos entre el veinte de abril de mil novecientos veinte y la notificación de la demanda, no puede prosperar la petición porque por una parte el Banco debe ser considerado como tenedor de buena fe de la suma que debe pagarle a Hernández y por la otra la negligencia de éste en liquidar sus asuntos con el Banco, procedentes del contrato tantas veces citado, no puede acarrearle al Banco la condenación en unos intereses sobre una suma que antes no había demandado Hernández. En cuanto a los intereses comprendidos entre la fecha de la notificación de la demanda corregida y el día del pago, la petición debe prosperar, no por concepto de pena o sanción contra el Banco sino por el principio del enriquecimiento sin causa, porque habiendo estado el dinero que debe pagar el Banco a J. J. Hernández en poder del Banco, es claro que los intereses que haya devengado esa cantidad corresponden al dueño del dinero. En la aclaración a la sentencia de 27 de marzo de 1936, aclaración que lleva fecha de 25 de julio del mismo año, la Corte sentó la doctrina sobre el particular y que es aplicable al caso presente, puesto que el principio que consagra el segundo inciso del artículo 1746 del C. C. es aplicable a esta litis. Ahora bien: el monto o rata de esos intereses es el tres por ciento anual, porque así fue fijado en la sentencia y la Corte no puede elevar esa rata, por cuanto toda apelación, como todo recurso, se considera siempre interpuesto en lo desfavorable al apelante o recurrente.

En tal virtud esa condenación es la del tres por ciento anual, desde la fecha de la contestación de la demanda corregida, o sea desde el cinco de agosto de mil novecientos treinta y dos, folas 32 del cuaderno principal hasta el día del pago.

EXCEPCIONES

En cuanto a las defensas o excepciones opuestas por el Banco demandado se observa lo siguiente: No existe la prescripción de la acción, porque la acción ordinaria según el artículo 2536 del C. C. prescribe en veinte años y cuando se notificó la demanda no había transcurrido ese lapso; no existe la excepción de inepta demanda, porque de acuerdo con el artículo 333 del C. J., ésta sólo tiene cabida cuando la demanda no reúne los requisitos legales, o cuando se dirige contra persona diversa a la obligada a responder sobre la cosa o hecho que se demanda, o cuando a la demanda, se le da un curso distinto del que le corresponde. Respecto de las condiciones primera y tercera la Corte observa que la demanda se presentó ceñida a lo estatuido por el artículo 737 y siguiente y 755 y siguientes del mismo; respecto de la condición 2ª se observa que el doctor Hernández demandó al Banco Alemán Antioqueño de Medellín que era el obligado a reintegrarle una suma de dinero y con el cual celebró el convenio a que se refiere la carta de 20 de octubre de 1919. La defensa de petición de un modo indebido tampoco puede prosperar, porque el doctor Hernández demandó en la forma debida a quien estaba vinculado a él por un pacto contractual. Fuera de estas defensas la Corte no ha encontrado ninguna otra de carácter perentorio que deba deducir.

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, casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, revoca la del

juez de primera instancia, y falla así este pleito.

1º Decláranse no probadas las excepciones perentorias propuestas por el Banco Alemán Antioqueño de Medellín al contestar la demanda.

2º Condénase al Banco Alemán Antioqueño de Medellín a pagar al doctor José Joaquín Hernández, en esa ciudad, en moneda corriente colombiana la cantidad que en esta moneda habría costado en esa ciudad, comprar cheques bancarios sobre Alemania por sesenta mil marcos (M. 60,000) el 20 de abril de 1920. La fijación de dicha cantidad se hará como lo establece el artículo 553 del C. J.

3º El Banco Alemán Antioqueño de Medellín, S. A., pagará al mismo demandante los intereses al tres por ciento anual desde el cinco de agosto de mil novecientos treinta y dos hasta el día del pago, sobre la suma que se fije al tenor del numeral precedente.

4º El mismo Banco pagará al demandante, tres días después de la ejecutoria del fallo, la suma de veinte pesos veinticinco centavos ($ 20,25), como intereses de la cantidad de dos mil seiscientos veinticinco pesos, al tres por ciento anual en el semestre comprendido entre el 20 de octubre de 1919 y el 20 de abril de 1920.

5º Absuélvese al mismo Banco de los demás cargos de la demanda.

6º Sin costas.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

POSESION DE UNA MINA

1. La acción para hacer efectiva la posesión de una mina requiere dos condiciones en el actor: que sea poseedor regular y que no se ejercite contra otro poseedor regular que la ocupe con título anterior al del demandante.—2. La posesión regular en este caso implica dos elementos axiológicos: a) el dominio emanado por adjudicación administrativa del Estado, que pone el mineral en el comercio de los hombres, sin la cual adjudicación no es susceptible de dominio entre particulares, y b) el pago oportuno del impuesto (arts. 44 y siguientes, 94, ordinal 2o., 98, 99 y 100 ibidem, hasta del Decreto Legislativo N° 233 de 1932), que mira a conservar la posesión. 3. Según los artículos 4°, 70 y 303 del código del ramo, la titulación puede ser trasladada, no creada o constituida: el primitivo adjudicatario, a quien el Estado le haya expedido el correspondiente título, y el adquirente o los sucesivos adquirentes del adjudicatario, ya conforme al derecho común, pueden valerse de medios traslativos de dominio para enajenar, siempre que al primitivo enajenante se le haya expedido el correspondiente título, dice el artículo 4°, o que éste se obtenga conforme a las disposiciones del capítulo 5° del código de minas, pues los arts. 78 a 88 de este capítulo, regulan la manera como el poseedor con título distinto del verdadero justo título traslativo de dominio transforma su posesión ordinaria en regular.—4. La posesión regular del titular titulada, inherente al que pretende hacer efectiva la posesión de ella, no se menoscaba sino ante otro poseedor regular de título anterior al del demandado (arts. 323, 419 y 420 del Código de Minas). 5. Aun dentro del derecho común, la validez de la venta de cosa ajena en el sistema colombiano debe entenderse, y así se ha entendido siempre, como generadora de obligaciones del vendedor al comprador, entre las cuales está la de entregar la cosa, pero ese derecho a la cosa es personal del comprador contra el vendedor, y no real del comprador contra terceros, y mucho menos, como lo dice la ley, contra el verdadero dueño, es decir, que sólo genera obligaciones que si no se cumplen por el vendedor se cambian por equivalencias con acción personal, como son los perjuicios.—6. El derecho minero prevé la figura jurídica de que sobre una mina puede haber varios poseedores de una misma clase, en el artículo 308, y una propiedad entre dos o más poseedores regulares, por razón de antigüedad, en el artículo 325.—7. Quien como poseedor regular pretenda la entrega material de la mina ha de probar ante todo titularidad, registro y conservación, tanto con respecto al Estado, prueba administrativa que tiene su ocasión, como respecto a un particular que posteriormente pretende sufrir un gravamen a su derecho contra la entrega pedida judicialmente y siendo ya parte en el juicio sumario u ordinario.—8. La posesión regular en derecho minero implica —por lo que mira a las relaciones del titular con el Estado— la prueba llamada diabólica, o su posesión deja de ser regular, y como entre los eslabones de esa cadena están los traslativos del derecho común, a partir el primer enajenante, no puede excusarse el fallador de tenerlos en cuenta ni allanar sus vacíos con presunciones.

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

(Ponencia a cargo de los Magistrados doctores Múnera y Rocha)

ANTECEDENTES

Advertencia previa: No se trata de minas redimidas a perpetuidad. Todos los hechos están cumplidos antes del Decreto Legislativo 223 de 1932.

1.—Para la mejor inteligencia de los cargos de casación, ha de precisarse la posición jurídica de las partes según los títulos aducidos al juicio.

El Poder Ejecutivo del Estado de Antioquia expidió el título número 16 de fecha 23 de junio de 1876, sobre la mina de oro y de veta abandonada llamada de "Luis Bran", a favor de Raimundo Lopera Berrío; y los títulos Nros. 119 y 44 de 10 de mayo de 1883 y 28 de febrero de 1884, respectivamente, sobre excesos de la citada mina, a favor de Joaquín P. Berrío, todos los cuales fueron bien registrados. Se trata, pues, de minas tituladas, conservadas luégo por los interesados por el pago del impuesto correspondiente a veintidós (22) pertenencias hasta el momento de la litis, es decir, en principio de poseedores regulares. (Linderos al folio 17, cuaderno principal).

Con posterioridad a esas adjudicaciones hay interesados (los que aquí litigan) en demostrar que son derecho-habientes de los primitivos adjudicatarios con una mejor titulación unos que otros, dentro del derecho común (arts. 4°, ordinal 2°, y 70 del Código de Minas).

2.—Esas transmisiones de derecho común no son numerosas; por parte de Raimundo Lopera Berrío se reducen a dos, y por parte de Joaquín P. Berrío, a una. Sumariamente la Corte va a referirse a ellas.

a)—Por parte de Lopera Berrío: Este vendió en 1878, por escritura N° 214 pasada en la Notaría de Santa Rosa de Osos el 1° de noviembre, o sea dos años después de su adjudicación, la totalidad de ella a Manuela Ortiz de Rojas, siendo casada con Joaquín Rojas y debidamente autorizada por éste.

Debe advertirse que dentro de la alinderación de la mina titulada por Lopera Berrío, y luégo vendida por él a Manuela Ortiz de Rojas, había excesos que años después tituló y obtuvo en posesión Joaquín P. Berrío, excesos hoy en poder del demandado Justo P. Rojas.

Después de la adquisición hecha en 1878 por Manuel Ortiz de Rojas, de la mina titulada dos años antes por Raimundo Lopera

Berrío, no aparece que esa señora la hubiera enajenado.

Lo que aparece es que en 1883 su marido, Joaquín Rojas, ya viudo, (hechos 14 y 15 del libelo), y sin mediar adjudicación de la sucesión, puesto que su pretensión al respecto fue rechazada judicialmente (hecho 14), vendió la mina que su esposa había comprado y además los excesos titulados por Joaquín P. Berrío, a Abel González y a Heliodoro del mismo apellido, en esta proporción: doce (12) acciones de una veinticuatroava (1/24) parte a Abel, y seis (6) a Heliodoro González Z. (escritura Nº 438 pasada en Santa Rosa el 29 de agosto de 1889. debidamente registrada.

(Por ventas posteriores tales acciones vinieron a ser de Heliodoro González doce (12), y de Francisco E. Tobar seis (6), que son los demandantes en este juicio).

En la escritura ya mencionada, Nº 438 de 29 de agosto de 1889, dice el vendedor Joaquín Rojas: "Hube el expresado mineral una parte a virtud de contrato de compraventa celebrado con el señor Raimundo Lopera Berrío, y la otra parte por adjudicación que de él se hizo al señor Joaquín P. Berrío, y que éste cedió al otorgante en virtud de una liquidación de cuentas verificada entre los dos". Pero ni aquella compraventa ni esta liquidación de cuentas, se comprobaron ni intentaron comprobarse, en el juicio.

b)—Por parte de Joaquín P. Berrío: Sus excesos titulados bajo los números 113 y 44 de 1883 y 1884 (excesos de la mina de Lópera Berrío) hasta el año de 1914 los mantuvo —y los impuestos aparecen pagados— pero en el año de 14 los vendió a Justo P. Rojas, el demandado en este litigio, por escritura Nº 171 otorgada en Santa Rosa el 14 de abril (folio 52 del cuaderno principal). Esta única transmisión hecha por el titular Joaquín P. Berrío fue registrada en el libro Nº 2.

En cuanto al contenido de la venta, si bien, en extenso, llegado el caso, se analizará después, basta con anotar aquí sumariamente que el titular Joaquín P. Berrío cede en propiedad y posesión a Justo P. Rojas los minerales de excesos titulados por él en 1883 y 1884, excesos de la mina titulada por Raimundo Lopera R. en 1876 y vendida a Manuela Ortiz en el 78, dato que la escritura menciona; y le cede también a Rojas otras pertenencias de excesos titulados por él, Joaquín P. Berrío, el 15 de febrero de 1881. Esta última cesión fue una adición de última hora entre los contratantes Berrío y Justo P. Rojas, y advierte Berrío que tiene un arreglo pendiente con los González que si se consuma deja sin efecto la cesión a favor de Rojas, agregándose final y textualmente por los contratantes: "siempre que a Rojas le convenga arreglar con dichos señores González".

3.—Resumen: La mina que tituló Raimundo Lopera R. en 1876, bajo el número 61, fue vendida por él en 1878 a Manuela Ortiz de Rojas. Los actuales titulares de acciones en ella no derivan su título de la Ortiz sino de Joaquín Rojas, marido de ésta.

Algunos excesos de esta mineral fueron posteriormente titulados por y para Joaquín P. Berrío, en 1883 y 1884, quien los conservó hasta 1914, año en que los cedió en venta al demandado Justo P. Rojas, pero esa escritura está mal registrada.

Adición: Joaquín P. Berrío tituló también en 1881 otros excesos, pero diciendo hacerlo para Joaquín Rojas, a quien allí, respecto de ese denuncio, reconoce como dueño y poseedor (al respecto, véanse folios 6 y 6 vuelto del cuaderno principal).

4.—Objeto de la litis: Cesionarios a título singular de Joaquín Rojas, pretenden que Justo P. Rojas les entregue los minerales todos, como los denunció en 1876 Raimundo Lopera Berrío, con prestaciones consistentes en el producto de su explotación, previa declaración judicial de pertenencia. Justo P. Rojas dice que posee regularmente como cesionario del titular Joaquín P. Berrío.

SENTENCIA RECURRIDA

(Resumen)

5.—El 30 de noviembre de 1938 el Tribunal Superior de Medellín revocó la sentencia del juez, que había absuelto al demandado, y condenó a éste a restituir o entregar a los demandantes dieciocho (18) acciones de una veinticuatroava (1/24) parte en las minas de Luis Bran y a hacer las prestaciones correspondientes como poseedor de buena fe.

Consideró el Tribunal que "aunque los actores no exhibieron las escrituras públicas en que consta la adquisición hecha por Joaquín Rojas y a que alude la constancia que se encuentra en la escritura pública Nº 438 de 29 de agosto de 1889", con los otros títulos prueban su derecho, porque el de propiedad que presentó el demandado carece de eficacia, tanto por ser de fecha posterior "respecto del primero y más antiguo que inició la cadena de los títulos de los demandantes" como por carecer de su registro en el Libro Nº 1º

"Aun sobre la base de que Raimundo Lopera Berrío y Joaquín Berrío no transfirieron su dominio a Joaquín Rojas, la venta que hizo éste a los González habría sido de cosa ajena, la cual es válida, según el art. 1871 del C. C.

"En este último caso quienes podrían reclamar serían las dos personas primeramente nombradas.

"Justo P. Rojas carece de derecho para oponerse porque la tradición que del dominio le hizo Joaquín P. Berrío, "no produjo efecto alguna ante la ley" dada "la circunstancia gravísima" ya anotada, falta de buen registro.

"No prospera la excepción de prescripción porque el demandado mismo 'reconoce paladinamente que estuvo elaborando el mineral por cuenta y a nombre de Joaquín Berrío hasta 1914 y de aquí en adelante, escudado en la escritura pública Nº 171 de su nombre propio'.

"En cuanto al certificado del Registrador que se hizo valer en el juicio, según el cual los títulos expedidos por el Estado a Joaquín P. Berrío, no han sido cancelados por ninguno de los medios que establece el art. 789 del C. C., es sospechoso porque este funcionario nada certifica respecto de las inscripciones de las escrituras que aportaron los demandantes; si el Registrador 'se concretó a lo que dijeran los libros respecto únicamente a Joaquín Berrío, obró mal'."

MATERIA DEL RECURSO

(Síntesis)

6.—El recurrente acusa la sentencia por error de derecho, como violatoria del art. 752 del C. C., al atribuir a las escrituras presentadas por los demandantes el valor de prueba que no tienen, en el sentido de que ellas acreditan la transmisión del dominio de las minas a los actores, puesto que no está probado por ellos que Berrío y Lopera Berrío transmitieran su propiedad a Joaquín Rojas, quien es el causante mediato de González y Tobar.

"El Tribunal incurrió en el error de hecho consistente en negar el valor de prueba al certificado del Registrador en el cual consta que en los libros 1º y 2º no aparece inscripción ninguna en que Joaquín P. Berrío transfiriera su derecho a Joaqoín Rojas.

"El Tribunal invirtió la carga de la prueba, porque, basado en el defectuoso registro de la escritura presentada por el demandado, en donde consta la adquisición del dominio sobre la mina hecha por éste de Joaquín Berrío, a título de compra, exoneró a los actores de la carga de probar sus aserros.

"El Tribunal aplicó en sentido inverso el art. 1871 del C. C., porque la venta de cosa ajena es válida entre las partes, pero no afecta los derechos de terceros. Si la cosa ajena comprada es poseída durante el tiempo legal, el hecho de la usucapión es lo que viene a extinguir el dominio del dueño verdadero, pero no la venta misma de la cosa efectuada por persona distinta de él. El art. 752 ibídem regula los efectos de la tradición hecha por quien no tiene el dominio sobre la cosa. Si lo dicho acontece aun cuando el vendedor de la cosa ajena la haya entregado materialmente, con mucho mayor razón en el presente pleito, en donde ni Joaquín Rojas ni sus causahabientes nunca han tenido materialmente las minas que decían vender.

El Tribunal niega al demandado el derecho de añadir a su posesión la de sus antecesores. Los demandantes reconocen el hecho de la posesión y la de Joaquín P. Berrío está probada hasta el año de 1914.

ESTUDIO DE LOS CARGOS

7.—El Tribunal consideró a los demandantes con suficiente legitimación en causa, y en esa consideración erró, porque no reúnen las condiciones del poseedor regular de minas adjudicadas.

La acción ejercitada fue la reivindicatoria, con todas las características del derecho común, pero aunque el nombre sea impropio ante el derecho de minas, en realidad los demandantes persiguen, creyéndose titulares de minas tituladas, la entrega material de éstas, finalidad económica principal de la reivindicación civil que coincide con las acciones posesorias del derecho minero (arts. 413 y 415 del código de minas).

La acción para hacer efectiva la posesión de una mina que es la ejercitada aquí bajo el nombre de reivindicatoria y por la vía ordinaria, pudiendo, en principio, ser breve y sumaria (art. 413 ib.), requiere dos condiciones en el actor: que sea poseedor regular y que no se ejercite contra otro poseedor regular que la ocupe con título anterior al del demandante (arts. 323 y 419 del C. de M.). Pues está escrito que ella procede contra el que haya adquirido sobre la mina del demandante posesión ordinaria, o violenta, o clandestina (art. 323), o posesión también regular cuando el ocupante tenga título posterior al del actor (art. 420).

La posesión regular, que es la primera condición anotada —según se infiere inicialmente del art. 291 del código de minas y de la construcción jurídica creada por los concordantes del mismo código, a saber: 4º, 70, 94, inciso 2º (entendido que la nulidad por falta de registro es suspensiva simplemente), 303, 309, 321 y 323— implica necesariamente dos elementos axiológicos: a) el dominio emanado por adjudicación administrativa del Estado, que pone el mineral en el comercio de los hombres, sin la cual adjudicación no es susceptible de dominio entre particulares; es entendido que la tradición la hace el Estado materialmente con la entrega y por el modo de la inscripción competente (arts. 44 y siguientes, 94, ordinal 2º; 98, 99 y 100 ibídem), y b) el pago oportuno del impuesto (arts. 291, 309, antes del Decreto Legislativo Nº 233 de 1932), que mira a conservar la posesión.

Tales condiciones de poseedor regular, respecto de la mina titulada Nº 61 de 23 de junio de 1876, menos los excesos de que luégo se hablará, las reunía Raimundo Lopera Berrío y así, aunque sin restarle los excesos, lo reconoce el Tribunal.

El titular y poseedor regular Lopera Berrío vendió el mineral adjudicado a Manuela Ortiz de Rojas en 1878, y aún no se había desmembrado la titulación por los excesos. Según los arts. 4º, 70 y 303 del código del ramo, la titulación puede ser trasladada, no creada o constituída: el primitivo adjudicatario, a quien el Estado le haya expedido el correspondiente título, y el adquirente o los sucesivos adquirentes del adjudicatario, ya conforme al derecho común, pueden valerse de medios traslativos de dominio para enajenar, siempre que al primitivo enajenante se le haya expedido el correspondiente título, dice el artículo 4º, o que éste se obtenga conforme a las disposiciones del capítulo 7º del código de minas, pues los arts. 78 a 88 de este capítulo regulan la manera como el poseedor con título distinto del verdadero justo título traslativo de dominio transforma su posesión ordinaria en regular.

De Manuela Ortiz de Rojas no emana —que aparezca siquiera mencionado en autos— ningún título traslativo de dominio de la mina. Joaquín Rojas, que luégo vende a los actores en este juicio acciones en el mineral adquirido por Manuela Ortiz de Rojas, no tiene título traslativo de la última titular, no obstante lo cual el Tribunal los consideró con suficiente legitimación en causa para reivindicar, o, usando el nombre de la verdadera acción, para que se les hiciera efectiva la posesión, como si fueran poseedores regulares.

Aunque los artículos violados, por falta de aplicación, son, ante todo, los que se han estado citando aquí, y el recurrente no repara en ellos, sí considera él que se violó el art. 762 del C. C., conforme al cual, para efecto de la legitimación en causa, hay que atender a los derechos transmisibles del tradente sobre la cosa entregada, o a los que después adquiera.

El Tribunal consideró al respecto que aunque los actores no exhibieron las escrituras públicas en que consta la adquisición hecha por Joaquín Rojas y a que alude la constancia que se encuentra en la escritura pública Nº 438 de 29 de agosto de 1889" con los otros títulos prueban su derecho... Tales escrituras, a que alude la 438, no se sabe cuáles sean. Entonces, refiriéndose a la 438, dice el recurrente, con razón, que hay un error de derecho, que implica la violación del art. 752 del C. C., en atribuirle a esa escritura el valor de prueba que no tiene, en el sentido de que ella acredita la transmisión del dominio a favor de los actores, puesto que no está probado que Joaquín Rojas fuera titular, y Rojas es el único causante de los actores. La Corte tiene por cierto y conducente el cargo, pues la titularidad —ya dentro del derecho común— está quebrada en el eslabón Manuela Ortiz de Rojas a Joaquín Rojas.

Estas y las siguientes anotaciones se confrontan en el siguiente gráfico:

EL ESTADO
adjudica a:
Raimundo Lopera B.
Tít. Nº 61, junio 23 de 1876
vendido a:
Manuela Ortiz de Rojas
Esc. Nº 214 de nov. 1 de 1878
vacío
Joaquín Rojas
Esc. Nº 438 de agosto 29 de 1889
vende a:
Abel y Heliodoro González
y por ventas posteriores de éstos, hoy las acciones mineras son de Heliodoro González y de Francisco E. Tobar
(demandantes)
Joaquín P. Berrío
Tít. excesos Nº 119 mayo 10 de 1883
Tít. excesos Nº 44 febrero 28 de 1884
vendido a:
vacío
Justo P. Rojas
por esc. Nº 171 abril 14 de 1914
(demandado).

8.—Pero el fallo trae otro fundamento. Y como en él se apoyaría, preciso es el estudio del cargo que tiende a quebrarlo.

En efecto, el Tribunal considera también que aun sobre la base de que Lopera Berrío y Joaquín P. Berrío no transfirieran su dominio a Joaquín Rojas, la venta que hizo éste a los González habría sido de cosa ajenas, la cual es válida según el art. 1871 del C. C.; que entonces quienes podrían reclamar serían aquéllos, Lopera Berrío y Joaquín P. Berrío, pero no Justo P. Rojas, el demandado, porque como éste recibió de Joaquín P. Berrío el dominio por escritura mal registrada, esta tradición no produjo efecto alguno ante la ley.

El recurrente ataca esas afirmaciones del sentenciador de varias maneras, pero las principales se resumen así: Que el art. 1871 del C. C. fue aplicado en sentido inverso, porque la venta de cosa ajena es válida entre las partes, pero no afecta los derechos de terceros, visto que el art. 752 ib. regula los efectos de la tradición hecha por quien no tiene el dominio sobre la cosa; y que el Tribunal invirtió los principios que regulan la carga de la prueba, porque sin fijarse en la titulación de los demandantes, le bastó, para condenar, el defectuoso registro del título del demandado, de modo que exoneró a aquéllos de la carga de probar sus asertos.

También acoge la Corte las dos fases de este ataque. La posesión regular del titular de mina titulada (adjudicables), inherente al que pretende hacer efectiva la posesión de ella, no se menoscaba sino ante otro poseedor regular de título anterior al del demandante (arts. 323, 419, 420 del código de minas). A falta de título traslativo de derecho común entre Manuela Ortiz de Rojas y Joaquín Rojas, que es el supuesto del Tribunal que ahora se estudia, el Tribunal ve en la venta de lo ajeno hecha por Rojas a los González, una manera jurídica de obligar a Justo P. Rojas a la entrega de las minas, o de acciones de ellas, por lo previsto en el art. 1871 del C. C. Pero aun dentro del derecho común, la validez de la venta de cosa ajena en el sistema colombiano debe entenderse, y así se ha entendido siempre, como generadora de obligaciones del vendedor al comprador, entre las cuales está la de entregar la cosa, pero ese derecho a la cosa es personal del comprador contra el vendedor, y no real del comprador contra terceros, y mucho menos, como lo dice la ley, contra el verdadero dueño, es decir, que sólo genera obligaciones que si no se cumplen por el vendedor se cambian por equivalencias con acción personal, como son los perjuicios. El Tribunal estimó que con la venta Rojas-González no se perjudicaban los titulares Lopera y Berrío, lo que es cierto en todo caso; pero en vez de deducir la consecuencia a favor de la línea de titulación de Joaquín P. Berrío, concluyó que el cesionario de éste y demandado en el juicio, Justo P. Rojas, resultaba ser él perjudicado por la venta de lo ajeno, con la única consideración de que su título de compra directa a Berrío adolecía de un mal registro. De manera que, según el Tribunal, un defecto en la titulación del demandado vino a legitimar la causa o titulación del demandante, lo cual es inadmisible.

Para el Tribunal, el derecho a la cosa, exigible de Joaquín Rojas, vino a ser exigible de Justo P. Rojas, extraño a tal venta. Se justifica, pues, el cargo de violación del art. 1871 del C. C., por mala aplicación, previa una interpretación indebida.

Además, recuérdese que el derecho minero prevé la figura jurídica de que sobre una mina puede haber varios poseedores de una misma clase, en el artículo 308, y una propiedad entre dos o más poseedores regulares, por razón de antigüedad, en el artículo 325. Como Joaquín P. Berrío, poseedor regular de ciertos excesos ocupados por el demandado —posesión regular afirmada por los mismos actores y demostrada sobre todo en juicio— tiene una titulación no trasmitida a Joaquín Rojas, la venta que hizo éste no puede afectar la posesión regular de esos excesos que el Estado le garantiza al titular que los conserve, mientras no los abandone (art. 127 ib.). La venta de Joaquín Rojas a los demandantes no puede afectar ante el derecho común, ni menos ante el de minas, a quien no ha hecho tradición de su posesión regular al demandante, ni abandonado la mina.

9.—Tal proceder del Tribunal implica también, a juicio de la Corte, una inversión de la carga de la prueba. Si ante el derecho común impera la norma de que el actor —que es quien pretende modificar una situación jurídica creada— ha de probar los hechos conducentes de su demanda, en cuanto a su existencia y verdad, en forma plena y completa según la ley (arts. 1757 del C. C. y 593 del C. J.), tal principio es de mayor rigor y gravedad tratándose de mudar la explotación de minas a otras manos, que pretenden ocuparla, atendidos los ingentes valores de la explotación en pocas horas, lo aleatorio de los yacimientos, etc. Quien como poseedor regular pretenda la entrega material de la mina ha de probar ante todo titularidad, registro y conserva-

ción, tanto con respecto al Estado, prueba administrativa que tiene su ocasión, como respecto a un particular que posteriormente pretende sufrir un gravamen a su derecho contra la entrega pedida judicialmente y siendo ya parte en el juicio sumario u ordinario. Entre tales pruebas las hay comunes para el Estado, y para el particular, como son las que se refieren a la titulación y a la conservación de una posesión regular. Haya o no haya contradictor, tales pruebas han de darse por el poseedor que tal acción ejercite, antes que las del demandado ocupante. Ellas son propias de la calidad que asume en el debate. Y dado el texto —y la razón de ser— de los arts. 4º y 70 del código de minas, ante este derecho no es suficiente que el demandante con acción de hacer efectiva la posesión acredite que él o sus autores poseyeron con anterioridad al demandado, sino que debe probar el estado continuativo de su propiedad, a partir del título original, y considerarse éste administrativo y contractual. La posesión regular implica—por lo que mira a las relaciones del titular con el Estado— la prueba llamada diabólica, o su posesión deja de ser regular, y como entre los eslabones posteriores de esa cadena están los traslativos del derecho común, a partir del primer enajenante, no puede excusarse al fallador de tenerlos en cuenta ni allanar sus vacíos con presunciones.

El Tribunal, al pasar por alto el estado continuativo de la propiedad del actor y de fallar el negocio por un vicio de la titulación del demandado, violó tales principios sobre la carga de la prueba de la posesión regular en derecho minero. Basta considerar que si el título inmediato de Justo P. Rojas adolece de defecto de inscripción, tal defecto no aprovecha al actor, ni perjudica a Joaquín P. Berrío, cuyo registro de títulos sí es perfecto y su posesión regular, en cuanto a excesos, clara y perfecta desde 1883 y 1884 hasta 1914.

Basta lo dicho para casar la sentencia.

INSTANCIA

Las dieciocho (18) acciones de minas se refieren a todo el mineral, con sus veintidós (22) pertenencias englobadas en linderos generales. Ya se vio que falla la titularidad de los actores y que carecen de posesión regular, condición inherente al ejercicio del derecho que pretenden.

Andando el juicio se alegó por la parte actora que según el contenido de algunos títulos sobre excesos adjudicados a Joaquín P. Berrío, éste los tituló para Joaquín Rojas, a quien reconoce expresamente como dueño. Esta circunstancia está prevista en el código del ramo, arts. 6 in fine y 7: en ese supuesto, aunque el título se hubiere expedido para Joaquín P. Berrío, se entendería dado para el interesado Joaquín Rojas y sería completamente ineficaz para Berrío; o bien, Berrío habría obrado en nombre de Rojas como recomendado suyo, y la denominación y el carácter de descubridor corresponderían a Joaquín Rojas, por cuya cuenta Berrío habría hecho el descubrimiento o el denuncio del exceso o excesos de la mina.

En concreto sucede que el título que tales reconocimientos contiene es el de 16 de febrero de 1881: en memorial que integra la titulación administrativa correspondiente, de fecha 2 de marzo de 1883, obrante a folio 6 del cuaderno principal, reconoce Joaquín P. Berrío que el exceso titulado por él lo era para Joaquín Rojas; constancia de igual tendencia hay a folio 6 vuelto.

Procede entonces que la Corte investigue si respecto de tal fenómeno jurídico, aquel a que los artículos 6 in fine y 7 del código de minas se refieren, hay causa petendi dentro del presente juicio. La Corte concluye que no, y por lo tanto está fuera del debate, por varias razones de hecho:

Primera: Porque según los hechos primero y segundo de la demanda el mineral en que Joaquín Rojas dijo tener acciones y vender las tres cuartas (¾) partes a los demandantes está allí determinadamente especificado y delimitado y sólo corresponden a él los títulos de adjudicación números 61 de 23 de junio de 1876, 119 de 10 de mayo de 1883 y 44 de 28 de febrero de 1884. La demanda no recae, pues, sobre el título de excesos, expedido a favor de Joaquín P. Berrío el 16 de febrero de 1881, que es el en que Berrío manifiesta titularlo para Joaquín Rojas y ser de éste.

Segunda: Porque en la aludida escritura Nº 438 de 29 de agosto de 1889 dice al vendedor Joaquín Rojas que la parte adjudicada a Joaquín P. Berrío le viene a él, a Rojas, por cesión que Berrío le hizo a Rojas en virtud de una liquidación de cuentas verificada entre los dos. Y es muy distinto el título traslativo proveniente de cesión, a que la escritura se refiere, al título proveniente del denuncio que se hace en nombre propio aunque por cuenta ajena, enfocado por los arts. 6 y 7 del código de minas.

Además, el ejercicio de la acción para hacer efectiva la posesión de una mina requiere, es claro, la demostración de que el demandante ocupa materialmente el mineral. La circunstancia de que no se ha tratado en este juicio de demostrar que el exceso titulado en 1881, destacado de la alinderación general, está ocupado por el demandado, corrobora muy indirectamente, es cierto, pero siempre corrobora, la observación que hace la Corte al interpretar la demanda de que sobre él no hay causa petendi.

Si no hay causa petendi al respecto, sobra advertir que queda a salvo esa acción de Joaquín Rojas o de quien sus derechos represente, como también quedan a salvo las que Manuela Ortiz de Rojas o sus sucesores con titularidad correcta puedan tener, ya de propiedad y posesión, ya de deslinde.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Cásase la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el treinta de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro en el presente juicio y en su lugar se confirma la proferida por el Juzgado Primero del Circuito de Santa Rosa con fecha tres de septiembre de mil novecientos treinta y dos y no se hace condenación en costas en la segunda instancia ni en casación.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

NOTA—Aparece doble la ponencia de este fallo, porque la Sala, después de largo debate, acogió las ideas de los Magistrados doctores Mújica y Rocha y formó una sola pieza de los trabajos elaborados por éstos.

Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos treinta y siete.

Rocha, Escallón, Hinestrosa, Moreno J., Juan Francisco Mújica, Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SE DECLARA EJECUTORIADA UNA SENTENCIA

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica).

Vistos, el art. 353 del Código Judicial y el anterior informe de la Secretaría, según el cual la parte recurrente, Francia Gold and Silver C° Ltd., no ha suministrado papel para la actuación y ya han transcurrido más de sesenta días desde la llegada del expediente, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara ejecutoriada la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Bucaramanga, el 14 de octubre de 1936, en este juicio ordinario de Humberto Gómez Naranjo contra la sociedad Francia Gold and Silver C° Ltd., acerca de la oposición a la adjudicación de la mina de oro y plata "La Maseota", de antiguo descubrimiento y abandonada.

En cuanto al impedimento manifestado por uno de los Magistrados, por ser pariente del apoderado en instancia de la parte demandante, no es el caso de tramitarlo, ni de considerarlo, por cuanto que la presente actuación tiene por objeto reconocer un hecho cumplido, el cual, precisamente, es obstáculo para que la Sala substancie el recurso de casación y conozca del fondo del negocio.

Cópiese, publíquese y notifíquese. Devuélvase el expediente.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

LETRAS PERJUDICADAS

1.—El perjuicio causado a una persona da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y esenciales de esa relación, son: un perjuicio, una culpa y un enlace de causalidad. Por consiguiente, el acreedor, o sea la víctima, puede ejercitar contra el deudor, o sea el autor del daño, la acción de responsabilidad, sin consideración a que la culpa del responsable sea contractual o delictual. Cuando la culpa que causa a una persona un daño, es fuente de nuevos perjuicios para otras, el daño que éstas sufren también debe ser reparado por su autor, siempre que ellas, por su parte, así lo exijan. De acuerdo con el principio fundamental que concede a toda persona lesionada la acción de responsabilidad, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de ensanchar sin cesar el círculo de aquella víctima, con la sola limitación de que se produzca en el juez la certidumbre de que ese perjuicio, aún alejado, sea el resultante de la culpa inicial, como su consecuencia lógica y cierta. Cuando el daño causado a un tercero proviene de la inejecución o ejecución defectuosa de un contrato, aquél tiene derecho al resarcimiento del perjuicio que ha sufrido, siempre que pruebe la realidad de éste y la legitimidad del interés lesionado. 2.—La acción de responsabilidad, como elemento del patrimonio de su titular, es en nuestro derecho cesible al mismo título que lo son las demás acciones susceptibles de ello. 3.—La subrogación traspasa los derechos accesorios y secundarios del crédito en los términos del artículo 1670 del C. C. La doctrina predominante afirma que la pretensión de responsabilidad se transfiere por medio de la subrogación del crédito principal, cuando aquélla es un derecho accesorio de éste, siempre que desde el punto de vista económico constituya esa pretensión de responsabilidad un todo con el crédito principal. 4.—La falta del protesto oportuno, por falta de pago de una letra de cambio, no modifica la obligación del girado que la aceptó incondicionalmente, obligación cuyo contenido es el previsto por el art. 134 de la ley 46 de 1923. Por regla general sólo la prescripción ordinaria de la acción extingue la obligación del aceptante general de la letra de cambio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

MATERIA DEL PLEITO

Gustavo Leo Chanange, ciudadano alemán domiciliado en el Ecuador, demandó ante el Juzgado 3º del Circuito de Cali a la Sucursal del Banco de Colombia en esa ciudad, para que se le condenara a pagarle la cantidad de 9,955.20 dollares, valor de la letra de cambio que el mendante giró a favor del Molino Nacional C. A., del Ecuador, a cargo de Rumié Hermanos, de Cali, y los perjuicios "consiguientes que" el actor "sufrió por la causa expresada".

Los hechos se resumen así: la letra de cambio Nº 1019/3495, por $ 9,955.20 dollares fue girada el 15 de marzo de 1930 por Gustavo Leo Chanange en Guayaquil, a sesenta días vista, a la orden del Molino Nacional C. A. y a cargo de Rumié Hermanos, de Cali, quienes la aceptaron el 20 de marzo de 1930, con nota de excusado el protesto, el aviso de rechazo y la presentación para el pago. Este instrumento negociable vencía el 19 de mayo de ese mismo año. El 17 de marzo de 1930, el Molino Nacional C. A. endosó al Banco Central del Ecuador, por valor recibido, esa letra de cambio. El Banco Central del Ecuador, en la misma fecha y por valor en cuenta, la endosó al Banco de Colombia, de Cali.

El demandado, no obstante las instrucciones precisas para su cobro que con la letra le envió el Banco Central del Ecuador, en vez de ceñirse a ellas y hacer protestar la letra de cambio por falta de pago, dentro del término legal, aceptó en pago otra de los girados, a cargo de la oficina de éstos en Nueva York, a tres días vista, por $ 10,004.98 dollares, a favor del National City Bank of New York, corresponsal del de Colombia, letra ésta que fue protestada por falta de pago.

El 23 de julio de 1930, el Banco de Colombia hizo protestar la letra de cambio por falta de pago, y en la diligencia correspondiente se hizo constar por el Notario lo tardía de ella, y el instrumento negociable así perjudicado fue devuelto, con endoso cualificado, por el demandado al Banco Central del Ecuador.

El Banco Central del Ecuador no aceptó el proceder del de Colombia e hizo responsable a éste del valor de la primitiva letra de cambio, según consta de la correspondencia cruzada entre ambos.

Chanange honró su firma pagando el valor de esa letra de cambio y se subrogó en los derechos del Banco Central del Ecuador provenientes de los perjuicios ocasionados por la negligencia del reo. Chanange, por causa de esa negligencia, continuó otorgan-

do crédito a Rumié Hermanos, porque ignoraba la incapacidad de éstos para pagar sus obligaciones. En efecto, el actor, de buena fe, continuó verificando despachos de arroz y de azúcar a la casa girada, los cuales montan a más de 30,000 dollares.

SENTENCIA ACUSADA

Con fecha 28 de febrero de 1935, el Tribunal Superior de Cali absolvió al demandado, basándose en estas consideraciones:

"La demanda concreta dos peticiones: que se condene al Banco de Colombia, sucursal de Cali, a pagarle a Gustavo L. Chanange, como girador de la letra contra Rumié Hermanos, el valor de dicho instrumento, o sea la suma de $ 9,955.20 dollares, y a pagarle también los perjuicios consiguientes que se comprueben durante el juicio".

En cuanto a la primera petición, fundada en el hecho de la negligencia del Banco de Colombia para cumplir las instrucciones que recibió del Central del Ecuador, no prospera, porque el demandado no ha sido mandatario de Chanange para el cobro, y "la única persona que puede reclamar la violación de las órdenes e instrucciones dadas a un comisionista es el comitente, según el art. 374 del Código de Comercio".

No se desconoce que la culpa del Banco aparece perfectamente comprobada. El demandado no dio aviso de la falta del pago de la letra al Banco Central del Ecuador, contrariando así las instrucciones precisas contenidas en la carta del 17 de marzo de 1930. Aceptó, como medio de pago de esta letra, otra girada por Rumié Hermanos a favor de la casa de éstos en Nueva York, con lo cual el demandado no sólo extralimitó sus autorizaciones sino que violó la ley. El comitente no puede "alterar, ni modificar, por ningún pretexto, la sustancia de la comisión, ni subrogar el objeto de ella por equivalentes. (Artículos 370 y 372 del Código de Comercio)".

La excusa del protesto por parte de los girados, no producía el efecto legal previsto en el artículo 63 de la ley 46 de 1923, motivo por el cual el deber del Banco de Colombia de hacer protestar la letra de cambio por falta de pago, subsistía. No se encuentra justo motivo para la demora en practicar la diligencia de protesto. Todo lo contrario, "los hechos que sobre el particular aparecen comprobados en los autos, acusan negligencia, por lo menos, de parte del comisionista".

El Banco de Colombia aceptó voluntariamente la comisión para el cobro de la letra y presentó ésta para su aceptación a los girados. Todas las cuentas de gastos que aquél formulaba al Banco Central del Ecuador, éste las pagó en cheques sobre Nueva York, de acuerdo con las instrucciones dadas por el comisionista. La conducta del Banco de Colombia es suficiente para hacerlo responsable, según el art. 346 del Código de Comercio, de los perjuicios ocasionados al Banco Central del Ecuador, pero como aparece de autos que Chanange pagó a éste el valor de la letra de cambio, aquel establecimiento bancario no puede ya cobrar "al Banco de Colombia, como perjuicios, el importe de tal instrumento" negociable.

Tampoco es procedente la segunda petición de la demanda sobre el pago de perjuicios, porque el derecho a la indemnización requiere que se haya inferido un daño.

Chanange cesó de ser responsable del pago de la letra de cambio, a causa de que ésta no fue protestada en tiempo, y de que por su parte, estaba cumplida la exigencia del art. 777 del Código de Comercio. El girador había efectuado la provisión de fondos con el despacho de 1,200 sacos de arroz que vendió a Rumié Hermanos, por el precio representado en la letra de cambio que el Banco de Colombia, por comisión del Central del Ecuador, se encargó de cobrar.

Como Chanange pagó voluntariamente la letra perjudicada, su acción es improcedente. No estaba obligado al descargo de ella, por la sola causa de la negligencia del demandado y tampoco probó el actor que las leyes de la República del Ecuador lo obligaban a pagar al Banco Central la letra de cambio que dejó perjudicar el agente de este establecimiento bancario.

"En resumen, no se ha comprobado que el Banco de Colombia, sucursal de Cali, esté obligado al pago de lo que se le ha demandado por Gustavo L. Chanange y, por tanto, resulta probada la excepción de inexistencia de la obligación que el Banco propuso oportunamente".

CONTENIDO DEL RECURSO

Contra la sentencia interpuso recurso de casación el demandante. Ella ha sido acusada por infringir directamente los artículos 4º de la ley 153 de 1887, 1º y 2º de la ley 8ª de 1925, 370, 372, 773, 777 del C. de Comercio Terrestre, 63 y 160 de la ley 46 de 1923, 34 de la ley 57 de 1887, 10 de la ley 26 de 1922, 1579, 1668, numeral 3º, 2313, inciso 2º, 1494, 2356, 1666 y 1667 del C. Civil

Para el Tribunal, por el hecho del pago que efectuó Chanange al Banco Central del Ecuador, el demandante perdió su posición jurídica. "Los comerciantes respetables afrontarían todos los días un tremendo dilema, ante la tesis de la sentencia: o responden por la firma que han puesto al pie de sus compromisos, y su posición jurídica se daña irremisiblemente; o hacen caso omiso de su firma no pagando sus obligaciones, y entonces aquella posición jurídica se afianza, pero el crédito y la moral comercial desaparecen".

El Tribunal incurrió en error de hecho por falta de apreciación de la prueba, consistente en la escritura pública otorgada el 19 de noviembre de 1931 en la ciudad de Guayaquil (Ecuador) por el gerente del Banco Central, en donde éste declara que le fueron cedidas al actor las acciones contra el Banco comisionista por los perjuicios causados al comitente. Este error engendró el de derecho de declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación, violando así "los expresados textos substantivos de la ley que consagran el fenómeno jurídico de la subrogación".

Afirma erróneamente el Tribunal "que Chanange no estaba obligado a pagarle al Banco Central del Ecuador el importe del instrumento, y que dicho pago había sido, en consecuencia, simplemente voluntario por parte de dicho señor".

MOTIVOS

El perjuicio causado a una persona da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y conocidos de esta relación, son: un perjuicio, una culpa y un enlace de causalidad. Por consiguiente, el acreedor, o sea la víctima, puede ejercitar contra el deudor, o sea el autor del daño, la acción de responsabilidad, sin consideración a que la culpa del responsable sea contractual o delictual (extracontractual, si se atiende a la antigua clasificación de las fuentes de las obligaciones, hoy desechada por la doctrina contemporánea).

Cuando la culpa que causa a una persona un daño, es fuente de nuevos perjuicios para otras, el daño que éstas sufren también debe ser reparado por su autor, siempre que ellas, por su parte, así lo exijan.

De acuerdo con el principio fundamental que concede a toda persona lesionada la acción de responsabilidad, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de ensanchar sin cesar el círculo de aquella última, con la sola limitación de que se produzca en el juez la certidumbre de que ese perjuicio, aún alejado, sea el resultante de la culpa inicial, como su consecuencia lógica y cierta.

Cuando el daño causado a un tercero proviene de la inejecución o ejecución defectuosa de un contrato, aquél tiene derecho al resarcimiento del perjuicio que ha sufrido, siempre que pruebe la realidad de éste y la legitimidad del interés lesionado.

Chanange ha ejercitado dos acciones de responsabilidad diferentes por su naturaleza, por su objeto y por su fin, las cuales son acumulables.

La primera es contractual y la segunda delictual (extracontractual, antiguamente), pero ambas basadas en la culpa cometida por el Banco de Colombia en la ejecución del mandato que le confirió el Central de Guayaquil, para el cobro de una letra de cambio.

La demanda es defectuosa porque en ella no aparecen clasificadas con claridad esas dos acciones.

En la primera de las acciones dichas, Chanange obra en su calidad de sucesor, a título singular, del Banco Central de Guayaquil, en virtud de la cesión que de sus derechos provenientes del perjuicio causado por la culpa contractual del demandado, hizo aquél al actor.

La acción de responsabilidad, como elemento del patrimonio de su titular, es en nuestro derecho cesible al mismo título que lo son las demás acciones susceptibles de ello.

De hecho, tanto por el demandado como por el Tribunal, no ha sido objetada la calidad de cesionario de Chanange del crédito de responsabilidad y la interpretación de la demanda a ese respecto tampoco ha sido materia del recurso de casación.

Sin embargo de lo dicho acerca de esto último, la Corte considera pertinente observar que una interpretación de la demanda en el sentido de que Chanange acciona como simple girador de la letra de cambio hubiera sido errónea, desde luego que habría conducido al desconocimiento de su verdadera legitimación en la causa.

En efecto. No existe la acción de responsabilidad en cabeza del actor cuando el perjuicio que ésta alega consiste en el cumplimiento de su obligación como deudor, nacida del contrato celebrado por él.

El pago que hizo Chanange de la letra de cambio, produjo los efectos del art. 123 de la ley 46 de 1923, a saber: no descargó el instrumento; liberó a las demás partes secundariamente obligadas a la prestación principal, y perdió su calidad de negociable. Se operó, pues, una subrogación de los derechos del tenedor en favor del demandante.

La subrogación traspasa los derechos accesorios y secundarios del crédito en los términos del art. 1670 del C. C. La doctrina predominante afirma que la pretensión de responsabilidad se transfiere por medio de la subrogación del crédito principal, cuando aquélla es un derecho accesorio de éste, siempre que desde el punto de vista económico constituya esa pretensión de responsabilidad un todo con el crédito principal.

Contemplando el asunto por otro aspecto, si se considera que es Chanange un tercero en la letra de cambio, a causa de que quedó liberado de su obligación como resultado de la falta del oportuno protesto de ella, el endoso que le hizo al respaldo del instrumento negociable el Banco Central del Ecuador, no tendría el carácter de tal por haber sido efectuado después del vencimiento (ordinal 2º del art. 55 de la citada ley 46). En este supuesto, se verificó una simple cesión y Chanange adquirió solamente el título y el derecho del cedente. La cesión de un crédito comprende las cualidades, ventajas y vicios que éste tenga, y, por consiguiente, también sus derechos accesorios y secundarios (art. 254 del C. de Comercio, 1669 y 1964 del C. C.). De ahí que para la cesión del crédito de responsabilidad, cuando aparece como accesorio del principal, sea pertinente una consideración igual a la anterior.

En este pleito aparece probado con las declaraciones hechas en escritura pública por el gerente en Guayaquil del Banco Central del Ecuador, que Chanange quedó subrogado convencionalmente, cuando pagó la letra de cambio, en el crédito accesorio de responsablidad que se había fijado en cabeza de aquel establecimiento bancario.

Por último, la acción de responsabilidad, en este caso, es cambiaria, puesto que sanciona una culpa que no se origina sino como resultado de una contravención al ordenamiento jurídico sobre instrumentos negociables.

Es, por lo tanto, manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal, al prescindir, como lo hizo, de la prueba de la cesión, con el título principal, del crédito de responsabilidad, ya que el problema acerca de la subrogación en los derechos accesorios no se suscita cuando la voluntad de las partes es clara al respecto.

De acuerdo con el ord. 2º del art. 39 de la ley 46 de 1923, el endoso restrictivo de la letra de cambio hecho por el Banco Central del Ecuador en Guayaquil al de Colombia, constituyó a éste en agente de aquél, con los derechos a que se refiere el art. 40 de la misma ley y dentro de los límites de las instrucciones dadas por el endosante al comisionista en carta del 17 de abril de 1930.

Por el hecho de la cesión del crédito de responsabilidad, Chanange ocupa el lugar del Banco Central de Guayaquil en el primitivo negocio jurídico. Puede, por lo tanto, hacer efectivo el resarcimiento de los daños causados a su cedente por violación del contrato de mandato, invocando éste; y debe, a su turno, sufrir las consecuencias de la defensa que, con base en este mismo pacto, presente el Banco de Colombia.

De ahí que el Tribunal violara el art. 374 del C. de C. cuando se basó en éste para negar a Chanange la procedencia de la acción que se analiza, puesto que implícitamente negó la posibilidad de que el comitente ceda sus acciones contra el comisionista por inejecución de las órdenes e instrucciones dadas a éste.

El actor, a quien correspondía, probó la inexistencia de la obligación del Banco de Colombia, la cual era de contenido determinado, y alegó la inejecución de ella por parte del reo.

El contenido determinado de esta obligación, corroborado por las aludidas instrucciones escritas, consistía en lo siguiente: a) presentar la letra de cambio para su aceptación, conforme a lo dispuesto en el art. 145 de la citada ley; b) para los efectos del art. 1º de la ley 8ª de 1925, protestar la letra, por falta de aceptación o de pago, dentro del plazo previsto en el art. 2º ibídem; c) dar el aviso a que se refiere el art. 91 de la mencionada ley 46.

El Banco de Colombia, en la ejecución de su comisión, incurrió en una culpa profesional, entendiendo por tal la falta a los deberes especiales que le impone toda profesión a quien la ejerce.

Esa negligencia culposa consistió en no haber efectuado oportunamente la diligencia de protesto, por falta de pago, de la letra de cambio.

A causa de que Rumié Hermanos, cuando aceptaron la letra de cambio, excusaron la presentación para el pago, el aviso de rechazo y el protesto, el plazo para efectuar este último, por falta de pago, empezó a correr al día siguiente de vencido el instrumento negociable (art. 85 de la ley 46 de 1923).

No justificó el Banco su demora en realizar el protesto según el art. 160 de la misma ley 46. Además, por ser la obligación del reo de contenido determinado, no le era suficiente ceñirse a la regla general de pru-

dencia y diligencia en su conducta observada.

La falta de provisión de fondos alegada por el Banco de Colombia no lo exonera de responsabilidad, porque tácitamente aceptó la comisión, desde luego que presentó a Rumié Hermanos la letra de cambio para su aceptación y porque esa circunstancia condiciona la suspensión de la ejecución del mandato a lo dispuesto en el ord. 2º del art. 344 del C. de C. Además, no está acreditada la exigencia que al respecto hubiera hecho al Central de Guayaquil el demandado.

El daño causado por el Banco de Colombia consistió en dejar libres al girador y endosantes de su obligación de pagar la letra de cambio al Banco Central del Ecuador (art. 1º de la ley 8ª de 1925).

Para determinar la naturaleza y la cuantía del perjuicio causado por la culpa del reo, es necesario tener en cuenta que la falta del protesto oportuno, por falta de pago de una letra de cambio, no modifica la obligación del girado que la aceptó incondicionalmente, obligación cuyo contenido es el previsto por el art. 134 de la ley 46. Por regla general sólo la prescripción ordinaria de la acción extingue la obligación del aceptante general de la letra de cambio.

Por consiguiente, la negligencia del Banco de Colombia en protestar la letra de cambio por falta de pago, causó un daño que no se refiere a la circunstancia de que Rumié Hermanos no descargara el instrumento negociable.

En efecto. Al tenor de los arts. 62, 63 y 69 de la citada ley 46, tanto el girador Chanange como el beneficiario endosante Molino Nacional C. A., contrajeron la obligación de pagar al Banco Central del Ecuador la suma de la letra de cambio en el caso de que ésta fuera protestada y se practicaren las debidas diligencias de protesto por falta de aceptación o de pago. La culpa, pues, del Banco de Colombia liberó de su obligación a las mencionadas partes de esa letra de cambio.

La liberación del actor de su obligación como parte en la letra de cambio perjudicada, tiene por resultado el de que su calidad de cesionario del Banco Central de Guayaquil en el crédito de responsabilidad sea jurídicamente perfecta, esto es, no se modifique por la circunstancia de haber sido otorgante del instrumento negociable, ni tampoco por la de que el móvil que la determinó a adquirir el crédito de responsabilidad hubiera sido el de conservar al mismo tiempo su buena reputación comercial, haciendo honor a su firma.

En la determinación de la cuantía del daño resultante de la culpa del Banco de Colombia, deben tenerse en cuenta los dos elementos que en este caso sirven para establecer su verdadero monto. El primero es la solvencia económica del girador, porque en la negociación de un instrumento negociable su precio real se fija en el mercado en consideración a la capacidad económica y buena fama comercial del otorgante y las demás partes obligadas a su pago. Este elemento ha quedado automáticamente acreditado en virtud del pago verificado por el mismo Chanange. El segundo consiste en el valor de lo que el cesionario haya dado por el derecho cedido. Este segundo elemento sirve, además, para precisar el máximum de la condena. Y ambos concurren a establecer que ella debe pronunciarse por el valor nominal de la letra de cambio.

Debido al fenómeno de la subrogación en favor del Banco de Colombia, por causa de la presente sentencia, en los derechos de Chanange contra Rumié Hermanos, previamente se deducirá en la condena la cantidad que aquél recibió de esta firma ($ 193.23 dollares).

Lo dicho hasta aquí demuestra la existencia del perjuicio, puesto que aparecen probados todos los factores que se requieren para ello, a saber: ser cierto; no haber sido reparado; ser personal al demandante y atacar un derecho adquirido.

La segunda acción ejercitada se fundamenta en la circunstancia de que Chanange continuó verificando despachos de arroz y de azúcar a Rumié Hermanos, porque el incumplimiento por parte del Banco de Colombia al contrato que éste celebró con el Banco Central de Guayaquil, impidió al demandante darse cuenta de la precaria situación económica de los girados.

En esta acción, Chanange presenta el contrato y prueba su incumplimiento como cualquier otro hecho cuasi-delictual, esto es, en su calidad de simple tercero, a quien la culpa de un contratante ha lesionado.

La relación de causalidad que correspondía a Chanange haber demostrado, aparece real desde el punto de vista de que la única fuente para el actor sobre la verdadera situación económica de Rumié Hermanos, era el aviso de rechazo por falta de pago

de la letra de cambio, desde luego que en autos consta que el Banco de Colombia ignoraba el mal estado de los negocios de la casa girada.

Si este establecimiento bancario que contaba con medios de información más eficaces que los de Chanange, por la doble circunstancia de obligarlo a ello su profesión y de residir en la misma plaza, no tuvo dudas respecto de la solvencia de Rumié Hermanos, con mayor razón al demandante, residente en Guayaquil, no se le podía exigir un mejor conocimiento del estado económico de los girados.

Se admite de manera unánime que todas las causas son equivalentes para los efectos de la responsabilidad, en el sentido de que cuando se analiza el lazo de causalidad no debe distinguirse entre las próximas y las remotas. Sólo que en la serie de perjuicios sucesivos, el culpable cesa de ser responsable de aquellos respecto de los cuales se haga imposible afirmar con certidumbre que sin la culpa el daño no se hubiera producido.

Esto último es lo que acontece en este caso, porque con anterioridad a los despachos de arroz y de azúcar realizados por Chanange, el Banco de Colombia avisó cablegráficamente al Central de Guayaquil que Rumié Hermanos habían girado, como medio de pago de la letra de cambio primitiva, otra sobre Nueva York.

RESOLUCION

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que el 28 de febrero de 1935 pronunció en este pleito el Tribunal Superior de Cali, y en su lugar resuelve:

1º Revócase la sentencia del Juzgado 3º del Circuito de Cali, fechada el 7 de julio de 1933.

2º Condénase al Banco de Colombia a pagar a Gustavo Leo Chanange $ 9,761.97 oro americano, en cheque a la vista sobre Nueva York, junto con sus intereses comerciales corrientes, desde el 20 de mayo de 1930 hasta el día en que se verifique el pago.

3º Absuélvese al demandado de la pretención deducida por el demandante acerca de la responsabilidad delictual (extracontractual), de aquél.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de este fallo en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

LETRAS PERJUDICADAS

2.—Aunque la enumeración hecha por el artículo 1527 pueda ser taxativa, me atrevo a pensar que no se reducen a los cuatro casos allí contemplados todas las obligaciones naturales. Más bien parece que el legislador dio el concepto, fijó las categorías, de lo que no otorgando acción civil sí tiene fundamento en la equidad. 2.—Sería inexplicable que las obligaciones naturales debieran circunscribirse a las expresamente mencionadas por el citado artículo 1527, cuando fuera del código civil hay otros códigos —los de comercio, minas, etc., etc.,— a la luz de los cuales pueden aparecer notorias ciertas obligaciones de orden natural no definidas en el campo civil. 3.—Si la insolvencia del girado no es imputable al tenedor ni a su comisionista, porque con protesto o sin protesto dicho girado no se hallaba en capacidad de pagar, me parece claro que el girador tenía la obligación natural de reembolsar al tenedor el importe de la letra. 4.—Si el girador cumplió esa obligación natural, creyendo erróneamente que según la ley subsistía su responsabilidad, no obstante la culpa del comisionista, hecho el reembolso podía el endosatario comitente retener lo que se le pagó. 5.—Cuando el girador, obrando como tal, paga el valor de la letra perjudicada, porque voluntariamente quiere pagarla, o por error de derecho, o por cualquier otro motivo, aunque supiera que no tenía obligación civil de pagar y aunque pensara que tampoco tenía obligación natural, se borra la noción de perjuicio en cabeza del tenedor. Queda en su plata. 6.—Creo que cuando el girador, renunciando a su excepción, pagu al tenedor el valor de la letra perjudicada, se subroga en los derechos de éste contra el girado, pero no en la acción de perjuicios del comitente contra el comisionista que dejó perjudicar la letra.

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado Moreno Jaramillo.

Eludiré el tecnicismo cambiario, porque pretendo ser entendido aun por gentes no letradas.

Gustavo L. Chanange, con el fin de pagarle una cantidad de dinero a Molino Nacional C. A., giró en favor de esta compañía una letra de cambio contra Rumié Hermanos, por $ 9,955.20 dólares. El girador tenía fondos en poder del girado. Molino Nacional C. A. endosó la letra, por valor recibido, al Banco Central del Ecuador, y éste la endosó luégo al Banco de Colombia, sucursal de Cali, por valor en cuenta. El Banco de Colombia dejó perjudicar la letra. Ya perjudicada, el girador Gustavo L. Chanange pagó su importe al Banco Central, y obtuvo que éste se la cediera por valor recibido.

Provisto Gustavo L. Chanange de la letra, en su carácter de girador demandó al Banco de Colombia por $ 9,955.20 dólares y por los perjuicios que dijo haberle causado dicha entidad.

Para despejar el campo, no hablemos más de la acción de perjuicios, efecto de la responsabilidad extracontractual, porque la corte absolvió al demandado de esta pretensión del demandante.

Tampoco volvamos a hablar de Molino Nacional C. A., que no es parte en este juicio. Su actuación no tiene sino un valor histórico. Quienes desempeñan figura en el pleito son estas personas:

Gustavo L. Chanange: girador, pagador, cesionario, actor.

Banco de Colombia: comisionista, perjudicante, demandado.

Banco Central del Ecuador: comitente, indemnizado, cedente.

Rumié Hermanos: girado, aceptante, no pagador, deudor de la letra.

El juzgado 3º del circuito de Cali absolvió al Banco de Colombia de todos los cargos de la demanda.

El tribunal de Cali confirmó la sentencia del juzgado.

La corte infirma en fallo de hoy la sentencia del tribunal, revoca la del juzgado, condena al Banco de Colombia a pagar a Gustavo L. Chanange $ 9,751.97 oro americano, con sus intereses comerciales hasta el día en que se efectúe el pago, y absuelve al demandado de la pretensión deducida por el demandante acerca de responsabilidad delictual (extracontractual).

Yo salvo mi voto.

Hé aquí las razones de mi salvamento:

Primera.—Creo que Chanange pagó al Banco Central el valor de la letra, porque pensó que estaba civilmente obligado a pagársela, como girador de ella.

Me fundo:

a).—En la demanda dice el mandatario del actor que el Banco de Colombia debe ser

condenado "a pagar a mi poderdante señor Gustavo Leo Chanange como girador (subrayo) de la letra...". Esto, en la primera de sus peticiones. Luégo, en el último fundamento de su acción, dice: "Al señor Gustavo L. Chanange se le devolvió la letra como girador y hubo de pagar por consiguiente el dinero recibido (subrayo), y ésta es la causa para que se presente como demandante de acuerdo con las disposiciones comerciales".

b).—Inicialmente se presentó Chanange a demandar en su propio nombre y como girador. Más tarde trajo a los autos una escritura, otorgada con posterioridad a la demanda, escritura en que cedente y cesionario, es decir, el Banco Central y Chanange, hacen constar que aquél traspasa a éste todos los derechos y acciones que por los perjuicios causados pudiera exigir al Banco de Colombia, como cesionario del crédito. Pero en esa misma escritura, encaminada según parece a enderezar la acción, declara el Banco Central "que el señor G. L. Chanange, como girador de la letra..." ha reembolsado su valor" (subrayo).

c).—El señor abogado en casación del actor Chanange dice estas palabras: "El tribunal violó asimismo el artículo 777 de este último código (el de comercio), por haberlo interpretado erróneamente, al pretender, contra su espíritu y su tenor literal, que el girador de una letra de cambio está libre de responsabilidad, o, en otras palabras, que Chanange no estaba obligado a pagarle al Banco del Ecuador (Central) el importe del instrumento, y que dicho pago había sido, en consecuencia, simplemente voluntario por parte de dicho señor". (Las subrayas son del señor abogado).

Comento:

Son obligaciones naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Se podrá repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni aun una obligación puramente natural. Sobre estos dos principios, consagrados por los artículos 1527 y 2315 del código civil, considero que cuando un girador, creyéndose obligado al pago de una letra perjudicada, reembolsa su importe al tenedor de esa letra, no puede repetir lo ya satisfecho, que tuvo por base una obligación natural.

Aunque la enumeración hecha por el artículo 1527 pueda ser taxativa, me atrevo a pensar que no se reducen a los cuatro casos allí contemplados todas las obligaciones naturales. Más bien parece que el legislador dio el concepto, fijó las categorías, de lo que no otorgando acción civil sí tiene fundamento en la equidad. Sería inexplicable que las obligaciones naturales debieran circunscribirse a las expresamente mencionadas por el citado artículo 1527, cuando fuera del código civil hay otros códigos —los de comercio, minas, etc., etc.— a la luz de los cuales pueden aparecer claras ciertas obligaciones de orden natural no definidas en el campo civil, y cuando en Colombia se ha sentado la norma de que faltando ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las que regulen materias semejantes. Nadie ignora la importancia que en la aplicación e interpretación de las leyes tienen los principios de justicia natural.

Gustavo L. Chanange, con el propósito de pagar una deuda, giró la letra Nº 1019-3495 contra Rumié Hermanos, letra de que llegó a ser endosatario el Banco Central. Por culpa del Banco de Colombia ese instrumento fue perjudicado, y, en consecuencia, el endosatario perdió su acción cambiaria contra el girador. Así las cosas, no quedó aquél con derecho para exigir de éste el pago del instrumento. Pero si la insolvencia de Rumié Hermanos no es imputable al Banco Central ni al Banco de Colombia, porque con protesto o sin protesto el girado no se hallaba en capacidad de pagar, me parece claro que el girador tenía la obligación natural de reembolsar al tenedor el importe de la letra. Si cumplió esa obligación, creyendo erróneamente que según la ley subsistía su responsabilidad no obstante la culpa del comisionista, hecho el reembolso podía el endosatario comitente retener lo que se le pagó.

Segunda.—Creo que pagando Chanange el valor de la letra, como girador de ella, por error de derecho, o porque voluntariamente quiso pagarla, o por cualquier otro motivo, aunque supiera que no tenía obligación civil y aunque pensara que tampoco tenía obligación natural, quedó borrada toda noción de perjuicio causado por el Banco de Colombia al Banco Central.

Perjudicada la letra, el girador Chanange no quedó responsable al Banco Central, debido a que no fueron cumplidas oportunamente las condiciones de donde provenía su responsabilidad subsidiaria: presentación para el pago, aviso de rechazo y protesto hechos oportunamente. Bien. El Banco Central, ocurrida la culpa del Banco de Colombia, no podía alegar la torpeza de su comisionista, al efecto igual a su propia torpeza, para obtener que Chanange le reembolsara el valor de la letra. Este instru-

mento estaba ya perjudicado. Su condición de tal daba derecho al comitente para demandar por perjuicios al comisionista. Mas súbitamente se presentó un hecho extraordinario: el girador pagó la letra. Este hecho eliminó la noción de daño en la persona del Banco Central. El de Colombia lo había privado de una acción cambiaria contra Chanange. Pero éste, no como tercero, sino en su carácter de girador a quien se le devuelve la letra, reembolsó su importe. Se creyó obligado civilmente, o lo estaba según la ley ecuatoriana (no conocida en autos), o quiso renunciar a la excepción mercantil fundada en la falta de oportuno protesto, o estimó que lo obligaba la equidad natural, o juzgó que el pago convenía a su crédito. Por uno u otro móvil, en todo caso respetable, procedió como si a pesar de la culpa del Banco de Colombia no hubiese perdido el Banco Central su acción cambiaria contra el girador. Esta conducta, extirpando el concepto de daño, privó al comitente, y en consecuencia al cesionario de éste, pues nadie transfiere lo que no tiene, de toda acción por perjuicios contra el comisionista.

Que Chanange pagó como girador es cosa manifiesta, no sólo por lo que se lee en su demanda, en la escritura de cesión y en el recurso de su abogado ante la corte, sino también porque no sería humano que pagase como tercero. Quién hay tan amigo del azar que compre por $ 9,955.20 dólares el resultado incierto de una litis, sabiendo que en el mejor de los eventos obtendrá, después de un largo pleito, $ 9,955.20 dólares?

Tercera.—Creo que así en la hipótesis de que el pagador obrara en carácter de tercero ajeno del negocio cambiario, como en la realidad de que pagó por haber sido girador, en ambos casos, al efectuarse el pago con subrogación que otra vez hizo a Chanange acreedor del girado, no fue traspasada al nuevo titular del crédito la acción de perjuicios del comitente contra el comisionista.

Me explico:

La subrogación es la trasmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga. Se subroga un tercero, o en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor. Efectúase en la última forma, cuando el acreedor, recibiendo de un extraño el pago de la deuda, le subroga voluntariamente en todos los derechos y acciones que le corresponden "como tal acreedor" (subrayo estas tres palabras, que se hallan en el artículo 1669 del código civil). La subrogación traspasa al nuevo acreedor todas las acciones del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda.

Si lo que hizo Chanange fue pagar con subrogación el valor de la letra de cambio perjudicada, instrumento negociable a favor del Banco Central, que lo tenía en debida forma, y contra Rumié Hermanos, que era el girado y aceptante, la convención del acreedor le subrogó en todos los derechos y acciones que le correspondían "como tal acreedor" (vuelvo a subrayar). Cuáles eran esos derechos y acciones? Los de cobrar a Rumié Hermanos $ 9,955.20 dólares. Nada más y nada menos. Merced a tal pago, Chanange recuperó su calidad inicial de acreedor de Rumié Hermanos. Lo que pudo cobrar de éste antes del negocio cambiario, por causa de la provisión de fondos, eso mismo puede cobrar por causa de la subrogación, que le hizo tenedor de la letra. Nada más y nada menos.

Chanange sucedió al Banco Central en todos los derechos y acciones que le correspondían "como tal acreedor" (subrayo por tercera vez). No como tal comitente. El Banco Central era acreedor de Rumié Hermanos y comitente del Banco de Colombia. O, usando de contrarios términos, Rumié Hermanos eran deudores del Banco Central y el Banco de Colombia era comisionista del mismo Banco Central. Esta relación de mandato, diferente del negocio cambiario, hacía al Banco de Colombia deudor del Banco Central por los perjuicios que a éste causara, hablo en teoría, su conducta culposa. Al operarse la subrogación por pago de la letra, el tenedor de ésta transmisió al pagador su crédito cambiario contra Rumié Hermanos y su acción cambiaria contra dicho girado, es decir, le trasmitió los derechos y acciones que le correspondían "como tal acreedor" (subrayo estas palabras por última vez); pero no le transmitió su crédito por indemnización de perjuicios contra el Banco de Colombia ni su acción contra este comisionista, es decir, los derechos y acciones que le correspondían como tal comitente. Chanange, girador primero y endosatario después, dentro del negocio cambiario, fue, a pesar del pago con subrogación, extraño al negocio de mandato.

La subrogación traspasa al nuevo acreedor todas las acciones del antiguo, así contra el deudor principal como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente "a la deuda" (subrayo estas tres palabras que se hallan en el artículo 1670 del código civil). A cuál deuda? A la que consta en el título del crédito cedido.

En este asunto, a la que se refiere el instrumento negociable: la de Rumié Hermanos a favor del Banco Central. Si se estima que había otra deuda, la del Banco de Colombia a favor del Banco Central, diferente de la que está consignada en el instrumento de cambio, esa otra deuda, o para hablar con propiedad, ese otro crédito correlativo, no fue objeto de la transmisión operada por ministerio del pago.

La nota puesta en el instrumento —"páguese a la orden de Gustavo L. Chanange, valor recibido"— fue eficaz para ceder el crédito y las acciones que correspondían al Banco Central contra Rumié Hermanos, no contra el Banco de Colombia. En ninguna parte del derecho cambiario se habla de que la cesión del instrumento conlleve la del derecho a cobrar los perjuicios que el tenedor sufriera por causa de su comisionista. Y es natural que no se hable de ello, porque la letra es una cosa, una mercancía como puede serlo el billete de banco, un objeto que al circular arrastra las acciones que le son peculiares: las cambiarias, exclusivamente las cambiarias.

Creo que la acción de perjuicios no fue cedida por medio de la nota puesta al reverso del instrumento, y es posible que ni siquiera hubiese ánimo de cederla, porque Chanange no se presentó como tercero sino como girador a quien el Banco Central le devolvió la letra para que le pagara su importe. Pagándolo Chanange creyó cumplir su obligación de girador: obligación natural, o civil, o de honor comercial.

Los comerciantes respetables no afrontarían el tremendo dilema a que se alude en la sentencia. No. Si responden por la firma que han puesto al pie de los instrumentos que giraron, su posición es perfectamente clara frente a los girados. Vuelven a ser acreedores suyos. Si, renunciando a proponer la excepción que emana de haber sido perjudicada la letra, satisfacen voluntariamente su importe, será porque ejercitan un claro derecho de renuncia, a la par que en multitud de ocasiones satisfacen lo que juzgan imperativo de equidad, como cuando la insolvencia del girado no es efecto de la mora en el protesto, y miran además por su buen nombre en las relaciones comerciales. Pero si esos comerciantes respetables desean subrogarse en la acción de perjuicios contra un comisionista, bien fácil les queda decir que pagan al perjudicado, no porque tengan obligación de pagarle —como lo han creído Chanange, su abogado ante la corte y el mismo Banco Central— sino porque, no deseando escudarse con la excepción mercantil, quieren librar de daño al acreedor y al efecto le pagan y se subrogan no solamente en los derechos y acciones que a éste correspondían "como tal acreedor" (tengo que volver a subrayar el texto), sino también en los derechos y acciones que le correspondían como tal mandante contra el mandatario incumplidor. La primera subrogación surge del pago y del endoso hecho en la letra misma. La segunda, ajena del derecho cambiario, se efectúa en otra forma.

Chanange ha ejercitado dos acciones.

Por la primera acción, promovida "como girador de la letra Nº 1019-3495 de 16 de marzo de 1930", pide que el Banco de Colombia sea condenado a pagarle $ 9,955.20 dólares, solicitud que apoya en que "se le devolvió la letra como girador y hubo de pagar por consiguiente el dinero recibido y es esta la causa, para que se presente como demandante de acuerdo con las disposiciones comerciales".

Por la segunda acción, promovida como persona a quien perjudicó la culpa del Banco de Colombia, según dice el actor, pide que dicho banco sea condenado a pagarle los perjuicios que se comprueben, y solicita que la cuantía de ellos sea estimada en un juicio ordinario de cuentas. Afirma que los perjuicios consistieron en que no habiéndose podido cobrar la letra y no habiendo sido protestada oportunamente, el demandante continuó otorgando crédito a Rumié Hermanos, "que desde entonces se hallaban en incapacidad de pagar sus obligaciones corrientes". Afirma que si el comisionista, en vez de recibir del girado una letra a cargo de su misma casa de Nueva York, hubiese hecho el protesto, evidentemente el girador habría suspendido los embarques de arroz que para esta casa representan más de $ 30,000.00 dólares. Agrega que el Banco de Colombia cerró crédito al girado y le quitó su principal activo a sabiendas del malestar de los negocios, y a sabiendas de ello recibió del girado el pago de la letra en otra del mismo girado, a cargo de la oficina de Nueva York. Dice también que el comisionista agravó su proceder dejando perjudicar la letra.

Esta segunda acción fue rechazada por la corte.

En cuanto a la primera acción, obsérvese que fue propuesta por Chanange invocando el título de "girador" y apoyándose en el hecho de habérsele devuelto una letra que "hubo de pagar".

La demanda es del 21 de enero de 1931. Fue contestada el 30 de octubre del mismo año. El 19 de noviembre, casi diez meses después de instaurado el juicio, y qui-

zá con el propósito de enderezar esa primera acción, fue otorgada una escritura en Guayaquil, mediante la cual el Banco Central traspasó a Chanange todos los derechos y acciones que por los perjuicios causados pudiera exigir al Banco de Colombia. Pero nótese que el banco cedente hace en dicha escritura de traspaso estas dos declaraciones confirmatorias de mi punto de vista:

"5ª—Que la letra no fue protestada en el perentorio término señalado por las leyes, habiendo causado esta omisión serios perjuicios al girador".

"7ª—Que el señor G. L. Chanange, como girador de la letra..... ha reembolsado su valor....."

Pregunto:

Si en opinión de Chanange y del Banco Central —expresada en la demanda, en la escritura y en el recurso— el primero pagó al segundo como girador perjudicado, por qué se dice que fue el segundo quien cedió al primero su acción de perjuicios?

Todo indica que pagador y pagado creyeron que el primero estaba secundariamente obligado, no obstante la culpa en que incurrió el comisionista del segundo.

Por quién pagó Chanange? Pagó por Rumié Hermanos. Luego únicamente quedó subrogado en el crédito del Banco Central contra estos señores. Si hubiese pagado por el Banco de Colombia, subrogaría al Banco Central, como comitente, en su acción de perjuicio contra el Banco de Colombia, como comisionista. Pero la acción de responsabilidad del comitente contra el comisionista no es un accesorio de la acción que correspondía al tenedor contra el girado.

Cuando una letra sufre rechazo por falta de pago, debe ser protestada, y si no lo fuere, girador y endosantes quedan libres. Así lo preceptúa el artículo 1º de la ley 3ª de 1925. Pero, torno a decirlo, si el girador renuncia a excepcionar —declarando estar obligado y ser el perjudicado, y pagando el importe de la letra— se borra la noción de perjuicio en cabeza del tenedor. Queda éste en su plata.

Cuarta.—Creo que si se viera en Gustavo L. Chanange a un perjudicado, personalmente o como cesionario del Banco Central, quizá la condena debería ser en abstracto, a reserva de fijar más tarde su importe.

Por qué así?

Porque a Chanange no le sería lícito masticar a dos carrillos, recibiendo del Banco de Colombia el valor total de la letra y recibiendo de Rumié Hermanos lo que éstos pudieran abonarle. Dentro de tal orden de ideas, el perjuicio del girador y pagador sería la suma de $ 9,955.20 dólares, formada por dos cantidades: por la que Rumié Hermanos abonaran a Chanange y por el saldo a cargo del Banco de Colombia. Si los primeros, repuestos de su insolvencia, satisficieran la totalidad de la deuda, nada tendría que complementar el Banco de Colombia porque el perjuicio de Chanange ascendería a cero (0).

Quinta.—Creo que el librador ha cambiado a su primitivo deudor, insolvente, por un nuevo deudor, solventísimo. Esa es la consecuencia del fallo.

Chanange era acreedor de Rumié Hermanos por $ 9,955.20 dólares. Les cobró esta cantidad girando contra ellos una letra que vendió, por valor recibido, a esa otra entidad a quien ofrecí no nombrar más. Esta la endosó al Banco Central. Rumié Hermanos no pudieron pagar. El Banco de Colombia, comisionista del último tenedor, no protestó oportunamente la letra no pagada. Chanange, creyéndose obligado como librador, pagó al Banco Central y demandó al de Colombia. La sentencia condena al demandado a pagar al demandante el importe de la letra, menos $ 193.93 dólares que Rumié Hermanos habían abonado a Chanange, su primitivo y nuevo acreedor, lo que arrojó un saldo de $ 9.761.97 oro americano. No está demostrado que caso de haberse hecho oportunamente el protesto, Rumié Hermanos hubieran sido solventes. Fue así como Chanange cambió a un deudor insolvente por un deudor solventísimo.

Hago constar que la corte, con innegable espíritu de equidad, dijo que se obró el fenómeno de la subrogación a favor del Banco de Colombia, por causa de la sentencia, en los derechos de Chanange contra Rumié Hermanos.

Me separo de la opinión de mis colegas, pero reconozco que en la sala se debatió ampliamente el problema y se contaron, midieron y pesaron las razones en favor y en contra del proyecto. He escrito con cierta vehemencia natural en quien glosa puntos de vista. Pero declaro que puedo ser yo, y no mis compañeros, quien ha incurrido en error. Sus conceptos son para mí valiosísimos. Simplemente, debido a las dudas que me asaltaron, resolví salvar mi voto. El caso es complejo.

Bogotá, abril 30, 1937.

Miguel Moreno J.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO, HERIDAS Y ROBO.—INDICIOS EN MATERIA CRIMINAL

El indicio, como elemento de convicción, ha de traer lógica y jurídicamente el valor probatorio de tal. La ley define y da reglas especiales para apreciar el alcance de ese medio de prueba. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance de juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo tres de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias).

Los hechos ocurridos en este proceso se desarrollaron en la noche del 24 de mayo de 1932, en el sitio de Tuvavita del municipio de Vélez.

El niño Luis Felipe Díaz, hijo del dueño de la casa de campo, Fideligno Díaz, y testigo presencial de los sucesos, los relata así:

"Anoche, como a las siete de la noche, estando yo en esta casa, en la cocina, en compañía de mis padres, de mis tres hermanas, Pastora, Carlina y Evangelina Díaz, de mi hermano sordo-mudo Andrés Díaz, de mi otra hermana Ascensión Díaz de ocho años, salió mi papá de la cocina y en el momento unos desconocidos y disfrazados en número de unos seis, quienes entraron por detrás de la casa (sic) dos atacaron a mi papá a calibre de revólver y los demás, atacaron a mi mamá y a mis hermanas, dándole muerte de un balazo de revólver, en el pecho, a mi hermana Pastora; a Andrés el bobito le dieron un balazo en el brazo derecho pasándole el bracito, y otro disparó en la cabeza al frente, que le dejó la señal en el cuero cabelludo; a mi mamá la pegaron muchos calibrazos en la cara; a mi hermana Evangelina le pegaron en la cara; a Carlina le pegaron calibre en la cabeza, en la mano izquierda también; hirieron a mi papá y luégo rompieron un baúl y se llevaron una buena cantidad de dinero y una ruana de mi hermano Pastor Díaz, que es la misma que tengo presente (y que yo el Secretario certifico, es la misma que el primero de la policía Efraín Olarte acaba de traer y dice fue hallada en casa de Casilda González a distancia de un kilómetro y medio de esta casa de Fidelino Díaz), y que dice Casilda la llevó Salvador Pardo anoche a su casa. Sigue declarando el menor: se llevaron dos machetes y no sé qué más cosas. Los asaltantes venían disfrazados, unos enmascarados, otros con la cara teñida con papel colorado, otros con bigotes grandes postizos; unos de zapatos y otros de alpargatas de suela, con ruanas, el Chato Acelas — hijo de Gumersindo Acelas — venía de pantalón y saco blanco, con bigotes colorados teñidos con papel, sombrero jipa, y lo conocí en la cara, en la voz también porque aquí vino días pasados a comprar un novillo, por el cuerpo y por la nariz apachurrada. A los demás no los conocí. Después de matar a mi hermana y herir a los que ya dije o sea todos los de la casa, romper el baúl y llevarse el dinero y la ruana se fueron en carrera por donde mismo entraron y enfocaban lámparas eléctricas para poder ver y correr. Por ahora no recuerdo más nada, luégo puedo ampliarla si me acuerdo de otras cosas, pues anoche no dormimos nada y estoy muy triste por todo lo ocurrido (fs. v)."

El Juez 2º Superior del Distrito Judicial de San Gil, residente en el Socorro, en auto de 6 de junio de 1933, llamó a responder en juicio criminal a Salvador Pardo y a Rafael González, como responsables de los delitos de cuadrilla de malhechores, homicidio en la persona de Pastora Díaz, heridas, golpes y malos tratamientos en las personas de Dolores Hernández de Díaz, Fideligno y Andrés Díaz y robo de la suma de $ 71,00, pertenecientes a la familia de Fideligno Díaz.

Por la misma providencia sobreseyó el Juez temporalmente en favor de Fideligno Fonteche, Leonidas Díaz, Nepomuceno González y Segundo Zafra por los cargos que aparecen en la investigación.

Al revisar el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, por apelación que interpusieron el defensor y los procesados, el auto de proceder del Juez a quo, descartó el cargo de cuadrilla de malhechores — refor-

mando así el auto — y lo confirmó en todo lo demás.

La eliminación del cargo cuadrilla de malhechores hízola el Tribunal porque habiéndose sobreseído, aunque temporalmente a favor de los otros sindicados, y aceptando el Tribunal esa parte de la providencia del Juez a quo, consecuencialmente desapareció el delito de cuadrilla de malhechores ya que el número esencial y mínimo de personas asociadas en cuadrilla es de cuatro.

En firme quedó entonces el llamamiento a juicio de Salvador Pardo y Rafael González, como responsables de los siguientes delitos:

a) Homicidio en Pastora Díaz;

b) Heridas en Dolores Hernández de Díaz, Andrés Díaz y Fideligno Díaz.

c) Robo de la suma de $ 71.00 de propiedad de la familia de Fideligno Díaz.

Y en firme también los sobreseimientos temporales a favor de Fideligno Fonteche, Leonidas Díaz, Nepomuceno González y Segundo Zafra. Tal la síntesis de la parte resolutiva del auto del Tribunal de San Gil de 23 de agosto de 1933 que revisó el enjuiciamiento.

En armonía con lo resuelto por el Tribunal, el Juez a quo sometió a la consideración del jurado, para cada uno de los procesados, los siguientes cinco cuestionarios que corresponden al homicidio de Pastora Díaz, a las heridas de Dolores Hernández de Díaz, contusas éstas, a las de Andrés Díaz causadas con proyectil de arma de fuego, a la herida contusa de Fideligno Díaz y a la sustracción con fuerza y violencia en las personas y las cosas, de $ 71,00, pertenecientes a la familia Díaz.

"El acusado Salvador Pardo es responsable de haber dado muerte voluntariamente y en concurso recíproco de otro individuo a Pastora Díaz, por medio de una herida causada con proyectil de arma de fuego (revólver), situada sobre el cuarto espacio intercostal izquierdo, que interesó el corazón; hecho ejecutado en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita', de la jurisdicción municipal de Vélez?"

"El acusado Salvador Pardo es responsable de haberle causado voluntariamente y en concurso recíproco de otro individuo a Dolores Hernández de Díaz las siguientes heridas: una contusa en la frente, del lado derecho, que interesó únicamente las partes blandas; otra en la raíz de la nariz; otra en el labio superior y otra en la apófisis mastoidea izquierda, heridas éstas que interesaron solamente las partes blandas, y que le ocasionaron a la ofendida una incapacidad de veinticinco días, sin dejarle lesión ni defecto alguno; hecho ejecutado en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita' de la jurisdicción municipal de Vélez?

"El acusado Salvador Pardo es responsable de haberle ocasionado voluntariamente, y en concurso recíproco de otro individuo, a Andrés Díaz dos heridas causadas con proyectil de arma de fuego (revólver), situadas: una en la cara anterior del brazo derecho y otra en la región fronto-parietal, que le ocasionaron al ofendido una incapacidad de veinte días, sin dejarle lesión ni defecto alguno; hecho ejecutado en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita', de la jurisdicción municipal de Vélez?

"El acusado Salvador Pardo es responsable de haberse sustraído, con fuerza y violencia ejecutadas en las personas y en las cosas, la suma de setenta y un pesos pertenecientes a la familia de Fideligno Díaz; hecho que tuvo lugar en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita', de la jurisdicción municipal de Vélez?

"El acusado Rafael González es responble de haber dado muerte voluntariamente y en concurso recíproco de otro individuo a Pastora Díaz, por medio de una herida causada con proyectil de arma de fuego (revólver), situada sobre el cuarto espacio intercostal izquierdo, que interesó el corazón, hecho ejecutado en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita', de la jurisdicción municipal de Vélez?

"El acusado Rafael González es responble de haberle ocasionado voluntariamente, y en concurso recíproco de otro individuo, a Dolores Hernández de Díaz las siguientes heridas: una contusa en la frente, del lado derecho, que interesó únicamente las partes blandas; otra en la raíz de la nariz, otra en el labio superior y otra en la apófisis mastoidea, heridas éstas que interesaron solamente las partes blandas, y que le ocasionaron a la ofendida una incapacidad de veinticinco días, sin dejarle lesión ni defecto alguno; hecho ejecutado en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita', de la jurisdicción municipal de Vélez?

"El acusado Rafael González es responble de haberle ocasionado voluntariamente, y en concurso recíproco de otro individuo a Andrés Díaz dos heridas causadas con proyec-

tiles de arma de fuego (revólver), situadas: una en la cara anterior del brazo derecho y otra en la región fronto-parietal, que le ocasionaron al ofendido una incapacidad de veinte días, sin dejarle lesión ni defecto alguno; hecho ejecutado en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita', de la jurisdicción municipal de Vélez?

"El acusado Rafael González es responble de haberle causado voluntariamente, y en concurso recíproco de otro individuo, a Fideligno Díaz una herida contusa sobre la ceja izquierda, herida que le ocasionó al ofendido un impedimento de quince días, sin dejarle lesión ni defecto alguno; hecho ejecutado en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita', de la jurisdicción municipal de Vélez?

"El acusado Rafael González es responble de haberse sustraído, con fuerza y violencia ejecutadas en las personas y en las cosas, la suma de setenta y un pesos pertenecientes a la familia de Fideligno Díaz; hecho que tuvo lugar en la noche del veinticuatro de mayo del año de mil novecientos treinta y dos, en el sitio de 'Tuvavita', de la jurisdicción municipal de Vélez?

El jurado respondió afirmativamente, y por unanimidad, cada uno de los diez cuestionarios propuestos. Y el Juez 2º Superior previa calificación de la delincuencia en segundo grado y relacionando el caso con los artículos 600, 648, 778 y 785 del C. P., sanciones de homicidio voluntario, de las heridas por razón de la incapacidad resultante y del robo en razón de la cuantía, condenó a Salvador Pardo y a Rafael González a 17 años, 10 meses y 15 días de presidio y a las penas accesorias.

Este fallo al ser revisado por el Tribunal de San Gil fue confirmado, con la única modificación referente al tiempo de las condenas, que redujo a 17 años, 9 meses, en cambio de los 17 años, 10 meses y 15 días, fijados por la sentencia de primera instancia, corrección que en sentir del Tribunal depende de la conversión de penas de distinta clase que señalan los artículos infringidos por los varios delitos cuya responsabilidad se dedujo a los reos.

A la Corte ha venido este proceso porque en oportunidad los reos Pardo y González y el Fiscal del Tribunal de San Gil interpusieron recurso de casación.

El señor Fiscal del Tribunal alega como fundamento del recurso la causal segunda del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea vicio de nulidad sustancial según la ley, por lo cual la sentencia es violatoria de la misma ley procedimental.

Al interponer este recurso el Agente del Ministerio Público lo fundamenta en las razones contenidas en la vista fiscal de 11 de junio de 1934, marcada con el número 449 y en la cual solicitó declaratoria de nulidad de lo actuado por error en la calificación del proceso. Agrega el Fiscal en el escrito de interposición del recurso, que da en éste por reproducida aquella vista.

Por su parte, los procesados en el escrito de interposición del recurso, presentan estas dos causales:

"Primera.—Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma; y

"Segunda.—Ser también la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, punto éste debatido en la segunda instancia".

Los motivos alegados como sustentáculo del recurso por los reos, son, pues, los marcados con el numeral 1º y con el numeral 5º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Dentro de la tramitación de la Corte, ni el Fiscal ni los reos produjeron alegato. Por manera que ha de referirse la Sala a la causal alegada por el Fiscal y a los dos invocadas por los reos en sus señdos escritos de interposición del recurso aclarando desde luego que los procesados en su escrito se refirieron ampliamente a los indicios que obran como prueba y fundamento del llamamiento a juicio y de la sentencia definitiva demandada, pues acontece que en esta causa se basa todo en la prueba circunstancial.

El señor Procurador en su vista de septiembre 23 de 1935 conceptúa que la Corte debe casar la sentencia por la causal 5ª, invocada por los recurrentes, invalidar consecuencialmente el fallo y disponer que se convoque nuevo Jurado. Y apoya esta conclusión en la deficiencia de la prueba, basada en leves indicios.

Reproduce la aludida vista la sentencia del Juez a quo que como ya se vio la modificó el Tribunal únicamente en el sentido de la cantidad de años de presidio aplicables al caso. Estudiado éste a la luz de las causales invocadas por los recurrentes, el Fiscal del Tribunal de San Gil y los procesados, se expresa así el Procurador con relación

a los motivos que las partes presentan para infirmar la sentencia:

"El señor Fiscal del Tribunal y los reos interpusieron recurso de casación, el cual les fue concedido.

"El Fiscal dice que alega la causal 2ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931 y que la fundamenta con las razones que contiene su vista de once de julio de 1934, número 449, en la cual solicitó la declaración de nulidad de lo actuado por error en la calificación del proceso. Pero el señor Agente del Ministerio Público debía saber que una demanda de casación no puede desarrollarse o sustentarse con alegatos presentados antes de dictarse la sentencia recurrida, porque es precisamente respecto de ésta que pueden hacerse objeciones, hacerse reparos de orden legal. No obstante, para satisfacer al recurrente y demostrarle que no existe el motivo de nulidad que alega, se le contesta con las mismas palabras que emplea el Tribunal en algunas de sus providencias:

"Dice el artículo 248 del Código Penal:

'Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas, mancomunadas para cometer ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas'.

"Como en virtud del sobreseimiento decretado sólo quedan respondiendo en la causa Salvador Pardo y Rafael González, el delito de cuadrilla de malhechores desaparece consecuencialmente, por no quedar ya el número esencial y mínimo que constituye el delito de cuadrilla.....

"Cuanto a la muerte de la muchacha Pastora, claro se ve que no fue el resultado de un asesinato propiamente dicho, sino de un homicidio simplemente voluntario, dada la manera como pasaron los hechos y atendido el modo como fueron tratados los demás habitantes de la casa. No es admisible que esa muchacha inofensiva fuera escogida entre todos para ser asesinada. Además, en la parte resolutiva del auto de proceder, no podía calificarse el delito sino como homicidio en general (artículo 345, Ley 105 de 1890)".

La crítica del Procurador es tan clara y está sustentada sobre la índole misma del artículo 248 del Código Penal que no requiere comentario alguno.

El delito de cuadrilla de malhechores cargo originario del Juzgado fue desechado luégo por el Tribunal cuando reformó el auto de proceder. Al desecharlo y considerar responsables únicamente a Salvador Pardo y Rafael González, ya que sobre los demás sindicados sobreseyó, lo esencial de ese delito, que consiste en asociación de cuatro o más personas para perpetrar delitos de cualquier género desapareció.

Nada más pertinente al respecto que transcribir lo que dice la providencia de 23 de agosto de 1933 del Tribunal Superior de San Gil, al analizar la condición jurídica en que quedaron los otros procesados por virtud del sobreseimiento decretado en aquel auto.

Dice así lo conducente:

"Bien a las claras aparecen sustentados, de conformidad con los artículos 1627 y 1628 del C. P. en su orden, el enjuiciamiento y sobreseimiento decretados en el memorado auto objeto de la apelación.

"Esto no obsta para que la Sala haga a dicha providencia el siguiente reparo de fondo: la cuadrilla de malhechores, de que trata el Título III, y no el II, como equivocadamente aparece citado, la define así el artículo 248 del C. P.:

'Es cuadrilla de malhechores toda reunión o asociación de cuatro o más personas, mancomunadas para cometer, ya juntas, ya separadamente, pero de común acuerdo, algún delito o delitos contra las personas o contra las propiedades, sean públicas o privadas'.

"Como en virtud del sobreseimiento decretado, sólo quedan respondiendo en la causa Salvador Pardo y Rafael González, el delito de cuadrilla de malhechores, desaparece consecuencialmente, por no quedar ya el número esencial y mínimo que constituye el delito de cuadrilla y, en este sentido habrá de reformarse el auto que la Sala revisa.

"En virtud de las razones expuestas y de acuerdo en lo demás con el señor Agente del Ministerio Público, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto de proceder apelado de que se ha hecho mención, revocándolo en cuanto al llamamiento a juicio por cuadrilla de malhechores de que habla el punto primero, del auto de examen, en su parte resolutiva".

Las razones expuestas son suficientes para concluir que la causal alegada por el Fiscal no puede prosperar.

En lo tocante a las causales que invocaron los reos, el Procurador dice en su análisis lo siguiente:

"Los reos invocan estas causales:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por

indebida aplicación de la misma; y ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, punto ya debatido en la segunda instancia.

"Para sustentar su demanda, los reos dicen lo siguiente:

'Tales causales están reconocidas por el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, a esta disposición nos acogemos para que prospere el recurso.

'Procedemos desde aquí a alegar y sostener las causales apuntadas, por cuanto carecemos de recursos en dinero para nombrar un abogado que lo haga allá. Con todo, rogamos al señor Procurador General de la Nación, desde ahora, que en caso de que sea deficiente la presente demanda, la amplíe debidamente, de acuerdo con las disposiciones que rigen la materia. Para esto, suplicamos al mismo señor Procurador verifique el estudio detenido del punto, a fin de que se convenza de la absoluta inocencia nuéstra. Se nos han hecho cargos muy graves, sin que nosotros seamos responsables de ello. Y en la completa seguridad de nuestra inculpabilidad, la que nos ha movido, como movió a nuestroo defensor, a alegar con vehemencia el derecho que nos asiste a una absolución. Esa persuación de nuestra inocencia, es la que nosotros aspiramos a que se estudie y decida por el más alto Tribunal de la República, a fin de que nos conceda la reparación que el caso requiere.

'La sentencia la estimamos violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma, porque siendo así que el expediente no comporta prueba de nuestra criminalidad, que es uno de los elementos que se necesitan para condenar, según el artículo 1656 del C. J., ha debido absolvérsenos, y como no se hizo, correspondió al Juzgado de la primera instancia dictar la providencia de injusticia notoria del veredicto del jurado. El Juzgado no dictó esta medida, y por ello, se interpuso apelación y en el Tribunal Superior de San Gil se alegó y pidió que se declarara que el veredicto era contrario a la evidencia de los hechos. Tampoco decidió esto el honorable Tribunal, y por tanto recurrimos a la Corte Suprema a demandar de nuevo dicha medida, al tenor del artículo 50 de la Ley 169 de 1896, ya que no mereciendo nosotros ninguna pena, no ha debido aplicársenos la ley penal. De ahí que ésta haya sido mal interpretada e indebidamente aplicada.

'Creemos igualmente que la sentencia es violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, según ya lo dijimos.

'Ambas causales tienen apoyo en nuestra inculpabilidad y en la falta de prueba contra nosotros. Y decimos que hay falta de prueba, 1º, porque para llamársenos a juicio, se apreciaron con el nombre de indicios, ligeras sospechas; y 2º, porque esas sospechas quedaron totalmente desvirtuadas en el plenario.

'En realidad, cada uno de los llamados indicios no tiene actualmente sustentáculo, como pasamos a demostrarlo:.....'

"Y luégo hacen un detenido análisis de los indicios en que se apoya la sentencia recurrida, como puede verse en el escrito respectivo, de folios 195 vuelto a 200.

"En fuerza de su deber y de la especial súplica que le hacen los recurrentes, este Despacho ha estudiado detenidamente el proceso, y encuentra que, en realidad, todos o casi todos los indicios que motivaron la condenación son débiles e incapaces de demostrar que Pardo y González cometieron los delitos de que trata la sentencia, porque esos indicios quedan desvanecidos en gran parte con las explicaciones racionales que dan los acusados, explicaciones que no están en pugna con lo que aparece de autos.

"A lo dicho por los recurrentes debe agregarse esta observación: si todo estaba planeado, concertado de antemano y listas las armas, disfraces, linternas, etc., para llevar a cabo el asalto en hora determinada, cómo es posible admitir que González le dijera a Pardo: esta noche no, dejémoslo para mañana en la noche, cuando Pardo proponía, vámos esta noche? Y entonces a los otros cuatro criminales se los dejaba esperando, no se les tenía en cuenta para nada?

"Los miembros de la familia víctima del ataque, dicen que éste fue como a las seis y media de la noche y hay varios testigos que afirman que Pardo y González estuvieron en la tienda de Barbosa, que queda cerca de un kilómetro distante del sitio del acontecimiento, hasta las siete por lo menos; cómo se explica su presencia en el lugar del delito, disfrazados hasta el punto de no ser conocidos?

"Este Despacho ha sostenido siempre la soberanía del jurado el cual, ya que obra en conciencia, sin sujeción a tarifa de pruebas, puede formar su convicción hasta por leves indicios, sin que su veredicto pueda tacharse de contraevidente. Pero en este caso y atendida la causal 5ª de la Ley 118 de 1931, invocada por los recurrentes, creo que la H. Corte encontrará suficiente moti-

vo para invalidar el fallo y disponer que se convoque nuevo jurado para que decida en definitiva sobre la suerte de los acusados. A opinar esto me obliga la fuerte duda que ha despertado en mi espíritu la deficiencia de la prueba presentada contra ellos, y la gravedad de la pena que se les ha impuesto por delitos que quizá no hayan cometido".

La vista se concreta al análisis de la causal quinta: "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.

Al discriminar la Sala considera:

Es procedente entrar en el estudio de la causal 5ª, por cuanto en autos consta que la cuestión sobre injusticia notoria del veredicto fue previamente debatido en las instancias.

Ahora bien: estima la Corte oportuno transcribir aquí algunos pasajes de la sentencia dictada por ella con fecha 15 de octubre de 1936 (casación de Arturo Nova, GACETA JUDICIAL números 1911 y 1912), por tratarse de un caso similar al presente:

"En varias sentencias ha dicho la Corte que no por erróneo puede calificarse de notoriamente injusto un veredicto; y en un fallo de antigua data se expresa que el veredicto fundado sobre prueba indiciaria no puede por ese solo hecho estimarse como injusto.

"Pero aquellas tesis deben entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente el valor probatorio de tal. La ley define y da reglas especiales para apreciar el alcance de ese medio de prueba. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance de juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militen en contra del acusado".

Precisamente de esto se trata en el proceso que se estudia; es decir, la Corte estima indicado, y máxime por pedirlo aquí el señor Procurador, que ante un nuevo Jurado se confronten los elementos de prueba referentes a la responsabilidad de Salvador Pardo y Rafael González, de los cuales hacen mérito el auto de proceder y las sentencias de instancia.

En tal virtud 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 San Gil, fechada el quince de febrero de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Salvador Pardo y Rafael González la pena principal de diecisiete años, nueve meses de presidio por los delitos de homicidio, heridas y robo; y en su lugar ordena que se convoque un nuevo Jurado al cual debe someterse la causa, sin conceder la Corte el beneficio de excarcelación, por no hallarse ahora los procesados en el caso del inciso 4º, artículo 4º, de la ley 118 de 1931.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Mala B., Srio. en pdad.

ROBO Y SUPOSICION DE CHEQUES

1.—Al tenor del artículo 774 del Código Penal, el elemento fuerza y violencia del delito de robo puede consistir en que el agente se finja funcionario o empleado público de cualquier clase, cuando tal ficción no sea el fin principal que él se proponga. 2.—La condenación obliga al pago de perjuicios, aunque irregular, no constituye motivo de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias).

Enrique Zapata, Alfonso Jiménez y Ananías Arcila fueron condenados por el Tribunal Superior de Manizales a la pena prin-

cipal de ocho años, nueve meses de presidio por los cargos de robo y de suposición de títulos y facultades que no tienen.

Los procesados Zapata y Arcila interpusieron recurso de casación alegando las causales 3ª y 5ª del artículo 3º, ley 118 de 1931. El señor Procurador delegado en lo penal rebate las pretensiones de los reos por las causales que ellos invocaron, pero en cambio sustenta el recurso de la causal 1ª, basándose en dos motivos, a saber: Aplicación indebida del artículo 403 del Código Penal, y condenación oficiosa de perjuicios con violación del artículo 87 del mismo Código.

La Corte pasa a examinar estas causales por separado.

Causal 5ª—

No puede la Corte entrar en el examen de esta causal, porque la ley exige para ello que la cuestión de injusticia notoria del veredicto se haya debatido en las instancias; y aun cuando al folio 50 del cuaderno 2º, en un alegato firmado por Enrique Zapata se habla de "un veredicto injusto", es lo cierto que en ese y otros memoriales se atacó la sentencia del Juez a quo pero sin debatir propiamente el veredicto.

Causal 3ª—

La estudia muy acertadamente el señor Procurador en la siguiente forma:

"Dicen que la sentencia es violatoria de la ley, por cuanto hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. El punto principal de la acusación es éste, según los recurrentes:

'En el auto de proceder de fecha 21 de junio de 1934 que obra en el primer cuaderno a fojas 244, el Juez de la instancia razona así:

'El cuerpo del delito de robo que se estudia se establece plenamente con las declaraciones de Toribio Posada (ofendido), Margarita Castro, María de los Dolores Vélez, Cornelio González y Ramón Salina (fs. 4, 5, 2 vta. y 3, 32 y 47, respectivamente). En una de estas declaraciones encontramos con pluralidad de detalles el hecho efectivo de lo robado, y en otras la posibilidad de que Posada sí podía tener en esa fecha el dinero que dice le fue robado, toda vez que es hombre poseedor de finca rural, muy trabajador y en extremo juicioso y económico y por haber realizado, días antes, una buena cantidad de café y varios cerdos, todo lo cual está corroborado con las declaraciones de Dimas Pulgarín (fs. 194).

'Francamente, honorables Magistrados, si con la declaración del ofendido y con la de sus parientes y domésticos se pudiera establecer la preexistencia de cuantiosas sumas robadas, todo el mundo, y especialmente los deudores se autorobarían para rehuír el pago de obligaciones, poniendo así en desvalido el derecho de terceros'.

"Para destruír semejante afirmación, basta transcribir lo que sabiamente ha previsto el legislador a ese respecto en el artículo 1529 del Código Judicial, concebido así:

'Para acreditar en los delitos de robo y hurto la preexistencia de la cosa hurtada o robada, se admitirá la deposición del interesado, y las de su consorte, hijos y domésticos, los cuales harán fe sobre esto, en defecto de otros testigos extraños'.

"Esta disposición es de la más alta conveniencia social, porque quienes están capacitados para saber el monto o cuantía de sus intereses, son los propios dueños y sus familiares o domésticos. De lo contrario, en los delitos contra la propiedad mueble, reinaría la más absoluta impunidad, pues nadie anda buscando testigos de la calle para enterarlos de los propios caudales o intereses.

"Y como en el caso de autos, la prueba recogida es precisa y clara acerca de lo que los ladrones se llevaron de la casa del señor Posada, toda argumentación para destruír ese hecho, resulta baldía e inaceptable.

"Por consiguiente, la causal invocada no puede prosperar".

Causal 1ª—

Indebida aplicación del artículo 403 del Código Penal

La fundamenta así el señor Procurador:

"La sentencia del II. Tribunal es violatoria del artículo 403 del Código Penal, porque la aplicó indebidamente, no siendo el caso.

"Tal artículo dice lo siguiente: 'El que se fingiere funcionario o empleado público, o agente o comisionado del Gobierno, y ejerciere como tal alguna función, si de ella resultare algún daño, sufrirá la pena de ocho meses a dos años de presidio, y será inhabilitado perpetuamente para ejercer empleo

público, sin perjuicio de cualquiera otra pena, si incurre en caso que la tenga señalada.

'Si no se siguiere ningún mal de la ficción, la pena será de ocho a treinta días de arresto'.

"Conforme a esta disposición, la esencia del hecho punible está en fingirse funcionario o empleado público para ejercer 'alguna función'.

"Pero en el caso que se estudia, los delincuentes no se fingieron empleados públicos para ejercer funciones inherentes al cargo, sino para robar, finalidad completamente distinta a lo que estatuye el artículo citado.

"Esa ficción para robar está especialmente prevista por el artículo 774 del Código Penal como circunstancia constitutiva del delito de robo. Realmente tal artículo dice lo siguiente:

'Hace también fuerza o violencia a las personas el que roba fingiéndose ministro de justicia, funcionario o empleado público de cualquiera clase, o alegando orden falsa de alguna autoridad'.

Luego si los Jueces de derecho tuvieron en cuenta el fingimiento de empleados de la Renta por parte de los responsables para estimar que se trataba del delito de robo, y no de hurto u otro semejante, resulta altamente injurídico tomar esa misma circunstancia como delito independiente, y entonces se está sancionando dos veces un mismo hecho, contra el sabio principio del non bis in ídem. De ahí que la sentencia deba infirmarse en cuanto tuvo como delito separado el de 'Suposición de títulos o facultades que no se tienen'.

Y para ello, nada obsta el veredicto afirmativo del Jurado, porque, como lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia, 'al aplicar el Juez de derecho la ley, y de acuerdo con el veredicto, tiene que examinar si el hecho corresponde a determinada entidad delictuosa, la cual necesita desde el enjuiciamiento, una plena comprobación acerca del cuerpo del delito; de tal suerte que si esa comprobación falta, no porque la contestación del Jurado sea afirmativa respecto de la responsabilidad, se puede dar por establecido ese otro elemento que, según el Código de Procedimiento, constituye el fundamento de todo juicio criminal'. "(Sentencia de 29 de julio de 1929, en la casación por bigamia y estupro contra Enrique José Echeverri. GACETA JUDICIAL, Nº 1855, página 274. Tomo XXXVII)".

No comparte la Corte esta tesis del señor Procurador, pues tratándose de juicios por jurado, el Tribunal sentenciador tiene que ceñirse al veredicto, a menos que lo declare notoriamente injusto o que anule lo actuado; y la Corte no podría invalidar el fallo sino por las mismas razones de injusticia notoria, nulidad sustancial del procedimiento, o error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Por consiguiente no es posible estimar fundada la causal 1ª en este aspecto presentado por el señor Procurador, lo cual no quiere decir que la Corte considere jurídica la prosecución de la causa por los dos cargos de robo y suposición de títulos y facultades que no se tienen, siendo así que al tenor del artículo 774 del Código Penal, el elemento fuerza y violencia del delito de robo puede consistir en que el agente se finja funcionario o empleado público de cualquier clase, cuando tal ficción no sea el fin principal que él se proponga.

Condenación oficiosa al pago de perjuicios.

En varios fallos ha dicho la Corte sobre este particular:

"El señor Procurador delegado, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 6º de la ley 118 de 1931, opina, además, que la sentencia del Tribunal de Bucaramanga aplicó erróneamente la ley penal en cuanto condena a los procesados al pago de los perjuicios sufridos a consecuencia del delito.

"Considera la Procuraduría que el artículo 87 del Código Penal, en donde se establece la condenación oficiosa al pago de daños y perjuicios en el proceso criminal, quedó modificado por las disposiciones de la ley 104 de 1922, según las cuales debe entenderse suprimida la facultad que la ley 57 de 1887 daba al Juez para condenar al pago de perjuicios, aun sin que el ofendido o sus representantes se hiciesen parte y así lo pidieran.

"Y 'como en el presente caso —dice la Procuraduría— no han intentado la acción de perjuicios los interesados, y de oficio no puede hacerse la condenación correspondiente, el Tribunal violó el artículo 87 del Código Penal y el 22 de la ley 104 de 1922'.

"Con pena se aparta la Corte de esta tesis, y considera que el argumento, aunque inteligentemente propuesto, no es apto para fundar motivo de casación, como pasa a verse.

"La sentencia no viola el artículo 87 del Código Penal, y la tacha que contra ella propone la Procuraduría, es cabalmente la de haber aplicado de modo indebido y oficioso tal artículo, siendo así que él fue modificado —en concepto del señor Procurador— por el 22 de la ley 104 de 1922. En tal evento, lo violado sería este artículo, y no el 87 del Código Penal.

"Ahora bien: el precitado artículo 22 no es un precepto penal, sino procedimental, ya que estatuye sobre legitimidad de personería para intentar la acción de perjuicios causados por el delito; y suponiendo, dentro del orden de ideas del Procurador, que este artículo de la ley 104 haya podido ser violado por la sentencia, ello no encajaría dentro de la causal 1ª de casación, puesto que no se trata de ley penal sustantiva; y ni siquiera dentro de la causal 2ª, porque de implicar violación de ley procedimental, no es de las violaciones que están erigidas en causal de nulidad, y por consiguiente vicien el procedimiento de nulidad sustancial según la ley.

"No significa lo dicho que sea regular ni jurídico que los Jueces y Tribunales, de manera oficiosa, profieran en sus sentencias condenación por perjuicios. Si lo hacen sin determinar la cuantía, la condenación es prácticamente irrita; y si la condenación se hace por cantidad líquida, hay en ese punto del fallo una extralimitación de funciones, cuyas consecuencias jurídicas invaden un campo distinto al de la nulidad del proceso.

"Lo que ocurre es que no cualquiera ilegalidad de que adolezca una sentencia es motivo de casación".

Tampoco acepta, pues, la Corte este otro aspecto de la causal 1ª.

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 Manizales, fechada el nueve de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a los recurrentes Enrique Zapata y Ananías Arcila la pena de ocho años, nueve meses de presidio.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Malo R., Srio. en pdad.

TRIPLE ASESINATO

Si el legislador puso en capítulo aparte el delito de "incendio para matar", fue para darle mayor trascendencia y notoriedad a la presunción legal allí establecida de que quien elimina a una persona por medio del fuego, con intención y a sabiendas, debe tenerse inexorablemente como ASESINO, ya por la gravedad del medio empleado como por la crueldad e insensibilidad moral que muestra el delincuente. Pero en ningún caso quiso el legislador establecer otro género distinto de homicidio, porque eso era absurdo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

El Tribunal Superior de Medellín condenó a Rosa María Ruiz de Londoño a veinticinco años de presidio, como responsable de triple asesinato.

La sentencia fue recurrida en casación por medio de memorial presentado por el defensor de la procesada.

El señor Procurador delegado en lo penal analiza el asunto así:

"Con fecha diez y ocho de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín clausuró así la presente causa seguida a Rosa María Ruiz por triple homicidio (asesinato) e incendio:

'En mérito de las consideraciones que preceden, el Tribunal, de acuerdo en parte con el concepto del señor Fiscal y administran-

do justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide:

"1ª Se revoca la sentencia recurrida y consultada en cuanto condena a Rosa Ruiz de Londoño por el delito de incendio, y se le absuelve del cargo;

"2ª Se confirma la misma setencia en lo que respecta a la condenación por triple asesinato, con la reforma de que los veinticinco años que debe sufrir la Ruiz de Londoño, se descomponen así: veinte años de presidio, como pena fija, y cinco años de igual pena sujetos a la rebaja común'.

"Contra esa sentencia propuso recurso de casación el señor defensor de la Ruiz con fundamento en las causales segunda y tercera del artículo 3º de la ley 78 de 1923.

"Ya ante la Corte, el mismo recurrente elevó un amplio escrito para sustentar que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley procedimental, porque se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, y que dicha sentencia está en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder y con el veredicto del Jurado.

"El escrito del recurrente deja mucho que desear, pues no separó debidamente las causales con sus títulos correspondientes, y en el curso de su exposición involucra un motivo con otro. Por vía de amplitud y con sujeción a las causales reconocidas por la ley 118 de 1931, que es la que reglamenta hoy el recurso de casación en materia penal, la Procuraduría se referirá a las acusaciones que hace el señor defensor.

"SEGUNDA CAUSAL DEL ARTICULO 3º DE LA LEY 118

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

"Este es el punto capital que alega el señor defensor, y hace consistir la nulidad en que hubo error en la denominación genérica del delito, al tenor del numeral 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887.

"Razona así: 'Según la diligencia de fs. 12, 13 y 13 v., no se sabe a ciencia cierta si los niños recibieron muerte violenta antes del incendio o si murieron exclusivamente por acción del fuego. Y según el art. 644 del C. P., hay un delito especial, delito de incendio para matar, que se comete cuando voluntariamente, a sabiendas, y con intención de matar a otro, o de hacerle otro daño en su persona, se pone fuego en casa, habitación o sitio en que se halle el acometido. Luego lo primero que hay que resolver en este delicado asunto es si se trata del delito de homicidio con caracteres de asesinato o si se trata del delito de incendio para matar'.

"Concluye sosteniendo que como en el caso de autos se trata del delito de incendio para matar, y no del de homicidio que calificó el Juez en el auto de proceder, se incurrió entonces en la equivocación genérica del delito:

Se considera:

"Tal distinción aquí puede calificarse de bizantina, porque no conduce a nada práctico.

"Efectivamente, en el auto de proceder, el señor Juez consideró que se trataba de un triple delito de asesinato, fuéra del incendio a la propiedad. De tal suerte que al reconocerse la responsabilidad de la acusada por esos cargos, la pena aplicable era la del artículo 598 del Código Penal, en relación con el Acto Legislativo número 3 de 1910.

"Ahora bien, el delito de 'incendio para matar' que sustenta el recurrente, trae precisamente como penalidad la misma estatuída por el artículo 598, desde luego que la ley equipara como 'asesino' al que mata por medio del incendio, a sabiendas y con intención de causar la muerte, tal como lo hizo Rosa María Ruiz. Luego el llamar a juicio por el delito de homicidio con los más altos caracteres de gravedad, o el haberse llamado por 'incendio para matar', no tería ninguna repercusión práctica y dañosa para la procesada; era un asunto de pura distinción formal, sin alteración de sustancia.

"Lo que quiere evitar la ley con la nulidad consistente en la equivocación relativa al género del delito, es que el acusado sea juzgado por un cargo distinto del que se le dedujo en el enjuiciamiento y, por consiguiente, que llegue a sufrir una pena mayor de la que en realidad le corresponde por su actividad antisocial; o que la sociedad padezca menoscabo al sancionar benignamente un delincuente que merece una represión mayor. Y, como acaba de verse, a Rosa María Ruiz en nada se le afectaba sus derechos en uno u otro caso, desde luego que en ambos debía sufrir la misma pena.

"Además, las dos figuras delictuosas que se vienen discutiendo no pertenecen propiamente a géneros distintos. En ambas el hecho es uno mismo, o sea el delito de homicidio. La distinción estriba en el medio de ejecución, que en el homicidio común se consuma mediante el empleo de armas o instrumentos; mientras que en el 'incendio para matar' es el fuego el que destruye la vida humana.

"Aún más, tan íntimas son esas dos actividades punibles y tan concluyentes que en el fondo pertenecen al mismo género y a la misma especie asesinato, que el art. 586 del C. Penal incorporado en el Libro III, Título y Capítulo I de esa obra, dice entre otras cosas, lo siguiente:

'El homicidio premeditado toma la denominación de asesinato cuando los agresores lo cometen mediando en él una o más de las circunstancias siguientes:...

"5ª Con la explosión o ruina de materiales preparados para el asesinato, o con fuego que se ponga en casa o sitio en que se halle la persona a quien se quiera asesinar'.

"De modo que si el legislador puso en capítulo aparte el delito de 'incendio para matar', fue para darle mayor trascendencia y notoriedad a la presunción legal allí establecida de que quien elimina a una persona por medio del fuego, con intención y a sabiendas, debe tenerse inexorablemente como asesino, ya por la gravedad del medio empleado como por la crueldad e insensibilidad moral que muestra el delincuente. Pero en ningún caso quiso el legislador establecer otro género distinto de homicidio, porque eso era absurdo: la muerte de un hombre por la acción de otro hombre, sin mandato de autoridad legítima expedido en cumplimiento de las leyes, es lo que constituye la definición genérica del homicidio, según el artículo 583 del Código Penal. De tal suerte que no puede haber sino un género o título del delito en cada una de las agrupaciones generales de hechos punibles que establece la legislación penal. Los grados de la intensidad del dolo y los distintos medios empleados para consumar el delito, únicamente sirven para caracterizarlo y constituirlo en especie.

"Finalmente, para cerrar este Capítulo, anota la Procuraduría que con las ideas expuestas no se va contra la doctrina según la cual el auto de proceder debe contener el pliego preciso de cargos, para que el acusado sepa de qué debe defenderse y el Juez pueda circunscribir en la sentencia la penalidad. Pues no es que ahora se desconozca la autoridad del auto de proceder y que vaya a sancionarse por un nuevo cargo a la acusada, sino que lo ocurrido es otra cosa: que la sentencia contempla precisamente tres asesinatos, y esos fueron los imputados en el auto, los que no podían cambiar de naturaleza ni de penalidad por el solo hecho de que el enjuiciamiento hablara de simple homicidio, o de incendio para matar. Este cabe dentro de aquél, según la definición del art. 586 del C. Penal.

"También alega el recurrente otros motivos de nulidad, tales como los de haberse incurrido en error acerca del nombre de las víctimas, de dos de los Jurados, del defensor y del lugar del suceso. Empero, el asunto no tiene importancia, porque se trata de meras equivocaciones de letras, de lapsus cálami, que no atentan contra la identidad del hecho y de las personas mencionadas.

"Por eso dijo con gran acierto el señor Juez en su sentencia: '... cuando todas las fórmulas del juicio se han satisfecho; cuando el derecho de defensa no se ha menoscabado en lo más mínimo; cuando el paraje teatro del acontecimiento criminal, agentes activos y pasivos del delito, aparecen suficientemente identificados; cuando los jueces, tribunal popular, son personas suficientemente conocidas por haber actuado en el mismo carácter en otros juicios y extraídos a la suerte; y, en fin, cuando ese mismo tribunal popular se ha constituído en presencia de los mismos interesados y su derecho de recusación no ha sido mermado, sería falta de seriedad, de discreción, de comprensión y de tino, buscar sutiles apreciaciones y argumentos frágiles con el objeto de reponer la actuación. Tal cosa equivale a someter la justicia criminal cuando interviene el Jurado, a un mayor aleas del que por desgracia lleva consigo'.

"Causal séptima.

"Otra acusación contra la sentencia, es la de que el Tribunal dio fallo absolutorio a favor de la Ruiz por el delito de incendio, no pudiendo hacerlo por haber dictado el Juzgado sentencia condenatoria fundada en el veredicto afirmativo del Jurado.

"Y aunque el recurrente encaja ese motivo dentro de la nulidad, ello daría lugar a la causal séptima del art. 3º de la ley 118 de 1931, esto es, haberse dictado la sentencia por un Tribunal incompetente para conocer del asunto.

"Esta acusación es lo más desacertada. Desde el momento en que el fallo del señor Juez subió en apelación al Tribunal, éste tenía toda la jurisdicción correspondiente para decidir si el juicio adolecía de nulidad, si el veredicto del Jurado era notoriamente injusto y si la ley penal había sido rectamente aplicada, al tenor del art. 163 de la ley 40 de 1907.

"Y si el Tribunal estimó que el incendio no aparecía con entidad independiente y separada del homicidio, porque apenas era una circunstancia específica del delito de 'incendio para matar', ejercía una de sus atribuciones, como es la de velar por la recta aplicación de la Ley Penal, a pesar de que el

veredicto fuera afirmativo de la responsabilidad por ese cargo.

"Así también lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia, al decir: 'Al aplicar el Juez de derecho la ley, y de acuerdo con el veredicto, tiene que examinar si el hecho corresponde a determinada entidad delictuosa, la cual necesita, desde el enjuiciamiento, una plena comprobación acerca del cuerpo del delito; de tal suerte que si esa comprobación falta, no porque la contestación del Jurado sea afirmativa respecto de la responsabilidad, se puede dar por establecido ese otro elemento que, según el Código de Procedimiento, constituye el fundamento de todo juicio criminal'. (Sentencia de 29 de julio de 1929, en la casación por bigamia y estupro contra Enrique José Echeverri.—Gaceta Judicial número 1855, página 274, Tomo XXXVII).

"Causal cuarta.

"No estar la sentencia de acuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, ni con el veredicto del Jurado, es la última demanda que se hace contra la sentencia. Y todo lo hace depender de no haberse formulado el cargo por 'incendio para matar', y de haber absuelto el Tribunal por el delito de incendio.

"Apenas es concebible, en un afán de conseguir la nulidad del juicio para que actúe un segundo jurado; pues a nadie se escapa que si la sentencia del Tribunal está en desacuerdo con el auto de proceder, es para favorecer a la acusada quitándole el delito de incendio que le reconoció el veredicto.

"Y como ya se dijo que la distinción acerca de si se trataba de homicidio o de incendio para matar, ningún perjuicio concreto podía traer a la acusada en la sentencia, puesto que la pena era la misma para ambos eventos, la causal invocada no puede prosperar, ya que no conduce a ningún fin positivo, aunque el Tribunal sentenciara por 'incendio para matar'.

"Señores Magistrados: la gravedad del caso que se juzga demostrativo en la acusada de una personalidad psíquica de la mayor inferioridad y peligrosidad social; la represión severa que es necesario emprender contra ella para la seguridad de los asociados; las garantías plenas que se le dieron para el juzgamiento de su causa, y la notoria justicia que entrañan los veredictos del Jurado y las penas impuestas, toman fuerza soberana para que la Procuraduría General de la Nación pida muy respetuosamente a la H. Corte la declaración de que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida. De lo contrario, el escándalo social y el temor de una posible absolución por un segundo cuerpo de Jurados, traerían un grave desprestigio para la justicia y para los encargados de impartirla".

Ante este caso flagrante de lo que jurídicamente se llamó "pena justificada", y siendo tan completo el estudio elaborado por la Procuraduría, estima la Corte innecesarios cualesquiera otros razonamientos para motivar su fallo, y llegar a la conclusión de que no prospera el recurso propuesto.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, fechada el dieciocho de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Rosa María Ruiz de Londoño la pena de veinticinco años de presidio como responsable de triple asesinato.

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

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mora Viñas, Srio en ppd.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

1.—Los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba de las circunstancias agravantes y atenuantes. 2.—Las nulidades están indicadas taxativamente en los artículos 294 y 295 de la ley 57 de 1887. Para de los casos previstos en esos dos artículos no cabe reposición del proceso cualesquiera que sean las omisiones o irregularidades que en él se anoten. De otro lado el vicio de nulidad ha de ser sustancial, evidentemente contrario a la garantía constitucional consagrada en el artículo 28 del Estatuto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril catorce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

En el juicio que por homicidio de Venancio Carvajal, se adelantó en el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, el Juez propuso al Jurado las dos cuestiones siguientes:

"Cuestión primera:

"Eliseo Reatiguí es responsable de haber dado muerte con instrumento cortante y punzante a Venancio Carvajal, y en la ejecución de este hecho ocurrido en el sitio de 'Perico', jurisdicción municipal de Cepitá, obró el acusado Reatiguí con intención homicida y con premeditación, esto es, con deliberación y resolución previas de dar muerte?".

"Cuestión segunda:

"El acusado Reatiguí cometió el hecho a que se refiere la cuestión anterior con crueldad o sevicia?".

Por unanimidad el Jurado respondió a la primera cuestión en estos términos:

"Sí, pero sin premeditación".

A la segunda cuestión contestó, igualmente por unanimidad, así:

"Sí, con crueldad".

Apoyados en estos veredictos el Juez de la causa en sentencia de 23 de julio de 1935, condenó a Eliseo Reatiguí a la pena principal de nueve años de presidio.

Aplicó al caso el artículo 600 del Código Penal, calificando la delincuencia en segundo grado, pues descartada la premeditación quedó la respuesta del segundo cuestionario, como afirmativa que es, asentando circunstancias de agravación.

Apelado el fallo, el Tribunal Superior de Bucaramanga, el 1º de octubre de 1935 lo confirmó, porque no halló nulidades en la causa, el veredicto no lo apreció notoriamente injusto, y encontró bien aplicada la ley penal.

El defensor del reo interpuso oportunamente recurso de casación. Concedióselo el 24 de octubre de 1935, y en consecuencia vinieron los autos a la Corte.

Para inhibir la sentencia, el recurrente invoca las causales 1ª y 2ª de la ley 118 de 1931 en alegato enviado a la Corte.

Primera causal.

Mala interpretación de la ley penal o indebida aplicación de la misma.

En concepto del recurrente la sentencia es violatoria de la ley penal porque calificó la delincuencia en segundo grado habiendo sólo una circunstancia agravante, con lo cual violó el artículo 123 del Código Penal, el cual exige concurrencia simultánea de circunstancias atenuantes y agravantes para la calificación en segundo grado. La calificación debió hacerse —en sentir del apoderado del reo— en grado ínfimo.

Se observa:

En repetidos fallos ha dicho la Corte que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba de las circunstancias agravantes y atenuantes, y en el presente caso el Tribunal de Bucaramanga dijo sobre este punto en la sentencia recurrida:

"Con el descarte de la premeditación, la crueldad y la sevicia no pueden considerarse ya como circunstancias cualificativas de asesinato sino como agravantes de mayor o menor fuerza que el juzgador debe apreciar conforme a la tarifa probatoria y sin que sea óbice la acogida o rechazo que les den los jueces de hecho. Aquí el número y calidad de las heridas pregonan la existencia de esas dos agravantes que, en concurrencia de las atenuantes de falta de ilustración y de pasado judicial hacen procedente la calificación de la delincuencia en segundo grado y la consiguiente aplicación del 50 por 100 de la suma del máximo y el mínimo de la pena señalada en el artículo 600 del C. P. o sean los nueve años de presidio que le asigna la sentencia".

De suerte que, como en el asunto que se estudia, el Tribunal encontró probadas dos circunstancias agravantes, y éstas las confrontó con las atenuantes de falta de ilus-

tración y buena conducta anterior de Eliseo Reatiguí, es correcta la aplicación del artículo 123 del Código Penal, y el recurso no puede prosperar por este motivo.

Segunda causal.

Vicio de nulidad sustancial en el procedimiento.

La hace consistir el apoderado del recurrente en que la sentencia es violatoria de la ley procedimental por cuanto no se observaron en el juicio la plenitud de las formas propias de él.

Alega así esta causal:

"El artículo 290 de la ley 57 de 1887 autoriza a las partes para solicitar la comparencia de los testigos que hayan declarado, al acto de la audiencia. Y en el artículo 1689 del C. J. faculta a las partes para hacer comparecer al lugar del juicio a quienes habiten o residan en lugares apartados, mediante consignación del valor de los gastos de traslación, etc.

"La defensa solicitó del Juzgado Superior la comparecencia del testigo Sebastián Prada; el Juez 2º Superior decretó esa comparecencia, pero hizo la citación en forma tal que hizo nugatorio el derecho de la parte. En efecto al f. 123 v. del cuaderno principal aparece copia del telegrama dirigido por el Juzgado, en donde se le avisa al Alcalde un Municipio (sic) que le diga al testigo que 'puede comparecer al despacho'.

"El tiempo urgía y no era el caso de entrar en apelaciones sobre el procedimiento; la defensa se limitó a dejar constancia de su inconformidad sobre ese proceder que arrebataba un derecho clarísimo y fundamental al preso, y pidió que se dejara copia del telegrama referido para posteriores aclaraciones".

A este respecto dice el Procurador en su vista:

"Respecto de la segunda causal invocada, afirma el recurrente que el fallo se dictó sobre un proceso viciado de nulidad sustancial, pero como único fundamento para tal afirmación, se limita a contar que la defensa solicitó del Juez que hiciera comparecer en la audiencia a un testigo que ya había declarado y que el Juez se contentó con dirigir un telegrama al alcalde de la residencia del testigo en términos tan flojos, que la prueba no pudo practicarse. Sobre esta irregularidad se queja con razón el recurrente y espera de vosotros una palabra que ponga fin a la costumbre de incurrir en ella; pero dicha irregularidad no constituye causal de nulidad al tenor de las disposiciones pertinentes de la ley".

Sin duda existe una irregularidad criticable en el hecho apuntado por el recurrente. El Juzgado Superior no debió emplear un término facultativo, sino un término imperativo de comparecencia de Sebastián Prada. Debió conminar. Pero esta irregularidad no está erigida en nulidad sustancial porque no se trata del auto que abría la causa a prueba ni de denegación directa de una prueba que parece según el contexto, el reparo que se iba a hacer valer en la audiencia.

Las nulidades están indicadas taxativamente en los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887. Y fuera de los casos previstos en esos dos artículos no cabe reposición del proceso cualesquiera que sean las omisiones o irregularidades que en él se anoten. De otro lado el vicio de nulidad ha de ser sustancial, evidentemente contrario a la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 del Estatuto. No se ve que la omisión viole lo esencial de las formalidades del juicio.

Tampoco, pues, puede prosperar la causal 2ª invocada.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de primero de octubre de mil novecientos treinta y cinco, que condenó a Eliseo Reatigui a la pena de nueve años de presidio como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Venancio Carvajal.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Maio R., Srio. en pdad.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

De acuerdo con la ley 78 de 1923, el recurso de casación en materia criminal solamente se estableció para las sentencias de los Tribunales Superiores de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión. La futilidad del móvil que condujo al delito no está señalada como circunstancia agravante en el Código Penal vigente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril veinte de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias).

El Tribunal Superior de Bucaramanga, con fecha 26 de agosto de 1935, condenó a Luis Eduardo Pachón como autor responsable del delito de homicidio de José Antonio Navas, a la pena principal de nueve años de presidio, y a Luis F. Peralta a la de veintisiete meses de reclusión, por el delito de heridas en Marco A. Soto.

El apoderado de Luis F. Peralta y el reo Luis E. Pachón, interpusieron recurso de casación.

Ambos reos invocan la primera causal de casación implícitamente, pues consideran la sentencia en desacuerdo con la ley penal en los artículos 123, 124 y 117 del Código de la materia.

Presentaron luégo Luis E. Pachón y el doctor Manuel Roa Bernal, en su calidad de apoderado de Luis F. Peralta, alegatos de sustentación de la causal invocada, los cuales introdujeron en oportunidad ante el Tribunal de Bucaramanga.

El Procurador en su vista, analiza dos cuestiones. Son las siguientes:

Primera:

Inadmisibilidad del recurso interpuesto por Peralta.

Segunda:

Causal invocada por Pachón.

Respecto de la primera cuestión, el Procurador estima que el Tribunal Superior de Bucaramanga no ha debido conceder el recurso interpuesto por el defensor de Luis F. Peralta. La razón: que este procesado fue condenado a veintisiete meses de reclusión.

La ley 78 de 1923, reglamentaria del recurso de casación en materia criminal en su artículo 1º establécelo para las sentencias de los Tribunales Superiores, de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión.

El Tribunal al conceder la casación a Peralta dijo, entre otras cosas, que el homicidio y las heridas, delito el primero por el cual condenó a Pachón, y cargo el segundo deducido a Peralta, fueron hechos conexos, investigados y fallados bajo una misma cuerda.

Consideró, además, el Tribunal que por esta razón sería aberrante que de un fallo pudiese quedar en firme una parte y otra invalidada.

Y que de otro lado, la causal invocada por los recurrentes, Pachón y Peralta, era la misma.

Las razones expuestas por el Tribunal no destruyen la fuerza del mandato legal, invocado por el Procurador y que la Sala considera aplicable.

De lo anterior se concluye que por la cuantía de la pena impuesta a Peralta, el recurso no es admisible. Por ello la Sala no entra a considerarlo respecto de este procesado.

Con relación a la segunda cuestión, o sea la causal invocada por Pachón, se observa:

El señor Procurador se opone a los puntos de vista del recurrente, quien se refiere a la causal primera del artículo 2º de la ley 78 de 1923.

Este artículo está sustituído por el 3º de la ley 118 de 1931. La cita es errada; pero siendo el motivo igual en una y otra disposición, la Sala, dado lo implícito de la cita a la disposición vigente y atendiendo a lo sustancial, entra a estudiar la causal.

Alega el recurrente que están mal aducidas por el Tribunal las agravantes consistentes en la futilidad del motivo, por una parte, y en la mayor alarma o escándalo que el delito produjo, por otra, con lo cual se han violado las disposiciones del Código Penal sobre calificación de la delincuencia (arts. 117, 123 y 124), lo cual ha debido hacerse en grado mínimo y no en el medio como lo hizo el fallo recurrido.

Sobre la futilidad del móvil cabe observar que el Código Penal vigente no enumera esta circunstancia entre las agravantes, sin que

pueda tampoco atribuírsele ese carácter por ministerio del artículo 119, por no guardar ella perfecta semejanza o analogía con las "literalmente expresadas" en el artículo 117.

Respecto a la mayor alarma, escándalo, desorden, producidos por el delito, que contra Pachón aduce la sentencia como agravante, si bien es verdad que estos factores sí los contempla el Código en calidad de circunstancias de agravación, también lo es que en el presente caso la "resonancia" del delito, según expresión del Tribunal, provino cabalmente de las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos; y esas modalidades, que sin duda las tuvo en cuenta el Jurado al pronunciarse sobre la responsabilidad, no pueden cargarse además como una agravante especial.

Prospera, pues, el recurso por este aspecto de la causal 1ª, y de acuerdo con las ideas expuestas, al proferir la Corte el fallo que debe reemplazar al infirmado, califica en tercer grado la delincuencia de Luis Eduardo Pachón.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º No es admisible el recurso de casación interpuesto por Luis F. Peralta;

2º Invalídase parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga fechada el veintiséis de agosto de mil novecientos treinta y cinco, en cuanto impuso a Luis Eduardo Pachón la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte de José Antonio Navas, y en su lugar condena al mismo Luis Eduardo Pachón por ese delito a sufrir la pena de seis años de presidio; y

3º No es el caso de infirmar, y no se infirma en lo demás, el fallo recurrido.

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

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio en ppd.

INEXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO DE ENVENENAMIENTO

No estando demostrada la dosis de veneno con la cual pudo o debió de causarse la muerte a una persona, ni comprobada, mediante un examen químico, la existencia inequívoca del veneno, no está comprobado el cuerpo del delito de envenenamiento y debe absolverse al procesado. Si en tales circunstancias se condena, es casable la sentencia por la causal 3a.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Sildana Silva fue condenada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo a la pena de ocho años de presidio por el delito de envenenamiento de su marido Adán Gómez.

El defensor interpuso recurso de casación invocando las causales 3ª y 5ª, y el señor Procurador General de la Nación sustenta por su parte el recurso limitándose a estudiar la causal 3ª con la solicitud de que se infirme la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a la procesada.

Para resolver la Corte considera:

Basta confrontar uno de los pasajes esenciales del fallo recurrido con lo dicho por la Corte en caso muy semejante (sentencia de 18 de septiembre de 1936, casación de Visitación Valencia), para estimar fundada la causal 3ª que invocaron tanto el recurrente como el señor Procurador en este recurso.

En efecto, la Corte en el recurso de casación interpuesto por Visitación Valencia, condenada a veinte años de presidio, en sentencia del Tribunal Superior de Pasto, por el delito de envenenamiento en la persona de su marido Pedro Cadena, dijo:

"Como se ve, en este proceso, lejos de haberse producido la prueba inequívoca del elemento material del delito, los dictámenes periciales revelan la imposibilidad de formular una conclusión cierta acerca de este punto.

"Hay delitos cuya existencia puede establecerse por los medios ordinarios de prue-

ba; pero otros, por ejemplo el de envenenamiento, requieren una comprobación específica, que en el presente caso falló.

.....

"Fuera de lo que acaba de analizarse, obran en el proceso unas cuantas declaraciones inconexas con el cuerpo del delito, tendientes a arrojar sospechas sobre Visitación Valencia, en quien los declarantes creen haber descubierto interés de ejercitar maniobras criminosas para suprimir la vida de su anciano marido.

"Sin embargo, cualquiera que sea la impresión de conjunto que la lectura de estos testimonios produzca, al Tribunal de derecho no le era dado involucrar el valor jurídico, más o menos discutible, de los indicios de responsabilidad a que inducen tales declaraciones, con la prueba relativa al factor cuerpo del delito".

Del fallo del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo en el caso de Sildana Silva, materia del presente recurso, se copia el siguiente pasaje:

"No apareciendo en los autos demostrada la dosis de veneno suministrado a Adán Gómez por su mujer Sildana Silva, ni comprobada mediante el examen químico la existencia inequívoca de la estricnina, surge incuestionablemente una duda que no permite agravar la situación de la procesada, aplicándole la pena de mayor entidad corporal, la que correspondería al delito frustrado, sino la más benigna, la que mejor se acomoda a la situación de incertidumbre que ofrece el proceso por ausencia de diligencias importantísimas".

Este párrafo de la sentencia recurrida lo comenta con todo acierto el señor Procurador General, así:

"Si el honorable Tribunal de Santa Rosa reconoce que no está comprobada la existencia inequívoca de la estricnina, no se comprende por qué confirmó la sentencia condenatoria. Enviar al presidio a una mujer por el delito de envenenamiento, cuando el sentenciador sienta como premisa la afirmación de que no está demostrada la existencia del veneno, es un contrasentido.

"Si la Silva, con la intención de dar muerte a su marido, le suministró al efecto un veneno eficaz para ello, el fallador debió aplicar la pena correspondiente, si adquirió la convicción de ese hecho; pero no puede escudarse tras de una duda que va al fondo mismo del problema, para sacar la consecuencia de una benignidad en la aplicación de la pena. En otras palabras, si el Juez afirma que no está comprobado el cuerpo del delito, debe absolver al acusado. La sentencia no es otra cosa que una convicción y si esta convicción no existe, en lo que respecta a la existencia del hecho delictuoso o a la responsabilidad del procesado, la absolución es ineludible. Confesar una duda en el ánimo del sentenciador para no obstante ella, condenar; y aprovecharla tan sólo para buscarle aminoración a la pena, es ilógico e injurídico".

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 Santa Rosa de Viterbo, fechada el treinta de octubre de mil novecientos treinta y cinco, en la cual se impuso a Sildana Silva la pena de ocho años de presidio, y en su lugar absuelve a la misma Sildana Silva del cargo de envenenamiento de su esposo Adán Gómez que fue materia del proceso.

Dése aviso telegráfico al Tribunal de Santa Rosa de Viterbo para que se sirva ordenar la inmediata libertad de la acusada.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. — Alberto Malo B., Srio. en pdad.

INJUSTICIA NOTORIA DE UN VEREDICTO NO POR DUDA RESPECTO DE LA IMPUTABILIDAD, SINO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO

Prospera la causal 5a. de casación. En primer lugar, no es posible exigir especiales requisitos para la impugnación del veredicto por injusto en las instancias. Y en relación con el fondo del problema, en los juicios por jurado, cuando el sentenciador se encuentra en el momento de aplicar la ley penal, tiene que contemplar la posible injusticia del veredicto, que puede surgir ya del error en cuanto a la imputación del hecho criminoso a determinado agente, ora de un equivocado criterio acerca de las causas de justificación o de excusa que eliminan o disminuyan la responsabilidad del sindicado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

La pena corporal máxima de veinte años impuso el Tribunal Superior de San Gil a Tomás Torres por uxoricidio.

El cuestionario propuesto al Jurado por el Juez de la causa, es del tenor siguiente:

"El acusado Tomás Torres es responsable de haber dado muerte voluntariamente a María de la Cruz Gómez, a sabiendas de que era su esposa legítima, por medio de una herida ocasionada con instrumento cortante y punzante, situada sobre el esternón, al nivel de la cuarta costilla y que interesó además de este hueso en toda su espesor, el pericardio, la pleura izquierda, y el corazón, el que fue interesado en todo el espesor de su pared ventricular izquierda, habiendo penetrado el instrumento hasta el interior de dicho órgano, hecho que tuvo lugar en la madrugada del veintisiete de diciembre del año de mil novecientos treinta y tres, en su propia casa de habitación, situada en las afueras de esta ciudad?".

Y el Jurado contestó: "Sí es responsable".

Tomás Torres interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, y a la Corte envió un escrito fundándolo en las causales 1ª y 5ª del artículo 8º, ley 118 de 1931.

Constituyó luégo apoderado en la Corte al doctor Carlos Arturo Díaz, quien concretando su alegato a la causal 1ª, manifestó prescindir de la causal 5ª, porque, en su concepto, el punto de injusticia notoria del veredicto no se había debatido en las instancias.

El señor Procurador delegado en lo penal conceptúa que no es el caso de infirmar el fallo recurrido.

Para resolver, la Corte considera:

Es pertinente el estudio de la causal 5ª

No obstante la manifestación que el apoderado del recurrente hizo de prescindir de esta causal, estima la Sala que debe entrarse en el análisis de ella, tanto porque el reo la sostiene ante la Corte, como porque no es exacto que la cuestión de injusticia notoria del veredicto dejara de plantearse en las instancias.

En efecto: Dado el criterio de amplitud que ha de predominar en lo relativo a los intereses de la defensa en materia criminal, y con mayor razón cuando se trata de un caso en donde se aplicó la pena máxima, sería demasiado exigir que en las instancias la impugnación del veredicto por injusto tuviera que proponerse con especiales requisitos de forma y extensión, que, por otra parte la ley tampoco determina.

Y de esta suerte, en el recurso que se estudia, estima la Corte que fue suficiente para plantear en las instancias el debate sobre injusticia notoria, la manifestación explícita que el defensor hizo cuando apeló de la sentencia del Juzgado Superior del Socorro, en los términos siguientes: "El defensor doctor Gonzalo Alvarez A. también apela de la sentencia porque considera notoriamente injusto el veredicto del jurado" (folio 86 vuelto).

Quedando, como queda, despejado el punto previo necesario para poder discriminar las razones fundamentales de la causal 5ª, a ello se procede teniendo en cuenta:

a) Confrontación del veredicto con los datos del proceso.

Puesto que no hubo testigos presenciales del delito, en realidad la única prueba directa de la responsabilidad de Tomás Torres es su propia confesión rendida al día siguiente del suceso (folio 3), y que en lo conducente dice:

"Me encontraba en la tienda llamada Tarapacá, en esta ciudad, en compañía de Jo-

sé Jesús Correa y Manuel Blanco, me ocupé con éstos de tocar tiple y traté y hablé de parrandear en la referida tienda'. Leída la aprobó. Diga usted: ¿Su esposa los estuvo acompañando a ustedes en tales momentos y en ese sitio? Contestó: 'No, señor, ella estaba en la casa'. Leída, la aprobó. ¿A qué horas se retiró usted para su casa y en compañía de quién o quiénes? Contestó: 'Yo me fui para la casa como de las diez a las once, en compañía de José Jesús Correa, quien me dijo que le diera posada, porque según dijo, donde él se quedaba ya le habían trancado'. Leída, la aprobó. Ha confesado usted haber dado muerte a su esposa, relate usted cuál fue el motivo que tuvo usted para ello? Contestó: 'Como he dicho, yo llegué a mi casa con el citado Correa, y como éste me había pedido posada, le hice arreglar su cama, lo que efectuó mi esposa María de la Cruz Gómez; en seguida nos recogimos en nuestra alcoba; a Correa le tendimos en la sala; al poco rato me vino deseo de arrojar, con motivo de haber tomado licor, lo que me obligó a salir afuera hacia el patio o solar de la casa; mi esposa me acompañó y luégo como yo me quedé dormido, ella regresó a su dormitorio no sé con qué motivo; yo me dormí en el sitio que he indicado, como hasta las tres y media de la mañana, en cuyo momento desperté y quise dirigirme para mi alcoba, pero antes de esto, me demoré un rato orinando; luégo al ir a entrar al dormitorio y habiendo prendido un fósforo, vi con sorpresa que el citado Correa salía de allí apresuradamente; inmediatamente malicié que algo pudiera estar sucediendo entre él y mi esposa, y habiéndome dirigido a ella, le pregunté qué estaba haciendo Correa allí, y ella asustada me contestó que '¡Ora! qué podía estar haciendo'; yo me enfurecí mucho al maliciar que ella me había faltado, y con un cuchillo que había tomado de antemano le causé en el pecho la herida que originó su muerte; ella después de herida me dijo que la perdonara que no lo volvería a hacer. Advierto también que yo quise seguir en pos de José Jesús Correa para vengar la ofensa, pero no logré alcanzarlo porque él huyó precipitadamente hacia la calle, en donde hasta se cayó por correr. Aclaro y explico que el seguimiento que hice a Correa para vengar en él la ofensa, fue antes de herir a mi esposa. Correa hacía muchos días que estaba frecuentando mi casa, pero yo no les había descubierto nada; mi esposa en otra ocasión se había manejado mal conmigo, se había salido de la casa y me fue infiel también con otro individuo'. Leída, la aprobó, agregando que no hubo persona alguna que presenciara la tragedia. ¿Quién o quiénes serán cómplices, auxiliadores o encubridores del homicidio que usted confiesa haber cometido en su propia esposa, el día de ayer? Contestó: 'El culpable de que yo hubiera tenido que cometer ese crimen, fue Correa".

Esta explicación —verídica o no— que da el sindicado, no aparece infirmada, y sí más bien concordante con otras pruebas del proceso:

El mismo José Jesús Correa, que fue el otro protagonista de la tragedia, aun cuando niega —cosa muy explicable dada la índole del asunto— la imputación hecha por Torres de haberlo sorprendido en la puerta de la alcoba de su mujer, confiesa sin embargo que él, Correa, huésped de la casa de Torres en la noche del 26 de diciembre de 1933, salió inopinadamente de allí al oír una reyerta entre Torres y su esposa, y conviene en que Torres trató de darle alcance agrediéndolo de palabra ya en la calle.

Muy significativo resulta que instantes después del acontecimiento, Torres lo relató a Aníbal Uribe (que luégo figuró como denunciante), y al doctor Luis Eduardo Gómez Ortiz, de quien solicitó servicios médicos en auxilio de su mujer herida, en los propios términos en que hubo de declarar más tarde ante la justicia.

En tales condiciones se abre este grave interrogante: ¿Torres mató a su esposa impulsado por la realidad, o por sospecha más o menos fundada, de haber sorprendido a Correa en momentos en que salía de la alcoba de ella?

Cabe anotar que el mismo auto de enjuiciamiento deja traslucir esta situación de duda.

b) Diferentes modalidades de uxoricidio

El artículo 593 del Código Penal define impropiamente como parricidio la muerte inferida al cónyuge; y en el artículo 615 "se definen como casos más graves" y se castigan con la mayor pena, el homicidio voluntario, el premeditado y el asesinato cometidos en la persona del cónyuge, "salvas disposiciones especiales de la ley".

Pero el artículo 591 (numeral 9º), declara inculpable absolutamente el homicidio cuando el marido lo comete en la persona de su mujer legítima que viva a su lado honradamente, y a quien sorprenda con otro en el acto carnal, o en uno deshonesto, aproximado o preparatorio de aquél, de modo que no pueda dudar del trato ilícito que

entre ellos existe: y el artículo 608 dispone: "Si en los casos del artículo 591 resultare que hubo exceso, ligereza u otra culpa, ya porque el mal que amenazara no fuera de suma gravedad, ya porque hubiera otro medio de impedirlo, sufrirá el responsable la pena de uno a cuatro años de reclusión".

c) Imputabilidad, responsabilidad y penalidad.

En los juicios por jurado, cuando el juzgador de derecho se encuentra ya en la última etapa del proceso; es decir, en el momento de aplicar la ley penal, tiene que contemplar la posible injusticia del veredicto, injusticia que puede surgir ora del error en cuanto a la imputación del hecho criminoso a determinado agente, bien de un equivocado criterio acerca de las causas de justificación o de excusa que puedan eliminar o disminuir la responsabilidad del sindicado.

Tan injusto es condenar a una persona por un hecho delictuoso que no haya cometido, como condenarla por un hecho que sí ha ejecutado, pero que no revista las condiciones de criminoso y punible conforme a la ley.

En el actual proceso, y según se vio al confrontar la decisión del jurado con los datos del expediente, la posible injusticia del veredicto no emana del factor imputabilidad, puesto que el mismo Tomás Torres conviene en que él fue el autor de la muerte de su mujer legítima María de la Cruz Gómez; radica el problema en la apreciación del veredicto ante el concepto de absoluta inculpabilidad que en algunos casos de uxoricidio deriva del artículo 591 (numeral 9º) del Código Penal, o ante el de responsabilidad atenuada que contempla el artículo 608 ibídem.

Tratándose de declaración de injusticia notoria de un veredicto por el aspecto de la imputabilidad, varias veces ha dicho la Corte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado. (Casación de Arturo Nova, 15 de octubre de 1936, GACETA JUDICIAL, números 1911 y 1912).

¿Por qué no obrar con igual criterio — agrega hoy la Corte— cuando ocurre inquietante duda, no ya sobre la ejecución material del hecho criminoso, pero sí acerca de las causas eximentes o modificadoras de la responsabilidad?

Y la circunstancia de que la declaratoria de injusticia no implica la absolución del reo, demuestra que no es una certidumbre contraria al veredicto, sino la duda grave, lo que inspira aquel trance del proceso.

Conclusión:

Debe, pues, prosperar el recurso por la causal 5ª invocada por el recurrente: y así las cosas es inútil entrar en el estudio de la causal 1ª.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el nueve de marzo de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Tomás Torres la pena principal de veinte años de presidio como responsable de la muerte de su esposa María de la Cruz Gómez; y en su lugar ordena que se convoque un nuevo jurado al cual debe someterse la causa, sin conceder la Corte el beneficio de excarcelación, por no ser el caso del inciso 4º, artículo 4º, de la ley 118 de 1931.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Mario B., Srio. en pdad.

AL INVALIDAR UN FALLO POR LA CAUSAL 4ª DE CASACION Y DICTAR EL QUE DEBE REEMPLAZARLO, PUEDE LA CORTE DECLARAR NOTORIAMENTE INJUSTO EL VEREDICTO DEL JURADO

Al invalidar una sentencia por la causal 4ª de casación —desacuerdo entre aquélla y el veredicto del Jurado— incumbe a la Corte dictar el fallo que deba reemplazar al invalidado; y en tal evento la Corte, con el carácter de sentenciador de instancia, puede examinar y resolver el punto de notoria injusticia en el veredicto del Jurado, aun cuando las partes no lo hayan invocado como motivo de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, cuatro de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales interpuso casación contra la sentencia de dicho Tribunal que condenó a José Hipacio y Hernando Antonio Gil a la pena principal de doce años de presidio como responsables de la muerte de Marco Antonio Bedoya.

Venido el asunto a la Corte, el señor Procurador delegado en lo penal sustenta el recurso, alegando concretamente la causal 4ª de casación: desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.

Los procesados fueron llamados a juicio formulándoseles el cargo de premeditación y con circunstancias de asesinato; los cuestionarios propuestos al Jurado incluyen estas imputaciones, y los veredictos son simplemente afirmativos.

Dice el señor Procurador:

"Con estos veredictos, el juez de conocimiento en la primera instancia, o el H. Tribunal en la segunda, debían o declarar notoriamente injusta la decisión de los Jurados, o acatar lo resuelto por ellos, aplicando las disposiciones legales correspondientes a los cuestionarios.

"El señor Juez Segundo Superior de Manizales, no habiendo encontrado notoriamente injusto el veredicto de los Jurados, condenó a los hermanos Gil a la pena principal de veinte años de presidio, esto es, optó por el segundo camino indicado en el párrafo que antecede, pero olvidando que la responsabilidad legal de los acusados era diferente según los cuestionarios por él mismo formulados.

"En cambio, el H. Tribunal, después de declarar que no hay injusticia notoria en los veredictos, los desmenuza y desecha, no en forma total sino parcial, aceptando como plenamente demostrado el hecho principal, pero afirmando que las circunstancias específicas y las accidentales, contempladas en los cuestionarios, carecen de pruebas".

". . . . . .

. . . . . .

"Después de hacer estas afirmaciones, lo lógico hubiera sido la confirmación de la sentencia proferida por el señor Juez Superior; pero el H. Tribunal optó por un camino intermedio, consistente en aceptar la responsabilidad de los procesados por el delito de homicidio, pero descargándoles la premeditación y las circunstancias de asesinato.

"Parece, en consecuencia, que el sentenciador de segunda instancia, no obstante su aseveración de encontrar plenamente satisfactorias las probanzas, vacila cuando va a imponer la pena correspondiente y busca una sanción menos severa de la que correspondería a los autores del hecho si se acepta, como se aceptó en el auto de proceder y como se planteó en los cuestionarios, que se trata de un caso de los que el legislador califica de asesinato.

"No cabe duda, por consiguiente, de que la sentencia recurrida está en desacuerdo con el veredicto del Jurado por distintos aspectos en relación con cada sindicado".

La Corte está de acuerdo con el señor Procurador en la conclusión a que él llega sobre la disconformidad entre la sentencia y el veredicto del Jurado, y, por consiguiente, en que el recurso debe prosperar por la causal 4ª

Como según el inciso 1º, artículo 4º de la ley 118 de 1931, al invalidar el fallo por esta causal la Corte "dictará el que deba reemplazarlo", a ello se procede.

Examinado el proceso encuentra la Corte que sobre el concepto jurídico de injusticia notoria caben serias reflexiones en lo referente al veredicto proferido contra Hernando Antonio Gil.

De los indicios que en relación con la culpabilidad de José Hipacio Gil arroja el proceso, muy difícilmente puede llegarse a una

tranquila convicción sobre el convenio entre los dos hermanos para dar muerte a su cuñado Marco Antonio Bedoya; y en tales circunstancias, cabe repetir lo que en sentencia de quince de octubre de mil novecientos treinta y seis (casación de Arturo Nova, Gaceta Judicial Nos. 1911 y 1912) dijo la Corte:

"En varias sentencias ha dicho la Corte que no por erróneo puede calificarse de notoriamente injusto un veredicto; y en un fallo de antigua data se expresa que el veredicto fundado sobre prueba indiciaria no puede por ese solo hecho estimarse como injusto.

"Pero aquellas tesis deben entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente el valor probatorio de tál. La ley define y da reglas especiales para apreciar el alcance de ese medio de prueba. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado".

Ahora bien: dada la confabulación que en el presente asunto se atribuye a los dos acusados, estima la Corte más lógico que el incidente procesal de la reunión de un nuevo Jurado se surta simultáneamente respecto de ambos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo en parte con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el diecisiete de junio de mil novecientos treinta y seis que impuso a José Hipacio y Hernando Antonio Gil la pena principal de doce años de presidio; y en su lugar ordena que se convoque un nuevo Jurado al cual debe someterse la causa, sin conceder la Corte el beneficio de excarcelación, por no hallarse ahora los procesados en el caso del inciso 4º, artículo 4º de la ley 118 de 1931.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mario Baños, Srio. en ppd.

FUGA Y NO DESERCION

El soldado desertor que, una vez capturado, se escapa del cuartel donde se halla detenido, no comete con ese hecho una segunda deserción sino un delito de fuga, que puede ser punible o no según el caso (artículo 284 del Código Penal).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diecinueve de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Al Consejo de Guerra Ordinario reunido en Buga para decidir de la causa contra el soldado Manuel Antonio Giraldo, del Grupo de Artillería "Palacé Nº 3", propuso el Presidente del mismo Consejo las dos siguientes cuestiones:

"Cuestión primera:

"El acusado, Manuel Antonio Giraldo, es responsable, sí o no, conforme al auto de proceder, de haber desertado del Grupo 'Palacé Nº 3' de Artillería, acantonado en esta ciudad, por haber abandonado su Cuartel el quince (15) de agosto del año en curso y ser capturado por la policía en el municipio de Sevilla, al día siguiente?"

"Cuestión segunda:

"El acusado, Manuel Antonio Giraldo, es responsable, sí o no, conforme al auto de proceder, de haber desertado del Grupo 'Palacé Nº 3' de Artillería, acantonado en esta ciudad, hecho que consumó el ocho (8) de septiembre del año en curso?"

Los Vocales del Consejo resolvieron afirmativamente ambas cuestiones.

Con base en estos veredictos, el Consejo profirió sentencia, en la cual condena al soldado Giraldo a sufrir la pena principal de dos años de prisión militar, y a la accesoria de separación del servicio, considerándolo reo de doble delito de deserción y calificando su delincuencia en grado mínimo.

Por vía de consulta se remitió el negocio a la Corte, donde, cumplidos los trámites, se procede a resolver.

Del concepto del señor Procurador delegado en lo penal, son los siguientes pasajes:

"Aparece plenamente establecido en el proceso que el soldado Giraldo se evadió por dos veces del mencionado cuartel, la primera vez el 15 de agosto del año pasado, y la segunda el 8 de septiembre siguiente.

"Su calidad de elemento de tropa en servicio está probada, lo mismo que la responsabilidad.

"Y como la declaratoria de inocencia o culpabilidad que hacen los Consejos de Guerra es infocable ante la Corte, por virtud de lo establecido en el artículo 112 del Código de Justicia Militar, en el presente negocio nada cabe alegar en contra del fallo consultado.

"Observa la Procuraduría, con viva complacencia, que éste es uno de los pocos procesos militares adelantados con el lleno de las fórmulas procedimentales y que culmina con una aplicación acertada de la penalidad".

También la Corte anota que el proceso fue adelantado de manera satisfactoria en relación con las fórmulas procedimentales; pero tiene que observar que cabalmente se incurrió en una errónea aplicación de la pena legal. En efecto:

El quince de agosto se escapó Manuel Antonio Giraldo y fue capturado por la policía de Sevilla, a distancia mayor de 10 kilómetros del cuartel; luégo, ya en condición de detenido como desertor y mientras se le seguía el juicio correspondiente, se evadió nuevamente el día ocho de septiembre siguiente.

¿Hay en esto dos delitos de deserción?

No lo estima así la Corte, porque jurídicamente en la segunda evasión, cuando el soldado ya se encontraba privado de su libertad, al escaparse del lugar en donde se le mantenía detenido, lo que hubo no fue deserción de las filas, sino fuga, hecho que está específicamente contemplado por el artículo 284 del Código Penal.

En estas condiciones, nada tiene que objetar la Corte a la condenación proferida contra Manuel Antonio Giraldo por la deserción del quince de agosto, calificada la delincuencia, como se calificó, en tercer grado; y correspondería anular la causa para que se le juzgase por el delito de fuga, de no ser porque este procedimiento resultaría superfluo, toda vez que como en la fuga del soldado no hubo escalamiento, fractura, ni violencia, el hecho apenas daba lugar al aumento de prisiones y seguridades (inciso 2º, artículo 284 del C. P.).

La Corte, pues, debiendo resolver como Tribunal de derecho en cuanto a aplicación de la pena (artículo 112, ley 84 de 1931), ha de limitarse a enmendar la sentencia en el sentido de exonerar al soldado Manuel Antonio Giraldo de la pena que le fue impuesta por el hecho ocurrido el ocho de septiembre de mil novecientos treinta y seis.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, apartándose del concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma la sentencia del Consejo de Guerra Ordinario reunido en Buga el dos de diciembre de mil novecientos treinta y seis que impuso al soldado Manuel Antonio Giraldo la pena principal de dos años de prisión militar, en el sentido de rebajar dicha pena a un año de prisión militar, con la accesoria de separación del servicio.

Se computará al soldado Giraldo como parte cumplida de esta pena el tiempo que haya estado detenido preventivamente.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

EN EL SORTEO DE JURADOS ES VALIDA LA RECUSACION HECHA POR EL CURADOR DEL SINDICADO MENOR DE EDAD

La recusación en el sorteo de Jurados, que tiene derecho de hacer el reo, no puede efectuarla el defensor sin facultad expresa de su defendido; pero si el defensor recusante es, además, curador del sindicado menor de edad, el acto no es anulable porque la personería del incapaz debe, cabalmente, completarse con la intervención del curador, el representante legal del menor procesado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, quince de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El señor Procurador delegado en lo penal expone con toda fidelidad la historia del presente recurso de casación, así:

"Por sentencia de 30 de septiembre del año pasado, el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la proferida por el Juzgado 1º Superior de ese Distrito que le impuso a Jesús López Quintero la pena de ocho años de presidio, en su calidad de autor del delito de fuerza y violencia en la menor impúber Isabel de las Mercedes Chocontá.

"El acusado y su curador interpusieron recurso de casación.

"El primero sostiene la mala aplicación de la ley penal, y el segundo la misma causal y las 2ª, 3ª y 5ª de la ley 118 de 1931.

"El señor curador no fundó el recurso. El acusado se limitó, en escrito muy poco inteligible, a sostener su irresponsabilidad y la falta de fuerza y violencia en la violación, dado que la menor Chocontá dio su consentimiento para el acto carnal.

"Ante esta deficiencia en los escritos de casación, sería el caso de declarar desierto el recurso, si la Procuraduría no hubiese encontrado que puede aducirse y prosperar la causal segunda".

En seguida el señor Procurador, ejercitando la facultad que le confiere el artículo 8º de la ley 118 de 1931, entra a fundar el recurso por la causal 2ª, alegando al efecto:

"La sentencia del H. Tribunal de Ibagué es violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley.

"La nulidad es la prevista en la primera parte del numeral 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, por cuanto al acusado no se le dio el derecho de recusación en el sorteo de Jurados visible al folio 81, sino a su curador o defensor (que en materia criminal tienen el mismo alcance, según lo ha dicho la Corte).

"Por consiguiente, el personal de Jurados había podido ser otro del que actuó, si el acusado hubiera recusado directamente. Así, se incurrió en la equivocación de Jurados que prevé el citado numeral 4º".

Como efectivamente, según lo anotó la Procuraduría, el recurso está desierto por parte de los recurrentes, quienes se limitaron a indicar causales de casación, pero sin fundamentar debidamente ninguna de ellas, sólo incumbe a la Corte analizar el punto propuesto por el señor Procurador.

Verdad es que la Corte ha sentado en varias sentencias, entre otras en la casación de Pedro David Moreno y Gustavo Durán (18 de agosto de 1936), esta doctrina: produce nulidad en los juicios por jurado el hecho de que sea el defensor, sin facultad expresa de su defendido, quien haga uso del derecho de recusar en el momento del sorteo de jurados; y que tal vicio de nulidad es suficiente motivo de casación por la causal 2ª

Pero en el presente caso la recusación no fue hecha por un defensor, sino por el curador del procesado, cuya edad requería esta asistencia especial, circunstancia que cambia el aspecto de la cuestión.

Nótese que en el asunto de Pedro David Moreno y Gustavo Durán, citado por el Procurador, este funcionario, para reforzar su tesis de que la recusación corresponde al propio reo y no a su defensor, dijo:

"Además, el defensor no tiene en el juicio la representación legal o judicial del procesado en los mismos términos y alcance que el mandatario en asunto civil".

Pues bien: Respecto de los menores de edad, no hay en el juicio penal una simple asistencia del defensor, sino que se requiere complementar la personería del sindicado incapaz, por medio de la intervención de un curador que es su representante legal.

Y tan cierto es esto, que podría en cambio pensarse en la anulabilidad de un acto del proceso criminal cumplido con la sola in-

tervención del sindicado menor de edad, o sea, sin la asistencia de su curador.

No prospera, pues, el recurso por la causal 2ª que invoca la Procuraduría.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y seis, que impuso a José López Quintero la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de fuerza y violencia en la impúber Isabel de las Mercedes Chocontá.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mello Baños, Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

AUTO EJECUTIVO APELADO

El hecho de estar el ejecutado sujeto al pago de otros impuestos no es motivo para relevarlo del correspondiente a la renta, pues no hay disposición alguna que consagre esa excepción. 2. Tampoco es motivo de invalidez del reconocimiento la falta de la firma del secretario, porque la ley no exige esa formalidad para que el reconocimiento hecho por un Recaudador preste mérito ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Recaudador de Hacienda Nacional de Cartagena libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Efraín del Toro y a favor de la Nación por la suma de $ 134.75, los intereses y las costas, proveniente dicha cantidad del impuesto sobre la renta correspondiente a los años de 1931 a 1934. Se fundó el mandamiento ejecutivo en el reconocimiento hecho por el mismo Recaudador de conformidad con los registros de la oficina a su cargo.

Notificado el auto ejecutivo, en Barranquilla, el 26 de marzo de este año, el ejecutado reconoció la deuda y alegó que no la había pagado porque había tenido una insinuación del Administrador de Hacienda Nacional de Bolívar para que demorara ese pago por tratarse de un empleado público, sobre quien pesaban otros impuestos como la cuota militar y el de defensa nacional. En la misma fecha dirigió un memorial al empleado ejecutor pidiendo la nulidad de lo actuado por no estar el reconocimiento firmado por el Secretario de la Administración de Hacienda Nacional. En subsidio apeló del auto ejecutivo.

El recurso interpuesto fue concedido para ante esta corporación. Tramitado legalmente en la segunda instancia, se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El hecho de estar el ejecutado sujeto al pago de otros impuestos, no es motivo para relevarlo del correspondiente a la renta, pues no hay disposición alguna que consagre esa excepción. Tampoco es motivo de invalidez del reconocimiento la falta de la firma del Secretario, porque la ley no exige esa formalidad para que el reconocimiento hecho por un Recaudador preste mérito ejecutivo.

El auto ejecutivo es legal, de conformidad con el artículo 1059, numeral 2º, del C. J., pues se apoya en un documento de los que la ley ha señalado como suficientes para el recaudo ejecutivo en los juicios que se adelantan por jurisdicción coactiva.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, confirma el auto ejecutivo apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION DE PAGO EN JUICIO EJECUTIVO.—RECONOCIMIENTOS

Los empleados del Recaudador de rentas no están autorizados para firmar los reconocimientos que sirven de base a una ejecución por jurisdicción coactiva, porque solamente los reconocimientos de los recaudadores son los que prestan mérito ejecutivo, como lo ha resuelto la Corte en casos análogos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La Recaudación de Hacienda Nacional de Barranquilla libró mandamiento ejecutivo contra el señor Alberto Benhardt y en favor

de la Nación por la suma de $ 4.60 por razón del impuesto sobre la renta en 1929 y 1930. El ejecutado propuso varias excepciones. El incidente fue tramitado legalmente en la Corte y hoy se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Las excepciones presentadas son las siguientes: Paz y salvo con la Nación; inexistencia de la obligación; condonación de la deuda y exigencia indebida de la misma.

Para comprobar la primera, acompañó un certificado de fecha 16 de mayo de 1934, de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, en el cual consta que está a paz y salvo con el Tesoro Nacional. Este documento es suficiente para probar la excepción de pago, o sea la primera de las alegadas por el ejecutado designándola "paz y salvo con la Nación".

Estando probada una de las excepciones, no es necesario entrar a estudiar las otras. No obstante, la Sala observa que el reconocimiento que sirvió de base a la ejecución está firmado por una empleada de la oficina y no por el Recaudador, como ha debido hacerse, de conformidad con el artículo 1059, numeral 2º del C. J., porque los reconocimientos de los recaudadores son los que prestan mérico ejecutivo, y no los que hacen los empleados subalternos, como lo ha resuelto la Sala en casos análogos. Por consiguiente, si no estuviera probada la excepción de pago, como lo está, el hecho anotado habría sido suficiente para suspender la ejecución por invalidez del título ejecutivo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de pago en este juicio y en consecuencia, ordena suspender la ejecución.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXPROPIACION EN TIEMPO DE GUERRA

La expropiación es una manifestación del Estado como entidad de derecho público y consiguientemente debe regirse por las disposiciones especiales establecidas al respecto, siendo en semejantes casos de aplicación subsidiaria el Código Civil.

Las disposiciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones han sometido los juicios correspondientes a normas precisas tanto en lo referente a pruebas como al tiempo en que las demandas debían presentarse. Pasado el término prescrito "quedará prescrito todo derecho contra la Nación".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre cinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Manuel María Valdivieso, como apoderado del señor Julio Pérez Ferrero, en libelo de 21 de noviembre de 1919, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona a la Nación para que se la condenase a pagar la suma de cuatro mil trescientos sesenta y cuatro pesos oro ($ 4,364.00) como valor de unos objetos expropiados a su poderdante y que integraban una empresa telefónica, hecho que ocurrió en los meses de febrero y marzo de 1900. La demandó también para el pago del lucro cesante desde la fecha de la expropiación hasta el día en que aquél se efectuase y por los intereses de la suma expresada al doce por ciento (12%) anual hasta la solución de ésta.

El Tribunal, estimando que el conocimiento del asunto correspondía privativamente al Consejo de Estado, se declaró incompetente; pero la providencia en que así lo decidió fue revocada por la Corte Suprema en virtud de los siguientes razonamientos: "Si hubiera de primar la idea de incompetencia por parte del Tribunal Superior de Pamplona, y sabiéndose, como se sabe, que hoy está cerrada la vía administrativa para las demandas por suministros, empréstitos y expropiaciones por haber transcurrido el plazo que fijó el artículo 6º de la ley 47 de 1907 (sic) para la presentación de las demandas,

resultaría que el señor Julio Pérez Ferrero no podría encontrar autoridad ante quién tratar de hacer efectivas determinadas obligaciones, que él cree, fundada o infundadamente, que pesan sobre la Nación, lo que equivale a un fallo absolutorio en favor de esta entidad".

Admitida la demanda, fue notificada el 4 de marzo de 1921 al señor Fiscal del Tribunal, quien la contestó, oponiéndose a los hechos y al derecho.

Los fundamentos de las acciones los sintetiza así el Tribunal a quo:

"Primero.—Que en el año de 1900, en el mes de febrero tenía mi mandante don Julio Pérez Ferrero establecida en la Provincia de Pamplona una empresa telefónica, de su exclusiva propiedad por compra que de ella había hecho al señor Manuel Méndez tiempo hacía, empresa que se componía de los elementos que en seguida determinaré:

"A continuación hace el demandante una relación pormenorizada de los distintos elementos que componían la empresa telefónica que tenía al servicio en esta ciudad de Pamplona y cuya red de comunicación se extendía a los municipios de Chinácota y Mutiscua con aparatos en algunos puntos de las vías que ocupaban las líneas telefónicas.

"Segundo.—Que a fines de febrero y principios de marzo del año de mil novecientos las fuerzas del Gobierno que comandaban los señores Generales Manuel Casabianca y Próspero Pinzón y se hallaban en operaciones de guerra en esta Provincia, por mandato y bajo la inmediata dirección de los Generales nombrados, se apoderaron primero de las líneas telefónicas que comunicaban la oficina central de teléfonos de propiedad de mi mandante con las poblaciones de Chinácota y Mutiscua y los puntos de 'La Reserva' y 'Palermo', al norte, y de 'La Peñuela' al sur, y luégo de las líneas de alambre que unían los aparatos instalados en la ciudad de Pamplona con la oficina central de teléfonos, del alambre de hierro galvanizado y del de cobre forrado en seda y gutapercha, de todos los aparatos telefónicos que mi mandante tenía instalados en la ciudad de Pamplona y en los puntos de 'El Pedregal', 'La Teja', 'La Estrella', 'El Diamante', 'La Reserva', 'La Caldera', 'Mutiscua' y 'La Peñuela', como también de los siete que tenía en servicio unos y almacenados otros en la oficina principal de la empresa de teléfonos, lugar ése de donde extrajeron también.—(Sigue aquí la mención detallada de todos los objetos que fueron materia de la expropiación).

"Tercero.—Que todos los elementos expropiados a mi mandante se hallaban en perfecto estado de servicio para los fines a que los tenía destinados mi mandante y para aquellos a que luégo los determinaron en el servicio oficial los agentes del Gobierno que realizaron la expropiación.

"Cuarto.—Que de todos los elementos expropiados a mi mandante él solamente pudo recuperar, al terminar la guerra, en el año de 1903, un aparato telefónico y la mesa de recibo y distribución, ambos en estado completo de deterioro y casi inservibles; y el Gobierno no le ha reconocido hasta ahora ni menos le ha pagado suma alguna en razón de las expropiaciones en referencia y por valor de los elementos telefónicos suyos, de cuyo goce fue privado por la fuerza pública.

"Quinto.—Que la expropiación de todos los elementos telefónicos de que se trata fue hecha por los Generales Manuel Casabianca y Próspero Pinzón personalmente o por medio de oficiales a sus órdenes y por disposición de aquéllos, quienes como Jefes del Ejército del Gobierno en el norte del país estaban facultados para efectuar expropiaciones de los elementos que estimaran necesarios para el éxito de las operaciones de guerra a ellos encomendadas por el Gobierno, entre las cuales tienen, sin duda, valor inestimable los que sirven para facilitar la pronta comunicación, o cuando menos efectuaban esa clase de expropiaciones sirviéndose para imponerlas de la fuerza que el Gobierno había puesto a sus órdenes y con el fin de destinar los efectos expropiados al servicio oficial y particularmente al de Guerra.

"En el hecho sexto hace el actor una estimación de la cuantía o valor de los varios elementos, que aprecia en un total que excede de dos mil pesos oro.

"Séptimo.—Que cada aparato instalado producía a mi mandante una renta fija de dos pesos mensuales, fuéra del producido de las comunicaciones de los no suscriptores, por lo cual la empresa, deduciendo del valor de las entradas los sueldos de los empleados y el costo de la conservación, le dejaba una utilidad líquida mensual no inferior a cincuenta pesos ($ 50.00) oro".

La sentencia de primera instancia se pronunció el 3 de junio de 1936, y en ella se declaró fundada la excepción de prescripción y se absolvió a la Nación.

Por apelación subió el negocio a la Corte, donde está agotada la tramitación legal, y es llegado el momento del fallo.

En la sentencia de primer grado se transcriben: el artículo 33 de la Constitución de

1886, los artículos 27, 28, 29, 30, 31 y 32 de la ley 56 de 1890, y en seguida se argumenta así: "Como lo hizo la ley 163 de 1896 para la guerra de 1895, el Decreto Legislativo Nº 104 de 1903 reglamentó el reconocimiento y pago de los suministros, empréstitos y expropiaciones causados por el Gobierno Nacional y sus agentes civiles o militares en la guerra interna que empezó el 18 de octubre de 1899; el reconocimiento de los créditos debía hacerse por la misma comisión que creó la ley citada, siguiendo la tramitación y usando de las facultades determinadas en dicha ley".

Después se cita el artículo 12 del Decreto Legislativo, que es como sigue: "La época de la rebelión se entenderá principiada para los efectos de este decreto, el 18 de octubre de 1899, y terminará el día en que se publique el decreto del gobierno que declare restablecido el orden público de la Nación. Fíjase el término de dos años, contados desde la fecha de esa declaración, para que dentro de él se instauren las reclamaciones, pasado el cual quedará prescrito todo derecho contra la Nación".

Se toma como apoyo también el artículo 6º de la ley 47 de 1905, el cual es de este tenor: "Prorrógase por seis meses el término concedido por el artículo 12 del Decreto Legislativo Nº 104 de 24 de enero de 1903, para establecer reclamaciones de colombianos por suministros de empréstitos y expropiaciones".

Continúa luégo de este modo el fallo:

"Por último, el Decreto Legislativo Nº 638 de 1º de junio de 1903 levantó el estado de sitio y declaró restablecido el orden público en toda la Nación".

Y en seguida se razona así:

"En su alegato de conclusión el señor Fiscal, representante de la Nación en este pleito, invocó en favor de ella la prescripción en este negocio, ora por no haberse ocurrido al Poder Judicial en la oportunidad indicada en el artículo 39 de la ley 163 de 1896, ya por el transcurso de más de veinte años contados desde la época en que tuvo lugar la expropiación (1900), hasta la fecha en que se notificó la demanda incoada (4 de marzo de 1921). Dicho sea de paso que esta última, la prescripción ordinaria de veinte años, a haber sido conducente la demanda en su fecha, no estaría cumplida, porque el tiempo para ella no podría contarse sino desde que la obligación se hizo exigible, y aquí esta circunstancia no se cumplió hasta el año de 1903 en que se dictó el Decreto que reconoció las obligaciones a cargo de la Nación por expropiaciones en la guerra de 1900 y señaló los medios conducentes para el ejercicio de las respectivas acciones.

En cuanto a la otra prescripción, que pudiera llamarse aquí de corto tiempo, la que se funda en las disposiciones de la ley 163 de 1896, en el Decreto Legislativo Nº 104 de 1903 y en la ley 47 de 1905, ella sí está cumplida, y como en el fondo fue alegada por la parte interesada en su declaración, así debe reconocerse en este fallo como excepción perentoria extintiva de la obligación cuyo cumplimiento se demanda.

"El señor Fiscal en el alegato precitado transcribe la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 15 de diciembre de 1911, publicada con fecha 10 de abril de 1912, en el Tomo XX, números 1017 y 1018 de la Gaceta Judicial de aquella entidad, páginas 225 y siguiente, por medio de la cual se absolvió a la Nación en el mismo asunto que es ahora materia de la presente litis, lo cual indica que ya el señor Julio Pérez Ferrero había hecho uso de la acción administrativa consagrada en las disposiciones legales que se han venido citando, ante la Comisión de Suministros, Empréstitos y Expropiaciones en primera instancia y ante la nombrada Corte en segunda, aunque es lo cierto que sobre este hecho no hay prueba legal en los autos; pero bien claro se comprende que la demanda que se estudia no fue propuesta en atención y con sujeción a lo dispuesto en el artículo 39 de la ley 163 de 1896, a que se refiere y dejó en vigencia el Decreto Legislativo Nº 104 de 1903; el demandante no hizo uso del término de noventa días perentoriamente fijado en el artículo 39 citado para ocurrir a la vía ordinaria en caso de un fallo desfavorable en el juicio especial señalado al efecto ante la nombrada Comisión de Empréstitos; antes bien, en el libelo inicial de este juicio, en los memoriales ante el Tribunal y la Corte Suprema presentados para reclamar contra el auto que rechazó en un principio la demanda, y en el largo alegato de conclusión, el demandante insiste en que ha hecho uso de una acción ordinaria común independientemente de toda consideración o términos fijados en las citadas leyes especiales sobre la materia y recalca a cada paso sobre la procedencia de la acción en tal forma propuesta y sobre el derecho que le asiste para pedir la indemnización en cualquier tiempo por la vía ordinaria ante los jueces comunes, sin aceptar que ha ocurrido a otros procedimientos y autoridades en demanda de su derecho; aún más: como mero supuesto admite que la cuestión ya se hubiera propuesto y fallado por los trámites del juicio ad-

ministrativo, para reforzar sus argumentos en pro de esta nueva demanda independiente de aquellos procedimientos y de las leyes que los regían o rigen.

"Si, como ya se vio, el Decreto-Ley 104 de 1903, en armonía con disposiciones de la ley 163 de 1896, creó y señaló autoridades y procedimientos especiales a que debían someterse las demandas sobre expropiaciones hechas en la última guerra civil y fijó el perentorio término de dos años para instaurar las demandas correspondientes, término prorrogado sólo por seis meses más por la ley 27 de 1905; si, conforme a aquellas disposiciones del decreto 104 y la ley 163 citados, a la justicia ordinaria podía ocurrir el demandante tan sólo en los noventa días siguientes a la notificación del fallo de última instancia dictado en dicho juicio especial; y si el mismo decreto 104 dijo terminantemente que pasado ese término "quedará prescrito todo derecho contra la Nación", es notorio que el demandante Pérez Ferrero cuando entabló su demanda en noviembre de 1919, había perdido todo derecho a reclamación alguna por expropiaciones en la guerra que empezó en 1899, por no haber hecho uso en los dos años y medio siguientes a la fecha en que se estableció legalmente el orden público en toda la Nación (1º de junio de 1903) de la acción consagrada por el Decreto Legislativo Nº 104 de 1903 o por no haber ocurrido a la acción ordinaria ante los jueces comunes en los noventa días siguientes a la notificación del fallo que le negara su derecho en el juicio especial indicado por dicho decreto. Prescrita, pues, en contra del actor y en favor del demandado la acción para la indemnización por la expropiación en referencia y alegada en tiempo por parte legítima la excepción consiguiente, debe el Tribunal declarar fundado este medio de defensa y absolver a la Nación de los cargos formulados en la demanda que se estudia, sin necesidad de entrar en el análisis de las otras cuestiones de fondo, materia del debate.

"Dice el apoderado del señor Pérez Ferrero (alegato de conclusión) que al decir el artículo 33 de la Constitución: 'la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes', estableció de manera muy clara y terminante que esa responsabilidad pesa sobre el Estado 'en todo tiempo, en cualquier tiempo'; que en virtud de este precepto, de preferente aplicación aun contra posteriores disposiciones de la ley, que es impotente para modificar la Constitución, conservaba el actor derecho de demandar esa obligación de la Nación en cualquier tiempo.

"Para el Tribunal es errada esa interpretación, según la cual en la materia de que se trata no podría invocar la Nación ni siquiera la prescripción ordinaria de veinte años de que habla el artículo 2336 del C. C. 'Será siempre responsable' debe tomarse en el sentido de que la garantía que consagra el art. 33 no tiene excepciones, es decir, que nunca podría la Nación expropiar la propiedad privada sin quedar obligada a la indemnización; que cada vez, que en todo tiempo en que la Nación haga uso de la facultad constitucional que le otorga el prenombrado art. 33, quedará obligada a la reparación del daño, pero en la forma y por el tiempo que señalan las leyes sustantivas y de procedimiento, inclusive las relativas a la prescripción, ya sean éstas de carácter común o excepcionales sobre la materia.

"Como consecuencia de la tesis que el apoderado del demandante sostiene, alega que reconocido el derecho a la indemnización por canon constitucional, incorporado en el Código Civil con la fuerza legal y prioridad que corresponde a dicho Código, tal derecho a la indemnización vino a formar parte del derecho común o privado, al cual pudo acogerse el interesado por encima de leyes y decretos especiales, sobre los cuales tiene primacía el precepto constitucional y el legal de derecho civil. A ello se observa que no hay ninguna pugna entre la Constitución y el Código Civil que reconocen el derecho del señor Pérez a ser indemnizado, y las leyes que fijan los trámites especiales y señalan el tiempo durante el cual puede pedirse la efectividad de tal derecho, antes bien se observa armonía y consecuencia entre aquéllas y estas disposiciones.

"... Si el mismo Código Civil en ciertas ocasiones en que pueden estar comprometidos cuantiosos intereses, establece prescripciones de corto tiempo, ¿por qué no podían disponer lo mismo las leyes reglamentarias en estas cuestiones de expropiación, que revisten caracteres y condiciones verdaderamente excepcionales?"

El señor Procurador Delegado en su alegación final dijo:

"De acuerdo con el Decreto Legislativo Nº 638 de 1º de junio de 1903 se declaró restablecido el orden público en toda la nación, y, por tanto, desde esta fecha comenzó a correr el término estipulado en el art. 12 del Decreto 104 citado, para que los acreedores del fisco por suministros, empréstitos y expropiaciones, tuvieran derecho a establecer sus reclamaciones. Pasados los dos años que

este artículo dispuso y la prórroga de seis meses concedida por la ley 47 de 1905, quedaron prescritas todas las acciones para la efectividad de los créditos de colombianos causados por algunos de aquellos hechos ocurridos durante la guerra iniciada en 1899.

"Como lo anota el Tribunal, las disposiciones sobre el particular establecidas por el Decreto 104, fueron las mismas que se adoptaron, salvo pequeñas diferencias, por medio de la ley 153 de 1896, pasada la guerra de 1895. De modo, pues, que sobre esta materia había ya un antecedente en nuestra legislación, que sirvió de base posteriormente al legislador de 1903.

"Si el señor Pérez Ferrero ha ocurrido pasados muchos años, en 1919, ante la justicia ordinaria en demanda contra la Nación por expropiaciones efectuadas durante la última guerra, no hay duda que la acción emanada de su derecho se encontraba, para ese año, ya prescrita, al tenor de las disposiciones especiales citadas.

"Los créditos y las acciones correlativas que surgen de valores adquiridos por el Gobierno en virtud de una situación de emergencia, como es la producida por una guerra, tienen un carácter especial que el mismo constituyente ha previsto. De aquí la razón para que permita en el art. 33 de la Constitución, expropiaciones sin previa indemnización. Lo cual no quiere decir que pasada la perturbación, no reconozca a favor de los acreedores la indemnización por la expropiación o menoscabo de sus derechos.

"Tal ha sido el celo de nuestros legisladores por evitar que queden burladas las acreencias nacidas en esos casos, que con motivo de las dos últimas guerras civiles ha otorgado a los colombianos perjudicados la oportunidad de ocurrir ante Tribunales especiales, creados con ese único objeto, y encargados de reconocerles sus derechos mediante un procedimiento más expedito que el indicado por las leyes ordinarias. No fue otra la finalidad de las disposiciones contenidas en la ley 163 de 1896 y el Decreto Legislativo Nº 104 de 1903.

"Pero como lo relativo a una guerra y sus consecuencias son cuestiones que caen en el campo del orden público, en el caso de dichos créditos, el Estado no puede permanecer sujeto a un plazo indefinido en el establecimiento de las reclamaciones correspondientes. Por este motivo, al mismo tiempo que se reconocen las obligaciones del Estado causadas por la emergencia de una guerra, las leyes han señalado un término prudencial dentro del cual puedan hacerse esos reclamos, sin afectar indefinidamente los presupuestos nacionales, como sucedería en el evento de no haber existido dicho término.

"Desde el punto de vista del derecho público, no cabe la menor duda que las disposiciones anteriormente mencionadas tienen una aplicación preferente a las comunes que rigen la materia del derecho exclusivamente privado".

La Corte, para decidir, considera:

Puede, en verdad, pensarse que desde el instante en que se verifica una expropiación, nace el derecho a indemnización; que en caso de guerra, la expropiación se verifica primeramente y luégo se paga el derecho; que el reconocimiento es cosa distinta, pues no es sino el acto por el cual el obligado declara que está sometido a una obligación previamente contraída. En tales circunstancias, debería estudiarse si la acción de que trata esta demanda ha prescrito según las disposiciones generales del Código Civil; pero tal estudio no sería oportuno, porque la expropiación es una manifestación del Estado como entidad de derecho público y consiguientemente debe regirse por las disposiciones especiales establecidas al respecto, siendo en semejantes casos de aplicación subsidiaria el Código Civil.

Existía en otro tiempo la comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones a la que competía el conocimiento de las reclamaciones de nacionales, conforme a la ley 163 de 1896, al Decreto Legislativo Nº 104 de 1903 y al art. 7º de la ley 47 de 1905. En la actualidad la competencia sobre esta materia incumbe privativamente al Consejo de Estado. El Decreto 638 de 1º de junio de 1903, que en el cuerpo del fallo apelado aparece transcrito, fue publicado en el Diario Oficial del 9 del mismo mes. El término de dos años fue prorrogado por 6 meses, de tal suerte que el derecho a reclamar indemnización expiró el 9 de diciembre de 1905. Si la comisión de suministros o el Consejo de Estado hacían la declaración de estar prescrita la acción, o no reconocían el derecho deducido por el demandante, podía éste acudir al poder judicial dentro del término de 90 días contados desde el día siguiente a la notificación judicial. La misión de la justicia ordinaria quedaba entonces reducida a considerar si debía o no reparar el agravio que el demandante creía encontrar en el fallo administrativo. Quiere decir que el art. 39 de la ley 163 de 1896 establecía una jurisdicción especial.

Las disposiciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones han sometido los juicios correspondientes a normas precisas

tanto en lo referente a pruebas como al tiempo en que las demandas debían presentarse. Pasado el término perentorio, "quedara prescrito todo derecho contra la Nación", dice el art. 12 del Decreto Nº 104 de 1903, y por consiguiente la Nación quedaba libre de las deudas provenientes de está clase de reclamaciones.

El art. 5º de la ley 52 de 1909, al hacer referencia a reclamaciones sobre suministros o expropiaciones no revivió el derecho para intentarlas, pues del contexto de la disposición, que hace parte de una ley sobre personal, sueldos, asignaciones y funciones de la sección de suministros, no se puede deducir que el pensamiento del legislador hubiera sido revivir un término expirado, pues si ésa hubiera sido su intención, lo habría expresado clara y categóricamente.

El vocablo jurídico acción, substantivamente significa "el derecho de exigir alguna cosa". Adjetivamente, es "el modo legal de pedir en justicia lo que es nuéstro o se nos debe por alguien". Cuando el Tribunal dice que está prescrita la acción, se refiere indudablemente a la primera de las acepciones.

El demandante Pérez Ferrero ha insistido en que ha hecho uso de una acción ordinaria independientemente de otros procedimientos administrativos o judiciales. Y aunque el señor Fiscal en su alegato transcribió la sentencia de la Corte Suprema de 15 de diciembre de 1911, que corre publicada en el Tomo XX de la Gaceta Judicial y en la cual se absolvió a la Nación en el mismo asunto que ahora está "sub lite", como no se trajo a los autos prueba de la fecha en que ese fallo fue notificado, no sería posible asegurar que el término de que habla el art. 39 de la ley 163 de 1896 expiró, aunque ello razonablemente pudiera deducirse.

Tampoco en el término probatorio se trajo dicha sentencia al juicio. Pero ello no es preciso, porque estudiando la demanda con independencia de cualquiera otra consideración, se llega a la conclusión de que el "derecho que el demandante tenía para reclamar indemnización por la expropiación de que trata su demanda" está prescrito, como lo sentenció el Tribunal.

Sin necesidad de más argumentos, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, el tres de junio de mil novecientos treinta y seis.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, doce de febrero de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Aníbal Cardoso Gaitán).

Ignacio Larrahondo, obrero del Ferrocarril del Pacífico, presentó demanda ante el Tribunal Superior de Cali, el día 3 de octubre de 1935, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declare que la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, debe reconocer y pagar al demandante, o a quien sus derechos represente, una indemnización por incapacidad permanente parcial por causa de accidente sufrido por el obrero Larrahondo cuando trabajaba al servicio del nombrado Ferrocarril.

Entre los hechos citados en la demanda figuran los que en seguida se copian:

Primero.—Soy antiguo trabajador de la Empresa Nacional del Ferrocarril del Pacífico; y en el servicio de esa Empresa he agotado todas las energías de mi juventud.

Segundo.—El día diez y ocho de abril de mil novecientos treinta y cuatro, en la Bodega de Exportación del Ferrocarril del Pacífico de esta ciudad, sufrí un accidente de trabajo, ocasionado sin culpa ni descuido de mi parte, consistente en que recibí sobre mi cuerpo una carretada de cajas de chocolate pertenecientes a la Compañía Colombiana de ese producto, por un descuido del

trabajador de la mencionada Empresa, Francisco González, que tuvo como consecuencia la fractura de mi pierna derecha a la altura del peroné, por la tibia, que me obligó a una hospitalización de cincuenta y dos días primero, en el hospital de esta ciudad y por cuenta de la mencionada Empresa, y a guardar cama en mi casa de habitación, concurriendo día de por medio al hospital a que se me hicieran las curaciones, durante cuarenta días.

Tercero.—El día diez y seis de julio del año pasado, el señor Médico de la Empresa me hizo la manifestación de que podía volver al trabajo, y dio el informe oficial de que yo había salido del hospital por curación, sin que dicho médico, el doctor Vásquez Velandia, me hubiera hecho un examen, ni ligero, en la pierna en que sufrí la lesión. Esto a pesar de que el mismo médico doctor Vásquez Velandia y el doctor Tello fueron de concepto en principio de que debía practicárseme una intervención quirúrgica, la que no me pudieron practicar por lo desfavorable de mi estado patológico, por la depresión nerviosa en que me encontraba, por lo que los huesos quedaron mal consolidados, y naturalmente yo con una invalidez de por vida.

Notificado de la demanda el señor Administrador General del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, doctor Jorge Lobo Guerrero, propuso la excepción de inepta demanda fundada en "que la acción se dirige contra distinta persona de la obligada a responder de la prestación que se demanda, puesto que de acuerdo con el hecho segundo de la demanda el accidente sufrido por el obrero demandante fue causado por culpa y descuido del trabajador de la empresa denominada Compañía Colombiana de Chocolates, a cuya causa el demandante fue cogido por una carretada de cajas de chocolate que pertenecía a la misma compañía, de consiguiente la compañía a que pertenecía el obrero causante del perjuicio sufrido por el interesado debe responder de la indemnización.

El Tribunal Superior de Cali falló la excepción propuesta diciendo que no era el caso de declararla probada. De dicha providencia solicitó reposición el abogado del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, la que fue negada, pero en cambio se le concedió el recurso de apelación para ante la Corte Suprema. Tramitado éste, es llegada la oportunidad de fallarlo.

Los autos del Tribunal se basaron en varias consideraciones referentes a textos legales sobre responsabilidad por accidentes de trabajo, conforme a los cuales el patrono está obligado al pago de los accidentes que sufran sus obreros en caso de que no se demuestre culpa del obrero, fuerza mayor extraña al trabajo, imprudencia o descuido del operario, enfermedad súbita de éste o violación de los reglamentos de la empresa y en la que siendo de un alcance general las disposiciones legales que cita, no es pertinente en los casos contemplados por ellas, establecer si el accidente se produjo por obra de un tercero que no pertenezca al personal de la empresa, sino basta que el accidente ocurra al trabajador en el ejercicio de su profesión y con motivo del trabajo que realice.

La Corte observa:

No es necesario entrar en el análisis de las razones de orden legal aducidas en el auto apelado, pues éste debe confirmarse por otro motivo, que alega el demandante en memorial dirigido a la Corte, y que puede sintetizarse así:

En el punto segundo de los hechos de la demanda, transcrito al principio de la presente providencia, no se afirma, como lo entendió al proponer la excepción el señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, que el trabajador Francisco González, por cuyo descuido se produjo el accidente, fuera obrero de la Compañía Colombiana de Chocolate, sino de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico. Una lectura cuidadosa de los puntos primero y segundo de los hechos de la demanda así lo demuestra:

En efecto: en el hecho primero dice el demandante: "Soy antiguo trabajador de la Empresa Nacional del Ferrocarril del Pacífico, y en el servicio de esa Empresa he agotado, etc....."; y en el hecho segundo se hallan las expresiones "trabajador de la mencionada empresa" refiriéndose a Francisco González, y "por cuenta de la mencionada Empresa", refiriéndose a la hospitalización que el Ferrocarril le suministró a Larrahondo. La forma como en el hecho primero se emplea la palabra Empresa para designar concretamente al Ferrocarril del Pacífico y la repetición por dos veces en el hecho segundo de la expresión mencionada empresa, apareciendo perfectamente claro que en la última de ellas se alude al Ferrocarril, impone la interpretación de la frase "trabajador de la mencionada empresa" en el sentido de que en ella se alude también al Ferrocarril. Esta consideración descarta por inadmisible dentro de las reglas del léxico castellano y de la interpretación lógica, la que el señor Administrador de los Ferrocarriles le dio cuando entendió que con

aquella frase se refería el demandante a la Compañía Colombiana de Chocolates y no a la Empresa del Ferrocarril del Pacífico.

Reafirma esta opinión de la Sala la circunstancia, muy sugestiva y diciente, de que la excepción la funda el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en que "la acción intentada por el demandante se dirige contra diversa persona de la obligada a responder de la prestación que se demanda puesto que de acuerdo con el hecho segundo de la demanda el accidente sufrido por el obrero demandante fue causado por culpa y descuido del trabajador de la empresa denominada Compañía Colombiana de Chocolates". El Consejo no afirma por conocimiento directo, que el accidente fue causado por un trabajador que no pertenecía al Ferrocarril, sino que hace tal afirmación "de acuerdo con el hecho segundo de la demanda". Ni en la excepción propuesta ni en las alegaciones para sustentarla ha llegado a afirmar el Consejo que el obrero Francisco González no hiciera parte del personal de trabajadores de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, lo que es un indicio vehemente de que dicho obrero sí trabajaba en la empresa del Ferrocarril cuando ocurrió el accidente a Larrahondo, ya que el Consejo está en posesión de datos suficientes para saber qué empleados y obreros trabajan en las dependencias de esa entidad. Y si no ha ofrecido probar que González no figuraba entre los trabajadores de la bodega de exportación del Ferrocarril del Pacífico en Cali el 18 de abril de 1934, pero ni siquiera ha hecho la afirmación correspondiente sino con base, según él, en uno de los hechos de la demanda, es muy presumible que el nombrado trabajador estuviera realmente al servicio de la Empresa del Ferrocarril cuando ocurrió el accidente.

Lo dicho es bastante para concluir que la excepción de inepta demanda a que se refiere el presente recurso carece de fundamento y que por tanto debe confirmarse la providencia del Tribunal.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto de veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta y seis, proferido por el Tribunal Superior de Cali, y al cual se refirió la apelación.

Sin costas. (Artículo 756 del C. J.).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

ACUMULACION DE AUTOS EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA.—CONTRATO CIVIL Y CONTRATO ADMINISTRATIVO

La acumulación de autos en juicios seguidos por jurisdicción coactiva puede decretarse por el juez ejecutor, pues dada la índole de esa jurisdicción, el juez, en tal procedimiento, tiene el carácter de parte y juzgador. 2.—La interpretación que deba darse a los contratos celebrados por el Estado depende de si éstos tienen carácter civil o administrativo. En el primer caso obra en igualdad al otro contratante, como una persona jurídica cualquiera. En el segundo no, porque no teniendo el contrato administrativo por objeto satisfacer necesidades comunes a toda suerte de personas, sino aquellas derivadas de la peculiar naturaleza del Estado o de su misión propia, éste contrata como «persona jurídica encarnación del Estado». En este último caso el Estado toma precauciones y busca garantías que se traducen en una limitación de la voluntad de contratar a las cuales se somete VOLUNTARIAMENTE el que contrata con la Administración. La cláusula de la caducidad administrativa por la cual el Estado pone fin a esta clase de contratos, dice claramente que existe una gran diferencia entre ellos y los civiles, y que en los primeros no se encuentra la tratada igualdad jurídica que se sostiene por algunos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de marzo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Ministerio de Industrias — Departamento de baldíos, bosques nacionales y aguas de uso público - declaró, por Resolución Nº 3 de 11 de noviembre de 1931, que el señor Lisímaco Andrade quedaba incurso en la multa de dos mil pesos a favor del Tesoro Nacional, por haber éste violado los numerales b), d), k) y c) de la cláusula 3ª del contrato celebrado el 17 de febrero de 1922, para la explotación de bosques nacionales, situados en jurisdicción del Municipio de Murindó, Departamento de Antioquia.

Esta providencia fue notificada por edicto publicado en el Diario Oficial Nº 21888 de 14 de enero de 1932, de conformidad con el artículo 2º de la ley 53 de 1919.

La mencionada Resolución hizo extensiva la multa al señor Hortensio Ferrer, quien se había obligado en calidad de fiador solidario del señor Andrade.

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, teniendo conocimiento de que los multados habían fallecido, lo que consta en autos, procedió, de acuerdo con lo ordenado por los artículos 1434 del C. C. y 1059, inciso 3º, del C. J., a notificar la mencionada Resolución a sus causa-habientes. Tenían tal carácter, en su calidad de herederos únicos (por haberse acreditado suficientemente que ambas sucesiones estaban liquidadas, fs. 99 y 120 a 124 del cuaderno Nº 1), respecto del deudor principal la señora Concepción Ferrer v. de Andrade, y la señora Hortensia Ferrer de Sánchez respecto del fiador.

Satisfecho este requisito, el mismo Juzgado, con fecha 25 de marzo de 1935, dictó orden de pago por la vía ejecutiva contra las señoras Concepción Ferrer v. de Andrade y Hortensia Ferrer de Sánchez, por la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000.00) y las costas de la ejecución.

Al ser notificadas las señoras v. de Andrade y de Sánchez, interpusieron el recurso de apelación y manifestaron que anteriormente se les había intimado, en el mismo asunto, otro auto ejecutivo, y que la primera de ellas había denunciado bienes, que habían sido embargados, y había dado fiador de saneamiento.

Se ha tramitado legalmente la apelación, y llegado el momento de fallar, se considera:

El doctor Armando Latorre Rizo, apoderado de las demandadas, sustentó el incidente y concretó en dos sus reparos al mandamiento ejecutivo.

El primero puede resumirse así:

a) Habiéndose iniciado el juicio, a la vez, por los dos Juzgados de Ejecuciones Fiscales, el Juzgado 2º comisionó al Juez 4º del Circuito de Cartagena para notificar el mandamiento a las demandadas. Estando diligenciándose el despacho respectivo, se suprimió uno de los Juzgados, y pudo constatarse que en el Juzgado 1º también, por la misma causa, se adelantaba juicio ejecutivo contra las demandadas en el otro. El Juzgado Nacional de Ejecuciones, en el cual quedaron refundidos los dos antes existentes, sin aguardar a que llegara diligenciado

el despacho, resolvió por auto de 5 de marzo del año pasado, archivar el expediente que se había levantado en el Juzgado 2º.

Posteriormente llegó diligenciado el despacho en mención, y por él se supo que el mandamiento ejecutivo había sido notificado a la señora v. de Andrade, quien había denunciado bienes, que fueron embargados, y prestado oportunamente caución de saneamiento. El Juzgado Nacional, entonces, acumuló el juicio archivado al que se tramitaba, y en el cual ya también se había notificado, contra las mismas personas, auto de mandamiento ejecutivo, que es el actualmente apelado.

Agrega el señor apoderado que el expediente que ha debido archivarse era el que se inició posteriormente, o sea el que había cursado en el Juzgado 1º de Ejecuciones, porque tal es la doctrina del artículo 410 del C. J.; que la acumulación se decretó de oficio, en contraposición al texto del artículo 402 ibídem que ordena que ellá sólo puede hacerse a petición de parte: que sólo deben considerarse como válidas las actuaciones del juicio que se adelantó primero. En este orden de ideas dice que el primer mandamiento ejecutivo adolece de nulidad por no haberse llenado, antes de notificarlo, la formalidad establecida por el artículo 1434 del C. C., omisión ésta que está sancionada con la nulidad por el numeral 3º del artículo 451 del C. J. Que es indudable que en el proceso existe una nulidad de orden procedimental que debe ser declarada por la Corte. Que en consecuencia solicita también se ordene cancelar el embargo de los bienes denunciados por la señora viuda de Andrade.

b) El segundo reparo del memorialista se dirige contra la esencia misma del mandamiento ejecutivo. Sostiene que la Resolución Nº 3 de 11 de noviembre de 1931, dictada por el Ministerio de Industrias, que en este caso sirve de título ejecutivo, no puede ser base de una ejecución, pues la multa en ella impuesta no es de la misma naturaleza que aquellas a que se refiere el numeral 3º del artículo 1059 del C. J., y que por esto no presta mérito ejecutivo; que las multas de que trata este numeral (que es igual al 3º del artículo 899 del antiguo Código Judicial), son las impuestas en ejercicio de funciones públicas de autoridad, y no, como en el caso presente, las estipuladas en un contrato celebrado entre la Nación y los particulares, a manera de cláusula penal para éstos, en caso de incumplimiento. Que en contratos de esta índole, la Nación es un contratante que ocupa igual condición jurídica que la de la otra parte.

La Corte considera:

a) Efectivamente existe una irregularidad que consiste en que por los dos Juzgados de Ejecuciones Fiscales se adelantaron sendos juicios contra los responsables. El Juzgado 2º había comisionado al Juez 4º del Circuito de Cartagena para notificarles el mandamiento ejecutivo, pero cuando los dos Juzgados fueron fusionados, no había llegado aún despacho que anunciara el cumplimiento de la comisión. Reunidos en uno solo los dos Juzgados se notó la anomalía de los dos juicios y se resolvió archivar uno y continuar el otro, siendo el archivado aquel en que se había dirigido despacho a Cartagena.

El juicio único siguió tramitándose legalmente y como no se tenía noticia de que se hubiera intimado el mandamiento, se comisionó al Juez Nacional de Rentas de Cartagena para que lo hiciese. Al efectuarlo éste, la señora Ferrer v. de Andrade apeló de él y presentó un memorial al Juzgado de Ejecuciones de Bogotá en el que manifestaba la existencia del auto ejecutivo anterior y las circunstancias de haber denunciado, a consecuencia de éste, bienes que habían sido embargados y de haber prestado fiador de saneamiento. El referido Juzgado, en auto de 16 de octubre del año pasado, resolvió acumular los juicios y conceder la apelación del último mandamiento notificado.

Se considera:

En realidad el juicio primero no fue legalmente archivado y por lo tanto no se cometió falta al "desarchivarlo" como cree el señor apoderado. A fs. 31 del cuaderno principal corre el auto que ordenó el archivamiento, pero puede verse que él no está notificado ni ejecutoriado. Faltando estos requisitos no puede considerarse técnicamente que se hubiera cumplido tal orden.

Y la acumulación era perfectamente legal, sin que pueda valer el argumento de que no fue hecha a petición de parte sino de oficio, pues es muy claro que dada la índole de la jurisdicción coactiva, el Juez, en tal procedimiento, tiene carácter de parte y juzgador.

El artículo 410 del C. J., que el señor apoderado considera se violó por el Juzgado, dice:

"En caso de acumulación aprehende el conocimiento de los demás negocios, sea cual fuere el lugar donde se ventilen, el Juez que conoce del más antiguo, o el que pri-

mero decretó el embargo de los bienes, si se trata de juicios ejecutivos, observándose la regla general de que los Jueces de Circuito pueden conocer de los negocios de menor cuantía, y que de los asuntos de mayor cuantía no pueden conocer los Jueces Municipales".

No puede decirse que se violara esta disposición por haberse seguido el último juicio y nó el más antiguo, pues como se ve este artículo se refiere a competencia de los jueces, y no es aplicable al caso que se estudia, donde no surgió problema de esta índole, pues no se presentaban dos jueces con pretensiones de conocer del asunto, sino que se trataba de dos juicios que, de acuerdo con la teoría de la acumulación, debían unirse para no dividir la continencia de la causa. La disposición se aplica cuando hay dos o más jueces que según las reglas generales pueden conocer de un negocio. En el caso de autos no hay varios jueces sino uno, luégo por fuerza de las circunstancias éste debe conocer. La decisión tomada por el Juzgado de Ejecuciones cabe perfectamente dentro de la definición que de acumulación da el C. J.: "La reunión de dos o más procesos para sustanciar o decidir en un solo juicio los asuntos a que se refieren".

Pero de la acumulación resulta un hecho que debe tenerse en cuenta: al verificar la reunión de las actuaciones éstas se funden, quedando vigentes todas las diligencias y providencias que en ellas se han efectuado, que pasan a ser parte integrante del juicio único. Cuando se hizo la acumulación, los interesados habían ya interpuesto recurso de apelación contra el primer auto ejecutivo; apelación que no se consideró porque al llegar a Bogotá el despacho sobre notificación de él, la oficina de conocimiento (el Juzgado Nacional) había archivado el negocio. Al fallar hoy la Corte encuentra que se halla pendiente la decisión de tal recurso. Y ha de considerarlo la Sala porque aunque es verdad que el Juzgado no la concedió, tiene hoy la Corte jurisdicción en el negocio, que, como se ha visto, es uno solo, aunque inicialmente eran dos las acciones; y teniendo tal jurisdicción, como los juicios fueron acumulados, éstos deben considerarse en el estado en que se hallaban al momento de verificarse la acumulación. Se procede, por tanto, a decidir la apelación de que aquí se trata:

Dicho auto ejecutivo se notificó a las demandadas sin que se llenara previamente la formalidad de que trata el artículo 1434 del C. C., pues antes de intimárselo, se ha debido, en su calidad de herederas, notificárseles la Resolución del Ministerio de Industrias, que constituía el título ejecutivo. El artículo 551 del C. J., numeral 3º, sanciona esta omisión con nulidad, y acreditada como está ella, la Corte ha de declararlo así y ordenar, lógicamente tanto el desembargo de los bienes denunciados por la señora v. de Andrade como la inexistencia de la caución de saneamiento.

b) Para estudiar el segundo reparo que se hace al mandamiento apelado, es menester resolver tres cuestiones que él sugiere.

1ª Tenía facultad el Ministerio de Industrias para decretar las multas señaladas en el contrato?

2ª Fueron tales multas debidamente aplicadas?, y

3ª Pueden cobrarse ellas coactivamente?

1ª La naturaleza del contrato celebrado con Andrade sirve para determinar si el Ministerio tenía o nó facultad de imponer las multas que se había allí previsto. La interpretación que deba darse a los contratos que celebra el Estado depende de si éstos tienen carácter civil o administrativo. En el primer caso obra en igualdad al otro contratante, como una persona jurídica cualquiera. En el segundo, nó, porque no teniendo el contrato administrativo por objeto satisfacer necesidades comunes a toda suerte de personas, sino aquéllas derivadas de la peculiar naturaleza del Estado o de su misión propia, éste contrata como "persona jurídica encarnación del Estado". No quiere decirse esto que él contrate como soberano y en tal carácter mande y ordene, sino que el objeto mismo de esta especie de contratos, el interés general que ellos implican, hace que el Estado — como se expresa Royo Villanova — "tome precauciones y busque garantías que se traducen en una limitación de la voluntad de contratar a las cuales se somete voluntariamente el que contrata con la Administración".

La cláusula de la caducidad administrativa, por la cual el Estado pone fin a esta clase de contratos, dice claramente que existe una gran diferencia entre ellos y los civiles, y que en los primeros no se encuentra la traída igualdad jurídica que se sostiene por algunos.

Que el contrato que nos ocupa es un contrato administrativo se deduce de su objeto, de su naturaleza, de los términos en que está concebido y de las formalidades que exigía para su validez.

Es un contrato para la explotación de bosques nacionales, asunto de interés público y de innegable trascendencia para el Estado. Este no contrató como un simple par-

ticular, ajustándose a las reglas de derecho común, sino lo llevó a cabo ciñéndose a las disposiciones de la Ley 119 de 1919, que regulaba especialmente la materia y lo sujetaba al lleno de particulares requisitos, que hacían que tal contrato tuviese una naturaleza distinta del mero arrendamiento (contrato civil), ya que le daba carácter de concesión. Además tenía que merecer la aprobación del Presidente y del Consejo de Estado.

Establecido el carácter administrativo del contrato en mención, y vistas las diferencias entre la clase a que él pertenece y los civiles, no resulta extraño que el Ministerio de Industrias, llenando, claro está, las condiciones para decretarlas justicieramente, pudiera imponer por sí mismo las multas.

Sería pueril pensar que, dadas las consideraciones que se han hecho, el Estado tuviera que ir a la justicia común, para en juicio ordinario obtener que se condenase al contratista a pagar las multas establecidas, por no haber cumplido cualquiera de las numerosas obligaciones de índole diversa que le imponía el contrato, tales como: presentar una descripción geográfica de la zona explotada, permitir que los alumnos de la Escuela de Agronomía visitaran los bosques arrendados, enviar al Ministerio muestras de los productos forestales y presentar en la Aduana de Cartagena relaciones mensuales detalladas de los productos extraídos.

Y es más, si el contratista se sometió a que el Gobierno, unilateralmente, pudiese dar por terminado el contrato, es lógico suponer que si él prestaba su consentimiento para que el Estado tuviese esa facultad omnímoda, al pactar lo de las multas, cosa de mucho menor trascendencia que la caducidad, asímismo aceptaba que el Ministerio pudiera imponérselas.

También podría agregarse, como una presunción de carácter general, que los particulares que contratan administrativamente con el Estado y que se comprometen a satisfacer una multa en el evento de que incumplan algunas de sus obligaciones, en el momento de contratar entienden que llegado el caso, la entidad pública con quien contratan puede decretarles por sí misma la multa, y a ello se someten, otorgando ampliamente su consentimiento.

De lo dicho se deduce que el Ministerio de Industrias tenía facultad para señalar las multas señaladas en el contrato.

2ª De la Resolución de 9 de diciembre de 1928, del Ministerio de Industrias, llamado antes de Agricultura y Comercio (fs. 6 a 10 del cuaderno principal), se desprende que por haber transcurrido seis meses desde la celebración del contrato, sin que hubiera presentado informes el concesionario, se ordenó la práctica de algunas pruebas tendientes a establecer si éste había cumplido con las obligaciones que le imponían los numerales b) y k) de la cláusula tercera y 4ª de la cláusula novena del precitado contrato. Dicha investigación se llevó a cabo por el Prefecto de la Provincia de Urabá y por el Alcalde de Murindó, quienes levantaron el expediente respectivo, y tanto del informe rendido, ante aquellas autoridades, por el señor Andrade, que si bien no puede calificarse como confesión, por no haberse recibido con todas las formalidades que ella requiere, es de mucha fuerza al respecto, como por numerosas declaraciones de vecinos del lugar, se llegó a la certidumbre de que el concesionario faltó a los compromisos que contrajo en las cláusulas citadas. Teniendo conocimiento el Ministerio de la muerte del señor Andrade, ordenó, en la parte resolutiva de esa providencia, citar a todos sus herederos, para que dentro del término de noventa días comparecieran a desvirtuar los cargos formulados y comprobados.

Llenada esta formalidad previa y hecha la notificación de que se habló en el párrafo anterior a la señora Concepción Ferrer v. de Andrade, acreditada en autos como única heredera del contratista, el Ministerio, en vista de que se había vencido largamente el plazo fijado para que los causa-habientes citados presentasen sus descargos sin que así lo hiciesen, por Resolución número 3 de once de noviembre de mil novecientos treinta y uno, declaró administrativamente caducado el contrato e incurso el señor Andrade — su sucesión o sus herederos — en la multa de dos mil pesos por violación de cada una de las obligaciones contraídas en los numerales b), d), k) y o) de la cláusula tercera del aludido contrato, multa que se hacía extensiva al señor Hortensio Ferrer, en su calidad de fiador solidario. Por los numerales citados se había comprometido el contratista respectivamente: a pagar en la Aduana de Cartagena un 7 % sobre el producto bruto de la explotación de los bosques; a conservar éstos en permanente estado de explotación, haciendo resiembras para asegurar su reproducción; a presentar en la Aduana de Cartagena una detallada relación mensual de los productos de los bosques, con determinación de calidad, precios y plaza de venta, y a enviar al Departamento de Propaganda del Ministerio, por cuadruplicado, muestras de todos los productos forestales con los datos respectivos.

Comprobado plenamente el incumplimiento de tales obligaciones, habiéndose formado sobre ello proceso y citados legalmente los herederos para que contestaran los cargos, es preciso, en buena lógica, concluir que las multas fueron aplicadas debidamente.

3ª El artículo 1059 del C. J. que establece especialmente los documentos que prestan mérito ejecutivo en la jurisdicción coactiva, dice:

"Además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982 en estos juicios prestan también mérito ejecutivo.

. . . . . .

3º Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o municipal"

En la presente ejecución se tiene como título de recaudo ejecutivo la copia de una resolución definitiva y ejecutoriada del Ministerio de Industrias. Resta saber si ella se ajusta al cartabón legal que establece este artículo de que el funcionario sea competente y obre en ejercicio de sus funciones. Que es competente se desprende de lo tratado en el punto 1º de la segunda parte de esta sentencia. Que obró en ejercicio de sus funciones se induce también de todo lo expuesto anteriormente, y ello es obvio si se tiene en cuenta que admitido que el Ministerio podía decretar las multas, al hacerlo procedía en el ejercicio natural de sus facultades.

Por todo 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, resuelve:

1º Revócase el auto ejecutivo de fecha 24 de mayo de 1932, proferido por el Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales. En consecuencia se ordena el desembargo de los bienes denunciados por la ejecutada señora v. de Andrade y la cancelación de la fianza de saneamiento otorgada por la señorita María Isabel Ferrer.

2º Confírmase el auto ejecutivo de fecha 25 de marzo de 1936 y ordénase seguir adelante la ejecución.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

SOLICITUD DE REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de abril de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Aníbal Cardoso Gaitán).

En memorial de 31 de marzo último el apoderado de las señoras Concepción Ferrer de Andrade y Hortensia Ferrer de Sánchez pide reposición del auto de esta Sala fechado el 8 del mismo mes, en la parte que confirmó el mandamiento ejecutivo dictado por el Juzgado 1º de Ejecuciones Fiscales el 25 de marzo de 1935.

Cree el señor apoderado que el contrato celebrado por la Nación con el señor Andrade, para la explotación de bosques nacionales, no es en realidad un verdadero contrato administrativo. Que este contrato de concesión, que él equipara a los que se celebran para la explotación de yacimientos petrolíferos de propiedad de la Nación, es un contrato estrictamente civil. Opina, también, que el Ministerio de Industrias no tenía facultad para imponerle al contratista las multas estipuladas en el contrato, pues esto significaría que el Estado tuviese carácter de parte y juzgador. Finalmente, dice que la copia de la Resolución que multaba al señor Andrade no son de aquéllas que al tenor del numeral 3º del artículo 1059 del C. J. pueden cobrarse coactivamente, porque las multas a que allí se hace referencia son las impuestas en ejercicio de funciones públicas de autoridad por funcionarios competentes.

Observa la Sala:

En el auto revisto se expresaron algunas razones por las cuales la Corte entiende que tal contrato es administrativo, pero como el apoderado insiste en sostener que tiene un carácter civil, y lo asimila a los contratos sobre explotación de petróleo nacional, es oportuno ampliar el examen de la cuestión.

Los contratos para la explotación de bosques, que celebra la administración con los particulares, son en realidad, análogos a los que se hacen para la explotación de yacimientos petrolíferos y también a los que el Estado celebra sobre minas de las cuales es dueño.

A tales contratos, se les ha dado el nombre de concesión. En qué consiste ésta? Es un privilegio que el Gobierno, como entidad administrativa, otorga a los particulares, autorizado por leyes especiales, para que estos puedan explotar riquezas naturales de propiedad de la Nación. Para ello el Gobierno obra autorizado por leyes permisivas, que regulan la materia.

En la celebración de las concesiones no se aplican rigurosamente los preceptos que reglamentan, en derecho privado, las relaciones jurídicas de los contratantes.

El objeto sobre el cual recaen las concesiones es del Derecho Público interno y de la administración de los bienes nacionales encomendada al Organo Ejecutivo. Este contrata en condiciones de evidente superioridad jurídica sobre el particular, pues lo hace como persona encarnación del Estado. En estos casos el Gobierno no celebra propiamente una verdadera convención bilateral, onerosa, en provecho exclusivo del erario público, sino que cumple, en realidad, un deber administrativo en beneficio de la comunidad. Cuando el Estado permite que un particular explote una mina, un bosque, o un yacimiento de petróleos, de su propiedad, no busca simplemente una fuente de entradas para sí, sino que persigue con ello un fin que ha de traer provecho a la sociedad en general. Y no puede pensarse que en estos casos el Estado, sin más atribuciones y prerrogativas que un simple particular llame a otro para celebrar con él una convención conmutativa de donde surgirán derechos y obligaciones iguales y recíprocas. Más que un contrato, un acto de éstos es un permiso que el Estado concede a quienes han llenado ciertos requisitos y aceptado voluntariamente las prerrogativas que respecto de ellos ejercita la entidad pública, para que al explotar esos bienes y obtener un lucro particular, también cumplan la función social de poner en juego esas riquezas al servicio de la colectividad.

Bien se ve que no se trata aquí de convenciones civiles, en que desempeña papel decisivo la igualdad jurídica de las partes, sino que el Estado, en ejercicio de sus facultades como entidad de derecho público, autoriza a uno de sus Organos, por medio de normas especiales a las que debe ceñirse éste estrictamente, para que otorgue a un particular, que cumpla determinadas formalidades, el privilegio de explotar riquezas, que al entrar en el comercio traerán consecuencias benéficas para la economía nacional.

La tesis de que se está aquí frente a un contrato civil parece que lógicamente conduce a considerar las concesiones como arrendamientos, que es el tipo de convención de derecho común que más se asemeja a ellas. Interesa, pues, examinar si efectivamente pueden ellos encajar dentro de la teoría del contrato de arrendamiento o, si por el contrario, son específicamente distintos de él.

Es de la esencia del arrendamiento que recaiga sobre cosas que no sean fungibles, lo que se desprende de la definición que de ese contrato da el artículo 1974 del Código Civil: "Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales e incorporales, que pueden usarse sin consumirse...." La Nación concede permiso para explotar bosques, yacimientos petrolíferos y minas, de su propiedad, pero no puede celebrar sobre ellos un arrendamiento, pues esas explotaciones se hacen mediante la extracción de materias, lo que origina la destrucción del bosque, yacimiento o mina, trayendo el agotamiento de éstos, y fallando así el requisito esencial de la no fungibilidad.

El arrendamiento, que es un contrato conmutativo, implica necesariamente el pago de un precio al arrendador (artículo 1973, ibídem); en las concesiones que se estudian, el precio puede muchas veces no existir, ya que por regla general ellas se celebran comprometiéndose el concesionario a satisfacer, no un canon fijo, sino una regalía o participación en los productos explotados, y bien pueden presentarse circunstancias en que las explotaciones, o no se efectúen o no den producto alguno.

Asimismo, en el arrendamiento no es normal o regular la obligación, a cargo del arrendatario, de explotar y gozar la cosa arrendada; en las concesiones, a base de participación en los productos, el concesionario debe necesariamente explotar el objeto o materia de la concesión. En el arrendamiento, tal obligación es potestativa del arrendatario; en la concesión, esta obligación es conditio sine qua non.

Luego las concesiones son jurídicamente distintas del contrato civil de arrendamiento.

Pero podría creerse que ellas estuviesen comprendidas dentro de los contratos innominados que autoriza el Código Civil. Sin

embargo no sucede tal, por la calidad misma de la concesión. Ya se vio que ésta no es propiamente un contrato bilateral, conmutativo, de obligaciones recíprocas y compensatorias iguales. Y el fin que persigue la Nación al otorgarla tiene importancia decisiva para juzgar sobre su naturaleza. Porque el Estado no se propone principalmente obtener una utilidad sino permitir o autorizar que esas riquezas naturales se exploten. Y para qué concede este permiso? Nó para favorecer al particular concesionario. Tampoco para buscar meramente el proporcionarse un arbitrio fiscal. El fin principal es el de poner esas riquezas al servicio de la comunidad. Es decir, la utilidad, el interés social.

Todas estas consideraciones llevan a la Sala al convencimiento de que a la concesión que aquí se estudia no es posible aplicarle las reglas de derecho común que rigen las convenciones entre los particulares, y que ella se debe asimilar, más razonablemente, a lo que la doctrina y la jurisprudencia denominan "contrato administrativo".

Y en contratos de esta índole hay que admitir que la situación jurídica de los contratantes no es la misma; nadie pone en tela de juicio las prerrogativas y privilegios de que en ellos goza el Estado. Y como lo sostiene el auto cuya reposición se considera, no resulta extraño que el Ministerio de Industrias, llenando las condiciones para decretarlas justicieramente, pudiera por sí mismo imponer las multas que el señor Andrade se había obligado a satisfacer en el caso de que por su parte incumpliera las cláusulas del convenio.

Y como se analizó ampliamente en el auto que se revisa, el Ministerio ordenó verificar las diligencias conducentes para constatar el incumplimiento, y en el proceso que se levantó al efecto quedó él suficientemente comprobado.

A este respecto cabe observar que en los contratos de concesión de petróleos, que presentan analogía con los de explotación de bosques nacionales, el Gobierno puede imponer administrativamente, cuando no considere necesaria la caducidad, multas al concesionario hasta de $ 5.000, por el no cumplimiento de sus obligaciones.

En el auto controvertido también se expresó muy claramente el por qué la multa de que se trata encajaba dentro de las de que habla el numeral 3º del artículo 1059 del C. J., y allí se ve cómo esta conclusión está deducida lógicamente de todo lo expuesto con razones que el memorialista, en opinión de la Sala, no ha desvirtuado.

En virtud de las consideraciones precedentes, no se accede a reponer el auto de fecha ocho de marzo último.

Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA CONTRACTUAL

En el caso de autos, aun admitiendo comprobado el carácter de agentes de la Nación de los individuos que llevaban el vehículo, no existió relación de dependencia entre ellos y la Nación en el momento de aceptar pasajeros en el camión, porque se trata de un hecho prohibido expresamente por los reglamentos de tránsito y la Nación no puede considerarse obligada a responder de las consecuencias de un hecho ilícito ejecutado por sus agentes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril doce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Los señores Sixto A. Góngora y Emma Ospina de Góngora, casados entre sí, mayores y vecinos de Ibagué, en libelo presentado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha doce de agosto de mil novecientos treinta y cinco, demandaron a la empresa de autocamiones o vehículos de tracción mecánica de transporte Sauer, dependiente del Consejo de Ferrocarriles Nacionales y del Ministerio de Obras Públicas y de propiedad de la Nación, para que se declare a dicha empresa y por consiguiente a la Nación, responsable del siniestro automoviliario de tránsito ocurrido de las cinco a las seis de la mañana del lunes diez y seis de abril de mil novecientos treinta y cuatro, en la carretera Ibagué-Armenia, y en el cual perdieron la vida la señorita Carmen Emma Góngora y otras personas. Piden igualmente que la Nación sea condenada, como propietaria de la

empresa Saurer, a pagarles la cantidad de $ 27,000, como valor de la indemnización del daño y de los perjuicios ocasionados a la familia de la señorita Góngora, con motivo de su trágica muerte, y en subsidio, a pagarles los perjuicios estimados por peritos. El señor Fiscal del Tribunal se opuso a que se hagan las declaraciones pedidas y negó al contestar la demanda los hechos en que ella se apoya.

El Tribunal, en sentencia de 28 de mayo de 1936, absolvió a la Nación de los cargos formulados por los actores en el escrito de demanda. De este fallo apelaron los demandantes y el recurso se les concedió en el efecto suspensivo.

En la segunda instancia fue reconocido como apoderado del demandante señor Góngora el doctor Rafael A. Michael. Se practicaron las pruebas pedidas en oportunidad por la parte demandante y se recibieron los alegatos del señor Procurador delegado en lo civil y del doctor Michael, presentados en el término legal. No se observan causales de nulidad, por lo cual se pasa a decidir el negocio en definitiva.

LOS HECHOS

El lunes 16 de abril de 1934, a las dos de la mañana, salió de Ibagué con dirección a Armenia, la flotilla de carros, autocamiones de transporte y tracción mecánica "Saurer", comandada por el inspector Angel María González, por haberla despachado la empresa. Entre los camiones de la flotilla figuraba el "Saurer" Nº 011, manejado por el chofer Antonio González. En este camión fue admitida como pasajera, en el sitio de "La Bombita" de la ciudad de Ibagué, tanto por el inspector como por el chofer, la señorita Carmen Emma Góngora, maestra graduada, para ser transportada al sitio de "El Brasil", del Municipio de Cajamarca, donde desempeñaba el cargo de Directora de la escuela rural alternada. Trescientos metros antes del kilómetro 80 de la carretera Ibagué-Armenia, se volcó el vehículo, rodando al abismo con un recorrido a vuelcos de 84 metros 9 centímetros. A consecuencia de este desgraciado accidente murieron la señorita Emma Góngora, el inspector Angel María González y el chofer Antonio González.

El demandante dice que el accidente fue ocasionado por descuido e impericia del chofer, quien estuvo en cine la noche anterior y salió de allí a tomar licores, y quien no había dormido la noche referida y tenía defectos en la vista; agrega que el vehículo estaba en malas condiciones de servicio. Dice además que el chofer exigió de la empresa que le cambiara el camión Nº 011 por un G. M. C. y que dos días antes del accidente el camión mencionado demostró la deficiencia por defecto en la rueda delantera.

LAS PRUEBAS

A la demanda acompañaron los actores varias pruebas. Se acreditó con las partidas de origen eclesiástico el carácter de padres legítimos de la señorita Carmen Emma Góngora. También se presentó la partida de defunción de ésta, la prueba de que desempeñaba el cargo de maestra de la escuela rural alternada de "El Brasil" y de la buena conducta por ella observada, la diligencia de levantamiento del cadáver practicada por el inspector departamental de tránsito y el acta de reconocimiento del camión "Saurer" Nº 011.

Se presentaron también las declaraciones de los testigos Campo E. Cifuentes, Héctor Sarmiento, Estanislao Arango, José Antonio Calle, José María García y Juan Francisco Hernández.

Durante el término de prueba de la primera instancia se recibieron las declaraciones de José Vicente Galindo, Celiano Gómez, Luis Gutiérrez y Luis Blach. Los dos primeros declaran que la noche anterior al accidente, el chofer Antonio González estuvo tomando licor hasta embriagarse. Gutiérrez declaró lo siguiente: "En la madrugada del 16 de abril de 1934, la señorita que murió en el accidente de ese día me llamó la atención en la esquina al pie del edificio del Conservatorio para que la llevara en el carro; como yo le manifesté que no podía por estar prohibido el transporte de pasajeros en esos vehículos, ella me argumentó que el señor González la había llevado varias veces, pero yo nuevamente me negué a llevarla y seguí mi camino". El testigo Blach declara que el chofer González tenía defectos en la vista y que no era suficientemente experto, hábil y práctico para manejar los aparatos Saurer.

Durante el término de la prueba de la segunda instancia se recibieron las declaraciones de los señores Aristides Fernández Jaramillo, Juan de J. Galindo, Euclides Orozco Rendón y Jorge E. Orozco. Estos testigos dicen que es costumbre y práctica observada por todos los conductores o choferes de carga que hacen el recorrido de Ibagué a Armenia y de ésta a aquélla, aceptar pasajeros en la mencionada vía y lle-

varlos a la agencia de la respectiva empresa o al lugar donde ellos lo deseen y que es costumbre practicada diariamente en la referida vía que se cobre al pasajero el valor correspondiente en el lugar del destino.

Se allegó a los autos un certificado del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, que dice así:

"a) Que la entidad denominada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creada por la ley 29 de 1931, administra los ferrocarriles de propiedad nacional sobre una base comercial y con la debida autonomía dentro de los términos de la ley orgánica y de acuerdo con sus propios reglamentos;

"b) Que la flotilla de autocamiones denominada 'Saurer' que hacen el recorrido a lo largo de la carretera entre Ibagué y Armenia, y viceversa, es complementaria para el efecto de transportes de carga de los ferrocarriles del Pacífico y Girardot-Tolima-Huila, destinada exclusivamente a transportar cargamentos en tráfico directo, pues el transporte de pasajeros a cargo de los ferrocarriles se hace por medio de la Empresa Socoltran, que se dedica exclusivamente al transporte de dichos pasajeros y sus equipajes entre los puntos ya indicados de la carretera, y que la flotilla de camiones 'Saurer' adquirida por el Consejo está administrada por esta entidad y funcionaba bajo su control en el mes de abril de 1934, y

"c) Que en el mes de abril de 1934 la flotilla 'Saurer' tenía entre los vehículos que prestaban el servicio complementario de transporte de carga de los ferrocarriles nacionales el autocamión número 011 destinado solamente al transporte de cargamentos, el cual salió con orden de la Dirección de la carretera de acuerdo con el respectivo reglamento y que a las cinco de la mañana del día 16 de abril de 1934 sufrió un accidente en el kilómetro ochenta más trescientos metros de la carretera Ibagué-Armenia, viajando de esta última ciudad, conduciendo un cargamento de setenta bultos de cemento, camión en el cual sin autorización del ingeniero director de la carretera, y contraviniendo los reglamentos del Ministerio de Obras Públicas, Resolución número 104 de 1929, publicada en el Diario Oficial número 21285 de 8 de enero de 1930, del Decreto Nº 1100 de 1933, Diario Oficial número 22324 de 30 de junio de 1933 y del Reglamento del Inspector de Circulación de la carretera Ibagué-Armenia en desarrollo del Decreto número 1100, anteriormente citado, de 1º de junio de 1933, se llevaba a la señorita Carmen Góngora en el puesto delantero junto al chofer, quien murió en el accidente junto con dos empleados de la vía, el inspector de la flotilla y el chofer del autocamión; de este accidente se levantó la correspondiente acta y declaraciones de quienes lo presenciaron, todo lo cual consta en instrumento público número 393 de la Notaría 2ª de Ibagué con fecha 13 de agosto de 1934, del cual resulta que el accidente fue un caso fortuito e imprevisto".

También figura en autos un certificado del Secretario del Ministerio de Obras Públicas que confirma lo dicho por el Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, sobre que la flotilla de camiones "Saurer", que hace el recorrido de Ibagué a Armenia y viceversa, es complementaria de los ferrocarriles para los efectos del transporte de carga y está destinada exclusivamente a transportar cargamentos en tráfico directo, porque el transporte de pasajeros, también con tiquete directo se hace por medio de la empresa "Socoltran".

Igualmente se trajo a los autos un certificado del Secretario de la Inspección de Tránsito del Tolima sobre que no aparece constancia alguna de que el autocamión con placa número 011, marca "Saurer", hubiera sido matriculado en la Inspección, pues los vehículos oficiales destinados al transporte de carga o reparación de la carretera Ibagué-Armenia usan placas especiales suministradas por el Inspector Jefe de la carretera.

El Decreto Nº 1100 de 1933, citado en el certificado que se transcribe, puso bajo la dependencia del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales la carretera Ibagué-Armenia y designó al ingeniero director de dicha obra como inspector nacional ad-honorem de la misma vía.

LA SITUACION DE DERECHO

Aparece acreditado en el expediente que la empresa de autocamiones "Saurer" es propiedad de la Nación y que está bajo el cuidado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. De esa empresa formaba parte el camión número 011, que manejaba el chofer Antonio González y en el cual iba el jefe de la flotilla Angel María González, el día del siniestro.

Resulta de autos que tanto el chofer como el jefe de flotilla le permitieron a la señorita Carmen Emma Góngora que subiera al vehículo en la madrugada del 16 de abril de 1934, para ser transportada al punto de "El Brasil", en jurisdicción del Municipio de Cajamarca. No está acreditado legal-

mente el carácter de agentes de la Nación que tenían los señores González; pero sobre este particular declaran varios testigos y esa circunstancia pudiera admitirse comprobada llegado el caso, por el hecho de que en el momento del siniestro el camión de propiedad de la Nación estaba bajo el cuidado de dichos señores, cuya condición de agentes de la Nación acepta sin objeciones el Administrador del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales.

Igualmente aparece demostrado que el vehículo en que iba la señorita Góngora no estaba destinado por el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales al transporte de pasajeros, sino al de carga únicamente, y que dicha señorita tuvo conocimiento de la prohibición que había de recibir pasajeros en los camiones, porque así se lo hizo saber el testigo Luis Gutiérrez, pocos momentos antes de solicitar ella pasaje en el autocamión Nº 011.

Conforme al artículo 2347 del C. C. toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado, para el efecto de la indemnización del daño respectivo. Pero en el caso que se estudia, aun admitiendo comprobado el carácter de agentes de la Nación de los individuos que llevaban el vehículo, no existió relación de dependencia entre ellos y la Nación en el momento de aceptar pasajeros en el camión, porque se trata de un hecho prohibido expresamente por los reglamentos de tránsito y la Nación no puede considerarse obligada a responder de las consecuencias de un hecho ilícito ejecutado por sus agentes.

Durante el término de prueba de la segunda instancia se comprobó que es costumbre de los choferes que manejan camiones en la carretera Ibagué-Armenia aceptar pasajeros en esos vehículos y no cobrarles el pasaje sino cuando llegan a su destino. Sobre el particular se observa que esta costumbre violatoria de las disposiciones reglamentarias del tráfico no establece vínculo jurídico entre el pasajero y la Nación, ya que ésta ha destinado los camiones para el servicio exclusivo del transporte de carga y si los conductores violan los mandatos que han recibido y les dan a los vehículos un destino distinto, sólo comprometen su responsabilidad personal.

Ninguna de las disposiciones del Código Civil que reglamentan lo relativo a la responsabilidad civil por los delitos y las culpas es aplicable a este caso, que es suficientemente claro y que es necesario fallar en la forma en que lo hizo el Tribunal negando las peticiones de la demanda.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

El señor Procurador delegado en lo civil hizo un estudio detenido del problema planteado en este juicio. La Sala encuentra jurídicas las conclusiones a que llegó aquel alto funcionario y considera oportuno reproducir a continuación los siguientes apartes del alegato en cuestión;

"La sentencia ameritada del Tribunal de Ibagué trae como fundamento dos hechos trascendentales, en concepto de este despacho:

"1º No se acreditó en el expediente que la empresa de transportes 'Saurer' tuviera carácter nacional, o que el camión 'Saurer' Nº 011 perteneciera al Estado, y

"2º Aun cuando alguno de tales hechos se hubiera acreditado, no aparece demostrado que la flotilla de camiones 'Saurer' estuviera destinada al transporte de pasajeros.

"Los tratadistas de derecho civil aceptan la responsabilidad del Estado por los hechos u omisiones ejecutados por sus agentes, en perjuicio de cualquiera persona natural o jurídica.

"Esta teoría se halla consagrada en el art. 2347 del C. C. por medio de las siguientes palabras:

"Art. 2347.—Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".

"Para deducir la responsabilidad del Estado, ya por culpa contractual, o ya por la culpa extracontractual o aquiliana se requiere lo siguiente:

"a) Que el acto jurídico o el hecho u omisión que implica culpa haya sido ejecutada por un empleado o agente del Estado. Por eso dice Laurent: "El Estado representado por los diferentes ramos de la administración pública, es susceptible a las condenaciones a que el daño causado por el hecho, negligencia o imprudencia de sus agentes pueda dar lugar", y

"b) Que el agente haya obrado en su calidad de tal, es decir, en ejercicio de un acto judicial, administrativo o en general, concerniente al servicio público que desempeña, pues si ha obrado fuera de esta esfera, es decir, en ejecución de actos particulares suyos, que ninguna relación tengan con las actividades del Estado, apenas hay una responsabilidad que sólo puede imputarse a la persona particular del empleado y no a la Nación.

"A este propósito dice M. Duguit: "La falta no puede ser cometida más que por individuos conscientes, y cuando el servicio ha funcionado mal, o bien ha habido un caso de fuerza mayor, o una falta del agente del servicio público, puede entonces hablarse de la falta del Estado, de la falta de un servicio público. Pero estas dos expresiones figuradas es pueril el tomarlas en su propio sentido. La realidad es la falta del agente, y la única cuestión que se ofrece es la de saber si las consecuencias de esta falta deben ser soportadas por el patrimonio público o por el patrimonio del agente. Ya queda dicho que en principio es el patrimonio público el que soporta dichas consecuencias, pero esto no excluye que sea a veces el patrimonio del agente el que las soporte".

"Los elementos que para la culpa extracontractual señalaba la Ley Aquilia perduran al través de los siglos.

"En efecto dicha ley disponía que los perjuicios que daban lugar a indemnización por el hecho u omisión de otra persona debían ser causados **corpore corpori**, es decir, que debían ser la consecuencia del hecho u omisión de una persona (**corpore**) y debían producir un perjuicio corporal en un bien de otro o en la persona de éste (**corpori**). Es bien sabido que los efectos de tal ley se ampliaron posteriormente, pues si un individuo asusta, v. gr., el caballo de otro, y el animal se arroja a un abismo, aparecería el perjuicio causado **corpori**, pero no **corpore**, porque el hecho directo del agente no consistió en hacer rodar el caballo al abismo. Si un individuo suelta un toro salvaje de la pampa que está atado a un árbol, y el animal desaparece para su dueño, se habría ocasionado un perjuicio **corpore** pero no **corpori**, puesto que ningún daño sufrió el animal.

"Aplicando estas teorías a casos como el presente, habrá que llegar a la conclusión de que en el de la señorita Góngora no aparece perjuicio alguno de los previstos en los tres eventos citados, como paso a demostrarlo:

"**Corpore corpori.** No aparece por parte alguna el agente o empleado del Estado, sino el chofer Antonio González, sin que se sepa si éste fue designado o no por el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales para la conducción del camión en el día de la tragedia, o si ocupó el camión por su propia cuenta.

"**Corpore pero no corpori.** El Estado sólo puede ejecutar hechos u omisiones que causen perjuicios a otro por medio de sus agentes directos, o con bienes que hacen parte de su patrimonio. Pero en este evento se requiere que el bien lleve en sí mismo alguna capacidad destructora, como ocurrirá en el caso del paquete de sal que al licuarse cause daño en bienes ajenos, o en el de materias inflamables o explosivas. No aparece acreditado que un empleado nacional haya conducido el camión trágico, ni tampoco se ve por parte alguna que este camión por sí solo pudiera causar algún daño. Apenas se demostró que él fue adquirido por el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales (fs. 9, cuaderno Nº 4).

"**Corpori pero no corpore.** Aun en este caso, no basta la sola demostración del daño sufrido, para que pudiera condenarse a quien se imputa la ejecución del hecho u omisión que vino a causar mal en la persona o bien ajenos, pues hay que demostrar también la ejecución de un hecho indirecto que vino a la postre a dar por resultado ese daño; de modo que aun en este evento, la comprobación de la persona del agente es esencial, pues no basta con acreditar simplemente la existencia del hecho generador de perjuicios, sino que es necesario comprobar también la intervención o participación, aunque sólo inicial, que tuvo en él una persona natural o su representante o subalterno, o la participación del agente o empleado del Estado, en el caso de este juicio, cuandoquiera que las consecuencias próximas o remotas del hecho u omisión vinieran a ocasionar un daño, para que pudiera haber lugar a la condenación por los perjuicios sufridos con motivo de ello.

"De todo lo expuesto se deduce que en todos los casos de la culpa aquiliana la comprobación del agente responsable del hecho u omisión es esencial, pues donde no se acredite que una persona particular o que su representante o subalterno, o que un representante o subalterno de una persona jurídica intervino en el hecho u omisión, no hay, no puede haber culpa extracontractual.

"Y aunque se demostró que el camión Saurer Nº 011 que ocasionó la muerte de la señorita Góngora pertenecía a la Nación en el momento del accidente, por parte alguna en los autos se estableció que el chofer Antonio González fuera agente o empleado de alguna de las empresas nacionales de transportes, y aunque esto se hallara acreditado, no bastaría, pues habría que comprobar que en el momento del accidente actuaba en ejercicio de funciones oficiales, para que el Estado resultare responsable, pues si obraba, en actos particulares, la responsabilidad

individual del agente o empleado quedaría manifiesta".

EXCEPCION

El señor Fiscal en su alegato de la primera instancia, propuso la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado por considerar que no ha debido demandarse a la Nación sino al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que es una persona jurídica autónoma, de conformidad con la ley 29 de 1931 y puede por tanto presentarse a los Tribunales y demás autoridades y ejecutar las acciones y excepciones necesarias para el cumplido efecto de su creación.

Se observa:

El artículo 1º de la ley 29 de 1931, creó el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, destinado a administrar los ferrocarriles de propiedad nacional sobre una base comercial con la debida consideración a los intereses económicos del país. Es, por tanto, una entidad meramente administrativa, como su nombre mismo lo indica. En ese concepto, no tiene facultad para responder a nombre de la Nación por las acciones civiles que contra ésta se inicien por los daños ocasionados por las empresas de propiedad nacional. La autonomía que consagra para el Consejo el art. 2º de la ley citada, debe entenderse solamente como allí se expresa, "para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado".

Por estas razones, la Sala encuentra jurídica la sentencia de primera instancia en lo relacionado con la excepción propuesta por el señor Fiscal.

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.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA DE NULIDAD DE UNA RESOLUCION ADMINISTRATIVA REFERENTE A UN CONTRATO CELEBRADO CON EL ESTADO

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO LIBERATORIO.—REQUISITOS PARA QUE HAYA CASO FORTUITO LIBERATORIO

La figura del caso fortuito o fuerza mayor no se integra automáticamente por el producirse determinados eventos, sino cuando tales acontecimientos tienen ciertas características con relación a la obligación contractual inejecutada, según lo ha dicho la Corte. El Gobierno está autorizado para celebrar contratos sobre trasporte de sal marina sin las formalidades de la licitación pública y sin los demás requisitos que exigen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman, sino únicamente con la aprobación del Consejo de Ministros.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Hechos

El Gobierno Nacional pactó con los señores Víctor D. Ponce y Joaquín Jaquín —este último como fiador del primero—, el transporte de 10,000 sacos de sal de tercera clase, con peso de 65 kilogramos cada uno, de la salina de Manaure a Cartagena, por la cantidad de cuarenta y tres centavos y tres cuartos de centavo cada saco. El contratista Ponce se obligó a hacer la conducción dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la firma del contrato —13 de enero de 1935—, y además a poner en el almacén de Cartagena, a más tardar el 25 de enero de ese año, la cantidad de 5,000 sacos de los 10,000 a que el contrato se refiere. Se señaló como sanción penal pecuniaria para el caso de incumplimiento del contratista la suma de $ 700, y se expresó también que éste pagaría al Gobierno los perjuicios resultantes de la violación de alguna o algunas de las cláusulas contractuales.

En virtud de informaciones oficiales llegadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el incumplimiento de las obligaciones contraídas por Ponce, dictó aquél la Resolución número 636 de 1935, de 21 de mayo, por la cual se impuso al contratista Ponce y a su fiador Jaquín "la obligación de pagar al Gobierno dentro del término de diez (10) días contados desde la notificación de esta resolución, la suma de setecientos ochenta y un pesos con veinticinco centavos ($ 781.25) por perjuicios que le ocasionó el incumplimiento del contrato de transporte de fecha trece (13) de enero de mil novecientos treinta y cinco, y la de setecientos pesos ($ 700) estipulada por vía de multa y a título de sanción penal pecuniaria".

Por medio de apoderado los interesados han acudido ante la Corte, donde se ha rituado el negocio con arreglo a la ley procesal, en demanda de la declaración de nulidad de la Resolución dicha.

Competencia de la Corte

Es la Corte competente para conocer de este juicio en razón de lo dispuesto en el artículo 18, numeral i), de la ley 130 de 1913:

"Artículo 18.—El Tribunal Supremo (hoy Consejo de Estado) conoce privativamente en una sola instancia de los asuntos siguientes:

"... i)—De los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones de los Ministerios, que pongan fin a una actuación administrativa, con excepción de los que se originan en contratos celebrados en nombre del Estado, pues las acciones contra estas últimas providencias sólo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria".

Y el artículo 40 de la ley 105 de 1931 señala a la Sala Civil de Unica Instancia como la competente para esta suerte de asuntos, al decir: "La Sala Civil de Unica Instancia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Na-

ción con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o parte, sus derechos".

Fundamentos de la demanda

La demanda que, como ya se ha expresado, está enderezada a obtener la nulidad de la Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público número 336, de 21 de mayo de 1935, se funda en que si al contratista Ponce no le fue dado cumplir con sus obligaciones, ello se debió a múltiples circunstancias extrañas y superiores a su voluntad, constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, que por lo tanto lo eximen de la indemnización de perjuicios; en que simultáneamente no puede exigirse la pena y el resarcimiento de perjuicios, y además, en que siendo la cuantía del contrato de $ 4.375, ha debido someterse, con arreglo al Código Fiscal, a la consideración del Consejo de Estado, requisito que no se realizó, como tampoco el de ser adjudicado por medio de licitación pública.

El señor Procurador General de la Nación, al contestar la demanda, se opone a las declaraciones en ella solicitadas, por considerar que de los hechos expuestos por el demandante no surge el caso fortuito, sino una falta de prudencia y diligencia del señor Ponce.

EXAMEN DE LAS ALEGACIONES DEL DEMANDANTE

1º—Caso fortuito o fuerza mayor

Son éstos los principales hechos expresados en la demanda por el señor apoderado del actor, para acreditar el caso fortuito:

"Cuando mi poderdante firmó el contrato para el transporte de los diez mil sacos de sal de Manaure a Cartagena, contaba con un barco de capacidad de 5,000 sacos: el velero de tres mástiles llamado 'Caribe', de propiedad de los señores Próspero Baiz & Cía., de la isla de Curazao, buque que ya había tenido a su servicio el año pasado, ocupado en el transporte de sal. Este buque debía llegar a Manaure una semana después de firmado el contrato; pero cuando el comisionado de mi poderdante llegó a Curazao, se encontró que el citado buque había sido puesto en troja para repararlo, por lo cual se vio en la necesidad de conseguir otros buques. En documentos que mi poderdante tiene en su poder y que conoce el señor Luis C. Nieto —Comisionado Especial del Ministerio de Hacienda, porque mi poderdante se los mostró—, consta que le fueron ofrecidos al representante de mi poderdante los buques 'Nerlandia', 'María La Grande' y 'Luhana', quien cerró el compromiso de arrendamiento con los propietarios de estos buques, pero sucedió que habiendo recibido dichos propietarios noticias de los fuertes huracanes que azotaban en esos días los mares de Colombia, se llenaron de pánico y rompieron inesperadamente el compromiso pactado con el comisionado. En esta situación, mi poderdante dio orden cablegráfica a dicho comisionado para obtener de cualquier modo, a toda costa, una embarcación para transportar la sal a Cartagena y entonces se pudo conseguir la goleta 'Ruth', de capacidad de 1,800 sacos, cuyo flete, según lo demostró mi poderdante al señor Nieto, Comisionado del Ministerio, se contrató a un precio más elevado que el fijado a mi poderdante en su contrato, pues éste lo que se proponía era, no obtener ganancias en el contrato, que ya eso era imposible para él en las circunstancias que mediaban, sino sostener su reputación de formal y estricto contratista de transporte de sales, carácter que conserva por espacio de cerca de 30 años.

"En esos días el tiempo se presentaba cada vez peor en los mares del Caribe, pues los huracanes se sucedían sin interrupción, y la goleta 'Ruth' estuvo en serio peligro de naufragar en la costa de Galerazamba, por lo cual el capitán de la citada goleta le avisó de manera terminante a mi poderdante que por ninguna consideración ni por ningún dinero que le ofreciera continuaría viajando, pues ni podía exponer su vida ni la de sus marinos a un grave y seguro peligro. En estas circunstancias mi poderdante contrató a un flete carísimo, más elevado que el pagado a la goleta Ruth, el buque Almirante Brion, que a la sazón se encontraba en Puerto Colombia, de donde zarpó el 22 de febrero último con destino a Ríohacha; y cuando mi poderdante calculaba que esta nave estaba transportando a Cartagena, de regreso de Manaure, el cargamento que fue a tomar, resultó que no alcanzó a rendir el viaje con dirección a Ríohacha, sino que llegó de arribada con grandes averías al puerto de Cartagena, hecho éste que le consta al señor Nieto, Comisionado Especial del Ministerio de Hacienda, quien preocupándose por cumplir a satisfacción la comisión que le había delegado el Ministerio, no cesaba un momento de dirigirle notas y telegramas a mi poderdante, enderezados al cumplimiento del contrato, a tiempo que mi poderdante, haciendo los esfuerzos máximos para ese fin, se dirigía por telégrafo informándole del in-

suceso de la nave 'Almirante Brion' y anunciándole a la vez que estaba esperando el buque 'Carmania', el cual llegó al puerto de Santa Marta un día antes de haber recibido mi poderdante aviso del referido Comisionado Especial, de que la Celaduría de Manaure tenía orden de no entregarle más sal, por haberse declarado caducado su contrato.

"Los elementos todos conspiraron contra mi poderdante para impedirle el cumplimiento del contrato; ese incumplimiento se debe, no a otra cosa que a fuerza mayor o caso fortuito".

Se observa:

Aunque, según se afirma en el aparte transcrito, cuando Ponce celebró el contrato de conducción contaba con el velero de tres mástiles llamado "Caribe", de propiedad de los señores Próspero Baiz & Cía., y con capacidad transportadora de cinco mil sacos de sal, es lo cierto que entre las pruebas producidas en este juicio no hay ninguna que acredite la existencia de un contrato entre Ponce y los propietarios del velero. En sus alegaciones, el apoderado de Ponce recalca sobre el hecho de que su poderdante contaba con ese barco por tener de vieja data relaciones comerciales con sus propietarios, y aun en varios pasajes categóricamente expresa que entre ellos mediaba contrato. Pero de que en varias otras ocasiones anteriores se hubiese Ponce servido del velero en cuestión, no se puede concluír que para la ejecución del contrato con el Gobierno lo tuviese conseguido.

Cuando Ponce pactó con el Gobierno, dice su apoderado, contaba con el velero "Caribe", pero no dice, ni siquiera enuncia, que fuéra de este barco contase con otro. De manera que sólo contaba con el "Caribe". Ahora bien, para contar aquél con éste, no se basaba en un vínculo contractual con los propietarios, ni en una promesa, ni siquiera en un ofrecimiento, porque nada de esto ha sido demostrado. Luego es de presumir que Ponce se basara en cálculos o hipótesis acerca de la efectividad de los servicios del "Caribe", o sea, en que para la época en que se comprometía a hacer el transporte, dicho barco estuviese no sólo en el puerto marítimo adecuado para la conducción sino en condiciones normales de funcionamiento y con cupo libre que le permitiese atender al transporte de sal entre Manaure y Cartagena.

Pues bien, tales cálculos resultaron totalmente errados: El "Caribe" estaba en Curazao puesto en troja para repararlo cuando mi comisionado llegó a dicho puerto, dice textualmente el mismo señor Ponce en comunicación dirigida desde Barranquilla el 28 de marzo de 1935 el Ministro de Hacienda, por lo cual tuvo necesidad de buscar otros vehículos. Y entonces fue, ya obligado Ponce contractualmente con el Gobierno, cuando desplegó tántos esfuerzos para conseguir de todas maneras el cumplimiento de sus obligaciones, en mira —se dice— no ya de obtener el rendimiento económico que el contrato normalmente debía producirle, sino en guarda de su reputación como contratista honorable y correcto.

De lo expuesto fluye esta condición:

Cuando Ponce pactó con el Gobierno el transporte de los bultos de sal, no tenía los elementos indispensables para el cumplimiento de sus obligaciones, ni siquiera bases serias que hicieran presumible la obtención de tales elementos. No tuvo, al contratar, la prudencia y diligencia necesarias que, en un caso como éste, requiere el hecho de obligarse a conducir en un lapso breve y fatal, un determinado tonelaje de carga de un dado puerto a otro. Hubo una culpa de su parte, porque si ésta consiste en un error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada ante las mismas circunstancias externas del autor de la falta, (Henri y Leon Mazeaud, Traité Theorique et Practique de la Responsabilité Civile, edición de 1934, Tomo 1º, página 432), natural y obviamente se desprende que si se compara la conducta de Ponce con la que hubiera tenido en su lugar un hombre prudente y diligente, no hay ecuación entre esa conducta en concreto y la conducta en abstracto, es decir, hubo un error de conducta por parte de Ponce.

En efecto, es de elemental buen sentido, como lo dice el señor Procurador al contestar la demanda, que cuando un contratista se obliga a verificar un transporte, debe tener elementos propios, y a falta de éstos una seguridad respaldada en contratos de que podrá obtener los necesarios para darle cumplimiento. Si el señor Ponce no era propietario de barcos, era lógico que para obligarse a verificar el transporte debía a su turno estar amparado con obligaciones contractuales de terceras personas para el suministro de vehículos y no con meras probabilidades de conseguirlos, y es natural que el Gobierno no deba sufrir tampoco las consecuencias de esa falta de previsión. Si el señor Ponce hubiese procedido como queda dicho, tendría manera de exigir a otros los perjuicios que hoy le cobra la Nación.

Y a lo dicho por el Procurador puede agregarse que de las estipulaciones hechas en el contrato acerca del tiempo en que el contratista debía cumplir con sus obligaciones

de transporte, se deduce que para el Gobierno tenía la conducción de la sal el carácter de necesidad urgente, y Ponce, al consentir en transportar los bultos en término angustiosamente breve, ha debido extremar su celo en lo tocante a la certidumbre de su potencialidad para la ejecución de lo pactado.

Las anteriores consideraciones han sido hechas en orden a precisar y determinar si las circunstancias alegadas por Ponce como constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor, lo son en realidad, o si por el contrario, no lo acreditan. Porque la figura del caso fortuito o fuerza mayor no se integra automáticamente por el producirse determinados eventos, sino cuando tales acontecimientos tienen ciertas características con relación a la obligación contractual inejecutada, conforme ha sido destacado ya por la Corte, en sentencia de fecha 5 de julio de 1935 (Gaceta Judicial Nº 1897), proferida por la Sala de Casación Civil, en los pasajes que a continuación se transcriben:

"Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres:

"a)—No ser imputable al deudor;

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

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

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

"Esos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecido la doctrina que las dos expresiones son sinónimas), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de imposibilidad de ejecución que se subdivide en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento. (Demogue, Tomo VI, número 536)".

De la aplicación de estos conceptos al caso de autos, resulta:

1º—No se ha demostrado la imposibilidad de ejecución en el espacio de la obligación de transporte de Manaure a Puerto Colombia, en virtud del mal tiempo reinante en el Atlántico durante el lapso comprendido del 13 de enero de 1935 al 13 de febrero del mismo. Después de que Ponce no pudo utilizar los servicios del "Caribe", de capacidad para cinco mil sacos de sal, contrató por medio de comisionado —según él mismo lo dice—, los veleros "Nerlandia", "María La Grande" y "Luhana", con capacidad para tres mil quinientos; luégo, en vista de que los propietarios de éstos "rompieron inesperadamente el compromiso", contrató la goleta "Ruth", de mil ochocientos, y por último el "Almirante Brión", cuya capacidad no se expresa. En todo caso, los veleros contratados eran de muy endeble potencialidad transportadora, y así resulta claro que no pudieran afrontar con éxito las contingencias de la navegación en ese tiempo, éxito que muy posiblemente se habría alcanzado si se hubiese hecho uso de naves mejor dotadas. Y esta circunstancia la pone de presente el Ministerio de Hacienda en la resolución acusada, en concepto que en ninguna forma ha sido negado o tratado de desvirtuar por el actor:

"Considera el Ministerio que el caso fortuito o fuerza mayor no está demostrado ni con la aceptación de los hechos narrados, porque es claro que el contratista, que sabía las condiciones adversas del mar en la época en que celebró el contrato y en la que debía cumplirlo, no podía pretender racionalmente hacer el transporte en buques pequeños de vela. Otra cosa sería si él hubiese tratado de conseguir el transporte en barcos de vapor de capacidad suficiente para hacer frente a aquellas condiciones, porque lo cierto es que en esa clase de barcos sí era posible el transporte, y tan posible era que el vapor 'Istmo', que sólo tiene unas seiscientas (600) toneladas, llevó por esa misma época nueve mil quinientos sacos de Manaure al Pacífico". (Fs. 6 y 6 vo., Cº 1º).

Todavía más: no sería de tal grado la imposibilidad especial para Ponce de ejecutar su obligación, cuando él mismo afirma y el Ministerio lo reconoce, que la "única entrega que hizo fue la de 1,780 sacos el 12 de febrero". (Fs. 10 v. y 13, Cº 1º). Es decir, pudo hacer entrega oportuna de una parte

del cargamento. Y ya se ha visto cómo, para que el deudor pueda alegar con éxito la fuerza mayor, há menester, como uno de los requisitos esenciales, acreditar que el hecho era de tal gravedad y lo dominó tan poderosamente, que le impidió, no tan sólo el cumplimiento parcial o relativo, sino el cumplimiento total o absoluto de la obligación.

Aunque no hay en el expediente el dato de cuáles fueron los medios de transporte empleados por el contratista para el acarreo de la sal que fue entregada en Cartagena, es de suponerse que dichos elementos fueron de la clase de los que se podían conseguir en las circunstancias de tiempo y lugar que contemplaba el contratista; y así, nada se opone a la hipótesis de que con medios de transporte iguales o análogos pudo el contratista haber dado cumplimiento a la totalidad de su contrato, con la conducción de la carga restante.

2ª—No se ha demostrado tampoco la imposibilidad de ejecución en el tiempo. Entre las pruebas traídas por el demandante al proceso, figura copia de una carta dirigida por el Comisionado del Ministerio en contestación a un oficio de éste, en que le dice, entre otras cosas, lo que sigue: "Según mi entender, la carta dirigida por el señor Víctor D. Ponce a ese Ministerio, hace una relación absolutamente verídica de las causas que mediaron para no haber podido cumplir con su contrato de transporte. Pero el Ministerio debe tener en cuenta la imprevisión de Ponce al contraer el compromiso de transporte, en una época en que ni aún embarcaciones de gran tonelaje osaban aventurarse en los mares de nuestra costa del Caribe. El Ministerio puede ver, por muchas de mis comunicaciones relativas al contrato de Ponce, mis pronósticos de que no podría cumplirlo".

Cabe observar que el contrato lleva fecha 13 de enero de 1935, y en él se estipula que a más tardar el 25 del mismo mes Ponce debería haber entregado en el almacén de Cartagena la cantidad de cinco mil sacos. Es bastante improbable que en el brevísimo lapso comprendido entre el 13 de enero y a más tardar el 25 siguiente, hubieran surgido brusca e inesperadamente para Ponce, sin que éste hubiese podido prever, los acontecimiento referidos.

No aparece, pues, que el acaecimiento haya sido lo suficientemente improbable para que Ponce no hubiese podido precaverse razonablemente contra él.

En síntesis: no hubo caso fortuito o fuerza mayor que impidiese el cumplimiento de la obligación de transporte.

Pero, como por otra parte, resulta acreditado que Ponce transportó mil setecientos ochenta sacos sin que se le haya hecho la retribución correspondiente, al respecto se hará una declaración al final de este fallo.

2ª—Exigencia simultánea de la pena y de la indemnización de perjuicios

Alega el actor que en armonía con el artículo 1599 del Código Civil (el 1600 es el que ha debido citar), no puede pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, y en la Resolución del Ministerio se ordena con simultaneidad el pago de los setecientos pesos estipulados como sanción penal en el contrato y el pago de setecientos ochenta y un pesos con veinticinco centavos como perjuicios.

Se considera:

El artículo 1600 del C. C. establece: "No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena". Y la cláusula g) del contrato expresa que Ponce se compromete "a pagar al Gobierno los perjuicios que le ocasione la violación u omisión de alguna o algunas de las cláusulas del presente contrato, y a pagarle además por vía de multa, y a título de sanción penal pecuniaria, la cantidad de setecientos pesos moneda corriente colombiana". (El subrayado es de la Corte).

De manera que el Gobierno Nacional puede exigir simultáneamente el pago de perjuicios y el de la multa.

Hay sí esta circunstancia: los perjuicios fueron determinados por el Ministerio en la Resolución que se revisa en un guarismo preciso: setecientos ochenta y un pesos con veinticinco centavos ($ 781.25), cantidad que el Ministerio computa sobre la base de las informaciones a él suministradas por el señor Luis Carlos Nieto, empleado en comisión de dicho Ministerio, y basadas en las sumas que, se dice, tuvo que pagar el Gobierno por "transportes extraordinarios como consecuencia de ese incumplimiento".

Para la Corte es clarísima la obligación de Ponce de resarcir al Gobierno los perjuicios causados a éste por la infracción contractual. Pero no revisten la misma claridad, ni la determinación que el Ministerio ha hecho de los perjuicios en una cantidad líquida, ni la facultad que tenga para fijarlos unilateralmente.

E Interesa observar cómo los apreciados como perjuicios por el Ministerio no tienen el carácter de tales. Se dice que ellos provienen de los gastos hechos por razón de transportes a causa de no haber cumplido sus obligaciones el contratista. Pero es obvio que gastos de transporte debían producirse así en el caso de que el acarreo lo hubiese hecho el contratista como en el de que se hubiese realizado por terceros; pues en ambos casos el Gobierno se hallaba en la necesidad de pagar el valor de los transportes. Los perjuicios, en el caso de que se trata, pudieron consistir en un mayor valor de los transportes causado por las circunstancias de emergencia en que les tocó contratarlo a los agentes del Ministerio de Hacienda. Y ni ese mayor valor, ni cualquier otro perjuicio concreto y determinado aparecen acreditados.

Sobre el punto contemplado se hará la declaración correspondiente en la parte resolutiva de esta sentencia.

3ª—Nulidad del contrato

Dice el señor apoderado de Ponce que el contrato celebrado por éste con el Gobierno, es nulo, porque siendo su cuantía de $ 4,875, ha debido someterse, con arreglo al Código Fiscal, a la consideración del Consejo de Estado, requisito que no se cumplió, como tampoco el de ser adjudicado por medio de licitación pública.

Sobre el particular la Corte observa que al tenor de lo establecido en los artículos 1º y 2º de la ley 18 de 1928, y como lo pone de presente el señor Procurador, el Gobierno está autorizado para celebrar los contratos sobre transporte de sal marina sin las formalidades de la licitación pública, y sin los demás requisitos que exigen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman, sino únicamente con la aprobación del Consejo de Ministros, requisito satisfecho en la presente oportunidad.

Y aun en el supuesto de que la nulidad se hubiese producido, ella no podría ser invocada sino por la Nación, que es la entidad de derecho público a cuyo favor se halla establecido el requisito que se dice incumplido en el caso de autos.

4ª—Tiempo de vigencia del contrato

Expresa también el señor apoderado, en su alegato de conclusión, que según el aparte c) de la cláusula primera se debía dar principio al transporte de los diez mil sacos de sal inmediatamente después de firmado el contrato, y terminar ese transporte dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la firma. Como el señor Presidente de la República, previa consideración del Consejo de Ministros, sólo firmó el contrato el 8 de febrero de 1935, no debe considerarse "firmado" éste sino desde esa fecha, desde la cual empieza a contarse el término de treinta días señalado para el cumplimiento de las obligaciones de Ponce, y como ya desde fines de febrero fue dada orden a la Celaduría de Manaure de no entregarle más sal al contratista Ponce, la Resolución que le impuso la multa y lo condenó al pago de perjuicios, es ilegal.

Se observa:

La cláusula sexta del contrato reza: "Este contrato necesita para su validez, de la aprobación del señor Presidente de la República, previo concepto favorable del Honorable Consejo de Ministros". Aun admitiendo que de la literalidad del aparte c) de la cláusula primera, arriba citada, en relación con la cláusula que se acaba de transcribir, se desprenda que el contrato sólo regía desde la firma por el Presidente de la República, o sea desde el 18 de febrero, es lo cierto que consultado el espíritu contractual se llega a una conclusión distinta.

El contrato celebrado por el encargado de la Administración General de las Salinas Marítimas, debidamente autorizado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, y los señores Ponce y Jaquin, fue firmado por ellos el 18 de enero. Y en él se estipuló claramente que el contratista Ponce debía dar principio inmediatamente al transporte, y que se comprometía a poner en el almacén de Cartagena, "a más tardar el día veinticinco del mes en curso, la cantidad de cinco mil (5,000) sacos de sal". Luego de las expresiones del contrato aparece el propósito de las partes de poner en ejecución el convenio inmediatamente, sin esperar el cumplimiento de la tramitación ulterior necesaria para la aprobación y firma del contrato por el Ministerio de Hacienda y por el Presidente de la República. Y por otra parte, el mismo Ponce principió al momento a ejecutar, o a tratar de ejecutar, sus obligaciones, y bien sabido es que la aplicación práctica de las cláusulas de un contrato es criterio de interpretación de las mismas. (Art. 1622, inciso 3º, Código Civil).

Debe añadirse, además, que la urgencia es concepto que domina en la celebración de este tipo de contratos, y así se explican las disposiciones especialísimas para él consagradas en la ley 18 de 1923, que lo eximen de la realización de requisitos indispensables para la validez de otros contratos que el Estado celebra.

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, falla:

Es nula la Resolución número 636, mayo 21 de 1935, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto impone a los señores Víctor D. Ponce y Joaquín Jaquin la obligación de pagar, por concepto de perjuicios, la suma líquida de setecientos ochenta y un pesos con veinticinco centavos ($ 781.25). Esta anulación no obsta para que la Nación haga efectivas las acciones a que tenga derecho para obtener el resarcimiento de los perjuicios que acredite se le hayan causado por la infracción contractual.

Queda a salvo el derecho de los señores Ponce y Jaquin al pago del precio del transporte de los mil setecientos ochenta (1780) sacos de sal. (Ley 80 de 1935, artículo 4º).

Envíese copia de esta providencia al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese en oportunidad el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

PROPOSICION

La Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, registra en el acta de este día, su sentimiento por la separación del doctor Antonio Rocha, miembro y Presidente de la corporación, a la cual aportó el valioso contingente de su rectitud, inteligencia e ilustración, honrando la Magistratura en el más alto grado, acrecentando la jurisprudencia patria y dejando un imperecedero recuerdo, que constituye un estímulo y un ejemplo.

Al mismo tiempo la Corte felicita al doctor Rocha, por su nombramiento para Ministro de Industrias y Trabajo y tiene la seguridad de que su labor en ese Ministerio, habrá de traducirse en bienes para la sociedad y para la patria, de cuyos intereses ha sido siempre denodado defensor.

Una comisión designada por la Corte pondrá esta proposición en manos del doctor Rocha.

Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Bogotá, 8 de junio de 1937.

INDICE

Págs.

EDITORIAL. La influencia de variación de valores de las monedas sobre las relaciones jurídicas de carácter internacional, por R. Savatier, profesor en la Facultad de Derecho de Poitiers 1

COLABORACION JURIDICA. — Posesión. Miguel Moreno Jaramillo 7

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE PERJUICIOS. — CONFESION EXPLICADA. — CONFESION DE HECHOS DISTINTOS Y SEPARADOS DEL PRINCIPAL. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Manuel Antonio González contra Carlos Arturo Tavera, por perjuicios. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 10

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — SOCIEDAD DISUELTA Y EN LIQUIDACION. — LIBROS DE COMERCIO. — EFECTO RETROACTIVO DE LA PARTICION ENTRE COASIGNATARIOS. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Roberto Tobón contra Jesús María Tobón, sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha. 14

Auto por el cual no se accede, en el mismo asunto, a reconsiderar el pronunciamiento sobre costas. Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha 22

RECURSO DE REVISION. — Se declara infundado el recurso de revisión propuesto por Simón Peñuela contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el juicio ordinario que le siguió Clodoveo Mojica, por pesos. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza. 23

DEMANDA SOBRE RESOLUCION DE UN CONTRATO, SOBRE PAGO DE PERJUICIOS, ETC. -CONTRATO DE CAMBIO. — ENRIQUECIMIENTO INJUSTO—CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE 'IN REM VERSO'. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario seguido por el doctor José Joaquín Hernández contra el Banco Alemán Antioqueño de Medellín. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. 25

POSESION DE UNA MINA. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por los asignatarios de Joaquín Rojas contra Justo P. Rojas, sobre entrega de una mina. Magistrados ponentes, doctores Juan Francisco Mújica y Antonio Rocha. 33

SE DECLARA EJECUTORIADA UNA SENTENCIA. — Auto por el cual se declaró ejecutoriada la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido por Humberto Gómez Naranjo contra la Sociedad Francia Gold and Silver Co., Ltd., sobre oposición a la adjudicación de una mina de oro y plata. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 39

LETRAS PERJUDICADAS. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Gustavo Leo Charange contra la Sucursal del Banco de Colombia en esa ciudad, sobre pago del valor de una letra de cambio. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 40

SALVAMENTO DE VOTO DEL DOCTOR MIGUEL MORENO JARAMILLO en el ordinario seguido por Gustavo Leo Charange contra la Sucursal del Banco de Colombia en Cali 46

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO, HERIDAS Y ROBO—INDICIOS EN MATERIA CRIMINAL. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa seguida contra Salvador Pardo y Rafael González, por homicidio, heridas y robo.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias..... 51

ROBO Y SUPOSICION DE TITULOS.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en la causa contra Enrique Zapata, Alfonso Jiménez y Arturo Arcila, por robo y suposición de títulos. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 59

TRIPLE ASESINATO. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la causa contra Rosa María Ruiz de Londoño, por triple asesinato.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias. 59

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Eliseo Restrepo, por homicidio. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 63

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO. — Se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra José Antonio Navas, por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias..... 65

INEXISTENCIA DEL CUERPO DEL DELITO DE ENVENENAMIENTO. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en la causa contra Isidora Silva, por envenenamiento. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 66

INJUSTICIA NOTORIA DE UN VEREDICTO NO POR DUDA RESPECTO DE LA IMPUTABILIDAD, SINO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Tomás Torres, por el delito de uxoricidio y se ordena que se convoque nuevo jurado.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 62

AL INVALIDAR UN FALLO POR LA CAUSAL 4a. DE CASACION Y DICTAR EL QUE DEBE REEMPLAZARLO, PUEDE LA CORTE DECLARAR

Págs.

NOTORIAMENTE INJUSTO EL VEREDICTO DEL JURADO.—Se invalida la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Juté Hilario y Hernando Antonio Gil, por homicidio y se ordena convocar nuevo jurado. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 71

FUGA Y NO DESERCION.—Se reforma la sentencia del Consejo de Guerra Ordinario contra el soldado Manuel Antonio Giraldo.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 72

EN EL SORTEO DE JURADOS ES VALIDA LA RECUSACION HECHA POR EL CURADOR DEL SINDICADO MENOR DE EDAD.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en la causa contra Jesús López Quintero, por el delito de fuerza y violencia.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 74

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

AUTO EJECUTIVO APELADO.—Se confirma el dictado por el Recaudador de Hacienda Nacional de Cartagena contra el señor Efraín del Toro, por impuesto sobre la renta.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 76

EXCEPCION DE PAGO EN JUICIO EJECUTIVO. RECONOCIMIENTOS—Se declara probada la excepción de pago en el juicio ejecutivo seguido por la Recaudación de Hacienda Nacional de Barranquilla contra Alberto Bernhardt.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 76

EXPROPIACION EN TIEMPO DE GUERRA.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario seguido por el doctor Manuel María Valdiviezo, como apoderado del señor Julio Pérez Ferrero, contra la Nación por indemnización de una expropiación en la última guerra civil.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 77

EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario que contra la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, sigue Ignacio Larrahondo, providencia en la que se declara no probada la excepción de inepta demanda.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 82

ACUMULACION DE AUTOS EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA. — CONTRATO CIVIL Y CONTRATO ADMINISTRATIVO.—Se revoca el auto ejecutivo de 24 de mayo de 1932 y se confirma el de 24 de marzo de 1936 en el juicio con jurisdicción coactiva seguido por el Juez 1o Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Concepción Ferrer v. de Andrade y Hortensia Ferrer de Sánchez.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 85

SOLICITUD DE REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR.—Se niega la reposición solicitada por las señoras Concepción Ferrer v. de Andrade y Hortensia Ferrer de Sánchez. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 86

INDEMNIZACION POR CULPA EXTRACONTRACTUAL.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido contra la Nación por los esposos Sixto A. Góngora y Emma Ospina de González.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 93

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA DE NULIDAD DE UNA RESOLUCION ADMINISTRATIVA REFERENTE A UN CONTRATO CELEBRADO CON EL ESTADO.—FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO LIBERATORIO. — REQUISITOS PARA QUE HAYA CASO FORTUITO LIBERATORIO.—Se anula la resolución número 636, de mayo 21 de 1935, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en virtud de demanda instaurada por los señores Víctor D. Ponce y Joaquín Jaquir.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 97

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLV BOGOTA, JUNIO DE 1937. NUMERO 1924.

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

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

LA INFLUENCIA DE VARIACION DE VALOR DE LAS MONEDAS SOBRE LAS RELACIONES JURIDICAS DE CARACTER INTERNACIONAL

(Conclusión)

II

EFECTOS DE LAS VARIACIONES MONETARIAS SOBRE LAS ESTIPULACIONES OCURRIDAS EN PERIODO DE DESCONFIANZA

El problema cambia entonces de naturaleza. Ninguna duda existe sobre la voluntad de las partes que han estipulado, pura y simplemente, en la moneda flotante. Ellas han aceptado el riesgo. Pero otros contratantes, precisamente por haber previsto este riesgo, acomodan sus convenciones mediante cláusulas destinadas a descartarlo o a limitarlo. La existencia de estas estipulaciones debe ser contemplada con franqueza, sin tratar de dudar acerca de las intenciones de las partes o de desnaturalizarlas. La sentencia de la Cámara de los Lores del 15 de diciembre de 1933 (1), ha tenido razón en desenmascarar a este respecto los escrúpulos de los magistrados ingleses. La intención de las partes, cuando ellas estipulan, por ejemplo, una cláusula oro expresa, es muy poco dudosa, cualquiera que haya sido en el hecho la forma de esta cláusula. La sola cosa que puede ser seriamente discutida, es la validez de esta intención.

La manera como se plantean, entonces, las dificultades depende evidentemente de las reglas del derecho monetario interno del país cuya moneda ha sido estipulada. Ciertos Estados, no obstante dejar fluctuar su moneda, admiten la validez, aun en su derecho interno, de las estipulaciones por las cuales las partes regulan los pagos que ellas conciertan sobre la base de oro: sea que decidan un pago directo en oro fino, sea más bien que convengan pagar una cantidad variable de moneda nacional, que represente siempre un mismo equivalente en oro. Si la ley de la cual depende una moneda no es obstáculo para tales cláusulas, los otros países no pueden mostrarse más severos.

Pero la tendencia de la mayor parte de los países es, al contrario, a condenar las cláusulas de esta especie, y aún más, desde que el carácter fluctuante de su moneda aparezca, dar un alcance retroactivo a la prohibición de que se trata. Esta política, que ha triunfado, especialmente en la jurisprudencia francesa, aun cuando los términos mismos de la ley están lejos de imponerla en Francia, se explica por el deseo de ocultar a los ciudadanos la inestabilidad de la moneda nacional, y de obligarlos a tratar esta moneda como si ella respondiese siempre a su naturaleza primitiva de talón fijo de valor. Algunas jurisprudencias o ciertas leyes han ido más lejos aún. Ellas han prohibido, no solamente las cláusulas que salvaguardian la relación de la moneda nacional con el oro, sino aquellas que garantizan su relación con una moneda extranjera. Por la misma razón, la estipula-

(1) Poco más o menos, todas las jurisprudencias, cualesquiera que sean las variantes de esta cláusula (oro), la interpretan, con justo título, como una garantía convencional contra toda depreciación monetaria.

ción directa de monedas extranjeras hecha en la plaza de la moneda nacional, y por la sola circunstancia de llenar la misma función de ésta, se halla prohibida, al menos dentro del régimen interno.

He aquí, pues, una serie de cláusulas, limitativas de la libertad de las convenciones y sus características, desgraciadamente, de las autarquías monetarias. Cada país las aplica rigurosamente. Pero esta presa no puede permanecer tan ajustada fuera del territorio nacional. ¿Hasta dónde se afloja entonces? ¿Hasta qué punto las relaciones jurídicas internacionales escapan a toda esta reglamentación? Aquí es preciso distinguir aún entre las jurisprudencias de los países de los cuales depende la moneda estipulada y las jurisprudencias extranjeras.

A.—JURISPRUDENCIA DE LOS PAISES DE LOS CUALES DEPENDE LA MONEDA OSCILANTE—Los Tribunales de estos países están vinculados por su ley monetaria. Ellos deben observar rigurosamente todas las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley, aun cuando el legislador, para darles más eficacia, les atribuya un alcance internacional. Solamente bajo el beneficio de esta reserva conviene examinar cómo la condenación interna de las cláusulas de salvaguardia monetaria podría acomodarse a las relaciones fuera de las fronteras.

En el conjunto, un esfuerzo de acomodación internacional responde al interés del país devaluador. Para mantener su comercio interior con extranjeros a quienes su moneda aparece desnuda de su verdadero valor, es preciso ofrecerles garantías contra un tráfico peligroso, en los casos de baja de esta moneda; sin esto no será posible encontrar crédito. Y si, en el comercio exterior, los nacionales del país de moneda oscilante, en lugar de ser deudores son, al contrario, acreedores, este país no obtiene ventaja alguna en permitirles asegurarse entradas que estén al abrigo de la baja de su propia moneda.

Los países que prohiben cláusulas de salvaguardia relativas a su moneda, tienen, pues, interés en limitar esta ley a su territorio, de manera que no vayan a sufrir menoscabo las relaciones internacionales. Pero el método destinado a alcanzar este resultado puede en realidad variar.

Para los juristas disciplinados en el Derecho Internacional y versados en el manejo de los conflictos de leyes, las investigaciones se orientan instintivamente hacia el descubrimiento de una ley vigente de seguridad. Porque si en las relaciones internacionales las cláusulas de garantía monetaria escapan al imperio de la ley que rige la moneda estipulada, es necesario buscar de qué otra ley podría depender su validez.

Entre las leyes de seguridad en las cuales se podría pensar por un instante, varias deben ser descartadas ciertamente. Así, la validez de la cláusula de garantía monetaria no podría derivar de la nacionalidad ni del domicilio de las partes. Sobre su territorio, en efecto, un país tiene interés en hacer respetar su moneda aun por los extranjeros, o por las personas o sociedades que tienen allí su domicilio. La prohibición de las cláusulas que pongan en duda la estabilidad monetaria, debe, pues, aplicarse a todo el mundo, sobre el suelo nacional, so pena de frustrar su resultado, revelando, en el país mismo, la depreciación de la moneda, y favoreciendo, por otra parte, las extranjeras con relación a las nacionales.

Tampoco puede ser punto de discusión el de someter la validez de las cláusulas de salvaguardia monetaria a la ley libremente escogida por las partes. Hay siempre algo jurídicamente chocante en hacer depender de la autonomía de la voluntad los conflictos de leyes referentes a materias imperativas. A este respecto, dejar a la entera libertad de las partes la escogencia de la ley aplicable, conduciría a una verdadera irrisión. Bastaría a ellas una cláusula de estilo que sometiera el contrato a una ley extranjera para desembarazarse de todas las precauciones estatales adoptadas con tendencia a la protección de la moneda nacional.

En realidad, es la palabra territorialidad la que viene imperiosamente a la pluma cuando se trata de definir el dominio de leyes confortativas de la moneda de un país determinado. Sobre su territorio, y solamente sobre su territorio, es entendido este país puede lógicamente hacer aplicar tales leyes.

Aplicación territorial de la ley monetaria: nos parece que esto significa la soberanía de esta ley para todos los pagos que deban hacerse en el territorio donde ella rige, con exclusión de los pagos estipulados en otros países. Porque el PAGO es la operación, a la vez única y completa, por la cual la moneda cumple su papel de moneda. Es, por lo tanto, el territorio escogido para esta operación aquel cuya ley decidirá si la cláusula monetaria es o no lícita. La ley del lugar del pago regula la validez de la moneda de pago. Tal nos parece ser la lógica.

A esta competencia legislativa, una sola reserva parece necesaria: la del fraude a la ley. Para escapar por medio de una cláusula de pago en otro país a la nulidad con la cual una ley determinada sanciona una estipulación de salvaguardia monetaria, es preciso que este pago, en el extranjero, se justifique por un interés legítimo. La cláusula de pago en el extranjero no debe correr el riesgo de convertirse en cláusula de estilo de la cual puedan servirse todos los que pretendan hacer fraude a la ley del país donde ellos operan. (2).

Así comprendida, la aplicación de la legislación del lugar de pago puede suministrar una solución satisfactoria a los problemas tocantes a la validez, en las relaciones internacionales, de las cláusulas de salvaguardia monetaria condenadas por un Estado. Pero es preciso reconocer que el método de los conflictos de leyes no es el único del cual se puede hacer uso aquí, y que la experiencia francesa ha mostrado la posibilidad de un procedimiento de discriminación muy diferente.

Bajo la iniciativa del primer Presidente Matter, entonces Procurador General de la Corte de Casación francesa, ésta estableció una distinción fundamental basada en la interpretación de las reglas que prohiben las cláusulas de garantía contra la depreciación de la moneda francesa. Estas cláusulas, nulas en las estipulaciones monetarias internas, son, dijo la jurisprudencia de la cual se trata, válidas en las operaciones internacionales, esto es, cuando implican una transferencia recíproca y bilateral de valores entre Francia y otro país. (Compárese la definición del artículo 6º, inciso 2º de la ley de 1º de octubre de 1936).

No se trata, pues, de un conflicto de leyes; la cuestión se limita a apreciar, respecto de la sola ley francesa interna, el campo de aplicación de la prohibición hecha por ésta de las cláusulas de salvaguardia monetaria. Se considera a esta legislación como que no prohibe aquellas cláusulas sino en las regulaciones internas, no en las regulaciones internacionales.

Nada impide que las leyes, o si ellas son equívocas, las jurisprudencias de otros países adopten soluciones parecidas. Las cuestiones de los conflictos de leyes serían suprimidas de ese modo; una verdadera unificación legislativa se haría acerca de este punto singular. Pero sin duda nosotros nos hallamos aún lejos de ello.

Es preciso, por otra parte, reconocer que la definición de la regulación internacional en el sentido francés puede suscitar dificultades. Es cierto que esta noción no depende de la nacionalidad o domicilio de las partes, sino solamente de la cuestión por averiguar si el pago remunera una transferencia internacional de otros valores. Cómo caracterizar, por consiguiente, esta transferencia? Un gran problema se ha planteado en lo concerniente a las operaciones de las compañías extranjeras de seguros sobre la vida, en un país como Francia, el cual les impone, para la cartera que ellas constituyen allí, una especie de naturalización, con sede nacional, control nacional, empleo de reservas en valores nacionales, contabilidad en moneda nacional. En presencia de una situación semejante, la Corte de Casación francesa ha decidido que las pólizas otorgadas por las secciones francesas de estas compañías extranjeras de seguros no tenían el carácter de estipulaciones internacionales.

A la inversa, la Corte de Casación francesa ha extendido las facilidades monetarias de regulaciones internacionales a las operaciones de comisión y de corretaje, negociaciones por filiales de mercancías adquiridas en el extranjero, empréstitos de carácter privado, simplemente obligacional, con el fin de emplearlos en el extranjero. No podemos detenernos en el estudio detallado de esta jurisprudencia. Solamente decimos que ella se ha mostrado, en su conjunto, muy bien dispuesta a extender progresivamente la noción, aparentemente estrecha, de la regulación internacional. A ello fue conducida sobre todo por aquellas hipótesis en las cuales ciertas operaciones internas aparecían a tal punto vinculadas a operaciones internacionales que una de las partes debía ser pagada necesariamente en moneda extranjera, o bien, que por el hecho de haber sido pagada en esta moneda no podía equitativamente rehusar igual beneficio a su cocontratante. Esta noción de cobertura ha desempeñado una gran función en el desarrollo de la jurisprudencia francesa.

B.—JURISPRUDENCIA DE LOS OTROS PAISES Y DE LAS JURISDICCIONES INTERNACIONALES. — Si todos los países adoptasen las reglas francesas concernientes a la distinción de las estipulaciones monetarias internas e internacionales, todas las jurisprudencias, según ya lo hemos observado, vendrían a ser semejantes; una libertad monetaria completa reinaría respecto de todas, en las regulaciones internacio-

(2) Es, por otra parte dudoso que este fraude a la ley del país emisor de la moneda, sea condenado, fuera de este país, por los Tribunales del país cuya moneda hubiera sido convencionalmente estipulada.

nales; al contrario, en las regulaciones internas atinentes a cada país, todas las jurisprudencias respetarían la soberanía de la ley monetaria de este país. Sólo que, lo hemos dicho, esta unanimidad se halla lejos de haberse realizado en el hecho.

Porque entre las leyes monetarias las hay que extienden deliberadamente el dominio de sus disposiciones vigorizadoras de la divisa nacional, aún a las operaciones que forman parte de las regulaciones internacionales. La acogida hecha a esta indiscreción por los Tribunales de los otros países está aún lejos, naturalmente, de ser siempre favorable. Ellos voluntariamente observan que la soberanía del legislador monetario no es sino territorial. Las órdenes que da, las prohibiciones que formula, en materia, por ejemplo de cláusulas de salvaguardia contra las variaciones de su moneda o aun para la limitación del cambio, las jurisdicciones extranjeras no tienen por qué tomarlas en cuenta fuera del territorio de aquél.

Ello no significa que los Tribunales extranjeros sean unánimes en el modo de caracterizar tales intromisiones.

En los países donde la jurisprudencia declara competente la ley del lugar de pago, ella es lógicamente conducida a respetar la prohibición de las cláusulas de garantía monetaria para todos los pagos que deban ser hechos sobre el territorio del Estado autor de tales disposiciones, pero con exclusión de todos aquellos pagos que deban hacerse en otra parte. Este punto de vista justifica, por ejemplo, el reciente e importante fallo de la Corte de Bruselas fechado el 4 de febrero de 1936. En ese asunto, la ciudad de Amberes había adquirido un empréstito a su favor por vía de obligación en América. Los títulos estipulaban que el empréstito sería pagado en monedas de oro de los Estados Unidos, de acuerdo con el talón en vigor, el 1º de diciembre de 1928. Añadían que el contrato debía ser ejecutado en el interior del Estado de Nueva York, en donde debían pagarse los intereses y verificarse el reembolso. Sobrevino en 1933 la devaluación americana; y las cláusulas de salvaguardia fundadas sobre el oro fueron retroactivamente prohibidas en América. Esta prohibición era aplicable a la cláusula precitada aun cuando se trataba de un empréstito internacional? En virtud de los principios que preceden, la Corte de Bruselas pudo decidir que la validez de los pagos futuros se regían por la ley territorial en vigor en Nueva York, esto es, por la legislación americana. Como ésta prohibía las cláusulas de salvaguardia del oro, la ciudad de Amberes fue declarada exenta de liberarse en la moneda americana definida por el Joint resolution Act.

Pero en Francia es verosímil que la jurisprudencia hubiera dado otra solución, a nuestro modo de ver, discutible por otra parte.

Hemos dicho que, según el derecho interno francés, no es consultando la legislación en vigor en el lugar de pago como es preciso resolver la cuestión de saber si las cláusulas de salvaguardia monetaria son válidas; ello se hace preguntándose si la operación garantizada por esas cláusulas hace o no parte de una regulación internacional. Y entonces una cuestión se plantea: ¿este punto de vista del derecho francés interno será considerado por los Tribunales franceses como susceptible de ser descartado, en nombre de una ley extranjera, si la moneda estipulada no fuese la moneda francesa? ¿O bien, lo reputará bastante fuerte para imponerse, con exclusión de toda ley extranjera, como un principio general de civilización? En otros términos, los Tribunales franceses harán de ello una regla de orden público internacional, un principio bastante imperativo para descartar toda ley extranjera de seguridad? Nada definitivo ha sido dicho a este respecto por la jurisprudencia francesa. Pero su tendencia nos parece que es la de dar a la distinción que ella hace entre las regulaciones internas y las regulaciones internacionales un alcance absoluto, aplicable a sus ojos en los países extranjeros como en Francia y a las monedas extranjeras como a las monedas francesas.

Este último punto de vista está, sin embargo, lejos de prevalecer. En particular ha sido implícitamente reprobado por una alta jurisdicción internacional. La Corte de Justicia de La Haya, en los asuntos de los empréstitos servios y brasileros comprobó y aun aplicó la jurisprudencia francesa en cuanto a la distinción de las regulaciones internas e internacionales: pero ella, la Corte, no declaró seguir esta jurisprudencia sino porque representaba el derecho interno francés, considerado en la especie como la ley de seguridad. Y la Corte tuvo razón.

La Corte de La Haya se colocó, en efecto, para apreciar la validez de las cláusulas franco oro desde el ángulo clásico de los internacionalistas, el de los conflictos de leyes. Ella escogió la ley francesa como ley de seguridad, competente para decir en la especie si la cláusula franco oro era o no válida. Ella comprobó que, en tratándose de una regulación internacional, el derecho francés consideraba esta cláusula como lícita. Y he ahí por qué declaró que los go-

biernos servio y brasilero debian, conforme a esta cláusula, pagar sus cupones en francos oro.

Sin embargo, sin criticar este método ni su resultado final, osaremos presentar algunas reservas respecto de las razones por las cuales la Corte de Justicia Internacional hizo de la ley francesa la competente. No escudriñó en qué lugar debian ser pagados los francos oro estipulados. No resolvió, por lo tanto, el conflicto relacionándolo a la ley del lugar de pago. Para declarar aplicable la ley francesa, se fundó, simplemente, sobre el hecho de que la moneda estipulada consistía, en principio, en francos franceses, y sobre la regla de que "todo Estado tiene el derecho de determinar él mismo sus monedas". Así, la validez de las cláusulas de garantía estipuladas contra las oscilaciones de una moneda determinada, se resolvería siempre en función de la ley que preside a esta moneda.

Hemos demostrado que este punto de vista se imponía en realidad a los Tribunales de los países que definen y defienden esta moneda. Pero rehusamos creer que los Tribunales de los otros países, ni por las mismas razones las jurisdicciones internacionales, queden vinculadas sin distinción por las disposiciones vigorizadoras de una moneda determinada, dictadas en el país en donde se ha emitido esta moneda. Cosa distinta es la definición misma de una moneda para la cual el país emisor es evidentemente el solo soberano; otra cosa es también el arsenal legislativo, por medio del cual él se esfuerza, especialmente apelando a la prohibición de las cláusulas de salvaguardia monetaria, por influír sobre el poder de compra de esta moneda y sobre la psicología nacional. Estas últimas disposiciones conciernen exclusivamente a su policía interior; son puramente territoriales; y nos parecería verdaderamente abusivo darle, más allá del país donde debe hacerse el pago, un alcance internacional absoluto. Además, en los negocios de que conoció la Corte de Justicia Internacional, la aplicación de la ley del país emisor de la moneda litigiosa contribuyó a que se respetara la voluntad de las partes. No es seguro que el punto de vista de la Corte hubiera sido el mismo si se hubiese tratado de aplicar internacionalmente una legislación interna prohibitiva.

Estas sentencias de la Corte de Justicia Internacional tienen, además, otro interés. Ellas condenan implícitamente la tesis según la cual los empréstitos hechos por los Estados deben regirse por reglas distintas de las de los particulares. El Estado prestatario no tiene por que someterse sino a su ley propia para apreciar sus propias obligaciones.

En realidad, cuando un Estado toma en préstamo moneda distinta de la suya, se somete voluntariamente a la ley monetaria correspondiente que él se vincula a acatar como debería acatarla, en las mismas circunstancias, un simple particular.

Hemos aquí al final de un estudio que, en materia tan exuberante de vida, debió limitarse al examen de los principios. Aun este examen puede parecer complejo a causa de la diversidad de los puntos de vista encontrados. Nos felicitaríamos, sin embargo, si de este estudio se hiciese un poco más claro el conjunto de la materia. La mayor parte de los trabajos que hemos consultado no se referían sino a especies o a dificultades particulares o no contemplaban sino el punto de vista de una legislación o de una jurisprudencia determinadas. La única ambición de las presentes investigaciones ha sido, partiendo de esos análisis, ensayar sustituírlos por una síntesis.

FE DE ERRATAS

de la primera parte de este artículo, publicado en el número 1928, Tomo XLV de la GACETA JUDICIAL, correspondiente a mayo de 1937.

Columna	Línea	Página	Dice:	Léase:
1	49	2	y con el público.	(Añádase esta frase): Pero prácticamente éste no es sino el menor de sus efectos.
1	39	3	ninguna fisura (desvensijamiento)	ningún (fissure) desvencijamiento.
2	5	3	hacia a ella sola	hacia por sí misma.
2	9 y 12	3	tajada	porción
2	19	3	se ha creído en derecho de concluír	se ha creído con derecho para concluír.
2	27	3	permitiendo entonces a las partes corregir esta identidad ficticia, se esforzaban en encontrar	al permitir a las partes corregir esta identidad ficticia, se esforzaban por encontrar
2	53	3	la doctrina interpretada de 1925 a 1936	la doctrina que interpreta de 1928 a 1936
1	38	5	1923	1933
1	38	5	Si es admitido, en un país, el equilibrio	Si en un país se admite que el equilibrio
1	42	5	se puede sostener que la brusca devaluación de la moneda estipulada habiendo roto este equilibrio	se puede sostener que con motivo de la brusca devaluación de la moneda estipulada que haya roto este equilibrio
2	6	5	pero esto fue para hacer un franco egipcio, teniendo, él mismo	pero ello se hizo para hacer un franco egipcio que tuviera
2	9	6	en la medida que lo impida	en la medida en que no lo impidiera
2	12	6	estudio	estadio
2	15	3	tiene	tuviera

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

REIVINDICACION.—EXCEPCIONES.—ACUMULACION DE ACCIONES

Corte Suprema de Justicia.—Sala de CasaciónCivil. Bogotá, abril treinta de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

A la demanda incoada por Prudencio Guarnizo y Críspulo Santos contra Wenceslao y Víctor Manuel Morales, Roberto Sanmiguel, María Elvira Sanmiguel y herederos de Hilario Morales y Florentina Rojas sobre Juez del Circuito de Purificación en la cual se declaró que no era el caso de fallar en el fondo la demanda propuesta; fallo que habiendo subido en apelación el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, fue revocado en sentencia de 30 de octubre de 1934 en la cual en virtud de haberse reconocido como justificadas varias excepciones perentorias fueron absueltos los demandados y condenados en costas los apelantes.

Por haber sido concedido el recurso de casación contra el fallo del Tribunal de Ibagué vinieron los autos a esta Superioridad donde tramitado el recurso debidamente pasa a decidirse.

Como cuestión previa la Corte observa lo siguiente: Son dos los demandantes, Prudencio Guarnizo y Críspulo Santos. Pero sólo Guarnizo por medio de su apoderado doctor Juan M. Arbeláez propuso el recurso de casación. Al folio 129 del cuaderno principal se halla el poder especial conferido por Guarnizo a Arbeláez, quien interpuso recurso de casación, fojas 182 ibídem y luégo le sustituyó el poder al doctor Eduardo Serna (fojas 5 del cuaderno de la Corte) para que los representara en la Corte y en tal virtud éste formuló la demanda de casación, fojas 7ª ibídem, como represnetante de Guarnizo. De modo que como lo observa una de las partes opositoras, la sentencia del Tribunal quedó ejecutoriada para Críspulo Santos y el recurso no puede considerarse sino en lo que atañe a Prudencio Guarnizo.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal encontró fundadas además de otras la excepción de petición de un modo indebido, y el reconocimiento de esta defensa fue principalmente lo que lo llevó a la absolución de los demandados. El Tribunal se expresa así en lo pertinente: "Por último la inconexidad de las acciones y el modo como se ejercitaron arguyen una petición de un modo indebido, excepción ésta que por estar justificados los hechos que la constituyen, habría bastado para fallar el pleito en consonancia con ella, ya que el artículo 343 del C. J. impone al Juez el deber de fallar en consonancia con las excepciones perentorias que resulten de los autos aun cuando ellas no se hayan propuesto ni alegado. Esta solución es por lo demás la más lógica si se tiene en consideración el trance final que ha alcanzado el proceso. De otra manera quedaría éste injustificadamente vivo".

La razón principal en la que se basa el Tribunal para deducir la excepción de que se viene hablando es la siguiente: Prudencio Guarnizo y Críspulo Santos no están ligados entre sí por ningún vínculo jurídico y demandan para cada uno en particular y en reivindicación lotes de terreno absolutamente distintos e invocando títulos diferentes. Esas dos acciones reivindicatorias no son acumulables, no pueden por lo tanto ejercitarse conjuntamente en un mismo juicio. Además si es cierto, sostiene el Tribunal, que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, es necesario la determinación de la cuota, lo cual no se hizo en la demanda.

EL RECURSO

El recurrente hace cinco cargos a la sentencia. Es el primero el de error de derecho en la interpretación de la demanda en cuanto hace relación a las peticiones principales, error que llevó al Tribunal a la violación de los artículos 397 y 398 del C. J., 1008 y 1037 del C. C., pues los interpretó erróneamente y dejó de aplicar en cambio el artículo 1018 del C. C. y además los artículos 946, 950, 952, 961, 962 y 964 de la misma obra. Es el segundo cargo el de error de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda, en cuanto se refiere a las peticiones subsidiarias, lo cual llevó al Tribunal, según el recurrente, a la violación de los artículos 946, 949, 952, 961, 962 y

964 del C. C., los cuales han debido aplicarse al caso del pleito. En el tercer cargo acusa el recurrente el fallo por errores de hecho y de derecho y en él se concreta a examinar las pruebas de la parte actora. Como consecuencia de ese error señala como violados los artículos 740, 745, 756 y 762 del C. C. por no haberlos aplicado al caso del pleito. El cuarto cargo lo hace consistir en error de derecho en la interpretación de la sentencia de primer grado y como consecuencia de ese error señala como violados los artículos 494 y 468 del C. J., por no haberlos aplicado. Finalmente, en el quinto cargo señala como violados directamente los artículos 494 y 468 del C. J. por interpretación errónea.

ESTUDIO DE LA EXCEPCION DEDUCIDA

Dentro de la noción de las defensas de carácter perentorio debe hacerse una clasificación en dos grupos: ciertas excepciones perentorias, las de petición de un modo indebido y falta de jurisdicción, impiden entrar en el fondo del asunto, porque para la decisión de un litigio, para el estudio de todos los extremos de éste y de las pretensiones de las partes, es preciso como cuestión previa y fundamental que se llenen los siguientes requisitos: a) Competencia del juzgador; b) Súplica del actor en la forma prevenida por el código de procedimiento civil; y c) Que el derecho radique en el actor o sea que éste tenga la personería sustantiva. De otro modo, es decir, cuando no se llenan las condiciones de que se acaba de hacer mérito, el estudio del fondo del asunto es inoficioso, porque no puede llegarse a una solución de fondo sino sobre la base de la existencia de los tres postulados de que se ha hecho mención. Cuando esto sucede la defensa no se contrapone al derecho alegado para decidir si le ha extinguido, porque esa contraposición sólo tiene cabida cuando el derecho alegado por el actor ha podido considerarse previamente a la luz del proceso, lo cual no es procedente sino cuando el juzgador tiene modo legal de hacerlo, por estar la petición ajustada a la ley, por ser competente y por radicar en cabeza del demandante el derecho que pretende hacer efectivo ante el poder judicial.

Estas excepciones constituyen la primera categoría.

Dentro de la segunda pueden señalarse aquellas defensas, como son las extintivas de la obligación, cuyo estudio no procede sino cuando se ha deducido o establecido en el fallo el derecho del actor, porque entonces habiéndose estudiado el fondo del asunto y establecido el derecho que la parte actora invoca, es necesario, de oficio algunas veces, a petición del demandado otras, artículos 344 y 341 del C. J., confrontar el derecho con la defensa, para resolver si ésta lo extinguió. Por eso, cuando la sentencia es absolutoria, es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir el derecho a que haya que oponerse la defensa.

Como quedó expresado, la razón fundamental de la sentencia es la deducción de la defensa denominada petición de un modo indebido, la cual halla justificada el Tribunal porque no estando ligados Guarnizo y Santos por ningún vínculo jurídico, era improcedente la acumulación de las acciones de estos dos demandantes, que alegan o fundan sus pretensiones en hechos específicamente distintos.

Es preciso entonces como cuestión previa examinar si en el caso de esta litis procedía o no la acumulación de acciones, ya que el hecho en sí de la acumulación no se discute y está evidente en los autos.

Desde el punto de vista teórico y doctrinario la Corte se reafirma en lo que expresó sobre el particular en la sentencia de 30 de marzo del año pasado, dictada en el juicio ordinario iniciado por Stella Lilian y otros contra C. y R. Echeverría, Mora Hermanos y otros y por eso reproduce lo pertinente de ese fallo.

La Corte se expresó así: "Según el C. J., es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Requisito esencial y común a todas las figuras de la acumulación, es el de que la sustanciación de las acciones sean susceptibles de hacerse bajo una misma cuerda, por seguirse el mismo procedimiento judicial, y que los juicios que se hallen en una misma instancia, salvo lo previsto por el artículo 400 de la obra citada. La institución de la pluralidad del proceso, o sea de acciones, dentro de una unidad de procedimiento, esto es, de juicio, se configura de ocho maneras distintas, las cuales se dividen en dos grandes grupos: la acumulación objetiva y la acumulación subjetiva. Existe acumulación objetiva: a) Cuando en una misma demanda se ejercitan varias acciones, al tenor del artículo 209 del C. J.; b) Cuando se acumulan los autos de acuerdo con lo prevenido en el ordinal 1º del artículo 397 ibídem; c) En la reconvención o sea cuando el demandado opone al demandante una acción contraria, en cabeza de aquél contra éste; por cuyo motivo la reconvención

rabe en todos los juicios en donde haya trasiado de la demanda, siempre que esa acción contraria tenga la condición ya dicha de poderse sustanciar como principal".

"La acumulación subjetiva tiene lugar: a) En la litisconsorcio; e) En la intervención principal, esto es cuando el tercero incoa una acción contra las dos partes principales o sea actor y demandado primitivos. Por ejemplo, en las ocurrencias de los artículos 1021, 1062 y 1189, inciso final del C. J.; f) En la intervención adhesiva, o sea cuando se presenta a intervenir en el juicio un tercero a quien pueda aprovechar o perjudicar la sentencia, bien coadyuvando o bien defendiendo la causa de que se interesa. Art. 233 ibídem; g) En la litisdenunciación, que es cuando se denuncia el pleito que se promueve o se le promueva, artículos 235 y siguientes ibídem; h) En la acumulación de autos, según el ordinal 2º del artículo 397 del mismo código.

"La acumulación objetiva de la letra a) —simple acumulación de acciones— puede revestir cuatro formas diferentes: 1ª Concurrente. El actor suplica, pura simplemente, la estimación de dos o más acciones. Por ejemplo, el acreedor demanda a su deudor para el pago de dos obligaciones de dinero provenientes de sendos instrumentos negociables; 2ª Alternativa. Se ejercitan varias acciones con el fin de que sólo una de ellas sea estimada. V. gr., el demandante intenta a la vez la impugnación de un acto jurídico por dolo (nulidad relativa), y por absoluta incapacidad de la persona que ejecutó el acto (nulidad absoluta); 3ª Sucesiva. La vida de una de las acciones ejercitadas está sujeta a la condición de que proceda la otra. Por ejemplo, se ejercitan al mismo tiempo las acciones de rescisión de un contrato de compraventa y la de reivindicación de esa cosa. 4ª Eventual o subordinada. Una de las acciones es propuesta solamente para el caso de que la otra sea desestimada. V. gr., el autor pide la resolución de un contrato y en subsidio, suplica la condena del demandado al pago de su prestación contractual.

Son tres las formas de la acumulación subjetiva de la letra d) 1ª Litisconsorcio activo. Cuando es la parte actora la que se compone de dos o más personas; 2ª Litisconsorcio pasivo. Si sólo la parte demandada se integra con dos o más personas; 3ª Litisconsorcio mixto. Cuando ambas partes están constituídas por una pluralidad de personas.

Las acumulaciones objetiva y subjetiva pueden y suelen presentarse combinadas Y tal es el caso de este pleito.

Semejante combinación no es procedente sin la presencia de una conexión jurídica entre los varios sujetos. A esta conexión la denomina nuestra ley procesal continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos: a) Personas; b) Títulos o causa de pedir o jurídica; c) Cosa, objeto o causa de hecho.

Doctrinariamente las causas conexas se dividen en dos géneros, cada uno de los cuales se subdivide entre tres especies (art. 398 del Código Judicial).

Pertenecen al primer género las causas que tienen dos elementos comunes y uno diverso. Las especies de éstos son: la identidad de personas y de causa jurídica, diversidad de cosa o de causa de hecho; 2º Identidad de personas y de causa de hecho o cosa, diversidad de causa jurídica o título. 3º Diversidad de personas, identidad de fundamento real y jurídico.

El segundo género lo componen las causas que tienen dos elementos diversos y un elemento común. Sus especies son: 1ª Diversidad de causas de hecho y jurídica identidad de personas; 2ª Identidad de causa de hecho, diversidad de títulos y de personas.

Tomando la intención del libelo de demanda aisladamente, pudiera pensarse que la parte actora combinó la acumulación objetiva de la letra d), en su forma mixta, por cuyo motivo la continencia de la causa vendría a ser de la especie tercera del segundo género."

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Fundándose la sentencia recurrida en la existencia de la excepción de que se ha hecho mérito, la acusación del fallo debe estudiarse a la luz de esa defensa o sea si está justificada o no. En el primer caso no puede entrarse en la cuestión de fondo por lo ya expresado; sólo en el segundo podría hacerse esto.

Primer caso. El recurrente se expresa así: "También hubo error de derecho al considerar el Tribunal una acumulación indebida de acciones, porque las solicitudes de Guarnizo y Santos son independientes, de distinta continencia y no tienen por qué llevarse bajo la misma cuerda". El recurrente rebate esa aserción basándose en que los lotes de cuya reivindicación se trata fueron inventariados en el juicio de sucesión de Hilario Morales y Florentina Rojas, de donde deduce que es procedente la acumulación.

Este motivo incide directamente contra la sentencia recurrida porque ataca la existencia de la excepción deducida por el Tri-

bunal. La Corte observa sobre el particular lo siguiente: Los títulos de dominio que invoca Guarnizo son distintos de los que invoca Santos. El primero afirma que deriva sus derechos por compra a Victoria Morales, quien había adquirido del mencionado Guarnizo; éste de María de la Paz y Pedro Timoté; éste de Francisco y Lorenzo Rodríguez; éstos de Juan de la Cruz Rodríguez, a quien le fue entregado el lote por el juez parroquial de Coyaima en 1922.

El segundo afirma que compró derechos y un reconocimiento a Posidio Castro en el lote alinderado en el hecho décimo tercero de la demanda; Castro compró esos derechos a Clementina Tique; ésta los adquirió de José Antonio del mismo apellido, quien los heredó de Antonio Tique, a quien le fue entregado el lote por el juez parroquial de Coyaima en la misma fecha y año en que le fue entregado a Juan de la Cruz Rodríguez el lote cuya reivindicación demanda Guarnizo.

En la primera y cuarta petición se solicita la declaratoria de dominio y restitución a favor de Prudencio Guarnizo respecto de una porción de terreno claramente determinada. En la segunda y quinta se ejercita por Críspulo Sánchez la misma acción de dominio, pero respecto de un terreno completamente distinto del señalado por Prudencio Guarnizo.

Respecto de Guarrizo la restitución se demanda a cargo de Wenceslao Morales y Víctor Manuel Morales, en tanto que con relación a Santos la solicitud se hace a cargo de Roberto Sanmiguel, y María Elvira Sanmiguel, como representante de la sucesión de Elvira Morales.

De lo anterior se deduce lo siguiente: a) Se han ejercitado por Santos y Guarnizo las mismas acciones; b) Guarnizo y Santos no están ligados entre sí por ningún vínculo jurídico y cada uno demandan en reivindicación un lote distinto. Esos dos lotes, individualizados no tienen un origen común, según se ve de autos, y el hecho de que hubieran sido inventariados separadamente en una misma sucesión, no les da ese origen, porque los dos lotes a que se refiere la demanda no se derivan de una desmembración de un lote anterior único de donde salieron los dos lotes mencionados; c) Las personas señaladas por Guarnizo como demandadas son distintas de las señaladas por Santos, y d) Los títulos de adquisición que presentan Santos y Guarnizo son distintos entre sí y cada uno de ellos se refiere a lotes diversos, poseídos ab initio por diferentes personas, cada una de ellas, lo cual corrobora que no tienen un origen común. No hay pues identidad de personas y de causa jurídica, ni de causa de hecho ni identidad de fundamento real y jurídico, sino por el contrario diversidad de causas, de personas y de títulos, lo cual hace, según la doctrina sostenida por la Corte y de que se ha hecho mención en este fallo, que no puede haber, por ningún concepto, acumulación de acciones, de donde resulta que ésta es improcedente y que habiéndose verificado, se presentó el fenómeno de la excepción de petición de un modo indebido, que dedujo el Tribunal, y que por lo ya expresado, la acusación que se estudia contenida en el cargo primero es infundada.

Deducida la excepción de que se ha hecho mérito, el Tribunal no podía aplicar como no aplicó los artículos 946, 950, 952, 961, 962, 964, 1008 y 1013 del C. C., porque la aplicación de esas normas sólo podía tener cabida si hubiera sido dable el estudio de la cuestión de fondo que no pudo hacerlo el Tribunal por oponerse a ello la existencia de la excepción de petición de un modo indebido, y ya se vio que cuando se presenta éste fenómeno no puede el juzgador entrar en el fondo del asunto.

Segundo cargo.—En éste se acusa la sentencia por error de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda, lo cual según el recurrente llevó al Tribunal a la violación de los artículos 946, 949, 952, 961, 962 y 964 del C. C., los cuales han debido aplicarse al caso del pleito.

La Corte observa:

La aplicación de estos artículos no podía tener cabida en el fallo desde luego que el Tribunal al deducir la excepción de petición de un modo indebido no podía entrar en el fondo del asunto. Y aun cuando la sentencia contenga otras apreciaciones que la respalden y aun cuando los tales fundamentos no fueran procedentes, al ser desvirtuados ellos en casación, no se llegaría a infirmar la sentencia porque quedaría apoyándola un fundamento tan legal y sólido como el de la excepción tántas veces nombrada. Se desecha pues este cargo.

Tercer cargo.—Acusa el recurrente el fallo por errores de hecho y de derecho y en él se concreta a examinar las pruebas de la parte actora. Como consecuencia de ese cargo señala como violados los artículos 740, 745, 756 y 762 del C. C. por no haberlos aplicado al caso del pleito.

La Corte observa:

No podía el Tribunal entrar en el examen de las pruebas para asignarles el valor legal correspondiente, por lo mismo que no podía entrar en el fondo del asunto; de

modo que no había cómo aplicar los artículos a que se refiere este cargo, el cual es por lo tanto infundado.

Cuarto y quinto cargos.—Estos los hace consistir el recurrente en error de derecho en la interpretación de la sentencia de primer grado y como consecuencia señala como violados ya por no haberlos aplicado, ya por haberlos violado directamente, los artículos 494 y 468 del C. J.

Estos dos cargos se fundan en síntesis, en concepto del recurrente, en que el Tribunal agravó la situación que a los demandantes dejó establecida la sentencia de primer grado.

La Corte observa:

En el fallo de primera instancia el fallador dedujo varias excepciones entre ellas la de petición de un modo indebido y resolvió por esa razón que no era el caso de fallar en el fondo la demanda propuesta y condenó en costas a los demandantes.

En la sentencia de segundo grado el Tribunal halló también fundadas las excepciones y especialmente la de petición de un modo indebido, las reconoció justificadas y absolvió a los demandados y condenó en costas a los demandantes.

En ambos fallos pues y por los mismos motivos las pretenciones de los actores no prosperaron y por lo tanto los demandados fueron absueltos en ambas sentencias; en la de primer grado de una manera implícita, en la de segundo de una manera expresa, que en el fondo es lo mismo, por donde se ve que no son fundados los cargos que acaban de estudiarse.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA y devélvase al Tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón Ricardo Hinestrosa Daza Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio en pdad.

TERCERIA COADCUVANTE

El carácter que una persona tenga de heredero de otra no convierte a la segunda en responsable directo de las obligaciones de la primera. Responde únicamente a prorrata de su cuota hereditaria. Esta cuota se conoce en la partición (artículo 1411 del C. C.). La acción hipotecaria debe dirigirse contra el poseedor del bien gravado. 3.—Acusada en casación una sentencia por violación de la ley sustantiva es indispensable expresar el concepto en que se estima infringida la disposición sustantiva que se dice violada, según reiterada doctrina de la Corte. 4.—Es también reiterada doctrina de casación la de que la violación de disposiciones legales adjetivas o de mero procedimiento no dan lugar al recurso de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Al juicio ejecutivo iniciado por el doctor Francisco Fernández contra Natalio y Francisco Urbina ante el Juzgado Primero del Circuito de Zipaquirá, acumuláronse las tercerías coadyuvantes propuestas por José Joaquín Jiménez, Enrique Ramírez, Carmen Rosa Alvarez, María del Carmen Garzón v. de Martínez, Rodolfo Defrancisco y Juan Clímaco Mendoza. En sentencia de graduación de créditos pronunciada el 22 de agosto de 1934, el Juzgado mandó pagar los créditos de los cuatro primeros terceristas; y en relación con el crédito de Juan Clímaco Mendoza declaró probada la excepción perentoria de petición indebida, por encontrar que su crédito no le daba acción personal contra los ejecutados ni real contra los bienes que, perteneciendo a éstos, se les habían embargado en el juicio.

Mendoza apeló de esta sentencia. Y el Tribunal Superior de Bogotá en la de fecha 27 de noviembre de 1935 resolvió confirmarla. El apoderado de Mendoza interpuso entonces el recurso de casación, que estando ya debidamente preparado obliga ahora a la Corte a decidirlo.

El general Mendoza apoya su demanda de tercería en la escritura pública número 189

de 11 de marzo de 1924, de la Notaría de Zipaquirá, por medio de la cual Rafael Urbina, reconociéndose deudor de Mendoza, le hipotecó un lote de terreno de su propiedad denominado Helvecia, ubicado en el paraje de Sinay, jurisdicción del Municipio de Cogua. La demanda fue presentada en obedecimiento a la citación que el Juzgado ordenó hacerle a Mendoza en auto de 28 de abril de 1926, para que en el término de treinta días compareciera en el juicio a hacer valer sus derechos de acreedor hipotecario, de acuerdo con lo que disponía por aquella época el artículo 240 de la ley 105 de 1890. El Juez encontró aplicable este precepto, porque "del terreno hipotecado por Rafael Urbina a Juan Clímaco Mendoza han sido embargados en este mismo juicio los derechos que a los ejecutados Francisco Urbina y Natalio Urbina les corresponden en la sucesión de Rafael Urbina".

Efectivamente, a poco tiempo de haberse iniciado la ejecución contra Natalio y Francisco Urbina, les fueron embargados para responder del pago los derechos que les pudieran corresponder a los dos deudores en la sucesión por causa de muerte de Rafael Urbina. Y más tarde también fue embargado el mismo terreno de la Helvecia materia del gravamen hipotecario constituído por Rafael Urbina a Juan Clímaco Mendoza. Como consecuencia de este último embargo hízose la citación a Mendoza y éste propuso la tercería en discusión.

El referido terreno de la Helvecia fue luégo depositado. Y sacado a subasta pública, rematólo el tercerista Mendoza por cuenta de su crédito de mil pesos con intereses y costas a cargo de Rafael Urbina, constante en la escritura hipotecaria de que ya hablóse.

De lo anterior se deduce lo siguiente que la Corte, al margen del recurso mismo de casación, no puede resistirse a apuntar como muestra de las anomalías jurídicas que se produjeron en el juicio por la intervención del tercerista:

1º Que la ejecución se promovió contra Natalio y Francisco Urbina, siendo a éstos únicamente a quienes se les podían perseguir y denunciar bienes para el pago de los créditos por ellos contraídos bien en favor del ejecutante Francisco Fernández o de otros acreedores.

2º Que Rafael Urbina, deudor de Juan Clímaco Mendoza, no figuró como ejecutado. Por lo tanto nunca se le pudo hacer dentro del mismo juicio notificación alguna de mandamiento de pago, ni se le pudieron legítimamente embargar, depositar ni rematar bienes de su propiedad para la solución de créditos que no se les estaban cobrando en el juicio.

3º Que la citación que el juez de la ejecución le hizo al general Mendoza para hacer tercería fue un acto ilegal, que el mismo general habría podido hacer desaparecer desde el principio con que sólo hubiera hecho uso de los recursos legales que le ofrecía la ley para que no le obligase a promover una acción exótica dentro del juicio ejecutivo.

4º Que la circunstancia de que a los ejecutados Natalio y Francisco Urbina se les hubiesen embargado dentro de la ejecución sus derechos hereditarios en la sucesión por causa de muerte de Rafael Urbina, no autorizaba dentro de la misma ejecución el embargo directo de los bienes que dejó dicho causante, porque a Natalio y Francisco se les había demandado personalmente y no como herederos o representantes de Rafael, y al embargar directamente bienes de éste se daba por cierto —contra la realidad— que también estaba demandada la herencia de Rafael.

5º Que como es sabido el carácter que una persona tenga de heredero de otra no convierte a la segunda en responsable directo de las obligaciones de la primera. Responde únicamente a prorrata de su cuota hereditaria. Estas cuotas sólo se conocen en la partición (art. 1411 del C C.). Con el reconocimiento de la tercería tal como lo pretendió el general Mendoza anularíanse éstas y otras disposiciones porque equivaldría exactamente a tener como un hecho consumado que Natalio y Francisco Urbina responden en su totalidad de la obligación hipotecaria por mil pesos que se les está cobrando. Y esto sin conocer la partición de los bienes de Rafael, y lo que es más grave aún, ignorando en el juicio que Natalio y Francisco Urbina son en realidad herederos de aquél y la clase de bienes que se les hubieran repartido.

6º Que de si de la acción real nacida de la constitución de la hipoteca se trataba, también es sabido que dicha acción debe dirigirse contra el poseedor del bien gravado. Y tanto el anterior código de procedimiento como el actual señalan la manera de determinar ante el juez ese poseedor demandado (arts. 1022 del Código Judicial derogado y 998 del actual), que bien puede ser distinto del constituyente de la deuda.

7º Que la ejecutoria de los autos que obligaron al general Mendoza a proponer la tercería, apenas tiene un alcance procesal, en el sentido de que determinaron necesariamente el pronunciamiento de una sentencia sobre la cuestión de fondo planteada en la demanda. Mas un acto del juez encaminado a crear la relación procesal, carece de la virtualidad de transformar derechos meramente adjetivos en vinculaciones jurídicas de orden sustantivo.

SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal apoyándose en los artículos 215 y 219 de la ley 105 de 1890, el primero de los cuales contiene la definición de lo que es la tercería coadyuvante, y el segundo, dispone los requisitos de forma con que debe acompañarse el libelo de la tercería, concluye así: "En síntesis: toda vez que el crédito en el cual fundó su demanda el señor Mendoza no da acción personal contra los ejecutados ni real contra los bienes embargados en el juicio como de propiedad de éstos, la tercería que se estudia no puede prosperar, sin que valga argüir que por la existencia en autos de providencias ejecutoriadas que ordenaron la citación de Mendoza y luégo admitieron su demanda, ellas tuvieron la virtualidad de darle a Mendoza el carácter de acreedor de los ejecutados ni conferirle acción real sobre bienes de su propiedad trabados en el juicio".

MATERIA DEL RECURSO

Es de advertir que por haberse negado el Tribunal a conceder el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Mendoza, éste recurrió de hecho ante la Corte y esta corporación en resoluciones ejecutoriadas de 27 de abril y 26 de mayo del año próximo pasado, anuló las del Tribunal declarando procedente el recurso.

El cargo formulado en tiempo contra la sentencia del Tribunal es el de violación directa del ya citado artículo 215 de la ley 105 de 1890, por cuanto aunque el general Mendoza carecía de acción personal contra los ejecutados señores Natalio y Francisco Urbina, porque éstos no habían contraído en su favor obligación alguna de pagar determinada cantidad de dinero; sí tenía acción real sobre la finca de la Helvecia. El Juzgado dio aplicación al artículo 240 de la ley 105 de 1890 que ordena citar a los acreedores hipotecarios sobre bienes embargados y el general Mendoza en cumplimiento de la citación que se le hizo formalizó su demanda que tenía que admitirse y se admitió sin reparo de la justicia.

No vale argüir —continúa el apoderado del recurrente— que el general Mendoza estaba obligado a demandar la sucesión de Rafael Urbina: primero, porque su acción obedecía a un determinado emplazamiento y tenía que ser incoada dentro del juicio en que se había consumado el embargo y hecho la citación; y segundo, porque en todo caso Natalio y Francisco Urbina, son los representantes de la sucesión de Rafael Urbina; y porque a éstos en ese carácter de herederos de Rafael Urbina les habían sido embargados sus derechos y acciones en la causa mortuoria.

PROCEDENCIA DEL RECURSO

Dícese que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley sustantiva, y se señala como violado el artículo 215 de la ley 105 de 1890. El recurrente no expresa el concepto en que cree infringida tal disposición; si por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Cada uno de estos tres casos deriva de fuentes distintas, comoquiera que el primero tiene lugar generalmente cuando se aplica una norma a un hecho inexistente o se niega a aplicarla a un hecho existente; el segundo caso, que es otra de las formas de la violación de la ley ocurre cuando aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercer caso, menos complejo, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular.

De aquí pues la importancia en orden al mejor éxito de un recurso de casación que el recurrente concretamente exprese por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. El recurrente de este recurso omitió hacerlo.

Pero interpretando, para no sacrificar el fondo del derecho, la demanda de casación, en lo cual la Corte siempre ha sido larga, es notorio que de su contexto destácase principalmente la idea de impugnar la sentencia por haber dejado de aplicar el mencionado artículo 215 a la coadyuvancia, que de haberse aplicado otro hubiera sido el resultado del fallo, distinto del de desconocer la existencia del crédito en cobro.

La primera causal de casación, muy de acuerdo con la índole y naturaleza de ese recurso, requiere que la violación de la ley recaiga sobre preceptos sustantivos. Estos preceptos que son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas, y que están consagrados indistintamente en los diferentes códigos de la nación, y aun dentro del Código Judicial, son los únicos susceptibles de originar, cuando son violados por los tribunales, la casación. En cambio las leyes adjetivas o de mero procedimiento encaminadas a determinar los medios de hacer valer los derechos abstractos escapan a la rovisión de la Corte. Ya lo dijo esta corporación en sentencia de 16 de junio de 1932, GACETA JUDICIAL, tomo 40, página 157, columna segunda: "La violación de las disposiciones legales adjetivas o de mero procedimiento no dan lugar al recurso de casación"

Ahora. El artículo que se dice violado por el Tribunal es meramente procedimental. Contiene solamente la definición de lo que es una demanda de tercería coadyuvante bajo el sistema del estatuto procedimental reemplazado por la ley 105 de 1931, que es el nuevo Código Judicial. En virtud de aquella definición la tercería coadyuvante era la solicitud que formulaba un tercero en el juicio ejecutivo para que con el producto de los bienes embargados se le cubriera un crédito con acción personal sobre el ejecutado o real sobre dichos bienes. Es pues un precepto descriptivo de determinado acto procedimental, ordenado a invocar en el juicio ejecutivo el ejercicio de derechos en favor del acreedor, protegidos ellos sí por disposiciones sustantivas, como las concernientes al mutuo, a la hipoteca, etc., y en general las reguladoras de la obligación que se pretendía hacer efectiva contra el ejecutado deudor; de manera que para los efectos del recurso de casación la violación de la norma procedimental tendría significado o importancia en cuanto llevase a la vulneración directa o indirecta de aquellas normas superiores, y el hecho se denunciase en la demanda de casación conforme lo prescribe la técnica rigurosa de este recurso.

FALLO

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no ha lugar a casar la sentencia materia del presente recurso. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y remítase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Antonio Rocha, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

OPOSICION A UN DESLINDE—APRECIACION DE PRUEBAS — ACCIONES DE DESLINDE Y DE DOMINIO

1.—Como la acción de dominio es real, la titularidad del que acude a ella debe ser acreditada sumariamente, como requisito indispensable para iniciarla; el contenido territorial del dominio que así se haya acreditado es cuestión que se debate después, con audiencia ya de la persona que tenga derecho a discutir dicho contenido (artículos 900 del C. C. y 862 del C. J.)—2. Las pruebas que informan la convicción de un fallador que acoge en todo o en parte la línea pretendida por los interesados, o que adopta una distinta, obran en forma indiciaria, fuera del mismo proceso de la convicción que se forma indirectamente sobre cuestiones de hecho; en uno y otro caso el resultado de las pruebas no puede desquiciarse sino a virtud de manifiestos errores de hecho o de derecho que llevaron al fallador a una conclusión evidentemente errónea en todo o en parte, respecto de la línea adoptada por él como más acorde con la titularidad demostrada.—3. La acción de deslinde es distinta de la reivindicatoria o de dominio y la jurisprudencia siempre ha distinguido la una de la otra. Coinciden en ser ambas rurales e inmuebles. Pero en tanto que la reivindicatoria persigue como finalidad económica la restitución de la cosa que debe hallarse en poder del demandado, con lo cual el título llama a la posesión, en cambio la acción de deslinde suele limitarse a discutir el contenido especial del título, sin que a la vez se discuta el dominio mismo.

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha).

El pequeño cabildo de la parcialidad de indígenas de Guachicono, Distrito de La Vega, Departamento del Cauca, propuso ante el Juzgado del Circuito de Bolívar, juicio de deslinde de las tierras de su resguardo con las tierras de otro resguardo de indígenas, el de Pancitará, y con las de algunos particulares residentes en los corregimientos de Arbela y San Miguel (hoy López), del mismo Distrito, deslinde que debía concretarse a la línea occidental limítrofe entre los terrenos de los dos resguardos mencionados y de los particulares José Dolores Chicangana, Rosendo Cerón, Ricardo Palechor y otros (folis 68, 69, 70, 71, etc).

La diligencia de deslinde y amojonamiento fue practicada por el referido funcionario el 16 de diciembre de 1931 (folios 18 a 190 del c. ppal.), después de seis días de estudio sobre el terreno.

No se conformó la Parcialidad de Guachicono con los linderos adoptados, que vinieron a ser los que se habían fijado en la diligencia de partición del resguardo de Guachicono el año de 1833 por el Juez del Cantón de San Luis de Almaguer en cumplimiento entonces de órdenes perentorias del Gobierno; por lo cual la nombrada parcialidad de Guachicono inició en 1932 el presente juicio ordinario de oposición al deslinde, aspirando a una línea más favorable, línea que determina en su demanda.

El juzgado primero del Circuito de Bolívar (Cauca) puso fin a la primera instancia con sentencia de 10 de octubre de 1934 (folios 191 a 196 del cuaderno principal), en que resolvió:

"La línea que por el occidente, separa las tierras del resguardo de la parcialidad de indígenas de Guachicono de las propiedades particulares de algunos vecinos de Arbela y San Miguel y de las del resguardo de la parcialidad de indígenas de Pancitará, desde la confluencia de la quebrada de La Laja en el río Guachicono hasta Monte-Redondo, en jurisdicción del Distrito de La Vega y a la cual se refieren estos autos, es la siguiente: Principiando en el punto donde la quebrada de la La Laja, que es la que queda a inmediaciones de la casa de José Torcuato confluye al río Guachicono, ésta quebrada arriba hasta su nacimiento, de aquí hacia arriba a ganar por el desfiladero ininterrumpido el Alto de La Laja o Cerro Negro situado en la parte alta de la cordillera, de aquí y por la parte más alta de este macizo montañoso al cerro o alto de Bellones, de aquí y en dirección al nacimiento de la quebrada de El Palmar hasta encontrarlo, ésta quebrada aguas abajo hasta su confluencia en el río Putis, este río aguas arriba hasta su nacimiento, de aquí siguiendo en línea recta hasta la cuchila donde hay un mojón de piedra, de aquí por el divortium aquarum y hacia el sur hasta otro mojón que existe en un promontorio de piedras, en una extensión de ciento cincuenta metros aproximadamente, de allí en línea recta conservando en cuanto sea posible la cuchila de la Cordillera hasta Monte Redondo, térmi-

no de la línea". (Folio 196, cuaderno principal).

La parcialidad de Pancitará y los particulares que componían la parte demandada se conformaron con lo resuelto allí. No así la Parcialidad de Guachicono que llevó en apelación el negocio a segunda instancia tan debatida en su término probatorio como en la primera, y a la cual puso fin el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán con su fallo de cinco de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, que confirma en todas sus partes el del Juez de instancia (folio 219 a 225, ibidem).

Tampoco se conformó la Parcialidad de Guachicono, que recurrió en casación. Tanto en las dos instancias como en el recurso ha sido tenido como parte el Ministerio Público, de conformidad con los artículos 160 del C. J., 24 y 10 de la Ley 89 de 1890.

ESTUDIO DE LOS CARGOS DE CASACION

El apoderado ante la Corte de la Parcialidad de Guachicono, dice, en síntesis:

Que es infundada la censura del Tribunal a la escritura pública número 25 de 5 de junio de 1924, pasada en la Notaría de La Vega, presentada por la parcialidad que representa, como auxiliar de las demás pruebas, hasta el punto de que el Tribunal la rechazó, y en cambio no le dio valor de prueba a las siguientes: La diligencia de partición de los mismos terrenos llevada a cabo por el Juez de San Miguel en el año de 1876, diligencia que, dice el recurrente, "determinó en forma definitiva los límites de los resguardos"; la de partición que obra a folios 12 y 13 del cuaderno de pruebas del demandante, sobre unos terrenos del resguardo de Guachicono; y los contratos de arrendamiento que tenían por objeto demostrar los actos de dominio que ejercía el cabildo de la parcialidad mencionada sobre los terrenos objeto del presente deslinde.

El rechazo del título de 1924, el no tener en cuenta las últimas referidas diligencias y el haber dado preferencia a la partición del año de 1833, por ser más antigua, pero sin advertir los vicios notorios de que adolece, hacen ver un error de derecho en la apreciación de las pruebas e infracción de los artículos 1758 y 2595 del C. C., 630, 632, 652 y 878 del C. J.

Considera también el recurrente que el Tribunal incurrió en error de derecho al no tener en cuenta la posesión ininterrumpida demostrada por la parcialidad de Guachicono sobre tierras que no se le reconocieron en el deslinde, ya por el título de 1924, ya por adjudicaciones, ya por contratos de arrendamiento, de donde resultó la violación de los artículos 863 y 879 del C. J., 2512 y 2518 del Civil.

La Procuraduría delegada en lo civil fue tenida como parte en el recurso en atención a lo previsto por la Ley 89 de 1890. En su concepto tiene en cuenta que el litigio es principalmente entre dos parcialidades de indígenas de pretensiones opuestas sobre la extensión de los linderos respectivos. Concluye la Procuraduría reconociendo que las dos sentencias de instancia señalan una línea divisoria inspirada en las constancias procesales, en la técnica y la realidad topográfica que fluye de las exposiciones periciales y vistas oculares y en un sano y recto espíritu de justicia; apunta las deficiencias del recurso de casación y termina solicitando que no se case la sentencia acusada.

Considera la Sala: Como la acción de dominio es real, la titularidad del que acude a ella debe ser acreditada sumariamente, como requisito indispensable para iniciarla; el contenido territorial del dominio que así se haya acreditado es cuestión que se debate después, con audiencia ya de la persona que tenga derecho a discutir dicho contenido (artículos 900 del C. C. y 862 del C. J.).

En desarrollo de esa creencia, que es inobjetable, el fallador empezó por censurar y desestimar el título que la parcialidad de Guachicono presentó inicialmente para acreditar su dominio, o sea la escritura número 25 otorgada por la nombrada parcialidad ante el Notario de La Vega el 5 de junio de 1924.

La demarcación de los linderos que la parcialidad creía acreditar con esa titulación sumaria, fue levantada por ella, invocando el artículo 12 de la ley 89 de 1890, pero el Tribunal estimó, como estimó también el juez de primera instancia y como lo estima asimismo la Procuraduría General de la Nación, que la parcialidad de indígenas de Guachicono no estaba en el caso de levantar esa prueba supletoria por no reunirse los requisitos que dicho artículo establece, como son el que la parcialidad hubiese perdido sus títulos por caso fortuito o por maquinaciones dolosas o especulativas de algunas personas, condiciones no demostradas; a lo cual se agrega la siguiente consideración, evidente y no intentada desvirtuar, que forma parte integrante de la sentencia del juez, acogida por el Tribunal en todas sus partes: "....y los interesados sabían muy bien de la existencia del título de 1833, ya que de él habían tomado copia auténtica, según lo ha certificado el propio notario de Almaguer, el 22 de febrero

de 1924, es decir, tres o cuatro meses antes de la fecha en que elevaron a escritura pública los testimonios particulares o prueba sumaria que se protocolizó en La Vega bajo el número 25 de 5 de junio de 1924". (Folio 193 vto., cuaderno principal).

Convicta la parcialidad de Guachicono de que no era el caso de que procediera a levantar la titulación sumaria de su territorio, habiendo títulos anteriores que ella conocía y de que recientemente había hecho uso, no es posible admitir la argumentación del recurrente de que cometió un error el Tribunal en preferir un título anterior del resguardo y en no admitir aquel que, a espaldas de ese otro, se creó la misma parcialidad en forma más favorable a los linderos que pretende y que poco después alegó en este juicio.

Hizo muy bien el juzgador en atender a la contravención posterior de dicho título, y si los interesados mismos se fijaron los linderos sin hallarse en el caso del artículo 12 de la ley 89 de 1890, además de faltarle fuerza legal a ese documento perdía mucho de su fuerza de hecho por la procedencia de la prueba y por su oposición con títulos mejores y más antiguos.

En cuanto al cargo consistente en no haberse tenido en cuenta la diligencia de partición de 18 de febrero de 1876 y unos contratos de arrendamiento, el cargo no es fundado, porque tales piezas (y otras a que el recurrente no se refiere), sí fueron materia de análisis y de influencia como pruebas concurrentes de inspecciones oculares y de dictámenes periciales; de manera que aunque el Tribunal no se pronuncie expresamente sobre todas y cada una de ellas, es indudable que, contra lo que afirma el recurrente, fueron objeto de ponderación y referencia del fallador cuando éste analiza y acoge los datos resultantes de las pruebas concurrentes que informaron su convicción en un sentido distinto al de acoger favorablemente la línea pretendida por la parcialidad de Guachicono.

Además, debe tenerse en cuenta que las pruebas que informan la convicción de un fallador que acoge en todo o en parte la línea pretendida por los interesados, o que adopta una distinta, obran en forma indiciaria, tras el mismo proceso de la convicción que se forma indirectamente sobre cuestiones de hecho; en uno y otro caso el resultado de las pruebas no puede desquiciarse sino a virtud de manifiestos errores de hecho o de derecho que llevaron al fallador a una conclusión evidentemente errónea, en todo o en parte, respecto de la línea adoptada por él como más acorde con la titularidad demostrada. En el presente caso no solamente no se advierte un error de tal naturaleza sino que ni siquiera la argumentación del recurrente deja esa impresión.

Finalmente, según éste no se tuvo en cuenta la posesión ininterrumpida de la parcialidad sobre tierras que estima cercenadas (sic) con la diligencia de deslinde, posesión para él comprobada en juicio, ya por las adjudicaciones dice, ya por contratos de arrendamiento, ya por el título de 1924 que contiene testimonios sobre posesión de los terrenos, sumariamente levantados éstos por la misma parcialidad de Guachicono. Ve en ello un error de derecho violatorio de los artículos atrás enumerados.

Considera la Sala que el Tribunal acogió la línea divisoria señalada por el juez, en la parte a que esta objeción del recurrente se refiere, por dos razones que sustentan el fallo y que lo siguen sustentando mientras que la objeción del recurrente no las desvirtúe técnicamente. Tales razones son, en síntesis:

Que para apartarse de la línea que traza la escritura de 1833, en un sentido favorable al opositor y recurrente hoy, aunque no en la totalidad de la línea a que aspira, el Tribunal tuvo en cuenta que según el juez hubo un asentimiento de las partes a esa línea que en definitiva se adoptó, asentimiento manifestado en una inspección ocular que el Tribunal analiza; y además otras circunstancias de aquellas a que el recurrente alude, como fue la adjudicación de algunas lomas de las montañas de Bellones a favor de la parcialidad de Guachicono hecha por el juez cantonal en 1842 reconociendo como del resguardo de Guachicono El Palmar, Loma de San Bartolo y otras, y el contrato de arrendamiento celebrado por tal parcialidad con Manuel Muñoz en 1855 de todos los quinales del resguardo, cuyos linderos abarcan el triángulo que a la parcialidad de Guachicono se le ha reconocido, apartándose en esto de la escritura de 1833, y porque la parcialidad expresamente manifiesta que los linderos del terreno entonces arrendado a Muñoz son los mismos del resguardo. De manera que, observa la Corte, el juez tuvo en cuenta, y esa consideración fluye implícita del fallo recurrido, que las otras adjudicaciones y los otros arrendamientos a que vágamente se refiere el recurrente, quedaban fuera de los terrenos que la parcialidad de Guachicono admitió como suyos en 1855, cuando dijo que los linderos del arrendamiento eran los de su dominio y que ahora, en inspección ocular, admite nuevamente como los suyos.

La segunda razón del Tribunal es la de que los juicios de deslinde no son de dominio, de donde concluye que la prescripción adquisitiva alegada por la parcialidad de Guachicono no era materia del presente juicio. A este respecto la Corte considera:

Es innegable que la acción de deslinde es distinta de la acción reivindicatoria o de dominio y la jurisprudencia siempre ha distinguido la una de la otra. Coinciden en ser ambas reales e inmuebles. Pero en tanto que la reivindicación persigue como finalidad económica la restitución de la cosa que debe hallarse en poder del demandado, con lo cual el título llama a la posesión, en cambio la acción de deslinde suele limitarse a discutir el contenido espacial del título, sin que a la vez se discuta el dominio mismo; según el artículo 869 del C. J., el contenido espacial de los títulos da lugar al señalamiento de linderos y al amojonamiento de la línea divisoria; consecuencialmente el juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, "si ninguna de ellas se opone". Hasta aquí la acción sumaria de deslinde implica una aceptación de titularidad no discutida y el amojonamiento es el resultado o la expresión del contenido espacial de tales títulos, es decir, que la acción de deslinde conserva los caracteres propios que la doctrina y la jurisprudencia reconocen.

La jurisprudencia ha sido severa en el sentido de conservar la fisonomía propia de las dos acciones y de impedir que dentro del juicio ordinario de deslinde se ventilen cuestiones de dominio. Pero no se ve una razón práctica para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado éste de apeo, pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de algunos de ellos, o bien, hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. En el juicio ordinario, cuya ventilación prevé el artículo 870 del C. J., bien pueden debatirse tales cuestiones, que dicen ya orden al dominio, como motivos de la oposición a la línea, oposición prevista inmediatamente por el artículo 869 ibídem.

En algunas legislaciones la alegación de hechos de dominio dentro de simples acciones de deslinde ha dado lugar a dificultades por simples razones de jurisdicción: tal sucede en la francesa, en que hay jueces de paz para el deslinde, en tanto que el dominio es propio de la jurisdicción común. Pero aún allí es permitida la concurrencia de acciones ante los jueces civiles cuando hay discusión sobre el dominio; y al contrario los jueces de paz siguen conociendo del deslinde mientras que la discusión no se salga de la simple titulación o titularidad. Como se ve, el inconveniente no existe entre nosotros.

Si la acción de deslinde conserva su peculiar fisonomía porque no se discuta propiamente sino el contenido espacial de los títulos, es evidente que la línea divisoria que en virtud de ella se trace por el juez puede ir más allá o más acá de la posesión de hecho ejercida por las partes; y esto es lo ordinario, que alguna de las partes pretenda que sus títulos marcan un contenido territorial que no coincide con el que de hecho ocupa la otra parte; así puede ser, porque en la acción de deslinde la simple posesión es apenas un elemento ilustrativo del contenido espacial a que se cree tener derecho, por cuanto la posesión suele ir unida al dominio; pero como no siempre es así, ella juega como un elemento meramente indicador de dicho contenido, lo mismo que la posesión del terreno, su configuración, los signos o señales y demás hechos que deciden el ánimo del juez a acoger o rechazar la línea señalada por las partes, o a separarse de ella. Pero cuando la posesión se alega ya como dominio, por haber sido suficiente para consumar una prescripción ordinaria o extraordinaria, nada impide que así se haga valer dentro del juicio ordinario de oposición, porque entonces la posesión es base del dominio, y no indicial del contenido espacial de los títulos, y entonces implica un hecho que va contra los títulos del adversario y que modifica el contenido marcado por los de éste; pero es necesario que se alegue con tal efecto e intención jurídica como motivo de oposición al deslinde.

Del caso de autos sucede que la prescripción adquisitiva extraordinaria alegada por la parcialidad de Guachicono no lo fue como motivo de la oposición a la línea fijada por el juez y además de que el Tribunal no aparece convencido de que ella se haya consumado, y da suficientes motivos para desestimarla, no es aceptable que en abstracto la prohije la Corte en casación, porque tal prescripción no fue alegada ni debatida como hecho fundamental de la oposición al deslinde.

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, después de oír al Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribu-

nal Superior del Distrito Judicial de Popayán el cinco de diciembre de mil novecientos treinta y cinco.

No hay costas, por tratarse de parcialidades de indígenas.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Antonio Rocha, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SEPARACION DE CUERPOS Y SEPARACION DE BIENES

El art. 154 del C. C. enumera las causas cuya presencia daña los fines matrimoniales, fines que la ley protege en nombre del interés público. Todas esas causas están inspiradas en el principio de culpabilidad, según el cual se exige la conducta intencionada para perturbar la vida común, y se apoya en la serie de actos o circunstancias estimados por el legislador contrarios al derecho conyugal, que deben darse en la persona del cónyuge culpable para que constituya infracción jurídica. La culpa de ambos cónyuges no se compensa... Tanto el trato cruel como los ultrajes pueden no ser actos de violencia, pero sí indice de brutalidad incorregible, o revelar una total omisión de las consideraciones esenciales para la convivencia espiritual del matrimonio. Entre los ultrajes y el trato cruel de una parte y los maltratamientos de obra por la otra, no hay paridad ni equivalencia, pero ambas clases de hechos requieren, para causar la separación de cuerpos, que no se produzcan como impulsos del momento o movimientos transitorios, sino que dimanen de una conducta perniciosa, manifestada por una suficiente sucesión de actos capaces de afectar las relaciones familiares. 2. Como el art. 2º de la ley 8ª de 1922 estableció, en favor de la mujer, para separarse de bienes, las mismas causales civiles creadas para la separación de cuerpos, aquéllas deben ser analizadas por el juez con el mismo criterio que si se tratara de pronunciar el divorcio. 3. Constituye error de derecho presumir que, en materia de culpa conyugal, el perdón por un móvil especial implica perdón por causa general.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, junio cuatro de mil novecientos treinta siete.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Lucía García Vásquez suplicó, con audiencia de su marido, Julio Torrente M., ante el Juzgado 3º del Circuito de Cali, la disolución de la sociedad conyugal contraída por el hecho del matrimonio, "la separación total de los bienes que forman dicha sociedad y consecuencialmente" la restitución y entrega de los inmuebles de propiedad de la demandante y de las cosas que correspondan a ella, "a título de gananciales, en la liquidación y división de los que forman el haber de la sociedad conyugal".

Los hechos son estos:

El 27 de julio de 1907, Lucía García Vásquez contrajo matrimonio católico con Julio Torrente M. La vida conyugal ha sido "de amargura y sufrimiento". Los "continuos ultrajes de obra y de palabra han hecho imposibles la paz y el sosiego domésticos". En varias ocasiones se separaron de hecho y la demandante se refugiaba en la casa de sus padres, cuando ellos vivían. La muerte de éstos acentuó la inestabilidad del hogar, porque la conducta que observaba el marido fue estimulada por sentimientos de codicia respecto de los bienes que adquirió la mujer por herencia de sus padres. Ya no conviven. La demandante vive en Cali y el demandado reside en Buga, de donde cada mes se traslada a aquella ciudad a percibir la renta de los inmuebles de propiedad de su mujer, renta cuya mitad le entregaba en un tiempo a ésta para que atendiera a su congrua subsistencia. Esta separación de hecho, voluntariamente aceptada por ambas partes, era tolerable para la demandante, porque trajo tranquilidad a su vida. Por desgracia, la avidez del marido la dejó luégo en la indigencia, a causa de que últimamente se adueña de todos los frutos de los bienes propios de su mujer, no obstante que el demandado ejerce con buen éxito su profesión de odontólogo.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Cali confirmó, el 8 de febrero de 1936, el fallo de primera instancia, que fue absolutorio, basándose para ello en estos considerandos:

Del matrimonio pueden surgir dos distintas situaciones. Regular la una, peculiar a ese estado, e irregular la otra, cuando por virtud de las circunstancias contempladas en los artículos 200 del C. C. y 2º de la ley 8ª de 1922, se cambian los efectos naturales al pacto matrimonial.

Con motivo de la ley 28 de 1932, no es necesario que intervengan las causales relativas a la separación de bienes para obtener la liquidación provisional de las sociedades conyugales, porque cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición, no sólo de los bienes aportados al matrimonio, sino de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera durante él.

En este pleito se alegó únicamente la causal consistente en los contínuos ultrajes de obra y de palabra, imputados al marido, que hacen imposible la paz y el sosiego domésticos.

La otra causal, referente a la administración fraudulenta del marido, fundada en la escritura pública de arrendamiento celebrada entre el demandado y su hermano Roberto Torrente, la cual fue presentada por el arrendatario en el incidente de desembargo que éste promovió, no se estudia porque la sentencia "debe recaer única y exclusivamente sobre las peticiones y hechos que se han formulado en la demanda respectiva".

Los elementos de convicción traídos al proceso para demostrar la existencia de la causal invocada por la actora, son insuficientes. El testimonio de Forero no se refiere a que él hubiera presenciado u oído los ultrajes de Torrente a su esposa, sino que se concreta a afirmar que "oía en ocasiones llorar a dicha señora y que cuando ésta pasaba a su casa, decía que ese llanto era ocasionado por los ultrajes que le infería su marido".

El testimonio de Domínguez es completamente negativo y el de Valencia se refiere a hechos ajenos a la cuestión debatida, como el de que Torrente le manifestó que el inmueble que ocupaba el declarante, a título de arrendamiento, era de exclusiva propiedad de aquél. En cuanto a los documentos traídos por la actora, no demuestran la actual situación anómala del matrimonio, aun cuando revelan "hechos que harían imposible la paz y el sosiego domésticos de los citados cónyuges", pero acaecidos "varios años antes de que se promoviera la demanda".

Además, aún en la hipótesis de ser suficiente esa única prueba, de los testimonios que adujo el demandado se deduce que con posterioridad a los hechos que revelan esos documentos, la situación se normalizó.

Por último, aun cuando el demandado, al contestar la demanda, conviene en que se declare disuelta la sociedad conyugal, no debe aceptarse ese asentimiento, porque la separación de bienes "no se produce por el acuerdo de los cónyuges sino por la demostración de una de las causales de que se ha hablado en otro lugar".

La confesión del marido únicamente es eficaz cuando conviene "expresamente en los hechos delictuosos que le imputa su contraparte en los casos en que tal prueba es aceptable". Torrente, en este pleito, niega la verdad de los hechos fundamentales de la demanda. La confesión de él en este evento hubiera sido suficiente "para conseguir el éxito de la acción".

Materia del recurso

Contra la sentencia se interpuso recurso de casación, por infracción de ley sustantiva.

El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas al juicio, violando así los arts. 604, 605 y 608 del C. J., y dejando de aplicar, a consecuencia de esos errores, el numeral 5º del art. 154 del C. C. y el art. 2º de la ley 8ª de 1922.

De las declaraciones de los testigos presentados, tanto por la una como por la otra parte, aparece que la actora lloraba frecuentemente por los ultrajes hechos por su marido; que el demandado, cuando residía en Buga, no recibió a su mujer en su casa y prefirió "que se consumara el escándalo social de que su esposa tuviera que ir a buscar una casa alquilada por serle imposible habitar en la de su marido"; que Torrente, faltando a toda consideración, se presentó en Cali a su casa acompañado de un policía, pretextando que su señora se negaba a abrirle la puerta, lo cual "constituye una injuria" y es "un grave desacato del marido para con ella", dada la distinción y modales de la actora.

Las cartas escritas por Torrente y dirigidas a sus suegros, infieren a su mujer atroz injuria. En ellas reconoce el demandado que su hogar es invivible y maldito. La circunstancia de que esos documentos se hallen fechados en el año de 1916, no les quita su carácter de hechos generadores de la in-

posibilidad de convivencia. Con posterioridad a la fecha de tales documentos, pudieron los esposos llevar una vida de aparente armonía, lo cual no es suficiente para afirmar, como lo hace el Tribunal, que esas injurias fueron olvidadas. Además, el Tribunal carece de fundamento para hacer tal afirmación, porque los testigos que se refieren a la vida de armonía de los esposos no indican la época de ese entendimiento.

En juicios de esta clase se debe examinar el conjunto de todas las circunstancias, porque éste es el que suele constituir la injuria grave, no obstante que los hechos que forman ese conjunto, tomados aisladamente, puedan ser insignificantes. "Quien escribe esos nefandos documentos, quien hace llorar a su esposa, quien se presenta con policía a su casa a amedrentarla, quien le rebaja la ración y da orden para que no se le entregue nada, ni siquiera los productos de bienes propios de ella, y quien celebra contratos dolosos, como los que se leen en las páginas de este proceso", injuria gravemente a su mujer.

El Tribunal incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda. En ésta no se usaron palabras sacramentales, pero de los hechos segundo y quinto se infieren alegadas las causales de abandono y administración fraudulenta, y, por consiguiente, desestimó las pruebas encaminadas a demostrar la existencia de esos hechos.

Tales pruebas consisten en la confesión del demandado, al contestar la demanda, referente al hecho de que vive separado de su esposa; en las escrituras en donde consta el contrato de arrendamiento que de los bienes de la demandante celebraron los hermanos Torrente; en la declaración de algunos testigos sobre el abandono por Torrente de sus deberes de cónyuge.

A consecuencia de tales errores, el Tribunal violó los arts. 200 y 154, causal 4ª, del C. C.; 2º de la ley 8ª de 1922 y 604, 606, 607 y 609 del C. J.

Motivos

El matrimonio colombiano se configura sobre el concepto formado por las tres cualidades siguientes, de las cuales la última es propia solamente de la dogmática católica y las dos primeras son comunes a todas las legislaciones contemporáneas, incluyendo la soviética: monógamo, perpetuo e indisoluble.

Por consiguiente, en nuestro derecho matrimonial civil se regularon únicamente la separación de cuerpos, impropiamente llamado divorcio, y la separación de bienes.

El art. 154 del C. C. enumera las causas cuya presencia daña los fines matrimoniales, fines que la ley protege en nombre del interés público. Todas esas causas están inspiradas en el principio de culpabilidad, según el cual se exige la conducta intencionada para perturbar la vida común, y se apoya en la serie de actos o circunstancias estimados por el legislador contrarios al derecho conyugal, que deben darse en la persona del cónyuge culpable para que constituya infracción jurídica. La culpa de ambos cónyuges no se compensa.

Tanto el trato cruel como los ultrajes pueden no ser actos de violencia, pero sí índice de brutalidad incorregible, o revelar una total omisión de las consideraciones esenciales para la convivencia espiritual del matrimonio.

Entre los ultrajes y el trato cruel de una parte y los maltratamientos de obra de la otra, no hay paridad ni equivalencia, pero ambas clases de hechos requieren, para causar la separación de cuerpos, que no se produzcan como impulsos del momento o movimientos transitorios, sino que dimanen de una conducta perniciosa, manifestada por una suficiente sucesión de actos capaces de afectar las relaciones familiares.

Las causales 4ª y 5ª del citado art. 154, dan lugar a una indefinida variedad de matices, cuya conducencia, para los efectos de estimar la acción, sólo puede apreciarse con arreglo a las circunstancias de cada caso y a las condiciones de vida y de educación de las partes.

Como el art. 2º de la ley 8ª de 1922 estableció, en favor de la mujer, para separarse de bienes, las mismas causales civiles creadas para la separación de cuerpos, aquéllas deben ser analizadas por el juez con el mismo criterio que si se tratara de pronunciar el divorcio. En efecto, las excepciones y modificaciones que, según el art. 194 del C. C., sufre la potestad marital a causa de la separación de bienes, no pueden ser las mismas cuando ésta se decreta por las causales del art. 154 ibídem, las cuales extinguen la vida en común, que cuando se verifica con apoyo en las del art. 200 ibídem. Las causales de este último artículo, aparte de que no pueden ser invocadas como hechos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932, no suponían la imposibilidad de convivencia de los cónyuges. La administración fraudulenta del marido era una conducta inmoral, porque en el hecho el hombre sustituía los medios legítimos que tenía

para vivir por los de su mujer, lo cual daba como resultado el de que las cargas del matrimonio se atendieran exclusivamente con los bienes de ella. Pero esa conducta inmoral, en la mayoría de los casos, no hacía perder al marido la consideración en el concepto público, y, por tanto, no destruía el hogar.

El pensamiento que acaba de expresarse, se desarrolla, para mayor claridad, de esta otra manera:

Según el art. 194 del C. C., las reglas dadas en el capítulo que él cierra sufren modificaciones por la separación de bienes. Cuáles sean y hasta dónde vayan éstas, es una consecuencia de la separación misma, y, como es lo natural, de las causas por las cuales se decrete.

Mientras estas causas fueron tan sólo las de orden patrimonial, establecidas en el art. 200 de esa obra, tales modificaciones no podían menos de reducirse a lo correspondiente a los bienes, su administración, tenencia, enajenación, etc.

Claro es, por ejemplo, que la insolvencia del marido, el mal estado de sus negocios por especulaciones aventuradas, etc., no eran algo que de suyo hubiera de significar estorbo, impedimento o peligro para la convivencia de los consortes, aun colocando el pensamiento en la época anterior a la ley 28 de 1932.

Pero cuando la ley 8ª de 1922, en su art. 2º, vino a agregar a esas causales las que establece el art. 154 del Código, como otras tantas de divorcio, las aludidas modificaciones que un decreto de separación introduce en la potestad marital no pueden limitarse a la tenencia, administración y disposición de bienes o a la liquidación total o parcial de la sociedad conyugal, con su respectivo inventario preparatorio, porque si, por ejemplo, el juzgador halla comprobada la causal 5ª del citado art. 154 y por tal motivo acoge la demanda de separación de bienes, no puede cerrar los ojos a la influencia que todo aquello en que esa causal consiste ha de tener fatalmente sobre algo más que esa faz patrimonial, y habrá de abrirlos a lo que esa causal indica, como, en su caso, el peligro de la vida misma de los cónyuges.

En este evento se produce una separación de hecho, como algo ineludible para defender hasta el honor y aún la misma vida de alguno de los cónyuges, pero esa separación, lo mismo que la que decretan provisionalmente las autoridades en algunos casos, no produce los resultados jurídicos de una sentencia de divorcio y por eso, en ese caso, no podrían tener efecto los arts. 160, 161, 166 y 168 del C. C.

De que el juzgador reconozca esa esencial diferencia de efectos en razón de la diferencia de causas, no puede deducirse que erija la separación en divorcio, identificando juicios y hechos tan diferentes, ni mucho menos que desconozca o quebrante el fuero que para conocer de los juicios de divorcio en matrimonios católicos da a la iglesia el art. 19 de la ley 35 de 1888.

Múltiples y diversos resultados tiene una sentencia de divorcio, cuyos efectos civiles, de paso sea recordado, son de la potestad civil, según la misma disposición que acaba de citarse. Reconocer que una separación de bienes ha de modificar la potestad marital de idéntico modo, con entera uniformidad, desoyendo las diferencias que entre sí tienen las respectivas causales, no es, ni con mucho, conceder o atribuír a la simple separación de bienes los alcances plenos de una sentencia de divorcio.

Y esto que es así dentro de la situación anterior a la ley 28 de 1932, con más veras resalta la diferencia de modificaciones de la potestad marital de que se viene hablando, en razón de la diferencia de causales, dentro de la simple separación de bienes, entre el estado legal creado por esta ley, ya respecto del patrimonio propio de la mujer, ya respecto de la sociedad conyugal.

El error de derecho en que incurrió el Tribunal estriba precisamente en que no estimó como suficientes las circunstancias, probadas en este pleito, que condujeron a los cónyuges a separarse de hecho, circunstancias que revelan la permanente actitud ultrajante del marido para con su esposa. Una de esas circunstancias indicadora de su conducta, suficientemente ofensiva para la comunidad de ese matrimonio, se halla en la que redujo a la indigencia a la mujer, apropiándose el marido de la renta de los bienes de aquélla, no obstante residir ambos ya en distintas poblaciones, por la imposibilidad de avenirse a la vida en común.

Es también error del Tribunal presumir que, en materia de culpa conyugal, el perdón por un móvil especial implica perdón por causa general. Lo que aparece en realidad del proceso es que la mujer procuró, en distintas ocasiones, convivir con su marido, pero las reiteradas injurias de éste producían los nuevos y sucesivos rompimientos, hasta cuando, acosada por la necesidad económica, demandó la separación de bienes.

No se decreta la entrega de los bienes que pertenecen a la mujer, porque de acuerdo con el art. 1821 del C. C., ello es propio del juicio que ha de seguirse para cumplir este fallo.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Cali el 8 de febrero de 1936, y en su lugar resuelve:

1º Revócase el fallo dictado por el Juzgado 3º del Circuito de Cali, el 21 de junio de 1934.

2º Declárase disuelta definitivamente la sociedad de bienes contraída, por el hecho de su matrimonio, entre los cónyuges Lucía García Vásquez y Julio Torrente M.

3º Sujetándose a lo dispuesto en el inciso 1º del art. 550 del C. J., procédase a la liquidación, inventario, tasación y partición de todos los bienes que usufructuaba o de que era responsable la sociedad disuelta, en el término y forma prescritos en el Capítulo III del Título XXX del Libro II del Código Judicial.

4º No se levantará el secuestro de los bienes decretado en este juicio, hasta que se haga la partición de éstos, a menos que los cónyuges, de común acuerdo, pidan su terminación, o de que la demanda a que se refiere el art. 935 del C. J. no se haya presentado dentro de los diez días siguientes al de la notificación del auto que, en obedecimiento de la presente resolución, dicte el Juzgado 3º del Circuito de Cali.

Sin costas; en este pleito son de cargo del demandado.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Antonio Rocha, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DIVORCIO Y SEPARACION DE BIENES

1.—La ley 8ª de 1922 se redujo a crecer el número de causales, pero no varió el fenómeno. Este continuó siendo de simple separación de bienes. Acepto que las nuevas causales deben ser analizadas por el juez con el mismo criterio que si se tratara de pronunciar divorcio. Pero no acepto, no puedo aceptar, que las reglas sobre obligaciones y derechos entre los cónyuges sufran ciertas excepciones o modificaciones cuando la separación se decreta por alguna de las dos antiguas causales, y excepciones o modificaciones distintas cuando se decreta por algún motivo de los que autorizan también el divorcio. Si de este modo se entendiera el artículo 194 del código civil, llegaríase al absurdo de dar a una SIMPLE separación de bienes efectos de divorcio.—2.—Es verdad que la insolvencia del marido o su administración fraudulenta no hacen de suyo imposible la convivencia en el hogar, como otras de las causales trasladadas del divorcio a la simple separación de bienes por la ley de 1922. Empero, esta imposibilidad de convivir no hace que un fallo de mera separación, cuyos efectos son exclusivamente patrimoniales, invada el campo de otra potestad y el radio de otro juicio y de otra sentencia, para afectar la vida común de los casados como si el juicio en todo o en parte fuera de divorcio y no de simple separación.—3.—Los juicios de divorcio en los matrimonios católicos se rigen por las leyes de la Iglesia. Así lo prescribe el artículo 15 de la ley 57 de 1887. Igual cosa establecen el artículo 51 de la ley 153 del mismo año, que señala como potestad exclusiva de los tribunales eclesiásticos el decidir sobre divorcio con arreglo a las leyes canónicas, y el artículo 19 del concordato, según el cual son de la privativa competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten la cohabitación de los cónyuges.—Véase, pues, si será de recibo el concepto de que una sentencia de simple separación de bienes produce algún efecto análogo a los que se originan de una sobre divorcio, cuando la causal acogida por el juez civil es de aquellas que pudieron alegarse como motivo de divorcio ante el juez eclesiástico.

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado Moreno Jaramillo

Dice la corte:

"Como el art. 2º de la ley 8ª de 1922 estableció, en favor de la mujer, para separarse de bienes, las mismas causales civiles creadas para la separación de cuerpos, aquéllas deben ser analizadas por el juez con el mismo criterio que si se tratara de pronunciar el divorcio. En efecto, las excepciones y modificaciones que, según el art. 194 del C. C., sufre la potestad marital a causa de la separación de bienes, no pueden ser las mismas cuando ésta se decreta por las causales del art. 154 ibídem, las cuales extinguen la vida en común, que cuando se verifica con apoyo en las del art. 200 ibídem .....".

Comento:

Simple separación de bienes es la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial o por disposición de la ley. Según el artículo 200 del código civil, había dos causales de separación: la insolvencia del marido o su administración fraudulenta. Nada más. Con el fin de mejorar la condición de la mujer como socia, no como cónyuge, fue dictado el artículo 2º de la ley 8ª de 1922, merced al cual se aumentaron las causales de separación agregando aquéllas que autorizan el divorcio por hechos imputables al marido de acuerdo con el artículo 154 del código civil, y la disipación y el juego habitual de que trata el artículo 534 del mismo código.

Hecho ese aumento, las causales de separación de bienes no son ya únicamente dos, sino muchas más, a saber: insolvencia; administración fraudulenta; disipación; juego habitual, y hechos imputables al marido, de los que autorizan el divorcio según el artículo 154 del código civil.

La ley 8ª de 1922 se redujo a crecer el número de causales, pero no varió el fenómeno. Este continuó siendo de simple separación de bienes. Acepto que las nuevas causales deben ser analizadas por el juez con el mismo criterio que si se tratara de pronunciar divorcio. Pero no acepto, no puedo aceptar, que las reglas sobre obligaciones y derechos entre los cónyuges sufran ciertas excepciones o modificaciones cuando la separación se decreta por alguna de las dos antiguas causales, y excepciones o modificaciones distintas cuando se decreta por algún motivo de los que autorizan también el divorcio. Si de este modo se entendiera el artículo 194 del código civil, llegaríase al absurdo de dar a una simple separación de bienes efectos de divorcio.

Dice la corte:

"Las causales de este último artículo (el 200 del C. C.), aparte de que no pueden ser invocadas como hechos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932,

no suponían la imposibilidad de convivencia de los cónyuges...".

Comento:

Es verdad que la insolvencia del marido o su administración fraudulenta no hacen de suyo imposible la convivencia en el hogar, como otras de las causales trasladadas del divorcio a la simple separación de bienes por la ley de 1922. Empero, esta imposibilidad de convivir no hace que un fallo de mera separación, cuyos efectos son exclusivamente patrimoniales, invada el campo de otra potestad y el radio de otro juicio y de otra sentencia, para afectar la vida común de los casados, como si el juicio en todo o en parte fuera de divorcio y no de simple separación.

Según el artículo 194 del código civil, las reglas dadas sobre obligaciones y derechos entre los cónyuges sufren excepciones o modificaciones por la separación de bienes. Esta simple separación es el contenido único, con efectos exclusivamente económicos, del fallo que la pronuncia. Sus consecuencias son unas mismas, sean cuales fueren la causal o las causales acogidas por el fallador.

Dice la corte:

"Mientras estas causas (de separación) fueron tan sólo las de orden patrimonial, establecidas en el art. 200 de esa obra (C. C.), tales modificaciones no podían menos de reducirse a lo correspondiente a los bienes, su administración, tenencia, enajenación, etc. ... Pero cuando la ley 8ª de 1922, en su art. 2º, vino a agregar a esas causales las que establece el art. 154 del código como otras tantas de divorcio, las aludidas modificaciones que un decreto de sepapración introduce en la potestad marital no pueden limitarse a la tenencia, administración y disposición de bienes o a la liquidación total o parcial de la sociedad conyugal, con su respectivo inventario preparatorio, porque sí, por ejemplo, el juzgador halla comprobada la causal 5ª del citado artículo 154, y por tal motivo acoge la demanda de separación de bienes, no puede cerrar los ojos a la influencia que todo aquello en que esa causal consiste ha de tener faltamente sobre algo más que esa faz patrimonial, y habrá de abrirlos a lo que esa causal indica, como, en su caso, el peligro de la vida misma de los cónyuges".

Comento:

El divorcio, tal como lo reglamenta el código civil, se reduce a conceder a los cónyuges la facultad de suspender la vida común. Es el divorcio canónico. Aunque los cónyuges continúan unidos por el matrimonio, la justicia los dispensa de la vida común y de las obligaciones consiguientes. Requiere decreto judicial.

Los juicios de divorcio en los matrimonios católicos se rigen por las leyes de la Iglesia. Así lo prescribe el artículo 18 de la ley 57 de 1887. Igual cosa establecen el artículo 51 de la ley 153 del mismo año, que señala como potestad exclusiva de los tribunales eclesiásticos el decidir sobre divorcio con arreglo a las leyes canónicas, y el artículo 19 del concordato, según el cual son de la privativa competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten la cohabitación de los cónyuges.

Véase, pues, si será de recibo el concepto de que una sentencia de simple separación de bienes produce algún efecto análogo a los que se originan de una sobre divorcio, cuando la causal acogida por el juez civil es de aquellas que pudieron alegarse como motivo de divorcio ante el juez eclesiástico.

Si en el juicio de separación se admiten causal o causales de divorcio, significará ello que la mujer inocente puede también pedir se la divorcie ante los tribunales eclesiásticos, y obtener en su favor y en el de sus hijos ciertas medidas provisionales si acaso peligra su vida o se hacen imposibles la paz y el sosiego domésticos.

Aunque la corte, en párrafos siguientes a los ya copiados, deja a salvo el fuero eclesiástico para conocer de los juicios de divorcio en matrimonios católicos, y aunque atempera su punto de vista diciendo que la sentencia de separación no produciría los efectos contemplados por los artículos 160, 161, 166 y 168 del código civil, me atrevo a pensar que subsisten en toda su fuerza estas dos observaciones mías: la de que un mero aumento de causales de separación fue tomado como si incidiera en los efectos del correspondiente fallo, el cual continúa teniendo en mi sentir un carácter exclusivamente patrimonial, y la de que se involucran en parte las consecuencias de la simple separación con las del divorcio.

Dicho sea, rindiendo como siempre mi respeto a los honorables colegas.

Bogotá, junio 4, 1937.

Miguel Moreno J.

REIVINDICACION

La Corte halla acertada la interpretación que dio el Tribunal sentenciador al instrumento de 1922, según la cual se trata de una compraventa y no de un mandato.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Tribunal Superior de Medellín desató en segunda instancia el juicio ordinario de Miguel Escobar Tobón contra Lisandro Ochoa, Justiniano Escobar y otros sobre reivindicación de un inmueble ubicado en esa ciudad, previas ciertas declaraciones que se estudiarán adelante, en sentencia de 15 de junio de 1936, contra la cual interpuso recurso de casación el actor. Sustanciado el recurso, debe decidirse, y a ello se procede.

Antecedentes

En la escritura Nº 950, otorgada en la Notaría 3ª de Medellín el 29 de agosto de 1922, el señor Diego Escobar O. manifestó transferir en venta el inmueble en ella determinado y aquí ya aludido, a los prenombrados demandados Ochoa y Escobar por el precio de $ 8,500, así: $ 4,500, principal de deuda del tradente a terceros, respaldada por los adquirentes y que éstos asumían, y $ 4,000, principal de otra deuda del mismo tradente a favor de otro tercero, asumida por ellos también. Esa finca estaba hipotecada en favor de este acreedor y también (segundo gravamen) en favor de los mismos adquirentes para respaldarlos en la responsabilidad asumida por ellos al firmar con el tradente la citada obligación de $ 4,500.

Interpretando ese instrumento en forma de no contener compraventa sino mandato, el señor Diego Escobar O. manifestó revocarlo por no haberlo desempeñado los mandatarios y reservarse el derecho de exigirles la restitución del inmueble: tales las declaraciones de la escritura Nº 1,544 otorgada por D. Diego ante el Notario 4º de Medellín el 2 de octubre de 1933; y sobre ese pie, al día siguiente, en esta misma Notaría otorgó la escritura Nº 1,559, en que manifestó transferir esa finca en venta, junto con el derecho de reivindicarla de los prenombrados Ochoa y Escobar (Lisandro), al señor Miguel Escobar Tobón. Aquella revocación se notificó a Ochoa y Escobar (Justiniano) judicialmente el 17 del mismo octubre de 1933.

Estos mismos señores, por medio de la escritura Nº 499, ante dicho Notario 4º, el 5 de abril del año siguiente (1934), vendieron el inmueble en referencia a los señores Carlos y Alfonso Ochoa y a la sociedad Escobar & Compañía, mitad de ésta y mitad de aquéllos.

Fundándose en los hechos aquí resumidos, el señor Escobar Tobón demandó en vía ordinaria a esta sociedad y a los demás adquirentes nombrados, todos con domicilio en Medellín, a fin de que se condene a los poseedores actuales a restituirle ese inmueble con sus frutos y, para llegarse a esa condena, de que previamente se declare que el referido contrato de 1922 no fue de compraventa sino de mandato y que, revocado éste y adquirido por el actor el dominio, tiene él mejor derecho que esos poseedores, que derivan el suyo de título conferido por meros mandatarios cuyo mandato estaba revocado ya cuando se lo confirieron. Pide indemnización de perjuicios a cargo de tales mandatarios, así como condenación en costas a favor del actor

Los poseedores, notificados de la demanda en septiembre de 1934, aduciendo la citada escritura de 5 de abril del mismo año, denunciaron el pleito a sus vendedores, y la denuncia fue admitida. Además, como ya se dijo, contra éstos directamente se había instaurado también la demanda.

El grupo de demandados se opuso, sobre la base de no ser mandato sino compraventa el tántas veces citado contrato de 1922.

Acogiendo este concepto, el Juzgado 3º del Circuito de Medellín, en sentencia de 25 de octubre de 1935, soltó el litigio en primera instancia negando las declaraciones pedidas por Escobar Tobón y poniendo de presente que éste carece de la acción incoada. El Tribunal pronunció el 15 de junio de 1936 la sentencia materia del recurso de casación en que ahora se está, la que confirmó la del Juzgado.

La escritura Nº 950

En bien de la claridad de los conceptos del Tribunal que lo llevaron a la confirmación de que acaba de hablarse, conviene ante

todo tener a cuento la citada escritura de 1922.

Sus varias cláusulas van en este orden: 1ª El señor Diego Escobar O. declara deber a la sociedad Alejandro Echavarría e Hijos $ 4,500 con intereses, en obligación personal exclusivamente suya, en que los señores Lisandro Ochoa y Justiniano Escobar aparecen como sus codeudores solidarios; 2ª Que esa deuda es de plazo vencido y él no puede atenderla, por lo cual tienen que pagarla estos señores; 3ª "Que por este motivo transfiere y da en pago, en forma que cause venta a los señores Lisandro Ochoa y Justiniano Escobar O., de por mitad para los dos, un lote de terreno con sus mejoras y anexidades, situado..."; 4ª Esta cláusula cita el título de adquisición; 5ª Esta cláusula expresa que el inmueble tiene dos hipotecas: la primera en favor de la compañía Industrial La Mazorca por principal de $ 4,000, y la segunda en favor de los mismos adquirentes para garantizarles la responsabilidad asumida por éstos en la citada deuda de Alejandro Echavarría e Hijos; 6ª Que el precio es de $ 8,500, así: $ 4,000 que deja en poder de los adquirentes para que paguen igual cantidad a La Mazorca, y $ 4,500 que ellos pagarán también por la otra deuda que acaba de citarse; 7ª Esta cláusula expresa la entrega material de la finca, "con sus usos, costumbres y servidumbres activas y pasivas, a los compradores"; 8ª Esta cláusula expresa la obligación de sanear. Y la novena advierte que los adquirentes "no se obligan personalmente al pago de la deuda a favor de la Compañía Industrial La Mazorca, pues si la propiedad adquirida no alcanzare para pagar esa deuda, ellos no quedan responsables a pagar lo que falte".

Los señores Escobar, don Diego antes y don Miguel después, han sostenido que por virtud de esta cláusula novena, así como de los antecedentes relatados en las cláusulas anteriores de esta escritura, ella no contiene una trasferencia de dominio, por más que hable de compraventa; que esta denominación fue errónea; y que la verdadera intención de los contratantes, intención que debe prevalecer sobre las palabras de que se sirvieron allí, fue la de capacitar don Diego a don Lisandro y don Justiniano para vender el inmueble y aplicar su producto al pago de las deudas allí mismo detalladas, venta y pago a que debían proceder. Así se destacan los fundamentos de su opinión sobre que ese instrumento contiene un mandato.

De su lado los demandados sostienen que lo contenido en ese instrumento es una compraventa y que la cláusula novena se encaminó simplemente a precisar la deuda de La Mazorca y consiguientemente el precio, en forma de no afectarlos personalmente lo que esta deuda llegase a exceder del monto preciso que ellos asumían.

La sentencia recurrida

Los razonamientos en cuya virtud llega el Tribunal a este último concepto se resumen así: después de trascribir las cláusulas primeras de ese instrumento, aquí ya vistas, dice que indudablemente contienen una compraventa, pues especifican la cosa y el precio, y que ante ellas no hay ni asomo de mandato, por no haberlo de gestión de un negocio confiada por una persona a otra que se hace cargo de tal gestión por cuenta y riesgo de la primera, que es como define este contrato el Código Civil en su art. 2142. Trascribe en seguida el Tribunal la cláusula novena, llamándola nudo gordiano de la cuestión, y manifiesta que sólo contiene un pacto lícito de los que pueden agregarse a una compraventa según el art. 1945 de esa obra; añade que es una especie de garantía dada por el vendedor a los compradores sobre que lo vendido sí valía el precio fijado, al punto de que si no lo alcanzaba, aquél les cubriría la diferencia, y advierte que ésta es una ocurrencia frecuente en la vida de los negocios.

Alude a la situación de los de don Diego y a lo que ella había obligado a don Lisandro y don Justiniano, aparentes codeudores suyos que tenían que pagar por él y que se veían forzados a recibirle lo que él los trasfería para librarlos de los perjuicios ocasionados por los servicios gratuitos que le habían prestado, y advierte que si la intención hubiera sido la de constituir un mandato y mandatarios, no les habría trasferido, advirtiendo expresamente que lo hacía en forma que causara venta, o al menos no se hubiera dicho que el precio eran los dichos $ 8,500 pagados como reza la escritura. Extremando esta reflexión, llega el Tribunal a manifestar que sería dudoso que hubiera mandato, aun en el evento de haberse estipulado que, en el caso de lograrse mayor precio, el exceso sería para el vendedor.

El recurso

Acusa el recurrente la sentencia por violación de los arts. 1618, 1621, 1622 y 1945 del C. C., y de paso cita, además, algunos

otros del mismo Código, como se verá adelante.

El art. 1618, al dar prevalencia a la intención sobre las palabras, parte del supuesto de un conflicto entre unas y otras, no meramente imaginado, sino firmemente establecido con la demostración clara de aquélla y su discrepancia con éstas. De ahí que comience en estos términos: "Conocida claramente la intención de los contratantes...". Así, quien acusa por violación de esta disposición legal en razón de haberse sobrepuesto las palabras a una intención traicionada por ellas, lo primero que debe hacer es demostrar esa intención claramente. En el presente caso el recurrente halla demostrada la intención afirmada por él por medio de la citada cláusula novena y la exposición de antecedentes contenida en las cláusulas anteriores de la referida escritura de 1922, la que estima erróneamente interpretada por el Tribunal.

La Corte halla acertada esta interpretación cuando el Tribunal encuentra que ese instrumento contiene y solemniza una compraventa y no un mandato.

Si efectivamente la intención hubiera sido la de apoderar don Diego a don Justiniano y don Lisandro para vender por cuenta de él, ningún obstáculo se oponía a que lo dijera así y procediera a conferirles el mandato respectivo. Así les habría sido más sencillo a los tres reglamentar la gestión y sus consecuencias, previendo las varias contingencias sobre cuantía del precio de venta y monto de cada uno de los dos créditos mencionados. Si de mandato se tratase, lo procedente fuera formular las bases de esa reglamentación y previsión y determinar las resultas de una diferencia por exceso o por defecto, diferencia posible y aún probable y que hasta por segura habían de considerar, ya que sólo una casualidad podría igualar el precio de una venta ulterior, naturalmente a la sazón ignorado, con la suma de dos créditos cuyo monto preciso tenía a la sazón que ignorarse también, pues entre otras cosas no se sabía cuándo se haría esa venta y cuáles los intereses devengados hasta ella. Esto, sin contar con la posibilidad de arreglos, rebajas y moratorias.

El pensar en estas incertidumbres conduce a reconocer que si los contratantes hubieran acordado en su intención un mandato, precisamente a él y no a compraventa habrían acudido en sus palabras, porque recurrir a éstas deseando aquél era escoger una senda extraviada muy ocasionada a dificultades, que no es de suponerse que nadie desee crearse pudiendo sencillamente evitarlas.

A la verdad, ni el recurrente mismo desconoce que hubo una cosa determinada y un precio. A este último respecto objeta, sí, que el precio no se determinó debidamente, porque quedó sujeto a posteriores alteraciones, en razón de la posibilidad de alza del crédito de La Mazorca, según la cláusula novena. Pero esta reflexión no se halla acogible, porque la limitación de la responsabilidad personal de los adquirentes a la cifra de cuatro mil pesos pactada en esa cláusula, antes que alterar el total del precio, concurre a su fijación, siendo así que cierra la posibilidad de alterarlo porque el monto de ese crédito se altere. Como se ha visto, esta partida es una de las dos que forman o integran los $ 8.500 del precio total.

La responsabilidad esquivada en esa cláusula novena por los adquirentes es la personal, que mira al nexo con que se atan a don Diego como vendedor, con cuyo consenso advierten que el exceso que llegue a haber sobre la precisa cifra de cuatro mil pesos no lo respaldan. Lo que significa, como ya se vio, que el precio quedaba libre de las alternativas que pudieran presentarse por los posibles cambios de monto de esa obligación. Concurre, pues, esa cláusula novena, rectamente interpretada o, mejor dicho, leída —ya que no tiene complicación alguna— a la precisión del precio.

Claro es que, estando la finca hipotecada para el pago, respondía del total de la deuda, sin que esa limitación en la compraventa antedicha pudiese ser excepción válida para ante el acreedor, por lo cual los adquirentes, en tal evento, no podían escapar, como poseedores de la finca hipotecada, al cobro; pero sí quedaban revestidos de acción contra su vendedor para el reembolso del posible exceso, caso de haberlo, ya que la obligación que asumían como compradores tenía ese límite fijo.

Los antecedentes del contrato de 1922, expuestos en la escritura, son explicación clara de cómo y por qué se llegaba por sus otorgantes a una compraventa, puesto que indican que, puestos en el trance de pagar por don Diego, los adquirentes recibían de éste lo que les daba en pago (tales las palabras de ese instrumento), que era un inmueble estimado por ellos entonces en $ 8.500, con visible temor de que no alcanzase a tanto, por lo cual, siendo de $ 4.500 la deuda en que ya estaban comprometidos, al asumir como complemento del precio una deuda por los restantes $ 4.000, lógicamente en guarda de la precisión del precio pactaron la ex-

presada limitación a esta cantidad para la obligación personal que asumían por razón de esta otra deuda.

No halla, pues, fundados la Corte los cargos de violación de los citados artículos del C. Civil: no del 1618, porque no se encuentra una intención de los contratantes diferente de la indicada por el tenor literal de su contrato ni, mucho menos, contraria a éste; no del 1621, porque la interpretación dada por el Tribunal al mismo contrato es la que mejor cuadra con la naturaleza de éste y, además, no se ve cómo cuadrara mejor o siquiera cuadrara con él la interpretación sostenida por el demandante; no del 1622, porque la dada por el Tribunal no desarmoniza en manera alguna las varias cláusulas de aquél entre sí ni impide que la novena sea considerada en sentido conveniente al contrato en su totalidad; y no del 1945, porque el pacto contenido en esa cláusula novena, a más de concurrir visible y eficazmente a la precisión del precio —lo que indica su pertinencia a la compraventa— es del todo lícito, pues se reduce a establecer, como repetidamente aquí se ha dicho, que los compradores no asumen personalmente el pago de lo que el crédito de La Mazorca pueda exceder, si tal llegare a ser el caso, de los cuatro mil pesos en que lo precisan como parte integrante del precio de la compraventa.

No comprando los señores Ochoa y Escobar (Justiniano) por adquirir, sino, como lo pone de presente la escritura misma, por resarcirse o respaldarse en lo tocante al pago que pendía sobre ellos ya y que como propio asumían, libertando al deudor, y hablando la escritura expresamente de venta a tercero, al aludir a que ésta no alcanzara a completar el otro pago, se impone la conjetura o el reconocimiento de que los contratantes daban por sentado de que para atender los compradores a las dos obligaciones que asumían, tendrían que vender lo que por tal instrumento compraban; pero de ahí no se deduce que contrajeran la obligación de vender; de suerte que si lograron hacer esos pagos sin necesidad de vender, no puede de ahí deducirse que faltaran a algo de aquello a que se comprometieron para con don Diego. El derecho que éste adquirió como concomitante a las obligaciones de ellos fue el de que esas deudas quedaran pagadas. Ellos sabrían cómo las pagaban. Y ello es que las pagaron, como está demostrado y como ni siquiera se ha discutido en este proceso.

Aunque no se formula acusación alguna en relación con los arts. 2157, 2160 y 2173 del C. C., el hecho de citarlos y de referirse a ellos el alegato de casación indica la conveniencia de advertir que versan sobre el contrato de mandato en su desempeño, para ajustar al mandatario a los términos del mandato; para decir qué es recta ejecución y qué comprende, y para prohibir al mandatario apropiarse lo que exceda al beneficio o minore el gravamen designado en el mandato. La circunstancia de no hallarse este contrato en la discutida escritura Nº 950 hace ver que ni ocasión se presentó en el presente litigio para que pudieran quebrantarse estas disposiciones de la ley sustantiva. La sentencia del Tribunal encontró en ese instrumento una compraventa y decidió como consecuencial y lógicamente correspondía en pleito cuyo eje y razón de ser, ante la demanda y sus súplicas, es que ese instrumento contenga el mandato que le halla el demandante.

Lo dicho hasta aquí basta para negar la casación pedida.

Sin embargo, debe anotarse una circunstancia cuya falta de cita pudiera sugerir que la Corte la ha pasado por alto. Don Diego Escobar O. por sí mismo siguió juicio ordinario contra don Lisandro Ochoa y don Justiniano Escobar O., a fin de que se declarase mandato y no compraventa el contrato contenido en la tan citada escritura Nº 950 de 1922, y si bien el Juzgado de primera instancia negó lo pedido por conceptuar que de compraventa se trata, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 26 de noviembre de 1928, conceptuó que se trata de mandato, bien que acabó en la parte motiva por abstenerse de hacer las declaraciones consecuenciales pedidas en la demanda, porque estimó que no habiéndose señalado término a los mandatarios para el desempeño de su gestión y no habiéndoseles requerido, la demanda era prematura, por lo cual declaró probada la excepción de petición antes de tiempo.

El haberse seguido ese pleito y dictádose así esa sentencia es un hecho que figura entre los fundamentales de la demanda del presente juicio. Pero acerca de este punto no hubo controversia, como podía haberla habido a fin de indagar el alcance del concepto del Tribunal de que efectivamente se trataba de mandato y establecer el influjo de ese concepto en pleito entre los contratantes de 1922 sobre lo que haya de tenerse por intención de ellos en lo atañedero a ese contrato. Pero esa indagación y esa influencia quedaron descartadas del debate, como lo hacen ver las expresas opiniones que en este

sentido formuló la parte demandante en sus alegatos de instancia.

De otro lado —y con esto bastaría para no poder la Corte entrar siquiera en el estudio de esos problemas— en la demanda de casación no se funda en ello motivo alguno, ni sobre ese pie se alega nada contra la sentencia actualmente recurrida, la que al referirse a aquélla (la de 1928) observa que no obliga al juzgador ahora ni es antecedente constitutivo de cosa juzgada, ya porque en definitiva fue favorable a los demandados, ya porque el concepto sobre tratarse de mandato sólo se expresa en la parte motiva.

En suma: si la Corte ha tomado nota, en su detenido estudio del proceso, de todos los elementos del mismo y, por tanto, de aquella sentencia, no ha sido el caso de considerarla en el presente recurso por no haberse alegado nada en éste al respecto, sin duda en atención a los precedentes de instancia que sobre el mismo tema quedan ya brevemente recordados aquí.

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 pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el quince de junio de mil novecientos treinta y seis. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Antonio Rocha, Arturo Tapias Pilonieta. Por el Secretario, el Oficial Mayor, Emilio Prieto Hernández.

MANDATO SIN REPRESENTACION

7.—Según el código de Napoleón, artículo 1984, el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. La doctrina francesa ha hallado incompleta esta definición, que no separa los actos jurídicos de los materiales y ve siempre en el mandato algo representativo. Dos graves glosas al concepto del código francés. Planiol y Ripert proponen sea definido como la convención por la cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, poder de ejecutar, en su nombre y lugar, uno o varios actos jurídicos. Pero el mandato, tal como lo comprende y organiza el código de Francia, implica representación. Es imposible, observa Josserand, ver en el no representativo un verdadero mandato; "expurgado de su característica natural no es más que la sombra de sí mismo". Descartando esa noción, admiten los expositores franceses que las partes puedan asumir dos actitudes. Una ostensible, como el comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su personalidad existe la del comitente, aunque no les importe saberlo porque es la solvencia de aquél, no la de éste, lo que ellos toman en cuenta. Otra secreta, como el testaferro que presta su nombre para un negocio en realidad de un tercero. "Organo pero no representante jurídico del comitente....." 2.—Más comprensivo el código de Colombia, define el mandato diciendo ser un contrato mediante el cual 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. No lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos habla de negocios. Distingue la representación del interés, al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Si en la ley francesa el apoderado no es sino la imagen del comitente, hasta el punto de que, según la expresión del jurisconsulto Turrihle, aquél desaparece como un andamio después de concluído el edificio, en la colombiana puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. Así lo enseñan el art. 2146, cuando dice que el negocio puede interesar al mandatario únicamente, y el artículo 2177, cuando dice que el apoderado puede contratar a su propio nombre. Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la INTERPOSICION en todas sus formas lícitas; y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador tenga voluntad de obligarse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil. Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Alfonso Delgado L. demandó a Luis Eduardo Betancourt y Emma Delgado, cónyuges entre sí, y a Jesús Ernesto Aulestia, para que se hicieran estas declaraciones:

a) Que está rescindido, revocado o resuelto el contrato a que se refiere la escritura 299, de 2 de septiembre de 1932, otorgada en la notaría de Cartago, y

b) Que los cónyuges Betancourt y Delgado, deben otorgar al demandante escritura de los bienes de que trata el instrumento aludido.

Para el caso de que no se hicieran las anteriores declaraciones, pidió lo siguiente:

c) Que está rescindido o resuelto el contrato constante en la escritura 299, pero sólo en lo relativo a dos de los inmuebles;

ch) Que el dominio de "La Mariela" continúa radicado en Jesús Ernesto Aulestia, pero sólo de acuerdo con la delimitación que a tal finca se le dio en la escritura 299, y que en cuanto a los derechos territoriales y demás inmuebles de que trata el mismo instrumento, vuelven ellos al dominio de los cónyuges Betancourt y Delgado, y

d) Que continúa en su vigor el contrato celebrado entre los dos cónyuges y Delgado L., en aquellos bienes restituídos al dominio de los primeros, por lo cual debe hacerse escritura de los mismos al actor.

También subsidiariamente, por si no se hacían las anteriores declaraciones, pidió estas nuevas:

e) Que está rescindido, por lesión enorme, el contrato a que se refiere la escritura 299 y que Aulestia debe restituír los bienes a los cónyuges Betancourt y Delgado, y

f) "Que en el mismo fallo se disponga lo relativo a la restitución o pago de los tres mil pesos; quién debe a quién y cuánto, si el supuesto comprador Aulestia no hiciera uso del derecho que le concede la ley".

Son estos, en resumen, los hechos que expone la demanda:

1º Delgado L. compró verbalmente a los cónyuges Betancourt y Delgado varios inmuebles.

2º Aunque el contrato no fue reducido a escritura pública, la parte compradora pagó a la vendedora el precio convenido.

3º Delgado L., deudor de Jesús Ernesto Aulestia y otros, se obligó a dar en pago a sus acreedores "La Mariela", con un derecho en "El Conchal" y parte en "Las Arditas", en una extensión de doscientas cuadras, inmuebles todos que hacían parte de los comprados por aquél a los cónyuges aludidos.

4º Se fijó a esta dación el precio de $ 8,000.00, imputables al saldo que Delgado L. resultara a deber a Aulestia y hermanas.

5º Delgado L. escribió a Betancourt para que éste y su esposa hicieran a Aulestia "la escritura de la finca de 'La Mariela', reputándola con el derecho a una cabida de doscientas plazas de terreno; cabida ésta que naturalmente habían de respaldar los derechos que le habían vendido en el proindiviso de 'El Conchal' y en una pequeña parte de 'Las Arditas'".

6º Betancourt y Aulestia, por evitar mayores gastos fiscales y por tratarse de dación en pago, otorgaron la escritura por $ 3,000.00, y como se consultara a Delgado L. sobre el particular, éste se negó a ello, y por conducto de Aulestia escribió a Betancourt para ordenarle que al contrato se le pusiera su verdadero valor. "Esta carta no fue entregada por Aulestia al destinatario y parece que lo informó en el sentido contrario, esto es, que Delgado aceptaba el que sólo se pusiera el valor de los $ 3,000".

7º Parece que el redactor de la minuta insistió en que Delgado L. interviniera en la dación y observó a las partes que debía fijarse la cantidad de $ 8,000.00, pero que Aulestia insistió en rebajarla comprometiéndose a expedir un recibo adicional por $ 5,000.00.

8º Los cónyuges, sin darse cuenta de ello, transfirieron el dominio de bienes que no fueron objeto del negocio entre Aulestia y Delgado L.

9º Esta circunstancia no fue conocida del actor sino a fines del año de 32.

El juez 1º del circuito de Cartago absolvió a los demandados.

El tribunal de Buga reformó el fallo de primera instancia, declarando probada la excepción perentoria de falta de personería sustantiva en la parte actora.

La sentencia del tribunal descansa sobre estas bases:

Primera.—Como los cónyuges Betancourt y Delgado eran dueños de los bienes que enajenaron a Aulestia, enajenándolos no pudieron obrar como mandatarios de Delgado L.

Segunda.—Suponiendo que existiese un mandato, los mandatarios no extralimitaron la carta-poder, indicativa del encargo.

Tercera.—Delgado L. carece de personería para impugnar un contrato a que es extraño.

Cuarta.—La dación en pago tuvo causa, que para los cónyuges fue el haber recibido el precio de Delgado L. y para Aulestia el recibir bienes por cuenta de lo que éste le adeudaba.

Quinta.—Las partes eran personas capaces, su consentimiento fue libre y el objeto y la causa lícitos. No hubo error de hecho ni lesión enorme.

La demanda de casación formula siete cargos al fallo del tribunal, expuestos ampliamente y apoyados en numerosas citas legales, unas del código civil y otras del judicial. Resumiendo esos cargos puede decirse que atacan la sentencia por tres flancos, a saber: en cuanto desconoció la existencia de un mandato conferido por Delgado L. a los cónyuges Betancourt y Delgado; en cuanto no vio que ese mandato fue excedido y que su extralimitación hace relativamente nulo el negocio en que intervinieron los mandatarios, y en cuanto negó al demandante su calidad de parte legítima en dicho negocio, con personería para pedir su nulidad.

La corte considera:

Como no siempre intervienen las partes directamente en los actos jurídicos, la técnica legal reconoce medios eficaces para que el patrimonio de las personas en quienes radica algún interés económico, sea afectado por la actividad de otras personas. Esos medios consisten: en la agencia oficiosa (artículo 2304); en la estipulación a favor de terceros (artículo 1506) y en el mandato (artículo 2142). En este fallo se hablará sólo del último medio, que, dicho sea de paso, comprende la representación como mandato legal.

Según el Código de Napoleón, artículo 1984, el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. La doctrina francesa ha hallado incompleta esta definición, que no sepa-

ra los actos jurídicos de los materiales y ve siempre en el mandato algo representativo. Dos graves glosas al concepto del código francés. Planiol y Ripert proponen sea definido como convención por la cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, poder de ejecutar, en su nombre y lugar, uno o varios actos jurídicos. Pero el mandato, tal como lo comprende y organiza el código de Francia, implica representación. Es imposible, observa Josserand, ver en el no representativo un verdadero mandato; "expurgado de su característica natural no es más que la sombra de sí mismo". Descartando esa noción, admiten los expositores franceses que las partes puedan asumir dos actitudes. Una ostensible, como el comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su personalidad existe la del comitente, aunque no les importe saberlo porque es la solvencia de aquél, no la de éste, lo que ellos toman en cuenta. Otra secreta, como el testaferro que presta su nombre para un negocio en realidad de tercero. "Organo pero no representante jurídico del comitente...."

Más comprensivo el código de Colombia, define el mandato diciendo ser un contrato mediante el cual 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. No lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos habla de negocios. Distingue la representación del interés, al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Si en la ley francesa el apoderado no es sino la imagen del comitente, hasta el punto de que, según la expresión del jurisconsulto Tarrible, aquél desaparece como un andamio después de concluído el edificio, en la colombiana puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. Así lo enseñan el artículo 2146, cuando dice que el negocio puede interesar al mandatario únicamente, y el artículo 2177, cuando dice que el apoderado puede contratar a su propio nombre. Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas; y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador (*) tenga voluntad de obligarse. En la ocurrencia de autos hubo un mandato sin representación.

Alfonso Delgado L., acreedor de los cónyuges Betancourt y Delgado, y deudor de Jesús Ernesto Aulestia, por su cuenta y riesgo encargó a los primeros que hiciesen al último dación en pago de cosa cuyo dominio radicaba en cabeza de aquéllos. El acto jurídico no podía ser ejecutado por el comitente en persona ni por los mandatarios como representantes del comitente, porque cuando se da en pago, a diferencia de lo que ocurre cuando se vende, el pagador há de ser dueño de la cosa pagada u obrar con el consentimiento del dueño (artículos 1633 y 1871 del C. C.). Por eso los cónyuges obraron a sus propios nombres en el ejercicio de su cargo (artículo 2177 del C. C.).

El negocio interesaba juntamente a Delgado L., que hizo el encargo, y a los cónyuges Betancourt y Delgado, que lo aceptaron (artículo 2146 del C. C.). Al mandante, porque la dación se imputaba a la deuda que él tenía en favor de Aulestia. A los mandatarios, porque pagando obtenían que su acreedor Delgado L. les hiciera imputación al pago de lo que ellos le debían. Pero el interés de Delgado L. en la dación no le hizo parte en ella. Las únicas partes en este acto jurídico fueron los dadores y el recibidor. Nadie más. Los interesados fueron las mismas dos partes y también Delgado L., como acreedor y deudor, y quizá los menores Aulestias, como coacreedores. No sería jurídico sostener que los hermanos de Jesús Ernesto fueron partes, a pesar de que se ha afirmado tenían interés de coacreedores, como no ha sido jurídico decir que Delgado L. es parte, aunque su interés resulta manifiesto.

Si el acto fue de compraventa más bien que de dación en pago, era natural que el comprador exigiera la comparecencia de los cónyuges para que la tradición subsiguiente fuese válida.

Hubo mandato sin representación, y el tribunal erró negando que lo hubiese; pero su error no incide en la sentencia, porque cabalmente la falta de esa representación justifica el que se negara al demandante personería sustantiva para atacar en juicio un contrato en que él no fue parte. Nótese que sería imposible hablar de nulidad absoluta.

Si el mandato no fue representativo, es ocioso estudiar en este juicio si los mandatarios lo excedieron en cuanto por excederlo quedaran viciadas la dación en pago o la compraventa.

(*) Compréndese que se dijo «procurador» en vez de «comitente», por un simple lapsus.
Nota del Relator.

Quedan a salvo otras acciones que Delgado L. pueda tener contra Aulestia o contra los cónyuges Betancourt y Delgado, o contra éstos y aquél, por razón de las relaciones jurídicas que existan o hayan existido entre ellos, acciones en todo caso diferentes de las propuestas en este juicio.

Por la anotada falta de personería para invalidar la compraventa o la dación en pago, no estudia la corte los elementos probatorios traídos al presente juicio, entre los cuales figura una carta de Aulestia, dirigida a Delgado L. con fecha 22 de enero de 1932, en la cual dice que habían negociado "La Mariela" por $ 8,000 y en la cual se tratan otros puntos interesantes.

Por la misma razón no se estudia el alcance de la respuesta que el autor de la carta dio en posiciones al explicar el alcance de dicha carta.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

No se casa la sentencia recurrida y se condena en costas al recurrente.

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

Juan Francisco Mújica, Hernán Copete, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Antonio Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.— DOCUMENTO AUTENTICO. — DESCHA CIERTA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS. — CAUSA DE LA DEUDA

1. Un documento suscrito por la persona que se obliga no es un principio de prueba sino una prueba acabada, puesto que a probar está destinada, y porque la escritura privada que se admite otorgada por la persona que aparece suscribiéndola u obligándose en ella, se eleva a la categoría de documento auténtico y adquiere, como consecuencia jurídicamente necesaria, todo el valor concedido a los instrumentos públicos como medios de prueba entre las partes y respecto de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de aquéllas, valor consistente en hacer plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones consignadas por los interesados. 2. Demostrada la autenticidad de un documento privado y aceptada su fecha como cierta, queda establecida la verdad de lo que se expresó en el escrito, con sus consecuencias necesarias, a menos que se pruebe la falsedad de la obligación que contiene el documento. 3. La persona que declara ser deudora de otra puede expresar o callar la causa de su deuda. Esta causa se presume real y lícita. Quien pretenda falsear la obligación, alegando falta de motivo o ilicitud en el que indujo al acto, debe probar la inexistencia o la ilicitud que alega. Confesada una deuda en un testamento, no es el acreedor el que debe probar la causa de la deuda en el testamento, los obligados a probar falta de causa, causa falsa o causa ilícita.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Copete).

Catalina Salas de Rivera, como única heredera de su hijo José Eustasio Rivera, demandó a la sucesión de Isidra Salas de Rivera para que por los trámites de un juicio ordinario se la condenase a pagar a la demandante, en su calidad expresada, la suma de cinco mil cuatrocientos treinta pesos ($ 5,430) oro colombiano, con sus intereses, y las costas del juicio.

La demanda, fechada el tres de octubre de mil novecientos treinta y dos, se apoya en el documento privado suscrito en Neiva el cuatro de junio de mil novecientos veintiséis, que dice:

"Declaro por el presente que debo al doctor José Eustasio Rivera la suma de cinco mil cuatrocientos treinta pesos oro, como valor de las erogaciones que ha hecho para cumplir los encargos secretos que le encomendé en mi testamento de 25 de abril de mil novecientos veinticuatro, para los cuales encargos había dejado yo como legado al doctor Rivera mi casa de Bogotá. Esta suma le será pagada a mi acreedor, tres meses después de mi muerte, con el interés del uno por ciento mensual, por mis herederos.

Declaro asimismo que el doctor Rivera no quiso aceptar el legado dicho por razones de delicadeza personal, advirtiéndome que era excesivo para los encargos secretos, y facilitándome los medios de cumplirlos, sin aceptar, como dije, otra cosa que mi gratitud por su honradez y sus buenos servicios.

Neiva, junio 4 de 1926.

(Firmado) Isidra Salas de Rivera".

Los representantes de la sucesión demandada se opusieron a la pretensión de la demandante, alegando que el documento no fue reconocido por Isidra Salas de Rivera, ni registrado, ni autorizado por testigos, y proponiendo las excepciones de falsedad e inexistencia de la obligación.

Para acreditar la autenticidad del documento, la actora solicitó cotejo de firmas con intervención de peritos, y allegó a los autos en copias notariales registradas dos testamentos cerrados en Neiva por Isidra Salas de Rivera, el primero, el veinticinco de abril de mil novecientos veinticuatro, y el segundo, el ocho de junio de mil novecientos veintiséis.

El resultado de la diligencia del cotejo le fue totalmente favorable a la demandante.

En el testamento otorgado el 25 de abril de mil novecientos veinticuatro declaró la causante, entre otras cosas:

"Undécimo. Lego mi casa de Bogotá, calle 16 número 54, detallada en la partida 80 de mi hijuela referida, a mi citado sobrino José Eustasio Rivera. Y le ruego que cumpla los encargos secretos que le he encomendado".

En el otorgado el ocho de junio de mil novecientos veintiséis, por el cual adicionó y reformó el de mil novecientos veinticuatro, dijo en la cláusula tercera:

"El legado de mi casa de Bogotá, que (sic) se refiere la cláusula once de mi testamento anterior, queda revocado habida consideración de que el legatario, mi sobrino José Eustasio Rivera, me facilitó la manera de cumplir los encargos secretos a que el legado estaba destinado, los cuales fueron cumplidos ya satisfactoriamente, gracias a mi referido sobrino (se subraya), cuya honradez y corrección recomiendo a la gratitud de mis herederos".

Se adujeron además los testimonios de los señores Max Duque Gómez, Anselmo Gaitán U. y Floresmiro Azuero, personas notables de Neiva, quienes afirman que por el conocimiento que tuvieron de la honorabilidad y corrección de doña Isidra Salas de Rivera y del doctor José Eustasio Rivera, consideran que esas dos personas eran incapaces de falsear la verdad en documentos públicos o privados.

El Juez 1º del Circuito de Neiva, en sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, declaró probada la excepción de nulidad, y absolvió a los demandados.

El Tribunal Superior de Neiva, en fallo de 11 de abril de mil novecientos treinta y cinco, confirmó la sentencia de primera instancia, aunque por razones distintas de las expuestas por el Juez.

El Tribunal, después de admitir que la firma del documento fue puesta por Isidra Salas de Rivera, según el dictamen de peritos, pregunta cuál es la fuerza probatoria de ese escrito, y concluye diciendo que tiene la de una confesión extrajudicial o la de una información sumaria de testigos. Cita los artículos 91 a 98 de la ley 153 de 1887, para hacer este contradictorio razonamiento:

"Si en el caso de que nos ocupamos el instrumento firmado por la señora Isidra (se subraya), según la ley procedimental no tiene más valor que el de una confesión extrajudicial, y si según la ley positiva las obligaciones de más de quinientos pesos ($ 500) no se pueden probar en juicio con declaraciones de testigos, es claro que por más que el cotejo de firmas diera un resultado favorable al demandante y que en consecuencia haya de considerarse que el escrito del folio 1º de estos autos fue firmado por la señora Isidra (se subraya) con él no se comprueba la obligación que ésta o sus herederos tengan de pagar la suma demandada, porque de ese modo se violaría la ley que ha querido que las obligaciones por más de quinientos pesos ($ 500) no se puedan probar con declaraciones de testigos, etc."

EL RECURSO

Se aducen, entre otros motivos de casación, los que en seguida se resumen:

a) Si el Tribunal estima que debe considerarse como cierto que doña Isidra puso su firma en el documento de cuatro de junio de mil novecientos veintiséis, tal documento tiene el valor de escritura pública respecto de la parte que lo suscribió, de conformidad con el artículo 1761 del Código Civil. El Tribunal olvidó ese texto legal....

b) El Tribunal incidió en error de derecho al apreciar el documento, porque en vez de darle la fuerza de una confesión ju-

dicial lo consideró como confesión extrajudicial.

La recurrente cita como violados, entre otros, los artículos 91 a 93 de la ley 153 de 1887, por indebida aplicación al caso del pleito, y los artículos 1759 y 1761 del Código Civil.

La Corte considera:

Dentro del razonamiento hecho por el Tribunal, es innegable que resultan infringidos, por indebida aplicación, los artículos 91 a 93 de la ley 153 de 1887, y por omisión los artículos 1759 y 1761 del Código Civil, porque un documento suscrito por la persona que se obliga no es un principio de prueba sino una prueba acabada, puesto que a probar está destinada, y porque la escritura privada que se admite otorgada por la persona que aparece suscribiéndola u obligándose en ella, se eleva a la categoría de documento auténtico, y adquiere, como consecuencia jurídicamente necesaria, todo el valor concedido a los instrumentos públicos como medios de prueba entre las partes y respecto de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y derechos de aquéllas, valor consistente en hacer plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones consignadas por los interesados. Tal es la doctrina de los artículos 1759 y 1761 del Código Civil. En consecuencia, el Tribunal incidió en error de derecho al apreciar el referido documento, por no darle la virtualidad de plena prueba.

En tratándose de contratos que no requieren la solemnidad del otorgamiento de escritura pública, ésta no tiene más valor que la escritura privada, porque su diferencia en tales casos se reduce a que, faltándoles a los documentos privados la demostración de autenticidad y la certeza de su fecha que da a los públicos la intervención del notario, la ley, previniéndose contra la posibilidad de falsedad en ambos sentidos, exige como condición previa la demostración de la autenticidad de las firmas de quienes los suscriben, y sujetando la certidumbre de su fecha, respecto de terceros, al fallecimiento de cualquiera de los que los firman, o a la de su inscripción en un registro público, o a la de su entrega a un funcionario del Estado que por razón de su oficio haya tomado nota de ellos. Demostrada, pues, la autenticidad de un documento privado y aceptada su fecha como cierta, queda establecida la verdad de lo que se expresó en el escrito, con sus consecuencias necesarias, a menos que se pruebe la falsedad de la obligación que contiene el documento.

Por lo expuesto, la Corte casará la sentencia recurrida.

Para fallar en instancia, la Corte considera:

Los demandados proponen las defensas de nulidad de la obligación, falsedad de la misma, inexistencia y simulación. Aunque la de nulidad envuelve la de falsedad, este fallo las enumera todas para ajustarse al lenguaje de los reos.

Apoyan los demandados sus defensas en varios hechos y argumentos que pueden sintetizarse así:

1º La cantidad de cinco mil cuatrocientos treinta pesos ($ 5,430) no procede de erogaciones que hiciera José Eustasio para cumplir los encargos secretos que le encomendó Isidra en su testamento de veinticinco de abril de mil novecientos veinticuatro.

2º José Eustasio murió antes que Isidra.

3º Como el testamento no podía tener efecto sino después del fallecimiento de Isidra, José Eustasio no podía cumplir los encargos secretos de la testadora.

4º Si José Eustasio no cumplió los encargos secretos, ni hizo erogaciones de ninguna clase, la causa de la obligación no existe.

5º José Eustasio no llegó a ser albacea fiduciario de Isidra, luego la cantidad de cinco mil cuatrocientos treinta pesos ($ 5,430) que ésta confesó deberle, no tuvo por causa las "erogaciones", puesto que no hubo lugar de hacerlas, y, por lo mismo, es simulada la causa de esa obligación.

6º El documento no tiene las formalidades requeridas para darle valor de acto testamentario.

7º Si se alega como causa la pura liberalidad, esa obligación es nula porque en su forma le faltan las ritualidades de los testamentos.

8º Isidra no le reconoce a José Eustasio otra cosa que gratitud por su honradez y buenos servicios. Como hasta entonces la señora Isidra no había muerto, esas mandas confidenciales no eran otra cosa que una donación entre vivos, cuya validez estaba sometida, por la cuantía, a la insinuación, y tal formalidad no aparece que se hubiera llenado.

9º Si José Eustasio cumplió esos encargos secretos, lo hizo a virtud de mandato que le confirió Isidra y violando disposiciones expresas de la ley sobre donaciones.

La Corte considera:

En documento fechado el cuatro de junio de mil novecientos veintiséis, dice Isidra que la deuda tiene por causa las erogacio-

nes que hizo José Eustasio para cumplir los encargos que ella le encomendó en su testamento de veinticinco de abril de mil novecientos veinticuatro, para los cuales le había legado un inmueble, e insiste en que su sobrino le facilitó los medios de cumplirlos. Esta causa de la obligación fue confirmada por la deudora en su segundo testamento otorgado cuatro días después, el ocho de junio de mil novecientos veintiséis, en el cual dijo que José Eustasio le facilitó la manera de cumplir satisfactoriamente los encargos, y elogió nuevamente la honradez y corrección de su sobrino, encomendando tan buenas partes a la gratitud de sus herederos.

La persona que declara ser deudora de otra puede expresar o callar la causa de su deuda. Esta causa se presume real y lícita. Quien pretenda falsear la obligación, alegando falta de motivo o ilicitud en el que indujo al acto, debe probar la inexistencia o la ilicitud que alega. A Isidra Salas de Rivera le hubiera bastado declararse deudora de José Eustasio por determinada cantidad de dinero, sin que nada ni nadie la obligaran a consignar el por qué de su declaración. Si fue explícita, diciendo que su acreedor erogó lo necesario para cumplir encargos secretos que ella le encomendaba en su testamento de mil novecientos veinticuatro, y si en el de mil novecientos veintiséis reafirmó la existencia de esa causa, repitiéndola en expresivos términos de reconocimiento, no es la heredera del acreedor sino los herederos de la deudora quienes deben probar falta de causa, causa falsa o causa ilícita.

Aunque por el testamento dispone el testador del todo o de una parte de sus bienes para después de sus días, aunque el albacea es ejecutor testamentario y aunque el primero puede hacer encargos confidenciales para que ya muerto se inviertan en ellos algunos de sus bienes, no se opone a los principios del Derecho Civil el que una persona, anticipándose a lo que se cumpliría ocurrido su fallecimiento, dé a otra persona por acto entre vivos los mismos encargos secretos o unos distintos; o proceda directamente a cumplirlos como lo establecen los artículos 1198 y 1199 del Código Civil. Esto no se sale de los límites del mandato. Isidra Salas de Rivera rogó a José Eustasio en su primer testamento que cumpliera encargos secretos que le había encomendado. Dos años después declaró en escritura privada que ya José Eustasio había hecho las erogaciones necesarias para cumplir esos encargos testamentarios, y que la cantidad de cinco mil cuatrocientos treinta pesos ($ 5,430), empleada en su cumplimiento, se la pagarían al acreedor sus herederos, tres meses después de su muerte, al interés del uno por ciento mensual. Y en el segundo testamento ratifica la aseveración de que el comisionado facilitó a la comitente la manera de cumplir los encargos; por donde se ve que la testadora transformó una recomendación testamentaria en otra entre vivos y convirtió al albacea en procurador o mandatario.

Que el cumplimiento de los encargos requería erogaciones, lo dice la testadora en su segundo testamento, cuando afirma que el legado de la casa de Bogotá lo revoca porque su sobrino José Eustasio le facilitó la manera de cumplir los encargos secretos a que el legado estaba destinado.

Si José Eustasio, muerto antes que Isidra, no pudo ser albacea fiduciario de ésta, ni cumplir en consecuencia los encargos que le hiciera por testamento, nada se opone a que en vida de ambos cumpliera, en calidad de mandatario, la voluntad de su mandante, facilitándole además los medios de cumplirlos.

El desempeño de ese mandato entre vivos, diferente del albaceazgo, fue la causa de la obligación expresada en el documento de cuatro de junio de mil novecientos veintiséis, según lo afirma reiteradamente Isidra Salas de Rivera. Y no se ha demostrado que hubiese simulación en la causa. Como se trata simplemente de un documento de deber, que no requería formalidades distintas de las observadas, no había necesidad de someterlo a las solemnidades del testamento. Tampoco hay por qué echar de menos la exigencia de la insinuación para la donación de bienes cuya cuantía exceda de dos mil pesos ($ 2,000), porque no está probado que la firma del documento obedeciera a liberalidad en favor de José Eustasio, ni que el cumplimiento de cada encargo implicara una erogación mayor de dos mil pesos ($ 2,000).

En su alegato de primera instancia, alega el mandatario de los reos, entre otras cosas, que las mandas secretas se redujeron a la distribución de las joyas que poseía la testadora, distribución que no exigía préstamo del comisionado a la comitente, con lo cual se patentiza la falta de causa, y suponiendo luégo que ésta fuese la liberalidad de Isidra, plantea así lo que él llama una dificultad legal:

"O el acto de liberalidad tiene el carácter de donación entre vivos, o tiene el carácter de donación por causa de muerte. Si es lo

primero, tal donación debe someterse a las formalidades prescritas por el artículo 1458 del Código Civil; es decir, requiere la formalidad esencial de la insinuación, o sea la autorización que el juez debe otorgar previamente al donante, sin cuyo requisito la donación es nula. Si es lo segundo, el instrumento en que consta el acto de liberalidad debe someterse a las ritualidades de los testamentos; y como el documento que se estudia no reúne estos requisitos, tal disposición de liberalidad resulta nula. Así lo establecen claramente las disposiciones del capítulo 7º, título 4º, del libro 3º del Código Civil. Y como la efectividad de la obligación que consta en el documento materia de este estudio, no puede exigirse sino tres meses después de la muerte de la señora Isidra, tal estipulación le daría al acto de liberalidad, si es que es aceptable este supuesto, el carácter de donación revocable, como se desprende de la que sobre el particular establece el artículo 1056 del Código Civil ....., que a la letra dice: .....Ahora bien, que la efectividad del pago de la suma, de cinco mil cuatrocientos treinta pesos ($ 5,430) de que habla el documento, estaba pendiente de la muerte de la señora Isidra, es cuestión que nadie podrá revocar a duda..... Si la disposición contenida en el documento que se estudia envuelve una asignación revocable, como aparece, por las características, tal donación caducó desde el momento en que el doctor Rivera falleció antes que la donante, señora Isidra de Rivera".

A todo lo cual se observa:

No puede negarse que hay indicios de que los encargos consistieron únicamente en distribuir ciertas prendas; pero habiendo perdido la distribución de éstas en su carácter confidencial, puede pensarse en que había otras recomendaciones, verdaderamente secretas, sobre el cumplimiento de las cuales no podía ni debía el comisionado informar a personas distintas de la comitente.

Si, como lo piensa el mandatario de los reos, hubo liberalidad de la comitente, punto no probado con plenitud, habría que estudiar si la supuesta donante quiso remunerar generosamente los servicios que declara haberle prestado el ejecutor; pero ni hay prueba plena y completa para concluir de ese modo ni para afirmar que concluyendo así resultara un exceso sujeto a insinuación.

En cuanto a la dificultad jurídica planteada como disyuntiva por dicho mandatario, basta decir que la liberalidad no se presume y que no estando ella comprobada sin lugar a duda, es ocioso averiguar si se trata de una donación entre vivos o de una donación por causa de muerte.

No es aplicable el artículo 1056 del Código Civil porque en el documento privado se obligó Isidra perfecta e irrevocablemente a pagar a José Eustasio una cantidad de dinero, obligación a cuyo carácter no se opone el hecho de que el plazo para la restitución de lo erogado por el último debiera cumplirse tres meses después del fallecimiento de la primera.

Si los herederos de Isidra creen que ésta donó a José Eustasio los cinco mil cuatrocientos treinta pesos ($ 5,430), disfrazando su liberalidad con la envoltura de un mutuo, o sea que hubo entre los dos simulación de contrato, han debido probar, para la eficacia de su defensa, que el préstamo ostensible encubre la donación oculta. Sólo así, desenvolviendo el acto secreto para que el juez lo analizara en su fondo y en su forma, podían aspirar a hacerlo frustráneo total o parcialmente. Pero no establecieron que el mutuo disimulara la donación, pues los indicios que arroja el expediente no alcanzan a demostrar con plenitud la existencia de una donación.

Aunque en la demanda se pidió que la sucesión de la señora Isidra Salas de Rivera fuera condenada "a pagar a la señora Catalina S. v. de Rivera, en su calidad de heredera de los derechos de su hijo ya citado, o a quien sus derechos represente o adquiera", no hay duda de que la intención del libelo fue la de que se hiciese la condenación a favor de la sucesión de José Eustasio Rivera. Así debe entenderse la parte resolutiva de este 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,

Falla:

Primero.—Cásase la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal de Neiva, con fecha once de abril de mil novecientos treinta y cinco.

Segundo.—Revócase la sentencia de primera instancia, proferida el veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta por el Juzgado 1º del Circuito de Neiva.

Tercero.—Condénase a la sucesión de Isidra Salas de Rivera, representada por sus hijos Miguel, Marcelino, Zoilo, Toribio, María Josefa, Julia, los herederos de Sofía Rivera Salas y los de Jesús Rivera S., a pagar en Neiva a Catalina S. v. de Rivera, o a quien sus derechos represente o adquiera,

la suma de cinco mil cuatrocientos treinta pesos ($ 5,430), con el interés del uno por ciento mensual (1%), desde el cuatro de junio de mil novecientos veintiséis hasta el día del pago.

Cuarto.—Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas por los demandados.

Quinto.—No se hace condenación en costas.

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

Juan Francisco Mújica, Hernán Copete, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en pdd.

DOCUMENTO PRIVADO.— TECNICA DE CASACION

1.—El viejo código admitía cuatro clases de reconocimiento, a saber: el JURADO, el TACITO, el FICTO y el de INSCRIPCION. 2.—El código en vigencia crea un nuevo modo: el de ATESTACION. 3.—Ante el viejo código, el tribunal apreció bien la actitud de los demandados, cuando no la tradujo como significativa de que reconocían el documento. Aunque jamás impugnaron éste redarguyéndolo de falso —pues se redujeron a decir que no fue reconocido por su causante, ni se halla registrado, ni tiene la fuerza de prueba sumaria por falta de testigos, y en fin, que su autenticidad no aparece demostrada— es claro que la respuesta al libelo de demanda echó sobre la actora el peso de la prueba e impidió se consumase el reconocimiento tácito. Ellos no desconocieron de modo preciso, expreso y específico el documento, modo que envolviera una redargución de falsedad. Pero sí lo objetaron, o por lo menos pusieron en duda su autenticidad, lo que bastaba para echar sobre la actora el peso de la prueba. 4.—El instrumento privado, a diferencia del público, no conlleva sello alguno de autenticidad ni se presume otorgado por quien aparece suscribiéndolo. Salvo excepciones, como la consagrada por la ley 46 de 1923, en su artículo 4.o, ha de ser reconocido de manera expresa o tácita, judicial o extrajudicial, para que se le tenga como legítimo. 5.—La prueba resultante del cotejo es incompleta, pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente. Es ineficaz, tomándolo aisladamente, para constituir plena prueba. Luego el fallador no podía afirmar, como afirmó, que por fuerza del cotejo debía aceptarse la autenticidad. Aunque la lógica le imponía tener por reconocido el documento, no puede decirse que la causal sea operante, porque acogiéndola se aceptaría que un solo indicio no necesario basta para demostrar la autenticidad. Puede haber otra prueba indirecta de autenticidad, pero ni el fallador la tuvo en cuenta ni el recurrente acusó por error de hecho o de derecho en la no apreciación de esa otra prueba. No creo que el concepto de autenticidad, mal fundado según lo expuesto, sea intocable en casación; era imposible que alguien intentara desvirtuarlo: no la demandante, a quien interesaba permaneciese intacto; no los demandados, que ganaron el pleito.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MORENO JARAMILLO

Mi proyecto de sentencia, encaminado a desechar el recurso, constaba de siete capítulos, a saber:

CAPITULO I

Como el documento a cargo de Isidra Salas de Rivera fue suscrito durante la vigencia del código antiguo, y como fue promovida la demanda inicial cuando ya regía el nuevo, se afirma en el recurso que han sido violados uno u otro, aunque en algún paso dice el recurrente referirse al código vigente cuando nació el pagaré, en apoyo de lo cual invoca la ley 153 de 1887, artículo 39, que preconiza el imperio de la norma preexistente, en la determinación de los medios que ella establecía para justificar los contratos nacidos a su amparo.

Por la indicada circunstancia, y también por la de que el susodicho artículo 39 subordina al precepto posterior la forma en que debe rendirse la prueba creada cuando regía el anterior, conviene apreciar el documento del 4 de junio de 1926 a la luz de ambas legislaciones.

A ello se procede.

El código antiguo, en su artículo 691, daba valor probatorio a los documentos privados, atribuyéndoles la fuerza de una confesión judicial siempre que el firmante los

reconociera ante juez competente, y como para que no quedase duda sobre la necesidad de ese requisito, dispuso en su artículo 702 que el no reconocido apenas igualaría en fuerza a una información sumaria de testigos.

El viejo código admitía cuatro clases de reconocimiento, a saber: el jurado, el tácito, el ficto y el de inscripción.

El reconocimiento jurado se practicaba bajo juramento, antes o dentro del juicio (artículos 696, 697, 698 y 699 del C. J.).

Se reconocía un documento por modo tácito, si obrando en los autos a ciencia de la parte a quien se imputaba, la otra no lo había objetado, o redargüido de falso, para que se probara su legitimidad. En cualquier estado de la causa, hasta la citación para sentencia, la parte contra quien se presentaba un documento podía tacharlo de falso para que fuese desestimado en el fallo, y el juicio se suspendía hasta la resolución del artículo de falsedad (artículos 694 y 720 a 724 del C. J.).

Había reconocimiento ficto cuando requerido un individuo por juez competente, y citado en persona para que reconociera un documento o declarara sobre su materia, se ocultaba o no ocurría en oportunidad, o se negaba a jurar o a declarar reconociendo o no el documento o acerca de la obligación sobre que se le preguntaba, o pretendía eludir la pregunta con respuestas evasivas, inconducentes o sin sentido (artículo 700 del C. J.).

Había reconocimiento por inscripción, cuando a solicitud de la persona obligada se tomaba nota del documento en el registro de instrumentos públicos (artículo 705 del C. J.).

Los documentos privados valían como confesión judicial, siempre que fuesen reconocidos ante juez competente; pero no era necesario que este reconocimiento se practicara siempre en diligencia prejudicial o en juicio abierto. El reconocimiento "ante juez competente" no era sólo el que se practicaba jurando. Además de éste, el más genuino sin duda, contemplaba la ley el tácito, a falta de objeción o redargución y también el ficto, con el cual se sancionaba la rebeldía del supuesto obligado.

Estos tres reconocimientos —jurado, tácito, ficto— eran sencillamente tres modos de ser o de reputarse reconocido el documento ante juez competente. Requeríase en todos tres la intervención del funcionario judicial: o para recibir el juramento, o para estimar la falta de impugnación en juicio, o para tener por confesa a la persona rebelde.

Contemplaba el código anterior un cuarto reconocimiento, el de inscripción, que sabiamente traducía el querer del individuo a solicitud del cual se hacía el registro; pero esta formalidad no daba fuerza de confesión judicial aunque sí de plena prueba, que en el fondo era lo mismo porque, conforme al artículo 539 del código, había plenitud en la prueba cuando ésta dejaba al juez suficientemente instruído acerca del hecho, en términos de dar sentencia condenatoria o absolutoria.

Ante el viejo código, el tribunal de Neiva apreció bien la actitud de los demandados, cuando no la tradujo como significativa de que reconocían el documento. Aunque los herederos de Isidra jamás impugnaron éste redarguyéndolo de falso —pues se redujeron a decir que no fue reconocido por su autora, ni se halla registrado, ni tiene la fuerza de prueba sumaria por falta de testigos, y en fin, que su autenticidad no aparece demostrada— es claro que la respuesta al libelo de demanda echó sobre la actora el peso de la prueba e impidió que se consumase el reconocimiento tácito. Ellos no desconocieron de modo preciso, expreso y específico el documento, modo que envolviera una redargución de falsedad. Pero sí lo objetaron, puesto que no dieron su asentimiento al hecho primero de la demanda, y al proponer las excepciones hablaron de un documento "cuya autenticidad no aparece demostrada". Por lo menos pusieron "en duda" su autenticidad, lo que bastaba para echar sobre la actora el peso de la prueba (artículo 653 del C. J.). No violó el tribunal los artículos 691, 694 y 702 del antiguo código.

También el código en vigor admite que el reconocimiento necesario para que la escritura privada tenga fuerza de confesión judicial, puede ser jurado, tácito, ficto y de inscripción (artículos 637, 643 y 645 del C. J.). Además, crea un nuevo modo de reconocimiento: el de atestación, según diligencia extendida por el juez competente o por un notario, a solicitud del otorgante (art. 645). Por las razones apuntadas, tampoco violó el tribunal los artículos 606, 637 y 645 del código vigente.

Si no hubo tácito reconocimiento, es inútil estudiar en este punto el alcance de los artículos 1759 y 1761 del código civil, violados según el recurrente como consecuencia de haber infringido las aludidas prescripciones de los códigos judiciales.

No se acoge.

CAPITULO II

Copia el recurrente algunas líneas del fallador, cuya reproducción se ha hecho, para observar que si el documento vale como confesión extrajudicial, fue violado el art. 562 del anterior código, que en su inciso 2º da fuerza de plena prueba a la confesión hecha en presencia de la parte contraria, expresando la cantidad debida y la causa. Observa que si para el tribunal equivale dicho documento a una confesión fuéra de juicio, su valor es pleno por cuanto expresa el monto y porqué de lo debido, "y habría sido hecha tal confesión no sólo en presencia de la contraparte, que era el doctor José Eustasio Rivera, sino en un acto destinado al acreedor con el fin de que éste lo hiciera valer".

Pero el recurrente, luégo de alegar esta causal niega que el documento de Isidra tuviese la fuerza de confesión extrajudicial. Con toda razón, pues teniendo por objeto el documento servir de prueba del hecho controvertido, su alcance no puede ser el de confesión fuéra de juicio, según clara doctrina expuesta en los artículos 561 del código anterior y 604 del código actual.

"Si fuera, pues, cierto, como lo observa el tribunal que aquel documento a que me refiero, debe considerarse como una confesión extrajudicial, resultaría evidente la violación del artículo 562 del C. J. vigente a la época del documento ...." Así razona el recurrente. "Mas como ocurre que en realidad de verdad el documento de doña Isidra tiene la fuerza no de una confesión extrajudicial sino de una confesión judicial" (concluye diciendo), la causal cae por su base y no tiene otro alcance que el de una justa glosa al razonamiento del fallador.

No se acoge.

CAPITULO III

Sostiene el recurrente que por tener el documento valor de confesión judicial, no extrajudicial, conforme al artículo 691 del código de procedimiento anterior, violó el sentenciador, por no haberlo aplicado, dicho artículo 691, incidiendo en el error de considerarlo como confesión extrajudicial en lugar de ver allí una judicial.

El artículo 691 del antiguo código enseña que los documentos privados tienen fuerza de confesión judicial cuando han sido reconocidos ante juez competente.

Se ha dicho cómo el viejo código admitía cuatro clases de reconocimiento —el jurado, el tácito, el ficto y el de inscripción— y cómo el nuevo código agrega el de atestación. Ahora bien: el recurrente, según se vio en la primera de las causales estudiadas, alega el reconocimiento tácito, lo cual le lleva a concluír que ha sido violado el artículo 691; mas como ya se demostró la imposibilidad de ese reconocimiento por silencio de la parte contraria, debido a que si ésta no hizo redargución de falsedad sí puso en duda la autenticidad, no puede admitirse que fuese infringido el mentado artículo 691.

No se acoge.

CAPITULO IV

Dice el recurrente:

"La violación de aquel texto legal (del artículo 691 del código judicial anterior), lo indujo a quebrantar los artículos 91 a 93 de la ley 153 de 1887, por indebida aplicación al caso del pleito, puesto que esos artículos lo que establecen es que no se admite prueba de testigos para comprobar obligaciones que valgan más de quinientos pesos: si el documento de doña Isidra valiera, como lo asegura el tribunal, lo mismo que una confesión extrajudicial, sería procedente como prueba al tenor de los artículos 91 a 93 de aquella ley, puesto que la confesión extrajudicial es esencialmente distinta de la prueba testimonial. Decir que aquella confesión extrajudicial no es admisible porque los artículos 91 a 93 de aquella ley no admiten la prueba testimonial respecto de promesas que valgan más de quinientos pesos, es quebrantar aquellos textos legales por indebida aplicación al caso del pleito, ya que la confesión extrajudicial es sustancialmente distinta, como prueba, de las declaraciones de testigos".

Aunque el tribunal involucró la confesión extrajudicial con la prueba de testigos, no puede decirse que infringiera los artículos 91 a 93 de la ley 153 de 1887, pues el recurrente funda su causal en la hipótesis de que el documento valiese como confesión fuera de juicio, hipótesis que él mismo rechaza con insistencia. Si el fundamento del fallador fue injurídico, no hay verdadera causal de casación. Habrá un ataque a la manera como el tribunal razona. Nada más que eso.

No se acoge.

CAPITULO V

Desenredando la enmarañada sentencia, se llega por fin a la conclusión de que sus

autores quisieron decir lo siguiente: deben constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. La demandante no ha traído prueba literal, porque no estando reconocido el documento por Isidra Salas de Rivera, su fuerza es la de confesión extrajudicial, con la cual no puede establecerse una obligación por la expresada cuantía, y si se reputara que vale como información sumaria de testigos, ella apenas sería útil para complementar otra clase de pruebas.

Si fue este el nervio del fallo, el recurso debió enderezarse a demostrar la existencia de prueba documental, o a sostener que no se requería prueba de ese linaje.

Así lo comprendió el recurrente, y sostuvo que el documento fue reconocido de manera tácita. Pero como la actitud inconforme de los demandados echó sobre la demandante el peso de la prueba, es imposible, según se observó ya, no ver en la conducta de aquéllos una objeción que imponía a ésta el probar la autenticidad. Para el caso de que no se recibiera, como no pudo recibirse, la causal en que se sostiene un tácito reconocimiento de autenticidad, quizá procedía acusar el fallo por error al no haber sumado al dictamen pericial otra prueba indirecta (segundo testamento). Así unidos y acumulados tales elementos se estudiaría si producen la convicción de que fue la testadora quien suscribió el documento "cuya autenticidad no aparece demostrada" al iniciarse el juicio.

El recurrente sostuvo la existencia de prueba documental con fuerza de confesión judicial, fundado en el tácito reconocimiento de la escritura privada. Este punto fue expuesto y sustentado en su demanda con claridad y vigor. Las otras razones suyas, aunque de innegable valor jurídico, asumen el carácter de argumentos contra la lógica del juzgador, pero no el de causales de casación. Eso ocurre con las glosas ya estudiadas y con las dos últimas que van a estudiarse.

No se acoge.

CAPITULO VI

Observa la demanda que el sentenciador se dejó llevar al quebrantamiento de los artículos 552 y 691 del código judicial anterior y 91 a 93 de la ley 153 de 1887, por no haber entendido la doctrina consagrada en el artículo 702.

Dice:

"De suerte que cuando el tribunal sostiene que el valor probatorio del documento mencionado es el de una confesión extrajudicial, es porque se está apoyando en el artículo 702 del C. J., con lo cual llega a los límites de lo inverisímil, por cuanto ese artículo 702 del C. J. no habla para nada de confesión extrajudicial, sino que prescribe simplemente que un documento privado de obligación, no reconocido judicialmente, sólo tiene la fuerza de una información sumaria de testigos. De donde resulta que el tribunal no sólo no entiende el artículo 702 de aquel código sino que ni siquiera lo sabe leer. Si, para emplear la misma expresión del tribunal, fue a la luz del citado artículo 702 como se iluminó la mente del sentenciador, para deducir que el documento de doña Isidra es confesión extrajudicial, no hay duda que quebrantó, en forma ésta sí directa, el mencionado artículo 702, por cuanto éste no dice que un documento privado no reconocido judicialmente tenga la fuerza de confesión extrajudicial: su contenido jurídico es fundamentalmente distinto y por serlo aparece violado en el razonamiento del tribunal".

Es posible que "en el razonamiento del tribunal" aparezca mal entendido ese precepto, si bien es verdad que él habla en forma hipotética cuando dice que "esto ocurre si consideramos el documento a la luz del artículo 702 del C. J., vigente cuando se otorgó". El fallo, importa repetirlo, es oscuro y antilógico; pero así y todo subsiste su único fundamento: por causa de la cuantía se necesitaba una prueba documental, que en sentir del fallador no ha venido a los autos, pues si él admite la autenticidad con la sola prueba del cotejo, concluye afirmando que por no haber sido reconocida la escritura privada su mérito es el de confesión extrajudicial e hipotéticamente la de testigos.

No se acoge.

CAPITULO VII

El tribunal se pregunta si la firma del documento fue puesta por Isidra Salas de Rivera, y, luégo de reproducir el dictamen de quienes efectuaron el cotejo, concluye diciendo: "Así, debemos aceptar que la firma que aparece en el documento del folio primero fue puesta ahí por la señora Isidra Salas de Rivera según el concepto de los peritos". El recurrente toma esta conclusión del tribunal, y, fundado en ella, afirma que la lógica debió llevarlo a ver en ese documento el valor de escritura pública respecto de la

parte que lo suscribió o que se reputa haberlo suscrito, conforme al artículo 1761 del código civil. Pero, agrega el recurrente, "olvidó ese texto legal, toleró el eclipse del sentido cumún y entró en disertaciones tan equivocadas, que hasta trabajo da encontrar el verdadero pensamiento del tribunal, al través de su disparatada exposición".

El instrumento privado, a diferencia del público, no conlleva sello alguno de autenticidad ni se presume otorgado por quien aparece suscribiéndolo. Salvo excepciones, como la consagrada por la ley 46 de 1923, en su artículo 4º, ha de ser reconocido de manera expresa o tácita, judicial o extrajudicial, para que se le tenga como legítimo. Impugnado de falso, objetado, o puesta en duda su legitimidad, corresponde a quien lo exhibe acreditarlo de auténtico. Para que haga prueba es necesario que sea reconocido por la parte a quien se opone, o que se haya mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos por la ley.

Desde el momento en que los derechohabientes de Isidra Salas de Rivera negaron el punto primero de la demanda, consistente en que esta señora firmó el 4 de junio de 1926 un escrito privado a favor del doctor José Eustasio Rivera, diciendo que no lo aceptaban porque no fue reconocido por su causante, ni se halla registrado, ni lleva la firma de testigos, por lo cual su "autenticidad no aparece demostrada", desde ese momento quedó la actora con la obligación de acreditarlo, es decir, de probar su autenticidad.

Así lo comprendió la demandante cuando solicitó el cotejo de firmas, y no porque los demandados arguyeran falsedad, que no la arguyeron, sino porque de sus palabras se infiere que pusieron "en duda la autenticidad", según lo prevé el artículo 653 del código judicial.

La prueba resultante del cotejo es incompleta; pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y valor del dictamen pericial, la reputación de la persona cuya firma o letra ha sido nevada, la importancia de la obligación y otras circunstancias semejantes. Así lo enseña el artículo 656 del código de procedimiento. Pero no arroja el cotejo un indicio necesario, y es por ello ineficaz, tomándola aisladamente, para constituir plena prueba. Así lo enseñan los artículos 663 y 665 del código judicial. Luego el fallador no podía científicamente afirmar, como afirmó, que por fuerza del dictamen debía aceptarse la autenticidad. Aunque la lógica, como muy bien lo observa el recurrente, le imponía tener por reconocido el documento y darle el valor de escritura pública según el artículo 1761 del código civil, no puede decirse que violara este precepto ni que la causal sea operante, porque acogiéndola se aceptaría que un solo indicio no necesario, por grave que se le suponga, basta para demostrar la autenticidad. Hay otra u otras pruebas indirectas que con ese fin pudieron acumularse a la que emana del dictamen, pero ni el tribunal las consideró ni el recurrente acusó el fallo por error de hecho o de derecho en que se incurriese por no haberlas tenido en cuenta.

No se acoge.

No aceptado por la mayoría de la sala el mi anterior proyecto de sentencia, me sirvo de sus términos para salvar mi voto en el fallo con que se infirma la de segundo grado. Al hacerlo así, insisto en que no parecen verdaderas causales de casación las que estriban en falta de lógica. Si un sentenciador dice, pongo el caso, que con testigos se prueba la tradición del dominio de un inmueble, y, a pesar de correr en autos numerosos testimonios sobre el hecho, procede como si éste no estuviera a su juicio comprobado, habrá sido ilógico, pero su falta de consecuencia no fundamenta una causal de casación, porque fue falsa la premisa desatendida luégo por el mismo que la sentó. Así en la ocurrencia de este pleito. El tribunal, apoyándose únicamente en un cotejo de letras, dijo que el documento es auténtico. La lógica le ordenaba tenerlo por tál. Pero la apreciación de ese cotejo fue errónea, pues por su valor de indicio no constituye plena prueba. Comprendo, y así lo insinúo en mi proyecto, que puede haber otra prueba indirecta de autenticidad. Pero ni el fallador la tuvo en cuenta ni el recurrente acusó por error de hecho o de derecho en la no apreciación de esa otra prueba. No creo que el concepto de autenticidad, mal fundado según lo expuesto, sea intocable en casación; era imposible que alguien intentara desvirtuarlo: no la demandante, a quien interesaba que permaneciese intacto; no los demandados, que ganaron el pleito. Hé aquí una intangibilidad que descansa en que ninguna de las dos partes tenía interés jurídico en atacarla.

Se ha suscitado un difícil problema en técnica de casación. Esta es harto sutil. Admito que puedo ser yo, y no mis ilustrados colegas, quien ha incurrido en error.

Miguel Moreno J.

Bogotá, junio 19, 1937.

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta

Con el respeto y acatamiento que me merecen las decisiones y conceptos de mis ilustres colegas de la Sala de Casación véome en el penoso deber de formular aquí una breve glosa a la precedente sentencia, con el propósito de explicar la razón que me impide compartir el criterio con que la Corte acoge la causal que halló viable para abordar el fallo de instancia, criterio que a pesar de mis esfuerzos no he podido encontrar arreglado a la técnica del recurso de casación.

La sentencia fue el fruto madurado de un dilatado y como siempre cordial cambio de ideas, mediante el cual la mayoría llegó a la conclusión de que se podía adoptar la causal declarada. Más yo encontré un insalvable escollo para acogerla consistente en que la Corte debía partir de la base inaceptable de una apreciación incidental y sobre todo equivocada del sentenciador, estimándola intocable a efecto de desprender de allí la doctrina esa sí verdadera que se imponía.

El tribunal con el dictamen uniforme de los peritos que practicaron el cotejo de firmas acepta que la que aparece en el documento materia del cobro es en realidad de la Sra. Isidra Salas de Rivera. Y en lugar de deducir de allí la tesis lógica de la autenticidad del documento, dióse a divagar con razonamientos contradictorios y confusos acerca del mérito del documento como prueba extrajudicial, o principio de prueba por escrito, habiendo llegado por último a absolver, fundado en que el documento no tiene más valor que el de una confesión extrajudicial, con cuyo razonamiento implícitamente destruyó o borró su primitiva afirmación respecto al comprobante emanado del cotejo.

Esta afirmación no subsistió, pues, en el curso del fallo. Pero aun considerándola viva es lo cierto que, a mi parecer, en ella no puede descansar, a modo de columna inconmovible, el fallo de la Corte. Porque ese concepto u opinión del Tribunal, basado exclusivamente en el mérito probatorio del cotejo, sin buscar otros elementos de convicción, peca, como con innegable acierto asevéralo el otro magistrado disidente, doctor Moreno Jaramillo, contra la doctrina contenida en el artículo 656 del Código Judicial, a términos del cual la prueba aislada del cotejo es incompleta. Y porque fundada o no la apreciación del Tribunal, de todas maneras su intangibilidad resuélvese en detrimento de aquella parte que por no ser recurrente —y no podía serlo desde que la sentencia de instancia le fue integralmente favorable— estuvo en imposibilidad de combatirla y de imponer ante la Corte su revisión, ora para obligar a rectificar el concepto o bien para que fuese confirmado. Con sobrada razón dice en su salvamento el doctor Moreno Jaramillo: "He aquí una intangibilidad que descansa en que ninguna de las partes tenía interés jurídico en atacarla".

En breve síntesis estas son las razones que me mueven a separarme, con pena, de la autorizada opinión de los eminentes juristas que constituyen la mayoría falladora, cuya ciencia y sabiduría querría yo reconocer en esta vez con el tributo de mi silencio, si no me sintiese impelido por una acendrada y tenaz persuasión.

Bogotá, junio 19 de 1937.

Arturo Tapias Pilonieta

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DETERMINACION DEL CONCEPTO DE IMPUBERTAD EN LOS DELITOS DE FUERZA Y VIOLENCIA

Versa el debate sobre si la calidad de impúber aludida en el artículo 683 del Código Penal consiste en la ineptitud fisiológica del menor para las funciones de la generación, o en que haya o no cumplido la edad prevista por la ley. Estima la Corte que existiendo en el derecho colombiano el artículo 34 del Código Civil, no es posible desatender la perentoria regla allí fijada en los siguientes términos: "Llámase INFANTE o NIÑO, todo el que no ha cumplido siete años; IMPUBER, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; ADULTO, el que ha dejado de ser impúber;...". Prospera la causal 3ª de casación por no estar acreditado que la ofendida fuera menor de doce años.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

El Tribunal de San Gil, al confirmar la sentencia del Juez 1º Superior de ese mismo distrito judicial, impuso a Benjamín Hernández la pena principal de ocho años de presidio, "por el delito de fuerza y violencia en la menor impúber Marina Acelas".

Contra este fallo interpuso casación el defensor del procesado, invocando como causales las 3ª y la 5ª de la ley 118 de 1931, acerca de las cuales presentó su alegato ante el Tribunal.

El señor Procurador delegado en lo penal coadyuva el recurso, limitándose a sustentar la causal 3ª, "porque la encuentra establecida, y siendo ello así, es inútil avocar el problema de la injusticia del veredicto que también plantea el recurrente, pues, en tal caso, la sentencia debe infirmarse para absolver al acusado".

Para resolver, la Corte considera:

Desde el auto de proceder se adujo en contra de Benjamín Hernández la presunción de derecho establecida por el artículo 683 del Código Penal, que ordena tener por forzador en cualquier caso a quien abuse deshonestamente de un impúber de sexo contrario; y en el cuestionario propuesto al jurado, que éste contestó de modo afirmativo, se incluyó la circunstancia de la impubertad de la ofendida.

Tanto el procesado como el Procurador, alegan que el Tribunal erró al apreciar la prueba del cuerpo del delito, porque condenó a Benjamín Hernández estimando plenamente demostrada la circunstancia de que Marina Acelas era impúber el día que fue violada por Hernández.

Se ha debatido en este proceso como cuestión primordial, la de si la calidad de impúber aludida en el artículo 683 del Código Penal consiste en la ineptitud fisiológica del menor para las funciones de la generación, o si el juzgador para calificar de púber o de impúber a una persona debe atenerse a que haya o no cumplido la edad prevista por la ley.

Estima la Corte que existiendo en el derecho colombiano un precepto tan claro como el artículo 34 del Código Civil, no puede el intérprete desatender la perentoria regla allí fijada, en los términos siguientes: "Llámase **infante o niño**, todo el que no ha cumplido siete años; **impúber**, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; **adulto**, el que ha dejado de ser impúber;...".

Con todo acierto dice el señor Procurador: "Resulta así, con claridad meridiana, que las palabras definidas en el Título preliminar, Capítulo 5º del Código Civil, se refieren a las de **'uso frecuente en las leyes'**, y consiguientemente, que dondequiera que el legislador emplee el término **impúber**, hay que darle la significación y alcance que contiene el artículo 33 de ese Código, ya sea en materia civil o penal. Donde la ley no distingue, no es lícito establecer diferencias".

Ahora bien: En este proceso los elementos allegados a la investigación para establecer que Marina Acelas no había cumplido doce años cuando ocurrió el hecho que se imputa a Hernández, o sea uno de los factores del cuerpo del delito, lejos están de constituír plena prueba acerca de esa circunstancia capital.

La partida de nacimiento no pudo obtenerse; la prueba supletoria también es muy deficiente, porque los testigos no suministran datos precisos; y los dictámenes de los facultativos tampoco demuestran que la niña fuera menor de doce años el 20 de mayo de 1934.

Por el contrario: El padre de Marina Acelas (f. 10 v.), un mes después del acontecimiento, dice que ella "cuenta de doce a trece años de edad"; la declaración de los padrinos es imprecisa; y en cuanto al testimonio de la madre, con razón observa el señor Procurador: "En cambio, la señora Muñoz sí da la razón de su dicho, esto es, determina la fecha de nacimiento de Marina (11 de julio de 1922), fundada en tener anotada esa fecha. Pero como no se comprobó que tal anotación fuera cierta, el mero aserto de la testigo no es convincente. Y aun aceptando su testimonio como eminentemente verídico, él no serviría por sí sólo para establecer la existencia del hecho, ya que los artículos 157 de la ley 40 de 1907 y 1674 del Código Judicial, exigen pluralidad de testimonios para la demostración del cuerpo del delito".

Todos los dictámenes periciales coinciden en que la ofendida no había alcanzado el 20 de mayo de 1934 las características anatómicas y fisiológicas de la pubertad; pero el que obra al folio 26, rendido por los médicos doctores Manuel M. Ribero y Calixto Camacho, dice: "En cuanto a la edad que tuviera el día en que se cometió el desfloramiento, nos es imposible precisarla absolutamente, pero sí creemos que hubiera cumplido los doce años".

En todo caso, la duda sobre la edad precisa de Marina Acelas debió resolverla el sentenciador de manera favorable al acusado; y como no lo hizo así, erró en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, y la sentencia es casable por la causal 3ª

De conformidad con el artículo 4º, inciso 3º, ley 118 de 1931, al infirmar por esta causal el fallo recurrido, tiene la Corte que optar por una de dos soluciones: Devolver el proceso a la autoridad competente para que ella conozca de otro delito que a juicio de la Corte se hubiese cometido, o absolver al acusado. En el presente caso es forzoso para la Corte pronunciarse por la segunda de las referidas soluciones, no obstante lo execrable del hecho ejecutado por Benjamín Hernández, porque desde el auto de proceder se le concretó el cargo con relación al delito específicamente contemplado en el artículo 883 del Código Penal.

Prosperando, pues, el recurso por la causal 3ª, no es el caso de entrar en el estudio de la causal 5ª también propuesta por el recurrente.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador 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 San Gil, fechada el dos de julio de mil novecientos treinta y seis, en la cual se impuso a Benjamín Hernández la pena de ocho años de presidio, y en su lugar absuelve al mismo Benjamín Hernández del cargo de fuerza y violencia en la menor Marina Acelas, que fue materia del proceso.

Dése aviso telegráfico al Tribunal de San Gil, para que se sirva ordenar la inmediata libertad del procesado.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto María B., Secretario.

NO ES ILIMITADA LA FACULTAD DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA PARA ORDENAR LA ACLARACION DE LOS VEREDICTOS DEL JURADO

Forzoso es concluir que si un Tribunal, excediendo sus facultades, ordena repetir la convocatoria del Jurado, so pretexto de obscuridad del veredicto ya proferido, crea una anomalía que ha de soltarse en el recurso de casación; y en efecto, el problema se resuelve por la causal 4ª, la cual contempla el evento de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril tres de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

Llamado a juicio Marco Antonio Chaparro por el Juzgado 2º Superior del distrito judicial de Bucaramanga, por el delito de homicidio en la persona de Leonidas Rincón, fue sentenciado el diecisiete de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro a sufrir un año de reclusión, con aplicación del artículo 603 del Código Penal, teniendo en cuenta que al afirmar el jurado la responsabilidad del reo, agregó haber obrado éste "en riña casual".

Apelada la sentencia del Juzgado por el señor Agente del Ministerio Público, el Tribunal Superior de Bucaramanga la revocó en providencia fechada el dieciocho de mayo de mil novecientos treinta y cinco, fundado en que la expresión "riña casual" agregada por el jurado envuelve un concepto jurídico que no incumbe emitir a los jueces de hecho, y dispuso en su lugar que el Juzgado convocara nuevamente al jurado a fin de que explicara su veredicto puntualizando el sentido de la frase "riña casual".

El Juzgado, en vista de que uno de los miembros del jurado no residía a la sazón en Bucaramanga, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 310 y 311 de la ley 57 de 1887, decretó la nulidad de la causa en lo que al veredicto se refería y ordenó sortear nuevo jurado, al cual le fue sometido el siguiente cuestionario, idéntico al anterior:

"Marco Antonio Chaparro es responsable de haber dado muerte con arma de filo a Leonidas Rincón, y en la ejecución de este hecho, ocurrido en las primeras horas de la tarde del día catorce de junio de mil novecientos treinta y tres, en la hacienda 'Samacá', de la jurisdicción municipal de Ríonegro, S., obró el acusado Chaparro con intención de dar muerte?"

El Jurado contestó: "Sí".

Basado en esta respuesta, el Juzgado, con fecha veintisiete de febrero de mil novecientos treinta y seis, condenó a Marco Antonio Chaparro, de conformidad con el artículo 600 del Código Penal, a sufrir la pena de seis años de presidio y las accesorias consiguientes, como responsable, en tercer grado, de homicidio simplemente voluntario.

Este fallo de primera instancia fue confirmado en todas sus partes por el Tribunal en sentencia proferida el siete de mayo siguiente, contra la cual el defensor de Chaparro interpuso recurso de casación.

Concedido que le fue y surtidos en la Corte los trámites de regla, el señor Procurador delegado en lo penal conceptuó que el recurso debía declararse desierto.

Mas, como posteriormente llegó un escrito del señor defensor del reo sustentando el recurso, no obstante hallarse ya el asunto con proyecto registrado, se dispuso pasar nuevamente el proceso al señor Procurador, teniendo en cuenta que dicho escrito había sido presentado oportunamente ante el Tribunal de Bucaramanga.

El defensor de Chaparro alega en favor de éste las causales de casación consistentes en indebida aplicación de la ley penal y en estar la sentencia recurrida en desacuerdo con el veredicto del jurado, o sea la 1ª y la 4ª de la ley 118 de 1931.

En su vista de nueve de noviembre último, el señor Procurador se abstiene de analizar las causales alegadas por el recurrente, considerando que el asunto se halla viciado de nulidad, y alega la causal 2ª de casación, en los siguientes términos:

"La sentencia del honorable Tribunal Superior de Bucaramanga es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley. (Numeral 2º del artículo 3º de la ley 118 de 1931).

La nulidad es la que contempla la primera parte del numeral 4º del artículo 265 de

la ley 57 de 1887, por cuanto en la diligencia de sorteo de jurados intervino como Agente del Ministerio Público quien estaba legalmente impedido para desempeñar ese cargo en este negocio. En tales circunstancias, el señor Fiscal actuante carecía de facultad para recusar jurados, y de ahí que la diligencia de sorteo contenga equivocación tal, que hoy no es posible saber cuáles eran los miembros que debían formar parte del jurado.

Los fundamentos de esta causal son precisamente los mismos que adujo la Procuraduría en la casación por homicidio contra Patricio Rojas, a saber:

'En la diligencia de sorteo de jurados actuó como Fiscal el doctor Leonardo Martínez Collazos, y él hizo la recusación. Pero resulta que dicho doctor fue quien figuró como Juez Segundo Superior en los momentos de calificar el mérito del sumario, y fue él quien profirió el auto de enjuiciamiento contra Patricio Rojas.

Ahora bien: el artículo 166 del Código Judicial dice que los Agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando, entre otros casos, ellos 'tengan interés'.

Es indudable que el Juez que pronuncia una pieza tan importante y trascendental como el auto de proceder, donde se debaten altas cuestiones de derecho y se puntualizan los cargos contra el acusado, tiene un interés científico y jurídico en el negocio. De tal suerte que, al intervenir más tarde como Fiscal en ese mismo asunto, ya tiene formado su criterio, y pierde en cierto modo su independencia de juzgador, porque es humano que siga sosteniendo sus puntos de vista concretados en el enjuiciamiento, como lo hizo aquí el doctor Martínez Collazos en el acto de la audiencia. Y precisamente lo que la ley quiere garantizar con las causales de impedimento en los agentes del Ministerio de los empleados que han de intervenir en el debate judicial.

Por consiguiente, constituyendo causal de impedimento es la libertad e independencia Público tener interés en el negocio; no distinguiendo la ley qué clase de interés es el que debe concurrir, si personal, económico o científico, pues se refiere a un interés genérico, y siendo esa causal de impedimento inallanable al tenor del artículo 439 del Código Judicial, es incuestionable que el señor Fiscal debió declararse impedido en esta causa, por haberle tocado como Juez dictar el auto de proceder.

Es claro que si al señor Fiscal doctor Martínez Collazos se le declara separado del conocimiento del asunto, habría intervenido en la diligencia de sorteo de Jurados otra persona como representante del Ministerio Público, y esa persona hubiera podido recusar un jurado distinto del que tachó el doctor Martínez Collazos. Luego en esas circunstancias, la diligencia del sorteo resulta afectada de incertidumbre acerca de los miembros del Jurado que actuaron aquí, y es principio indubitable que tal diligencia debe ser nítida y exenta de toda duda capaz de alterar la recta elección de los jueces de conciencia'.

Finalmente, cabe anotar que no hay duda acerca de la identidad del doctor Leonardo Martínez Collazos en su doble carácter de Juez y Fiscal, porque él mismo la establece en el acta de la audiencia, en estos términos:

'... se le concedió la palabra al señor Fiscal, quien dijo... que él como Juez que era en ese entonces, (cuando se profirió la primera sentencia) después de un detenido estudio y teniendo en cuenta que no figuraba sino una declaración de cargo, no sin repugnancia había dictado sentencia', etc.

De modo que en este proceso concurría doble interés en el señor Fiscal cuando intervino en la diligencia de sorteo de Jurados: el de haber dictado el auto de proceder y el de haber proferido la sentencia definitiva que desarrolló el primer veredicto del Jurado.

En tal virtud, la Procuraduría General de la Nación pide respetuosamente a la Corte Suprema de Justicia invalide la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, de fecha siete (7) de mayo de este año, y declare nulo lo actuado a partir del auto que señaló día para el segundo sorteo de jurados (fs. 69 del cuaderno principal), a fin de que se reponga desde allí la actuación".

En cuanto a la causal 2ª, es decir, la nulidad pedida por el señor Procurador, ocurre que aun prescindiendo de entrar en el examen de si el doctor Leonardo Martínez Collazos, Fiscal del Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, estaba o no impedido para actuar en el proceso con tal carácter, resulta de autos que no se surtió en las instancias incidente alguno sobre impedimento o recusación; y, por consiguiente, aquel empleado tenía que intervenir en los trámites del juicio en lo atañedero al Ministerio Público.

Tratándose de funcionarios impedidos, sólo su actuación posterior a la declaratoria de impedimento puede ser susceptible de nulidad; pero la anterior es válida, ya que el funcionario únicamente queda separado del conocimiento del negocio por virtud de la calificación que se haga de la existencia del impedimento.

En estas condiciones, no existe la nulidad alegada por el señor Procurador, y por consiguiente no prospera la causal que invoca.

El defensor del sentenciado funda su recurso en los siguientes términos:

"El siete de mayo del corriente año el H. Tribunal de esta ciudad dictó sentencia condenando a Chaparro como responsable del delito de homicidio, a la pena de seis años de presidio, pero dicha sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado. (Cuarta causal. Artículo 3º, L. 118 de 1931).

Para demostrar esta circunstancia, me fundo en las siguientes razones:

El jurado reunido para calificar la responsabilidad de Marco A. Chaparro dijo así: 'Sí es responsable, pero en riña casual'. El juez de primera instancia dictó la sentencia correspondiente y condenó a la pena de un año de presidio a Chaparro; el asunto fue luégo al H. Tribunal y allí se dijo: 'La expresión riña casual es un concepto jurídico y el Tribunal tiene sentada doctrina de que los jueces de conciencia no pueden dar denominación jurídica a los hechos sobre los cuales se les interroga, sino simplemente señalarlos', y en consecuencia revocó la sentencia del juez a quo y ordenó convocar al jurado para que explicara el veredicto. Pero ocurrió que uno de los señores jurados que había pronunciado el primer veredicto se ausentó de la población sin esperarse de pronto su regreso, y entonces el señor Juez 2º Superior decidió sortear nuevo jurado y someterle una nueva pregunta de responsabilidad que dio una respuesta de afirmación simple sin modificación alguna.

Podía el H. Tribunal, sin violar precepto legal alguno, disponer la aclaración de un veredicto dado, con pretexto de que allí se contenía una expresión jurídica? Yo creo que no. El Tribunal puede, lo mismo que el juez, ordenar la convocatoria del Jurado cuando las resoluciones de éste no estén arregladas en lo sustancial, a las fórmulas prescritas o que no aparezcan suscritas por todos los jueces de hecho (art. 310 de la ley 57 de 1887). La ley manda que el jurado resolverá la cuestión con las palabras sí o no; pero si juzgare que se ha ejecutado por el acusado un hecho criminoso con circunstancias diversas, deberá expresarlo brevemente en la contestación (art. 48, ley 169 de 1896). Y este último ha sido el caso de Chaparro: el primer jurado estimó como interesante una circunstancia o modalidad del hecho y lo agregó a la respuesta. Esa modalidad es la de riña casual que fue considerada como un concepto jurídico, y si entrásemos a discutir la realidad de ese concepto jurídico y la de la imposibilidad en que está el jurado de contestar hechos simples sin mezclar para nada los conceptos legales o jurídicos, tendríamos que llegar al resultado de que tampoco podrían afirmar o negar la responsabilidad, porque la responsabilidad sí que es concepto jurídico y sí que es concepto filosófico. Es deseable que un jurado de profanos no vaya a rozarse con conceptos de derecho cuya amplitud acaso no pudieren medir, pero su misma misión y el debate público en donde se estudian y se explican ampliamente por el Ministerio Público y por la defensa esos conceptos jurídicos, tiene que llevarlos, como los ha llevado en realidad, a asimilar esos conceptos y a incluírlos en sus respuestas, facilitando así la labor del juzgador de derecho. Cuál ha debido ser la actitud del Tribunal? Otra muy diferente. En vista de esa respuesta que para él sí era clara y sí era absolutamente técnica; entrar a estudiar en las pruebas del proceso su respaldo y su fundamento, y si no las hallaba o las encontraba contradictorias, declarar que el veredicto era notoriamente injusto.

Pero aun en el caso de que la expresión riña casual no fuese tomada por el Tribunal en el sentido técnico en que lo toma nuestro código penal, sino en el sentido vulgar y corriente que le pudiese dar el lenguaje ordinario de las gentes, había lugar a una interpretación y a la consideración de la riña que ya se había aceptado y se había afirmado. Bastaba, pues, por averiguar qué clase de riña era aquélla entre las varias que contempla la legislación penal.

El segundo veredicto dijo sí, simplemente, y al decir esto no podía borrar la anterior afirmación. Está, pues, la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado que ha agregado una modalidad de la cual ha prescindido el Tribunal para fallar. Pido que se revoque la sentencia del H. Tribunal para que en su lugar se dicte la que corresponda a la respuesta del Jurado que ha agregado una modificación especial.

Primera causal. La sentencia del H. Tribunal es violatoria de la ley penal por inde-

hida aplicación de la misma. (Art. 3º, ley 118 de 1931). Si no fuese aceptada la causal anteriormente propuesta, interpongo el recurso fundándome en ésta que paso a sostener.

La sentencia del H. Tribunal dictó una pena de condenación de seis años de presidio, fundamentándose en una nulidad que no podía existir en los autos y que se pronunció violando claros preceptos legales. Así, pues, el fallo del H. Tribunal viola claros preceptos legales.

Como expliqué anteriormente, el Tribunal ordenó aclarar un veredicto; contra ese recurso del Superior no había modo alguno de reforma. Cumplida la orden por el inferior, el vicio de la causa tenía que ir a traducirse necesariamente en la sentencia final; por esta misma razón digo ahora que ese fallo es el que ha violado la ley cuando se ha basado en aplicaciones indebidas la misma.

Por haberse dado una respuesta que se estima como técnica, no puede el superior pedir aclaración, ya que él, mejor que nadie, conoce ese significado técnico y no hay precepto alguno que le haga sentar la presunción negativa de que los jurados de hecho no conocen la técnica legal ni pueden usar los conceptos de derecho. Ahora bien, si eso no puede hacerlo el Tribunal, es perfectamente ilegal y se interpreta erróneamente el artículo 310 de la ley 57 de 1887, ordenando en tal caso la reunión de un nuevo jurado para que explique lo que ellos tienen que entender y para que aclare lo que no tiene aclaración por ser absolutamente nítida en su significación y en su alcance.

Y si el señor Juez encontró ausente uno de los jueces de hecho, y estimó como nulo todo lo actuado, aplicaba indebidamente una disposición legal porque el H. Tribunal no estaba autorizado por la ley para hacer lo que se estaba ejecutando. Y entonces el nuevo veredicto y la sentencia de primera instancia, así como la de segunda, que se basaban en esos nuevos hechos del proceso, estaban viciadas del mismo error y del mismo defecto, trasladándose necesariamente la irregularidad hasta la sentencia final contra la cual interpongo mi recurso.

No ha habido acto alguno que venga a reponer el mal inferido al procesado, ni podría alegarse que no es ésta la sentencia que ha violado la ley, sino una anterior, porque en ese caso el recurso de casación se haría perfectamente ilusorio, mediante el sistema irrebatible de provocar por cualquier medio que no fuese el de injusticia notoria, la reunión de un nuevo jurado para obtener una respuesta diferente a la que no se ha estimado justa, y entonces cualquier irregularidad o mala interpretación o violación de la ley que no entrañase nulidad, quedarían excluídas del recurso de casación y enteramente limitado éste a muy pocas causales.

Como consecuencia de lo anterior, solicito muy respetuosamente que se invalide el fallo dictado por el H. Tribunal Superior, y en su lugar se dicte el que corresponda al primer veredicto del Jurado".

Sobre las causales 4ª y 1ª alegadas por el recurrente, la Corte observa:

Verdad es que el artículo 310 de la ley 57 de 1887 otorga al Juez y al Tribunal en su caso, la facultad de convocar nuevamente al jurado cuando se note que no dejó resueltas las cuestiones propuestas, o que las resolvió sin sujetarse a las fórmulas prescritas; y también es cierto que en la práctica se ha venido aplicando aquel precepto a los casos de obscuridad del veredicto.

Pero estas premisas no llevan a la conclusión de que sea ilimitado el poder del Tribunal para ordenar la aclaración de un veredicto, no obstante ser éste perfectamente claro; porque de lo contrario podría llegarse a hacer nugatorias las decisiones de los jurados.

En tales condiciones, forzoso es concluír que si el Tribunal, excediendo sus facultades, ordena repetir la convocatoria del Jurado, con la mira de que éste pronuncie un nuevo veredicto, so pretexto de obscuridad del ya proferido, crea una anomalía que ha de soltarse en el recurso de casación; y en efecto, el caso se resuelve por la causal 4ª, la cual contempla el evento de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Un veredicto claro y arreglado "en lo sustancial a las fórmulas prescritas" es ley del proceso; desconocerlo (salvo declaración de injusticia notoria), y hacerlo reemplazar por uno diferente que venga a servir de base a la sentencia, equivale a fallar en desacuerdo con el veredicto de los jueces de conciencia.

Y no se objete que en casos como el presente, cuando por falta de uno de los miembros que compusieron el primer jurado, la causa se anula respecto de los cargos a que se refieren las informalidades que se trata de subsanar (artículo 311, ley 57 de 1887), desapareciendo entonces el primitivo veredicto; porque lógicamente la citada disposición sólo debe aplicarse si se trata de un veredicto en realidad oscuro.

En el proceso de Marco A. Chaparro se confronta una situación de la expresada naturaleza. El jurado contestó a la pregunta sobre homicidio simplemente voluntario, con la siguiente frase: "Sí, pero en riña casual". Consideró el Tribunal de Bucaramanga que tal respuesta debía aclararse para saber "si el veredicto encierra o no un concepto jurídico", invocando para ello el artículo 310 de la ley 57 de 1887.

Para la Corte fue desacertada esta determinación del Tribunal. El hecho de figurar en el Código de las penas la palabra "casual" refiriéndose a la riña, no implica la prohibición de emplearla también en el lenguaje ordinario, ni aceptable sería sujetar de antemano a los jurados a un léxico determinado. No es que la palabra "casual" sea técnica, sino que el legislador la ha tomado del uso corriente, dándole el sentido que comúnmente se le atribuye.

Y así las cosas, el Tribunal de Bucaramanga anduvo descaminado al ordenar la aclaración de un veredicto suficientemente claro: motivo por el cual y según la doctrina expuesta arriba, prospera la causal 4ª de casación invocada por el recurrente, sin que sea necesario entrar en un análisis especial de la causal 1ª

Al tenor del inciso 1º, artículo 4º, ley 118 de 1931, prosperando, como prospera, la causal 4ª, toca a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al del Tribunal, y a ello se procede.

Sobre la base, pues, de que el veredicto en el cual ha de fundarse la sentencia es el proferido con fecha veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y cuatro, o sea el que dice: "Sí, pero en riña casual", y de que no hay motivo suficiente para declararlo contrario a la evidencia, como bien lo anota el jurado a quo en el fallo que corre al folio 58 del cuaderno 1º, procede la aplicación del artículo 603 del Código Penal, más que todo por vía de doctrina y para afianzar el respeto a las decisiones del jurado, ya que el homicidio perpetrado por Chaparro revistió caracteres de no poca gravedad.

Es acertada la calificación de la delincuencia en tercer grado, tal como la hicieron el juez y el Tribunal.

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 Bucaramanga fechada el siete de mayo de mil novecientos treinta y seis, que condenó a Marco Antonio Chaparro a la pena principal de seis años de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar impone al mismo Marco Antonio Chaparro la pena de un año de reclusión que sufrirá en el lugar de castigo que el Gobierno designe, computándose como parte cumplida de la pena el tiempo que el procesado haya permanecido en detención preventiva.

Condénase, además, a Marco Antonio Chaparro a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la pérdida, por vía de multa, a favor del Estado, del arma con que cometió el delito, y al pago de las costas procesales.

Por el Juzgado de origen se dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto Nº 944 de 1934, para los fines de la anotación de la sentencia en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Mala H., Secretario.

CONCURSO DE DELINCUENTES Y CUADRILLA DE MALHECHORES

No debe confundirse la figura jurídica del concurso de delincuentes con el delito específico de cuadrilla de malhechores. En el caso de autos prospera, en cuanto al delito de cuadrilla, la causal 3ª de casación; pues lejos de aparecer la asociación o mancomunidad permanente, lo único que se advierte es una confabulación o concurso para un crimen determinado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril diez y seis de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

La sentencia del Tribunal Superior de Pasto que impuso a Julio Ortiz, José Antonio Salazar, Manuel María González V. y Rosendo Toro la pena principal de veinte años de presidio y cinco de reclusión por los delitos de asesinato y cuadrilla de malhechores, fue recurrida en casación por Toro y Salazar.

Son dos las causales que procede analizar: la 5ª, porque del alegato de los recurrentes se desentraña, aunque con dificultad, que ellos estiman notoriamente injusto el veredicto proferido por el jurado; y la 3ª, sobre cuerpo del delito de cuadrilla de malhechores, que la invoca y sustenta el señor Procurador delegado en lo penal.

Para resolver, la Corte considera:

Causal 5ª

La argumentación de los recurrentes acerca de este punto tiende a demostrar que las pruebas del proceso eran insuficientes para condenarlos; pero la Corte, después de examinado el expediente, no encuentra oposición entre el veredicto y aquellas pruebas. La circunstancia de que la prueba de responsabilidad sea indiciaria, no autoriza para declarar injusto el veredicto por ser condenatorio; y en el presente caso, los indicios materiales y la declaración de Julio Ortiz se complementan y concurren a demostrar el elemento imputabilidad de los reos.

No prospera, pues, el recurso por esta causal.

Causal 3ª

El señor Procurador limita sus reparos a la manera como el Tribunal de Pasto apreció la prueba del cuerpo del delito de cuadrilla de malhechores, advirtiendo que propone este motivo de casación únicamente por vía de doctrina, porque aun en el evento de prosperar el recurso, los condenados siempre deberían sufrir la pena máxima que les impuso la sentencia, como responsables de cuatro asesinatos, heridas y robo.

Para la Corte es cierto que no debe confundirse la figura jurídica del concurso de delincuentes con el delito específico de cuadrilla de malhechores.

El Capítulo 6º, del Título 3º, libro 2º del Código Penal trata de este delito, y sus disposiciones indican que la ley exige como elementos esenciales del mismo: la asociación permanente de cuatro o más personas para delinquir; la mancomunidad entre ellas, y la jerarquía en virtud de la cual haya un jefe a quien los otros cuadrilleros obedezcan.

Y el caso de autos no presenta estos caracteres, porque aun cuando fueron varios los asesinos, no hay prueba de la asociación o mancomunidad permanente. Lo único que aparece es una confabulación o concurso para el hecho concreto que culminó en los crímenes ocurridos en la noche del 19 de junio de 1933 en la casa de Juan Solarte.

Así las cosas, resulta fundada, por este aspecto, la causal 3ª, y la sentencia debe invalidarse parcialmente, o sea en lo que se refiere al delito de cuadrilla de malhechores.

En 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,

R e s u e l v e :

1º Invalídase parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, fechada el cinco de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, en cuanto condenó a Julio Ortiz, José Antonio Salazar, Manuel María González V. y Rosendo Toro por el delito de cuadrilla de malhechores, y en su lugar absuelve de este cargo a los acusados;

2º Declárase que no es el caso de infir-

mar, y no se infirma en lo demás el fallo recurrido, que impuso a los procesados la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión por los delitos de asesinato, robo y heridas.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Male B., Secretario.

ROBO EN CUADRILLA DE MALHECHORES

La incriminación por el delito de cuadrilla de malhechores debe ser materia de cargo especial en el auto de proceder, con observancia del artículo 345, ley 105 de 1890, sin que pueda objetarse que ante disposiciones como la del artículo 799 del Código Penal, que define y castiga el robo cometido en cuadrilla de malhechores, baste con la imputación genérica del delito de robo y la alusión a aquella figura jurídica. Prospera la causal 4ª de casación, con su natural repercusión en la causal 1ª

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

El Tribunal Superior de San Gil impuso a Saúl Sandoval, Teófilo Quiroga y Efraín Mora la pena principal de nueve años de presidio por robo en cuadrilla de malhechores.

Los reos interpusieron casación; y surtido el recurso en la Corte con observancia de los trámites que le son propios, se pasa a resolver.

El asunto se ha planteado al rededor de las causales 3ª, 4ª y 1ª del artículo 3º, ley 118 de 1931.

Causal 3ª

Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Tanto los recurrentes como el señor Procurador delegado en lo penal la invocan y sustentan por el siguiente motivo:

No obstante la pluralidad de agentes en la ejecución del delito, hay ausencia de las características que constituyen la cuadrilla de malhechores; luego si esta imputación delictuosa no tuvo entidad, el enjuiciamiento y condena por ella resultaba imposible.

La Corte observa:

Verdad es, y así lo ha dicho esta Sala, que no puede confundirse la figura jurídica del concurso de delincuentes con el delito específico de cuadrilla de malhechores.

El Capítulo 6º, del Título 3º, Libro 2º del Código Penal trata de este delito, y sus disposiciones indican que la ley exige como elementos esenciales del mismo: la asociación permanente de cuatro o más personas para delinquir; la mancomunidad entre ellas, y la jerarquía en virtud de la cual haya un jefe a quien los otros cuadrilleros obedezcan (sentencia de 16 de abril de 1937).

Y desde que en este proceso tales modalidades no se presentan, fundado es el cargo contra el fallo del Tribunal de San Gil, y él sería casable por la causal 3ª; pero es que en opinión de la Corte ocurre que la imputación por cuadrilla de malhechores no fue aquí en realidad materia del llamamiento a juicio, y, de consiguiente, la cuestión debe analizarse a la faz de la causal 4ª, igualmente invocada.

Causal 4ª

Disconformidad entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder.

El señor Procurador, que en definitiva pide la infirmación del fallo del Tribunal de San Gil por la causal 3ª, alega con relación a la causal 4ª, lo siguiente:

"En primer lugar, observa este despacho un desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia acerca del cargo por cuadrilla de malhechores.

Realmente, el auto de enjuiciamiento del Juzgado les imputó a los acusados los siguientes hechos: 'abuso deshonesto cometido en la persona de Mercedes Reyes de Sierra, empleando para ello la fuerza y la violencia; haber intentado dar muerte a Benjamín Sierra y haberse robado una barra de hierro de valor de cuatro pesos moneda legal ($ 4.00)'.

Recurrido ese auto ante el Tribunal por dos de los acusados y sus defensores, tal entidad resolvió así el recurso con notable menoscabo de los derechos de los apelantes:

'En consecuencia de lo anterior, el Tribunal Superior del distrito judicial de San Gil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, y visto el concepto fiscal, confirma el auto recurrido pero con la reforma de añadir —como añade— que los delitos por los

cuales fueron encausados Saúl Sandoval, Teófilo Quiroga, Fidel Ramírez y Efraín Mora fueron cometidos en cuadrillas de malhechores'.

Como se ve, el Tribunal aumentó los cargos deducidos a los enjuiciados, pero omitió en la parte resolutiva de su auto citar expresamente el Libro, Título y Capítulo respectivos del Código Penal, relativos al nuevo delito, porque eso es lo que manda con toda claridad el artículo 345 de la ley 105 de 1890.

Y es claro que al incurrir en esa capital omisión, el pliego de cargos por cuadrilla de malhechores, que es de lo más grave e infamante, no se les hizo a los acusados con toda claridad y precisión para que ellos se enterasen con qué disposiciones penales se les iba a sancionar, en el evento de un fallo adverso, y de qué clase de cuadrilla tenían que defenderse.

Ya en la sentencia fue cuando vino el Tribunal a explicar que el delito de cuadrilla de malhechores no era el especialmente previsto en el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal, sino el contemplado en el artículo 790 de la misma obra, incorporado en el Capítulo del Robo y que trae la alta pena de ocho a doce años de presidio.

Por lo mismo que en este caso concreto, el delito de cuadrilla de malhechores que halló el Tribunal se prestaba a interpretaciones distintas, esto es, a saber si se trataba del caso general de cuadrilla, o del especial para robar, ha debido definir el punto con toda propiedad y sin lugar a equivocación, en la parte resolutiva de su auto, citando el Libro, Título y Capítulo respectivos del Código.

Esto daría pie para sustentar la causal cuarta de casación, por no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

La Corte observa:

Está en lo cierto el Sr. Procurador. Según acaba de verse al tratar de la causal 3ª, la cuadrilla de malhechores es un delito específico que define y castiga el Libro 2º, Título 3º, Capítulo 6º del Código Penal; luego la incriminación por ese delito debe ser materia de cargo especial en el auto de proceder, con observancia de las reglas prescritas en el artículo 345, ley 105 de 1890.

Y no se objete que en determinados casos, ante disposiciones como la del artículo 790 del Código Penal, que define y castiga el robo cometido en cuadrilla de malhechores, basta con la imputación genérica de ese delito, con cita del respectivo Capítulo, título y libro, y la alusión imprecisa a aquella figura jurídica.

El artículo 790 habla de delito de robo "cometido en cuadrilla de malhechores"; y si en otros pasajes del mismo Código se determina quiénes son cuadrilleros, preciso es que al través de todo el proceso se controvierta este cargo, en la plenitud de sus elementos, a fin de que la pena que en relación a él se deduzca, pueda aplicarse.

Corrobora esta tesis la consideración de que según el artículo 117, numeral 5º, del Código Penal, es circunstancia agravante de carácter general, "el mayor número de personas que concurran a la perpetración del delito"; y que para el delito de robo es agravante especial la de "ser dos o más los ladrones" (artículo 791 ibídem). De donde se deduce que la mera pluralidad de delincuentes no constituye de suyo la cuadrilla de malhechores a que quiso referirse el artículo 790 del Código.

Prospera, pues, el recurso por la causal 4ª, con su natural repercusión en la causal 1ª, como pasa a verse; y corresponde a la Corte dictar el fallo que reemplace al del Tribunal.

Causal 1ª

Indebida aplicación de la ley penal.

La Corte acoge lo que a este respecto dice el señor Procurador:

"En consecuencia, desaparecida la cuadrilla, no puede aplicarse el artículo 790 del Código Penal, que la exige con circunstancia específica o sustancial, y entonces sólo queda en pie un delito de robo común. Por lo cual, se aplicó indebidamente la ley penal, y debe prosperar también la causal primera de casación.

En tal virtud, para acatar el veredicto del jurado, que declara a los acusados responsables del delito de robo de una barra de hierro por valor de $ 4.00, se considera como infringida la disposición del artículo 778 del Código Penal, que prevé el caso que se juzga.

Tal artículo debe aplicarse en segundo grado, porque concurren las agravantes señaladas en los numerales 1º y 2º del artículo 791 ibídem, y la atenuante de falta de ilustración de los responsables. Total, les corresponde a éstos la pena de cuatro años de presidio".

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de

acuerdo en lo sustancial 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 San Gil, fechada el dos de junio de mil novecientos treinta y seis, que impuso a los recurrentes la pena principal de nueve años de presidio; y en su lugar se impone a cada uno de los mismos Saúl Sandoval, Teófilo Quiroga y Efraín Mora, por el delito de robo, la pena de cuatro años de presidio que sufrirán en el lugar de castigo que determine el Gobierno, computándoseles como parte cumplida de la pena el tiempo que hayan estado en prisión preventiva.

Condénase, además, a Saúl Sandoval, Teófilo Quiroga y Efraín Mora a la pérdida de todo empleo público y a la inhabilitación perpetua para obtenerlo; a la pérdida de toda pensión del Tesoro; a la suspensión indefinida de los derechos políticos; al pago de las costas procesales; y a quedar sujetos a la vigilancia de las autoridades por el término de tres años, una vez cumplida la pena principal.

El Juzgado de origen dará cumplimiento al artículo 16 del Decreto N° 944 de 1934, para los fines de la anotación de la sentencia en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio de los reos.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo E., Secretario.

SE PRETENDE QUE LA SENTENCIA RECURRIDA HA DEBIDO FUNDARSE EN UN PRIMER VEREDICTO DECLARADO NOTORIAMENTE INJUSTO

Un primer veredicto que el procesado considera más favorable a su causa, pero declarado notoriamente injusto, no puede ser base para el estudio del fallo recurrido, que tiene como fundamento nuevo veredicto; máxime cuando no se ha invocado la causal 4ª de casación, que habla de desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

El Juzgado 2º Superior del distrito judicial de Bucaramanga llamó a responder en juicio a Dimas Vargas por el delito de homicidio en la persona de José Cárdenas, y al jurado que intervino le fue sometido el cuestionario que en seguida se copia, junto con la respuesta correspondiente:

"Cuestión única.—Dimas Vargas es responsable de haber dado muerte a José Cárdenas, a consecuencia de una herida que le infirió con arma cortante y punzante, en las primeras horas de la tarde del día ocho de julio de mil novecientos treinta y cuatro, de la cual murió el día diez del mismo mes y año, y en la ejecución de este hecho, ocurrido en el lote destinado a la venta de carbón en esta ciudad, obró el acusado Vargas con intención homicida?"

"Sí, sin intención homicida, por ligereza".

Este veredicto fue declarado notoriamente injusto por contraevidente, y la providencia en que tal cosa hizo el juzgador de primera instancia se confirmó por el Tribunal Superior.

Sometido a su debido tiempo el mismo cuestionario que se deja transcrito al nuevo jurado, lo respondió por unanimidad de manera simplemente afirmativa.

Basado en este veredicto, el Juzgado condenó a Dimas Vargas, calificando su delincuencia en grado mínimo, a la pena principal de seis años de presidio, como responsable de homicidio simplemente voluntario.

Esta sentencia fue confirmada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, y contra ella interpusieron recurso de casación tanto el procesado como su defensor.

Concedido que les fue y surtidos ante la Corte los trámites correspondientes, es el caso de resolver, y a ello se procede.

Invoca el reo la causal 1ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que consiste en ser la sentencia recurrida violatoria de la ley pe-

nal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

El señor Procurador delegado en lo penal se abstiene de analizar las razones aducidas por el sentenciado recurrente en su alegato; encuentra —dice— que el juicio está viciado de nulidad y que debe prosperar la causal 2ª de casación. Al efecto, se expresa de la siguiente manera:

"La nulidad que concurre es la contemplada en la primera parte del numeral 4º del artículo 26ó de la ley 57 de 1887, que trata de equivocación grave en el sorteo de Jurados.

Realmente, en la diligencia de sorteo general de Jurados (fs. 77) y en el sorteo parcial del folio 90, intervino como Agente del Ministerio Público quien estaba legalmente impedido para actuar como tál en este proceso. Por consiguiente, carecía él de facultad para recusar jurados, y la elección de éstos quedó afectada de confusión.

Como lo dijo la Procuraduría en un caso semejante, "en la diligencia de sorteo de Jurados actuó como Fiscal el doctor Leonardo Martínez Collazos, y él hizo la recusación. Pero resulta que dicho doctor fue quien figuró como juez Segundo Superior en los momentos de calificar el mérito del sumario, y fue él quien profirió el auto de enjuiciamiento contra Patricio Rojas. (Fs. 44 y 61)".

Para resolver, la Corte considera:

En cuanto a la causal 2ª, es decir, la nulidad pedida por el señor Procurador, ocurre, ha dicho la Corte en casos similares, que aun prescindiendo de entrar en el examen de si el doctor Leonardo Martínez Collazos, Fiscal del Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, estaba o no impedido para actuar en el proceso con tal carácter, resulta de autos que no se surtió en las instancias incidente alguno sobre impedimento o recusación; y, por consiguiente, aquel empleado tenía que intervenir en los trámites del juicio en lo atañedero al Ministerio Público.

Tratándose de funcionarios impedidos, sólo su actuación posterior a la declaratoria de impedimento puede ser susceptible de nulidad; pero la anterior es válida, ya que el funcionario únicamente queda separado del conocimiento del negocio por virtud de la calificación que se haga de la existencia del impedimento.

En estas condiciones, no existe aquí la nulidad alegada por el señor Procurador, y de consiguiente no prospera el recurso por la causal que invoca.

Ante la Corte, el sentenciado fundamenta el recurso en los términos siguientes:

"Considero la sentencia del H. Tribunal como violatoria de la ley penal por mala interpretación de la misma y por indebida aplicación de los preceptos fundamentales. (Causal primera, artículo 3º de la Ley 118 de 1931).

Se ha interpretado mal el artículo 50 de la ley 169 de 1869 (sic) en cuanto faculta al juez para declarar notoriamente injusto un veredicto del jurado, y como consecuencia de ello hubo indebida aplicación de los preceptos legales que se citan como fundamento de la sentencia cuyo recurso interpongo ahora.

Antes de demostrar la mala interpretación de ese artículo quiero referirme brevemente a la parte principal de este recurso, ya que él envuelve una cuestión enteramente fundamental sobre el fondo mismo del problema. Acaso se quiera decir posteriormente que la objeción que se hace en este memorial no va contra sentencia última sino contra el auto que declara notoriamente injusto el primer veredicto, pero ello no es así, porque la una y la otra tienen tan íntima y tan estrecha relación que no es posible suponer la existencia de la última sin la vigencia de la anterior; por eso mismo considero que la tacha que se le ponga a la primera y que demuestre que tiene en su fondo vicios tan graves que son suficientes a invalidarla, vicien asimismo a la última, que deriva su fuerza integralmente de esa legalidad y de esa vida que se le dé al fallo anterior. Si acaso se sentara una doctrina diferente a este pensamiento mío, quedaría una parte del juicio criminal sin revisión alguna por parte del Supremo Tribunal de casación, ya que en ninguna parte de nuestra legislación la materia de la injusticia notoria está sujeta a nulidad, y tampoco podrá alegarse en la segunda instancia sobre la injusticia notoria desde el momento mismo en que ese segundo veredicto es absolutamente intocable; luego necesariamente, para que se pueda entrar al fondo del problema y al estudio de la disposición sustantiva fundamentalmente violada, es menester estudiar en conjunto ambas providencias del H. Tribunal, pues su conjunto es el que ha violado la ley y no cada una de ellas separadamente.

Dice el artículo que considero violado: 'Si a juicio del Juez las resoluciones del jurado fueren contrarias a la evidencia, declarará

injusto el veredicto...' (lo subrayado es mío). Así,pues, según lo anterior, es menester que haya evidencia en el proceso, es decir, que exista una certeza clara, manifiesta, segura y tan perceptible de una cosa que no es posible racionalmente dudar de ella; y que el veredicto pronunciado vaya a contrariar esa claridad y esa circunstancia tan perceptible: entonces el Juez de derecho, en caso tan extremo, podrá usar de tan extraordinaria facultad.

Ahora bien, el veredicto del primer jurado fue así: 'Sí, sin intención homicida y por ligereza'. Los jueces de hecho consideraron como primer elemento fundamental mi ánimo, mi propósito y dejaron a un lado los demás elementos sensibles y materiales del acto que se estaba juzgando. Sabido es de todo el que tenga nociones de pruebas procesales que la intención es un acto interno que no puede ser perfectamente demostrado puesto que sus manifestaciones apenas si se dejan adivinar a través de múltiples hechos exteriores que indican aproximadamente su finalidad pero que nunca jamás darán la certeza de la única y verdadera intención. Esto no es necesario probarlo para darlo por sentado; apenas basta con considerarlo simplemente para llegar a tal resultado. Ahora bien, si la intención no puede ser demostrada directamente, y si probada en la forma indirecta apenas da base para sugerencias e hipótesis más o menos probables, nunca podrá decirse filosófica y legalmente que la intención se ha demostrado plenamente y con certeza. Y si no puede haber certeza sobre la intención, menos puede existir la evidencia. Y no existiendo la evidencia, el juez no podrá usar de la facultad extraordinaria de declarar la contraevidencia del veredicto.

Según todo lo anterior, el H. Tribunal violó la ley o la interpretó erróneamente al pronunciar ese primer fallo que declaraba notoriamente injusto el primer veredicto y ordenaba consecuencialmente convocar un segundo jurado para que conociera de mi responsabilidad.

Acaso para sustentar lo relativo al asunto de hecho y de pruebas de ese primer veredicto, me baste en este alegato con dar por reproducidas las razones alegadas por mi defensor, doctor Roa Bernal, en su memorial para ante el H. Tribunal Superior, y en el cual se hallan debidamente especificados los diversos puntos de hecho a que se refiere el veredicto a que me refiero.

Solicito, pues, que se case la sentencia para que sea dictado el fallo a que haya lugar, teniendo en cuenta la primera respuesta que dieron los señores jueces de hecho en el jurado que inicialmente ocurrió en mi causa".

Como se ve, el recurrente se acoge sólo a la causal 1ª de casación y señala como disposición infringida por la sentencia el artículo 50 de la ley 169 de 1896, que faculta a los juzgadores de instancia para declarar injustos los veredictos de los jurados.

La Corte, en varios fallos ha desechado esta tesis (casación de José Motavita, sentencia de 7 de septiembre de 1938, Gaceta Judicial números 1909 y 1910), a lo cual podría agregarse que en el presente caso ni siquiera se ha invocado la causal 4ª, que habla del desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado; y que el precepto legal que se señala como mal interpretado por el sentenciador, es de mero procedimiento, de suerte que aun en el supuesto de que el Tribunal lo hubiese interpretado o aplicado erróneamente, el recurso no podría prosperar por la causal 1ª

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 veinticinco de agosto de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Dimas Vargas la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de José Cárdenas.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo B., Secretario.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

En procesos en donde se haya extinguido la acción penal en virtud del transcurso del tiempo, es inútil que la Corte ordene continuar la investigación respecto de sindicados no juzgables por ella; porque el sobreseimiento definitivo en estos casos no sólo se dicta para libertar del cargo a determinada persona, sino con el fin de poner término al asunto por sustracción de materia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo veinticinco de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

En un sumario por tentativa de homicidio y heridas iniciado contra el general J. Isaías Gamboa, del 31 de enero de 1918 al 10 de septiembre de 1930, no se surtió actuación alguna; y para averiguar por el responsable o los responsables de esa demora ordenó la Corte Suprema una investigación.

Por auto de 15 de marzo del corriente año, el Juzgado 1º del Circuito en lo Criminal de Bogotá, en donde cursaban estas diligencias, determinó remitirlas a la Corte, "en atención —dice— a que los posibles responsables de la demora investigada fueron o miembros de la Sala penal del Tribunal o los empleados del Juzgado 3º del Circuito de Facatativá, inclusive el Juez, de los cuales los primeros, es decir los Magistrados, caen bajo la jurisdicción de la H. Corte Suprema".

En la Corte el negocio pasó al señor Procurador, quien dijo lo siguiente:

"Para que la H. Corte pueda adquirir jurisdicción en este negocio, es menester que se establezca la calidad de los Magistrados del Tribunal Superior de este Distrito Judicial que resulten sindicados del delito de demoras en el sumario por heridas contra el general Isaías Gamboa, al tenor de los documentos que obran a los folios 2, 3 y 4.

Deja así la Procuraduría contestado el traslado de este negocio".

La Corte considera:

En primer lugar, de las diligencias practicadas no se logró poner en claro quién o quiénes fueran causantes de la demora investigada; y como dijo el señor Procurador General en 1930, doctor Clodomiro Ramírez, "no es posible saber si la demora es atribuíble al señor Juez o al H. Tribunal o a ambos" (folio 3).

Ahora bien: No obstante la autorizada opinión del señor Procurador, estima la Sala que en el presente asunto resultaría superflua la formalidad o comprobación que él solicita.

Por una parte, desde que la demora se achaca posiblemente a Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, cualesquiera que sean sus nombres, no habría una duda fundada sobre la competencia de la Corte para resolver acerca de la responsabilidad de ellos.

Y en todo caso, como de 1930 a hoy han transcurrido más de los cuatro años que para la prescripción de la acción penal en esta clase de delitos determina la ley, lo único procedente aquí es dictar auto de sobreseimiento definitivo, de acuerdo con el numeral 5º, artículo 33 de la ley 104 de 1922, relacionado con el artículo 1879 del Código Judicial.

No se objete que si entre los funcionarios sindicados de la demora puede haber algunos no juzgables por la Corte, de conformidad con el artículo 33, ley 105 de 1931, debe permanecer abierta la investigación respecto de esos posibles sindicados; porque en casos como éste —ya lo ha dicho la Sala—, el sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal no solamente se dicta para libertar de un cargo a determinada persona en concreto, sino que también significa la finalización de un proceso por sustracción de materia.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, sobresee definitivamente en estas diligencias.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Mala B., Secretario.

LOS MAGISTRADOS Y JUECES SOLO PUEDEN SER DEPUESTOS O REMOVIDOS POR SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN JUICIO CRIMINAL, AUN EN EL CASO DEL ARTICULO 573 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

El secretario u otro empleado subalterno que cobre o reciba indebidamente emolumentos o derechos puede y debe removerlo su respectivo superior, que se haya cerciorado del hecho y sin que para ello se necesite tramitar un juicio (art. 573 del Código de Procedimiento Civil).

Pero el Magistrado o juez sindicados de tolerancia con el subalterno concusionario no pueden ser removidos o depuestos sino mediante juicio criminal que termine por sentencia condenatoria (arts. 160 de la Constitución de 1886 y 13 de la Ley 135 de 1931).

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán dictó en las presentes diligencias sobreseimiento definitivo a favor del doctor Antonio M. Tafurt, Juez 2º del Circuito de aquella ciudad.

Venido el asunto en consulta a la Corte, opina el señor Procurador delegado en lo penal que ella debe abstenerse de resolver acerca de la consulta, opinión que funda así:

"El señor Luciano Rivera denunció al nombrado Juez y a su Secretario, señor Federico Palomino, porque le cobraron al señor Luis Fernández de Haro cincuenta centavos como derechos judiciales por una nota de presentación de un memorial dirigido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

"Adelantado el sumario, se esclareció bien que fue el Secretario, y no el señor Juez, quien cobró los cincuenta centavos, aunque el segundo sí se dio cuenta del hecho. En concepto del señor Juez, ese honorario fue legal, por tratarse de un certificado que causa el impuesto, al tenor del artículo 565 del Código Judicial.

"Desde luego se advierte que la responsabilidad del Secretario no es materia de estudio ante la Corte, sino la del Juez del Circuito.

"Ahora bien: conforme al artículo 573 del Código citado, el Superior que tolere a sus empleados subalternos exigir o aceptar dinero o dádivas por la práctica de diligencias que están obligados a efectuar, perderá su empleo, siempre que esto se compruebe ante su superior jerárquico.

"Por tanto, no se trata en este caso de la investigación de un delito contra el señor Juez, sino de una mera contravención que debe resolverla el Tribunal en forma sumaria, y no de juicio de responsabilidad.

"Lo que quiere decir que es improcedente el sobreseimiento decretado por el Tribunal, y que la Corte carece de jurisdicción para revisarlo.

"Lo que sí es materia de juicio de responsabilidad es la actuación del señor Secretario, ya que el hecho que se le atribuye está especialmente previsto por el artículo 501 del Código Penal, si se acepta que hubo cobro de salarios o derechos indebidos. Eso será materia del auto de fondo".

Para resolver, la Corte considera:

El texto del artículo 573 del Código de Procedimiento Civil, invocado por el señor Procurador, es del tenor siguiente: "Fuéra de los casos expresamente exceptuados en la ley, es absolutamente prohibido a todos los empleados del orden judicial exigir o aceptar dinero o dádivas por la práctica de las diligencias que están obligados a efectuar. La contravención a esta prohibición se sanciona con la pérdida del empleo, la que decreta el superior de la oficina, quien pierde igualmente su empleo si ante su superior jerárquico se comprueba el hecho de seguir manteniendo en la oficina al subalterno infractor, a sabiendas de su culpa".

A juicio de la Corte, esta disposición tiene un doble aspecto: el relativo a los empleados subalternos de los juzgados y tribunales, de libre nombramiento y remoción, y el referente a los Magistrados y jueces, cuyo período es fijo, y que no pueden ser privados de sus cargos sino en los casos que se contemplan en el artículo 13 del mismo Código.

Bien está, por consiguiente, que a uno de aquellos empleados inferiores lo remueva de plano su respectivo superior al incurrir en

la falta prevista en el citado artículo 573; pero tratándose de jueces o magistrados, a quienes se sindique de tolerar los abusos de sus subalternos, ese precepto asume la categoría de disposición penal, y, requiere, en tal virtud, que para aplicarlo se surtan las fórmulas del juicio correspondiente.

De donde se concluye que sí tiene competencia la Corte para pronunciarse acarca del sobreseimiento consultado.

Examinado el cargo mismo que se formula contra el Juez doctor Tafurt, halla la Corte que en realidad el secretario del Juzgado 2º del Circuito de Popayán obró indebidamente al cobrar o aceptar emolumentos o derechos por la nota de presentación personal de un escrito dirigido a otra oficina pública, so pretexto de haber empleado en esa nota la palabra certificación.

Son éstas, por desgracia, corruptelas generalizadas y contra las cuales deberían reaccionar siempre los interesados.

Pero en el caso estudiado, lo que ocurre es que no sólo el secretario Palomino, sino el Juez doctor Tafurt, interpretaron en el mismo sentido, equivocado por cierto, las disposiciones referentes a cobro de derechos por intervención extrajudicial de los secretarios; y en esas condiciones es inasible el elemento a sabiendas que exige la parte final del artículo 573 de la Ley 105 de 1931.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en descuerdo con la opinión del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán profirió con fecha veintidós de febrero de mil novecientos treinta y siete, a favor del doctor Antonio M. Tafurt, Juez 2º del Circuito de aquella ciudad, por los cargos de que tratan estas diligencias.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

AGRAVANTES DE PLURALIDAD DE DELINCUENTES, CRUELDAD Y DEBILIDAD DE LA VICTIMA

La pluralidad de delincuentes debe estimarse teniendo en cuenta la proporción entre víctimas y victimarios. En la apreciación de la agravante de crueldad por razones de prueba es soberano el juzgador de instancia. La ancianidad de la víctima cabe dentro del concepto de debilidad de la persona ofendida. No prospera la causal 1ª de casación fundada en el motivo de haberse calificado la delincuencia en segundo grado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, junio doce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

En sentencia de veintiuno de agosto de mil novecientos treinta y seis el Tribunal Superior del distrito judicial de San Gil confirmó en todas sus partes la proferida por el Juzgado 1º Superior del mismo distrito, por medio de la cual se impuso a Julio Gómez y Francisco Medina la pena principal de nueve años de presidio como responsables en segundo grado de la muerte de Lorenzo Angarita.

Los reos interpusieron casación invocando la causal 1ª, que su apoderado sustentó luégo ante la Corte, limitando únicamente a ella el fundamento del recurso.

Sostiene el señor abogado de los recurrentes que las agravantes deducidas por el Tribunal carecen de base jurídica, y que, de consiguiente, la delincuencia no debió calificarse en segundo grado sino en tercero.

El señor Procurador General de la Nación coadyuva en parte esta tesis; pero como estima que sí hubo una circunstancia agravante —debilidad de la víctima—, solicita de la Corte la infirmación del fallo recurrido para que se califique la delincuencia en tercer grado, aumentando la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo que autoriza el artículo 124 del Código de las penas.

Para resolver, la Corte considera:

El Tribunal de San Gil, en punto a la calificación de la delincuencia, se limita a acoger la que hizo el juez de primera instancia, cuyo único razonamiento sobre el particular es el siguiente:

"Como aparecen circunstancias atenuantes como la falta de ilustración de los procesados, su buena conducta anterior y ser éste el primer delito por que se les castiga, y agravantes como el haber obrado en concurso recíproco, la mayor crueldad que hubo en la acción y la ancianidad del occiso, la delincuencia de Julio Gómez y Francisco Medina se califica en segundo grado".

No puede acoger la Corte las opiniones del recurrente y del señor Procurador. En efecto:

a) La circunstancia, impropiamente bautizada por el juez con el nombre de concurso recíproco, es en realidad la de "el mayor número de personas que concurren a la perpetración del delito" (numeral 5º, artículo 117 del Código penal), sin que ello se desvirtúe con la alegación del señor apoderado de que el mayor número implica que pasen de dos las personas que cometen el delito. El asunto debe considerarse teniendo en cuenta la proporción entre víctimas y victimarios.

b) Los razonamientos propuestos por la parte recurrente para refutar la existencia de "la mayor crueldad que hubo en la acción", no entran en el estudio que en casación compete hacer a la Corte, pues se refieren a la prueba de los hechos constitutivos de tal agravante, para apreciar la cual el juzgador de instancia es soberano.

Y es imposible aceptar como pertinente la reproducción que hace el señor Procurador de su concepto en el proceso contra Manuel García (sentencia de 1º de septiembre de 1936); ya que las circunstancias de aquel caso y las que caracterizan el que es materia del presente recurso difieren por completo.

c) Discute el señor apoderado la agravante que el juez llamó ancianidad del occiso, por no estar demostrada en los autos la edad de la víctima. Aparte de que esta cuestión de prueba de los hechos, según atrás se dijo, no es de la incumbencia de la Corte, bien dice el señor Procurador que "puede encajarse dentro del numeral décimo del artículo 117 del Código Penal, por referirse ella a la debilidad de la persona ofendida".

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el veintiuno de agosto de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Julio Gómez y a Francisco Medina la pena principal de nueve años de presidio, como responsables de la muerte de Lorenzo Angarita.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo M., Secretario.

SE NIEGA LA REVISION DE UN PROCESO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, dieciocho de junio de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo).

Daniel Horta fue condenado en segunda instancia por el Juzgado 3º del Circuito de Neiva y por el delito de hurto de ciento setenta y un pesos ($ 171.00), a la pena principal de tres años de presidio, según sentencia fechada el cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

El doctor Manuel Rodríguez Díaz, con poder de Daniel Horta, propuso ante la Corte demanda de revisión contra ese fallo, para lo cual adujo copias del expediente y tres declaraciones rendidas extrajuicio por Alcides Quintero, Heraclio Quintero y Alejo Tobar, quienes dicen que el veintiuno de octubre de mil novecientos treinta, o sea al día siguiente de ocurrido el hurto por que se condenó a Horta, les dijo a los declarantes el señor Camilo González que él y no Horta era el responsable de aquel delito.

Ratificadas estas declaraciones en el re-

curso de revisión y surtidos los demás trámites que le son propios, el señor Procurador General de la Nación se expresó del siguiente modo en su vista de fondo:

"Fundado en graves indicios que claramente hacían aparecer a Daniel Horta como autor del delito de hurto de la suma de ciento setenta y un pesos en billetes de distintos valores, el Juez Municipal de Baraya lo llamó a juicio y luégo lo condenó a la pena de diez y ocho meses de presidio. Esta sentencia fue apelada y el Juez 3º del Circuito de Neiva, en fallo de cuatro de noviembre de 1931, resolvió aplicar al reo tres años de presidio. Para hacer tal cosa, el Juez, entre otras consideraciones, expuso lo siguiente:

Como Daniel Horta es persona de viso en Baraya y se le clasifica allí entre los rateros, su castigo debe servir de escarmiento a sus compañeros de oficio, por lo cual debe aplicársele el máximum de la pena que señala el artículo 795 del Código Penal.

"La sentencia de segunda instancia no ha sido posible notificársela a Horta, porque éste es hábil en materia de fugas y hace años anda huyendo de la acción de la justicia. No obstante, un apoderado designado por él aquí en Bogotá, se ha presentado ante vosotros demandando revisión de la causa y como prueba principal, pues de las otras que ha pedido no se conoce el objeto, presenta tres declaraciones curiosas en extremo. Los declarantes, al cabo de casi cinco años de ocurrido el hurto, dicen de manera uniforme, ciñéndose al interrogatorio ad-hoc que se les formuló, que un tal Camilo González, muy amigo de ellos, les dijo al día siguiente del suceso que él era el que se había robado los ciento setenta y un pesos; que Horta era inocente; que él, González, estaba dispuesto a devolver la suma, que le ayudaran los testigos a salir del apuro. Que éstos fueron adonde el Alcalde a contarle lo que ocurría, pero que tal autoridad, un señor Duque, les dijo que ésas eran mentiras y que si seguían con ellas los metía a la cárcel. Estas y otras patrañas semejantes refieren los declarantes de la hora de nona, y sobre su verosimilitud no hay objeto en hacer comentarios al presente.

"Apoyándose en la prueba indicada e invocando el ordinal 6º del artículo 1º, Ley 33 de 1909, el demandante espera que se decrete la revisión, ya que considera demostrado que fue González y no Horta el autor del delito que motivó el pronunciamiento de la sentencia.

"El ordinal 5º de que se trata dice así:

'Cuando después de una condenación llegue a producirse o revelarse un hecho nuevo, o se presenten documentos o comprobantes no conocidos al tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o cuando se presenten indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad'.

"Como se ve, esta causal exige un documento, una prueba no conocida que lleve al ánimo de la H. Corte la convicción de la inocencia o irresponsabilidad de aquél a cuyo favor se demanda la revisión, y este Despacho no ha encontrado hasta ahora, a pesar de la atenta lectura de toda la causa que se siguió contra Horta, nada que le haga pensar que éste es inocente del delito que motivó su condenación. Puede que hubiera irregularidades y mala apreciación de pruebas en el curso del proceso, pero la revisión no es una tercera instancia para corregir las actuaciones judiciales. Podría pedirse desde luego que se negara el objeto de la demanda, pero es más procedente solicitar que no se acepte ésta, porque carece de un requisito indispensable. En efecto, el artículo 1º de la citada Ley 33 dispone:

'En asuntos criminales habrá lugar a recurso de revisión contra toda sentencia ejecutoriada...'

"De suerte que es preciso que se trate de una sentencia ejecutoriada para que se admita o prospere la revisión, y en el caso de que se trata, la sentencia contra Daniel Horta no está ejecutoriada, porque no ha sido notificada a éste en razón de que vive huyendo de la justicia. Además, el recurso no ha sido interpuesto por él mismo, ni por la persona que hubiera sido su defensor (artículo 2º ibídem)".

Como la Corte estimara indispensable traer a los autos el testimonio del señor Jesús Duque G., ex-alcalde de Baraya e instructor del sumario contra Horta, dictó dos autos para mejor proveer (folios 126 y 134), enderezados a procurar esa declaración; ya que los deponentes Quinteros y Tobar afirman haber puesto en conocimiento de ese funcionario la confidencia que según ellos les hizo Camilo González. Pero esta prueba no pudo conseguirse: al folio 151 consta que el señor Duque falleció en el caserío de Aco el veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y seis.

Para resolver, la Corte considera:

En sentir de la Sala, el asunto sí debe decidirse en el fondo, pues son aceptables las razones que en punto a ejecutoria de la sentencia materia de este recurso y a la inter-

posición de él por medio de apoderado, aduce el doctor Manuel Rodríguez Díaz en los siguientes pasajes de su alegato:

"Afirma el señor Procurador que no es el caso de despachar la revisión porque la sentencia no está ejecutoriada, porque no está notificada al sentenciado y además porque el recurso no ha sido interpuesto por él mismo.

"No quisiera, señores Magistrados, comentar tal aparte de la vista fiscal, pero es el caso recordar al señor Procurador varias disposiciones legales al respecto, así:

"Existe una verdadera diferencia, entre lo que es ejecutoriarse una providencia y ejecutarse una providencia. La primera se cumple cuando ella se notifica a las partes y la segunda, cuando se cumple la resolución de que se trate. Nadie ignora las formas como una providencia se notifica cuando es sentencia unas veces por edicto otras personalmente, la notificación por edicto se hace cuando las partes por su espontánea voluntad no se notifican de la resolución vencido determinado número de días y en caso contrario, es decir, la notificación personal, acarrea el término de la ejecutoria de la providencia cuando las partes suscriben tal acto. El Código Judicial es claro al respecto, y sabemos que toda providencia notificada al apoderado o defensor apareja los efectos legales de la notificación al representado del notificado, cuando la ley no dispone otra cosa en casos especiales. La ley de procedimiento penal en parte alguna señala que la sentencia deba ser notificada personalmente al penado o sentenciado, pues lo único que así dispone hacer saber es el auto de llamamiento a juicio, y no habiendo de consiguiente disposición especial que ordene notificar personalmente al sentenciado la sentencia debe estarse a lo que dispone la regla general sobre notificaciones.

"En el juicio que motivó la sentencia que se quiere revisar y a continuación de la sentencia aparece que el defensor del señor Horta se notificó de tal providencia, lo mismo que el señor Agente del Ministerio Público, o lo que es lo mismo, tal sentencia se notificó a las únicas partes en el juicio, pues sabido es que todo lo que se diga respecto de los apoderados se entiende dicho de los defensores. Tanto es verdad, que la sentencia se ha considerado y está notificada con su consiguiente ejecutoria, que el juez del conocimiento en la segunda instancia autorizó la remisión del proceso a su inmediato inferior para los efectos de la ejecución de la sentencia proferida, pues si no hubiera estado la sentencia ejecutoriada, mal estaría devolver el expediente y pcor el auto de obedecimiento de la sentencia dictada por el juez de Baraya, porque la jurisdicción del juez de Circuito estaría pendiente y se usurparía jurisdicción.

"De lo expuesto colijo que la sentencia recurrida sí está ejecutoriada, faltándole únicamente el ser ejecutada.

"El recurso del señor Procurador de no haberse presentado personalmente por Horta el recurso de revisión es originalísimo, ya que la ley, al tratar de apoderados, claramente establece la forma y modo como puede ser un individuo representado por otro.

"Para ser más claro: (Ejemplo). Un sentenciado no sabe leer ni escribir, tuvo un defensor o un apoderado, pero este apoderado o defensor murió; por este solo hecho de no ser personalmente el sindicado o sentenciado quien presente el recurso de revisión, tal recurso para él debe negársele? Claro está que no, pues en tales situaciones viene a cumplirse el fenómeno de la representación judicial.

"De lo dicho, creo se desprenda la ninguna razón de los argumentos propuestos por el señor Procurador en su vista".

Según atrás se vio, la prueba en que pretende sustentar la solicitud de reapertura del proceso consiste en las declaraciones de Alejo Tobar, Alcides y Heraclio Quintero; y como las tres son del mismo tenor, se copia a continuación la de Tobar para proceder al análisis de ellas:

"El señor Alejo Tobar se presentó al despacho del Juzgado Municipal de Villavieja, hoy ocho de abril de mil novecientos treinta y cinco, con el objeto de rendir su declaración que de él se solicita; en tal virtud el señor Juez por ante su Secretario le recibió juramento en la forma legal, bajo cuya gravedad prometió decir verdad en lo que le fuere preguntado, y expuso al punto 1º: ser mayor de cuarenta años de edad, vecino de este Municipio, de profesión agricultor, y sin generales; 2º Es verdad que el día veintiuno de octubre de mil novecientos treinta, me encontraba en la población de Baraya, esperando conseguir trabajo de baquería (sic), en lo que el exponente se ocupaba en esa época, y asímismo es verdad que ese día estube (sic) en compañía de Camilo González; 3º Es verdad que con Camilo González éramos íntimos amigos, y en la mayoría de las veces trabajábamos juntos en baquería (sic); 4º Es verdad que el exponente fue informado el día citado en las preguntas anterior por el señor Camilo González, le contó como a las diez del día, que el señor Daniel

de Jesús Horta lo habían puesto preso y estaba en la cárcel de Baraya porque se le inculpaba el robo de la suma de ciento setenta y un pesos, de que había sido víctima el señor Julio F. Argüelles, en la noche del veinte de octubre de mil novecientos treinta, en el Hotel de Clemente Cuéllar; 5º Es verdad que el señor Camilo González, quien informó al exponente y a los señores Heraclio Quintero y Alejo Tobar, quienes estábamos juntos cuando nos informó lo relacionado en el punto anterior, y nos dijo en el mismo acto en que nos daba el informe dicho, que estaba embainado (sic) porque el que se había robado el dinero era él mismo, o sea González, lo que estaba pensando mucho, pues tenían preso al pobre Horta, sin que éste fuera responsable de nada. Que él (González) estaba listo a devolver el dinero pero temía se lo tiraran, que le ayudáramos nosotros en semejante bainaso (sic) y que nos daba lo que le pidiéramos; 6º Es verdad que el exponente y sus compañeros ya dichos le dejaron en el acto a Camilo González que ellos hiban (sic) a declarar lo que habían oído de él, a lo que González les dijo que no, que lo hicieran por lo que más quisieran, que él entregaba el dinero o lo votaba (sic), a lo que nosotros le manifestamos que nos íbamos para la Alcaldía, y al efecto así lo hicimos; 7º Es verdad que el exponente y sus compañeros, se fueron para la Alcaldía de Baraya, y allí encontraron al Alcalde Jesús Duque y le dijeron a éste lo que habían oído confesar de Camilo González, o sea lo que se me ha preguntado en los puntos anteriores; y es verdad que el señor Duque nos dijo que eso eran mentiras, que si le contábamos a alguna persona lo que le habíamos dicho de González, nos complicaba en el sumario y nos metía a la cárcel y que nos fuéramos para la calle; 8º Es verdad que después de la conversación que tuvimos con el Alcalde Duque, o sea de lo preguntado en el punto anterior, como a los tres días nos encontramos con Camilo González en la vereda de la Chivera, y éste nos dijo que éramos unos grandes guaches, que para qué le habíamos contado al Alcalde Duque lo que él nos había contado, que ya habíamos visto que el Alcalde no nos hacía caso, y que él (González) ahora sí, se tragaba la plata que le había robado a Julio J. Argüelles, y que nosotros tragáramos mierda por lambones. Es verdad también que González, después de que nos dijo esto, nos quiso pegar con un palo que tenía en la mano, lo que dio motivo para que no volviéramos a tratarlo por varios meses; 9º Es verdad que como a los tres o cuatro meses más o menos, el mismo Camilo González le dijo al exponente y a sus compañeros, que sabía que el Juez de Neiva se iba a tirar a Daniel de Jesús Horta por el robo de la plata de Argüelles, no obstante ser éste inocente, porque el Juez era enemigo del viejo Horta, lo mismo que por ser enemigos en política; 10º Es verdad que el exponente y sus compañeros después de lo sucedido anteriormente, y ante la confesión de Camilo González de ser él el que se había robado la plata de Argüelles, el exponente y sus compañeros vinimos a unas misiones que hubo en este Municipio, y al confesarnos y contarle al misionero lo ocurrido, nos aconsejó que le contáramos a Daniel de Jesús Horta, o a su padre Isaías Horta, lo que nos había confesado Camilo González para que la justicia castigara al culpable del robo, y no a un inocente. También es verdad, que en virtud del consejo, el exponente y sus compañeros le hicimos saber a Isaías Horta lo ocurrido con Camilo González; 11. Es verdad que después de todo lo anteriormente preguntado y contestado, el señor Camilo González nos contó que el dinero que le había robado a Julio J. Argüelles y por el cual tenían al pobre Horta en la cárcel, lo había gastado en unos regalos a su querida, y en un poco de aguardiente para unos amigos; y 12. Es verdad que en la vereda de la Chivera, el señor Camilo González gozaba de mala reputación por delitos contra la propiedad ajena. Que ha dicho la verdad a la cual se afirma, ratifica y firma con el señor Juez y Secretario".

Llama ante todo la atención la circunstancia de ser idénticos los tres testimonios en el fondo y en la forma, y la rara fidelidad con que los declarantes afirman recordar hechos de suyo tan triviales para ellos y ocurridos con anterioridad de cinco años.

Es insólita la coincidencia de que todos los declarantes, vecinos del municipio de Villavieja, se hubieran encontrado en el de Baraya cabalmente el veintiuno (21) de octubre de mil novecientos treinta, reunidos allí como para escuchar la peregrina confesión de Camilo González; y es extraña la conducta uniforme de aquellos testigos en el sentido de presentarse inmediatamente a la alcaldía con el fin de denunciar a González, guardar luégo silencio durante cinco años en vista de la renuencia del Alcalde a recibir los testimonios, concurrir todos tres a unas misiones y recibir del confesor idéntico consejo sobre denuncia a las autoridades.

La prueba no resiste, pues, un examen crítico, y muy al contrario reviste caracteres indeseables como para ordenar sobre ella la revisión de un proceso ya fenecido.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega a Daniel Horta la revisión del proceso seguido contra él por el delito de hurto y que finalizó con la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado 3º del Circuito de Neiva, fechada el cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y uno.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta Judicial y archívense las diligencias.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

NULIDAD POR IRREGULARIDADES EN UN SORTEO PARCIAL DE JURADOS

Prospera la causal 2ª de casación, tanto por la nulidad que implica en el sorteo general de jurados la circunstancia de que sea el defensor no facultado por el reo quien ejercite el derecho de recusar, como porque no habiendo recusación en los sorteos parciales, el mayor número de balotas insaculadas introduce otro factor de incertidumbre acerca de las personas que deben desempeñar el cargo de jurados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, junio catorce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

En esta causa el señor Procurador General de la Nación se expresa del siguiente modo en su vista de 7 de mayo último:

"Como autor del delito de homicidio y con aplicación en tercer grado del artículo 600 del Código Penal, fue condenado Alfonso Quijano por el Tribunal Superior de Popayán, según sentencia de 26 de septiembre del año pasado, que confirmó la del Juzgado 1º Superior de ese lugar.

Contra el fallo del Tribunal interpusieron recurso de casación el acusado y su defensor.

Este último fundó la demanda ante la Corte con base en las causales primera, segunda y quinta del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Como la Procuraduría encuentra probada la segunda causal, por las razones que expondrá, se concreta únicamente al estudio de ella; pues al decretar la nulidad del juicio, es inútil ocuparse acerca del veredicto del jurado y de la sentencia, que quedan sin valor.

Segunda causal.

'Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley'.

Dice el recurrente:

'..... el artículo 3º de la ley 104 de 1922 dispuso que todo sindicado tenía derecho de nombrar un apoderado que lo asistiera en la instrucción del sumario; y que si no lo nombraba, se dejaría constancia del hecho en los autos, y el funcionario de instrucción se lo nombraría de oficio. Alfonso Quijano no tuvo durante la instrucción del sumario apoderado de ninguna naturaleza'.

Es cierto que el no haberle nombrado a Quijano un apoderado durante la instrucción del sumario, constituye una irregularidad. Pero ella no tiene el carácter de sustancial, ni está erigida en causal de nulidad por los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887.

Las nulidades han sido fijadas taxativamente por el legislador, y por eso 'fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores, no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o las irregularidades que en él se noten'. (Artículo 266 ibídem).

En tal virtud, no puede prosperar la nulidad que plantea el señor defensor.

En cambio, la Procuraduría, fundada en el artículo 6º de la ley 118 de 1931, sostiene la segunda causal de casación por este aspecto:

En la diligencia de sorteo parcial de jurados corriente al folio 82 del cuaderno principal, ejerció el derecho de recusación el señor defensor, y no el acusado, que es el llamado a hacerlo, a menos que delegue ese derecho. Por tanto, se incurrió en la equivocación sustancial de jurados que prevé el numeral 4º del artículo 205 de la ley 57 de 1887, en su primera parte".

A continuación el señor Procurador se apoya para solicitar la infirmación del fallo materia del presente recurso, en doctrina constante de la Corte y en conceptos anteriores de la misma Procuraduría acogidos por aquélla, sobre la nulidad que implica en el sorteo general de jurados la circunstancia de que sea el defensor y no el reo quien sin expresa autorización de éste ejercite el derecho de recusar.

En el asunto que se estudia, los reparos del señor Procurador se refieren al sorteo parcial en que se trataba de reemplazar únicamente a uno de los jurados; pero la Corte estima que también en este caso el proceso adolece de nulidad, así por la razón expuesta en varios fallos con respecto a ese vicio en los sorteos generales, de haber sido el defensor no facultado quien recusó, como porque no habiendo lugar a recusación en los sorteos parciales, el hecho de insacularse tres balotas y no una sola, viene a introducir otro factor de incertidumbre acerca de la persona que debía desempeñar el cargo de jurado.

De donde resulta que el recurso debe prosperar por el aspecto de la causal 2ª que propone el señor Procurador.

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 Popayán fechada el veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Alfonso Quijano la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Samuel Córdoba; en su lugar declara nulo lo actuado desde el auto de fecha once de mayo del mismo año (folio 76) inclusive, que señaló día para el sorteo general de jurados, y ordena reponer el procedimiento de ahí en adelante.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo B., Secretario.

NO PUEDEN LOS TRIBUNALES PRESCINDIR DEL ANALISIS DE PRUEBAS SO PRETEXTO DE SER EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA SOBERANO PARA APRECIARLAS

La causal 2ª invocada por el señor Procurador tiene que apreciarse con su natural repercusión en la causal 8ª; porque el haberse inhibido el juzgador de segundo grado de valorar la fuerza probatoria de los indicios que acerca de la responsabilidad de los sindicados obran en el proceso, equivale a "ser el fallo declarativo de incompetencia para conocer en última instancia de un recurso que sí es de competencia del Tribunal" (numeral 8º, artículo 3º, ley 118 de 1931).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

El Tribunal Superior de Bucaramanga reformó la sentencia del Juzgado 1º del Circuito de esa ciudad, que condenó a Gregorio Hernández y a Juan Candela a la pena principal de cuatro años y seis meses de presidio por el delito de heridas en la persona de Ramón Martínez, en el sentido de elevar dicha condenación a seis años de la misma pena.

Contra el fallo del Tribunal interpuso casación el defensor de los reos por la causal 1ª, sustentándola en dos motivos, a saber:

1º Violación de los artículos 1707, 1708, 1709, 1717 y 1725 del Código Judicial, principalmente de los dos últimos.

El argumento puede sintetizarse en que la sentencia recurrida no sólo dejó de anali-

zar la prueba de la responsabilidad de los reos, consistente en indicios, sino que llegó hasta la afirmación de que no competía al Tribunal sustituír por la suya la convicción subjetiva del juzgador de primera instancia.

2º Violación de los artículos 117 y 123 del Código Penal, pues la delincuencia ha debido calificarse en tercer grado y no en el segundo, como lo hizo el Tribunal, ya que a juicio del recurrente hubo mala apreciación de circunstancias agravantes.

El señor Procurador delegado en lo penal sustenta por su parte el recurso en la causal 2ª, y también presenta dos motivos:

a) Irregularidad sustancial que vicia la jurisdicción del Tribunal para sentenciar, por cuanto no se notificó personalmente, sino por estado, el impedimento que manifestó uno de los señores Magistrados para intervenir en la Sala falladora; y

b) Los mismos reparos del recurrente que atrás se enunciaron, pero enfocándolos a la nulidad de procedimiento a la faz del numeral 1º, artículo 264 de la ley 57 de 1887, por incompetencia de jurisdicción del Tribunal.

Para resolver, la Corte considera:

Las tesis del recurrente.

1º No son infundados los reparos que hace el recurrente contra la sentencia del Tribunal de Bucaramanga por haberse limitado a deferir a la apreciación subjetiva del juez de primera instancia con respecto a la prueba de indicios; ni es, por consiguiente, gratuita la conclusión de que con ello se violaron en el fallo materia del recurso los artículos 1717 y 1725 del Código Judicial.

Pero como la causal invocada por el recurrente es la 1ª del artículo 3º, ley 118 de 1931, que consiste en violación de la ley penal, sus argumentos sobre violación de la ley procedimental no dan base para que el recurso prospere por este aspecto de la causal 1ª

2º Cuanto a la calificación del delito en el grado medio hecha por la sentencia, y no en el ínfimo en que según el recurrente ha debido situar la penalidad el Tribunal de Bucaramanga por carencia de circunstancias agravantes, éste es un aspecto del recurso necesariamente subordinado a las soluciones a que la Corte pueda llegar acerca de los motivos de casación propuestos en la vista del señor Procurador, pues de prosperar el recurso en virtud de esos motivos, quedaría más radicalmente afectado el fallo recurrido.

Las tesis del señor Procurador.

a) Respecto del motivo de nulidad que sugiere el señor Procurador sobre notificación irregular de un impedimento, observa la Corte que no obstante la conveniencia de dar a conocer personalmente a los interesados providencias de esa clase, ellas no están incluídas entre las que requieren la notificación personal, so pena de las nulidades de que habla el artículo 264 de la ley 57 de 1887.

b) Ya está dicho cómo es manifiestamente injurídica la teoría del Tribunal de Bucaramanga en cuanto a prescindir del análisis de una prueba y remitirse tan sólo a la apreciación subjetiva del juez a quo, lo que significa hacer nugatoria la segunda instancia, en donde debe resolverse acerca de todos los puntos que contenga la sentencia proferida en la primera.

Pero en relación con la causal 2ª, sobre nulidad del procedimiento, ocurre que no toda ilegalidad constituye nulidad; y que en el presente caso no hubo incompetencia de jurisdicción del Tribunal de Bucaramanga para conocer en el asunto contra Hernández y Candela, sino más bien deficiencia en el ejercicio de la misma.

Sin embargo, el legislador erigió en causal de casación la circunstancia de "ser el fallo declarativo de incompetencia para conocer en última instancia de un recurso que sí es de competencia del Tribunal" (numeral 8º, artículo 3º, de la ley 118 de 1931). A esto equivale el haberse inhibido el Tribunal de Bucaramanga de juzgar sobre la fuerza probatoria de los indicios en el proceso que se estudia; y como los argumentos del señor Procurador delegado cabalmente se enderezan a esa acusación contra la sentencia recurrida, tal aspecto de la causal 2ª invocada por él tiene que apreciarse con su natural repercusión en la causal 8ª

Y con mayor razón cuanto que al invalidarse una sentencia por esta última causal, el expediente vuelve al Tribunal que deba conocer del asunto "para que dicte el fallo correspondiente" (inciso último del artículo 4º, ley 118 de 1931), que a tanto monta la anulación que por la causal 2ª solicita el señor Procurador.

De suerte que por una o por otra vía, la incompleta sentencia del Tribunal de Bucaramanga debe reponerse con observancia del artículo 1725 del Código Judicial.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en lo sustancial 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 dieciocho de septiembre de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Gregorio Hernández y a Juan Candela seis años de presidio como pena principal por el delito de heridas, y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen para que rehaga el fallo de segunda instancia con la plenitud de los requisitos que prescribe la ley.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Mala B., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES

El reconocimiento que forma una entidad de derecho, autorizada para ello, lleva en sí una presunción de verdad en cuanto a la deuda que en él se declara, pero él es apenas el título externo de la obligación; de modo que aunque se haya formado regularmente, no por eso entraña la causa interna de la misma obligación, es decir, que aunque declare la existencia de ésta, no puede por ello impedir que se hayan cumplido los motivos o razones por los cuales la ley permite la extinción de las obligaciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril trece de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Con base en el reconocimiento de 14 de junio de 1935, la Recaudación de Impuestos sobre la Renta de Cundinamarca libró en la fecha expresada orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de la sociedad anónima "Compañía Santandereana de Tabaco", por la cantidad de quinientos cuarenta y siete pesos ($ 547.00), por los intereses al uno por ciento mensual y por las costas del juicio, suma que adeuda la Compañía ejecutada por concepto del impuesto sobre la renta en el año de 1922.

El mandamiento ejecutivo le fue intimado al señor Víctor Alarcón, quien manifestó que la sociedad se había liquidado de hecho por quiebra o pérdida de su capital, y que por ese motivo él ya no era el representante legal de ella; que la compañía ejecutada no tiene ninguna clase de bienes para satisfacer la deuda; y por medio de su apoderado presentó el testimonio de testigos y se refirió a un telegrama, que obra en el expediente (fs. 11), del Jefe de Impuestos Nacionales de Bucaramanga que confirma las aseveraciones hechas.

En vista de esto, por Resolución Nº 163 de 11 de septiembre de 1936, el Administrador Principal de Hacienda Nacional de tro del impuesto sobre la renta del municipio de Bogotá, la deuda expresada.

Consultada dicha Resolución con la Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, esta entidad, por Resolución Nº 1562 de 6 de octubre de 1936, resolvió improbar la Resolución consultada, y, como consecuencia, se ordenó seguir adelante la ejecución.

En estas condiciones, el ejecutado propuso excepciones en estos términos:

"Primera.—Ilegitimidad de la personería de la parte demandada.—Fundo esta excepción en el hecho de que el auto ejecutivo proferido por su digno Despacho se libró a cargo del señor Víctor M. Alarcón como representante legal de una Compañía, sin que esté acreditado en los autos que el demandado tenga tal representación. Como muy bien lo sabe el funcionario a quien me dirijo, cuando se trata de ejecuciones, a diferencia de lo que sucede en juicio ordinario, el demandante está en la obligación de probar y establecer en los autos, con anterioridad a la orden de pago, la personería de la entidad demandada, por ser la orden de pago un auto de fondo, y en el caso actual la ausencia de estos elementos probatorios vicia el procedimiento y hace resaltar la excepción propuesta.

"Segunda.—Prescripción de la acción. Fundo esta excepción en el hecho de que han transcurrido, desde el año de mil novecientos veintidós (1922), más de diez años, y de conformidad con los artículos 2517 y 2536 del Código Civil, las deudas fiscales prescriben en los mismos términos que las acciones privadas, como así lo ha resuelto la Corte en sentencia de 20 de mayo de 1935".

Llegado el negocio a la Corte por competencia, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegación final se expresa así:

"En relación a la segunda excepción propuesta, este despacho, fiel a sus conceptos anteriores, manifiesta: 'De acuerdo con el art. 81 de la ley 42 de 1923 que derogó el art. 257 del C. F., la prescripción extintiva de los créditos del Estado entró bajo el régimen del derecho común, y en tal virtud la acción con respecto a ellos se extingue de conformidad con los arts. 2517 y 2536 del C. C., o sea, en un lapso de diez años contados desde el día en que la respectiva ac-

ción se hizo exigible, no pudiéndose en este caso intentar juicio ejecutivo, por haber prescrito la acción'.

"Esto ha sucedido en el caso contemplado, pues el auto ejecutivo dictado el 14 de junio de 1935, e intimado el 17 de abril de 1936 (fs. 6 vta. y 13 vta., cuaderno id), se basaba en una obligación que se hizo exigible desde 1923.

"Con respecto a la primera excepción, manifiesta, que en virtud de los testimonios y por la misma confesión del gerente (fs. 13 y 16 vta.), se deduce que la mencionada sociedad se disolvió de hecho, sistema que no es conocido como legal en el Código Comercial, sin necesidad siquiera de liquidación, y como esta prueba es irrefutable, es el caso de aplicar la multa prescrita en el art. 589 del Código Comercial.

"Las consideraciones anteriores conducen a este Despacho a conceptuar que la segunda excepción debe declararse probada".

Para resolver del mérito de las excepciones, se tiene en cuenta:

Respecto a la excepción de prescripción, se considera que el reconocimiento fue formado más de once años después de haberse hecho exigible la deuda a favor de la Nación, por lo que es necesario ver si la formación de dicho reconocimiento impide la extinción de la obligación.

El reconocimiento que forma una entidad de derecho autorizada para ello, lleva en sí una presunción de verdad en cuanto a la deuda que en él se declara, pero él es apenas el título externo de la obligación; de modo que aunque se haya formado regularmente, no por eso entraña la causa interna de la misma obligación, es decir, que aunque declare la existencia de ésta, no puede por ello impedir que se hayan cumplido los motivos o razones por los cuales la ley permite la extinción de las obligaciones. Por tanto, si el título o reconocimiento se forma declarando una obligación que no ha podido nacer por falta de derecho en la entidad pública a favor de la cual se reconoce, o se crea cuando ya la obligación está extinguida por alguna o algunas de las causas que la ley determina para su extinción, él, como título externo que es, no puede ser obstáculo a que se declare que la obligación no ha nacido, o que, aunque tuvo causa justa, ella se ha extinguido.

Ya esta Sala ha sostenido en varios de sus fallos que desde la vigencia del artículo 81 de la ley 42 de 1923, la prescripción extintiva de los créditos del Estado entró al régimen del derecho común, y que, por tanto, la acción ejecutiva se extingue por el transcurso de diez años, según el artículo 2536 del código civil, contados desde la fecha en que la obligación se hizo exigible. Como es evidente que la obligación que se demanda se hizo exigible desde el año de 1923, cuando se formó en 1935 el reconocimiento que sirve de recaudo ejecutivo, ya la prescripción estaba cumplida, y así debería declararse, si no fuera porque la persona ejecutada no tiene personería en este juicio, como va a verse.

En cuanto a la primera excepción, debe considerarse que en el expediente no existe la escritura ni el extracto de ella que demuestre que la sociedad ejecutada se formó, requisito indispensable, de conformidad con el art. 465 del Código de Comercio. Y no existiendo esta prueba, menos puede decirse que el intimado Alarcón es el representante de una sociedad cuya existencia se ignora. También esta excepción de ilegitimidad de personería está comprobada, y debe declararse.

Pero como el señor Procurador, fundado en que el gerente ha confesado la disolución de hecho de la sociedad, además de declararlo así testigos traídos por la parte ejecutada, expresa que debe imponerse la multa que establece el artículo 589 del Código de Comercio, en el cual se estatuye con respecto a las sociedades anónimas, que aparecida una de las causas de disolución, debe cumplirse con lo ordenado en el artículo 586 de la misma obra, es necesario resolver también sobre esta insinuación en el sentido de que no es el caso de imponer la multa solicitada, porque, no apareciendo comprobada la existencia de la sociedad, la Sala no puede entrar ahora a considerar si ella es competente o no para la imposición de dicha multa.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte ejecutada, ordena cesar la ejecución y desembargar los bienes que estén sujetos a la traba ejecutiva.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO.—RECIBO.—ES TEMPORAL.—MATA EL JUICIO, PERO NO LA ACCION

El recibo garantiza un pago, y porque se trata de uno expedido por la Administración, no puede desconocérsele su valor legal por el solo hecho de que la Administración adelante ejecución por igual suma o por una mayor o menor de la que en él se expresa. Si se aceptara la tesis contraria, de nada valdrían los recibos que presentaran los contribuyentes para demostrar el pago del impuesto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El veintitrés de enero de mil novecientos treinta y seis la Recaudación de Impuesto sobre la Renta libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra David Wilkie por la suma de setecientos setenta y siete pesos sesenta y cinco centavos ($ 777.65), más los recargos al uno por ciento (1%) por cada mes o fracción de mes de demora sobre los impuestos determinados en los reconocimientos, desde el día en que se hizo exigible la deuda hasta el día del pago, y por las costas de la ejecución.

Al notificársele el auto ejecutivo apeló el ejecutado; pero habiendo desistido del recurso, propuso en tiempo las siguientes excepciones:

"Inexistencia de la obligación.—Ineficacia del título presentado como recaudo ejecutivo.—Inexigibilidad de la obligación.—Carencia de mérito ejecutivo en el título en que se basa la acción.—Ilegitimidad.—Error. Petición antes de tiempo.—Pago".

Agotado el trámite legal ante la Corte, a la cual vino el negocio por competencia, se procede a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

La ejecución tuvo por base el reconocimiento de 23 de enero de 1936, en el cual se dedujo al ejecutado un impuesto del año de 1933 —glosa— por $ 645.65, y del año de 1934, por $ 132.00. Las excepciones referentes a estos impuestos deben estudiarse separadamente, así:

Primero. Impuesto del año de 1933.

A este impuesto se refieren algunas de las excepciones propuestas, basadas en varios hechos, para analizar los cuales se tiene en cuenta:

Habiéndose gravado primeramente a la Droguería Internacional con el impuesto sobre la renta, los socios de ésta —entre los cuales figura el señor Wilkie— reclamaron, y de la resolución favorable a su solicitud resultó necesariamente que si la Droguería, como persona jurídica, no tuvo que pagar, el gravamen de los socios individualmente considerados tenía que aumentarse. Así pasó en realidad, y se aumentó el gravamen de su renta en el año de 1933, de acuerdo con las ganancias obtenidas en tal año.

La Resolución Nº 1186 de 13 de noviembre de 1935 define el asunto; y es incuestionable que allí se resolvió perentoriamente el monto del gravamen correspondiente al año de 1933 que debía pagar el señor David Wilkie, socio de la Droguería. Luégo el reconocimiento de 23 de enero de 1936 reconoció a favor de la Nación la suma que adeudaba Wilkie por el impuesto en tal año.

Una de las defensas que ha esgrimido el ejecutado contra este gravamen es la de que de acuerdo con el inciso 2º del art. 15 de la ley 81 de 1931, orgánica del impuesto sobre la renta, no se puede hacer cambio alguno en la renta tasable o el impuesto del contribuyente después del 1º de septiembre del año inmediatamente siguiente al en que se hace la declaración. Pero su argumentación no le sirve para defensa, toda vez que la Resolución Nº 1186, si bien dictada el 13 de noviembre de 1935, se refiere a la Nº 943 de 30 de agosto, que fue la que impuso el gravamen adicional. Esta fue la fecha en que se ejercitó el derecho a imponer la sobre tasa, y la fecha de las mismas resoluciones obedece únicamente a los recursos que contra la primitiva resolución se han venido sucediendo.

Pero, al par del hecho anterior, también ha alegado que la mencionada Resolución Nº 1186 no está todavía en firme, pues contra ella interpuso recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, que no habían sido resueltos en la fecha en que se libró la orden de pago.

En efecto: a folios 4 del cuaderno de pruebas se halla la siguiente constancia al notificarse la Resolución 1186 dicha, que ha sido la base para la ejecución en relación con el impuesto del año de 1933: "En la fecha me he notificado de la anterior reso-

lución y, con toda atención, interpongo el recurso de reposición y en subsidio apelo. Dd. Wilkie.—Bogotá, febrero 10 de 1936".

A folios 11 del mismo cuaderno, refiriéndose a la misma resolución, dice el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales: "En cuanto a la reposición solicitada por el señor David Wilkie y en la cual ha insistido en memorial de fecha 22 de septiembre del año en curso, es materia de estudio por parte de la Jefatura".

Es cierto que con fecha 13 de marzo de 1936 dijo el Administrador de Hacienda Nacional de Cundinamarca que la deuda definitiva fijada por la Resolución Nº 1186 "no será variada administrativamente"; pero este aserto no puede tenerlo en cuenta la Corte, aunque así pasen las cosas en lo futuro, porque el hecho protuberante es el de que cuando se inició este juicio aún había reclamaciones pendientes, bien o mal fundadas, bien o mal encaminadas, que han debido resolverse previamente antes de entrar por el camino de la ejecución. Y no sólo al iniciarse el juicio había reclamaciones, sino que del certificado del Jefe de Impuestos se ve que el día 30 de octubre de 1936 todavía andaba discutiéndose la justicia del gravamen, y a su estudio tenía él la cuestión.

No cabe duda alguna de que el reconocimiento tiene su base en la Resolución Nº 1186, pues él se formó en desarrollo de ella; y no de otro modo se explica la manera como vino a formarse el saldo a cargo del ejecutado, según se desprende de las pruebas y certificaciones que obran en el expediente. Por este motivo la Corte no comparte el modo de pensar de la Procuraduría, cuando dice que "los hechos y alegaciones en que el ejecutado funda su defensa, se basan todos en los documentos de que se ha hecho mérito, y que se refieren, según se demostró ya, a deudas muy distintas de las que se cobran por medio de este juicio".

Lo que es evidente respecto al impuesto de 1933 de que se ha venido hablando, es que la Resolución Nº 1186, que impuso el gravamen, en la fecha en que se estableció la jeecución, estaba todavía sub judice, lo que quiere decir que aún no estaba en firme, por lo que la excepción de petición antes de tiempo debe prosperar, teniéndose en cuenta, eso sí, que esta excepción es únicamente temporal, esto es, que ella mata el presente juicio, pero no la acción, que puede volverse a ejercitar con la resolución definitiva.

Segundo. Impuesto de 1934.

Cobra la Nación por impuesto de este año la suma de $ 132.00, y por ésta propuso el ejecutado la excepción de pago, cuyo fundamento estriba en el recibo expedido el 18 de septiembre de 1935 por el Cajero de la Administración de Hacienda Nacional por la suma de $ 108.02, el cual está concebido así: "Serie A.—Recibo oficial Nº 053645. Sep. 18. 1935.—Recibo de Wilkie D.—Por concepto de Impuesto sobre la Renta.—... 1934.—108.02.—Total... $ 108.02 (ciento ocho pesos 02.—El Cajero,—Fdo. Cabo G."

Sobre este recibo se expresa así el señor Procurador Delegado:

"La Procuraduría observa que dicho recibo no aparece extendido de una manera clara e indudable a favor del ejecutado David Wilkie, pues en él aparece el pago de un impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1934, sin que haga referencia alguna a la suma mayor que el excepcionante debía por tal concepto, como puede verse a fs. 1 del cuaderno Nº 1, donde aparece que el impuesto de dicho año a cargo del ejecutado ascendió a la suma de ciento treinta y dos pesos ($ 132.00).

"La falta de correspondencia y armonía entre estas dos cantidades, y el hecho de que el referido recibo no aparece extendido de una manera clara y precisa a favor del ejecutado, hace presumir que se trata de dos personas distintas y de dos deudas diferentes también, por concepto ambas de impuesto sobre la renta.

"En tal virtud, la Procuraduría conceptúa que la octava de las excepciones propuestas ,o sea, la de pago, no aparece acreditada en los autos, a menos que por medio de un auto para mejor proveer se aclarara este punto y apareciera acreditado un pago parcial".

En virtud de auto para mejor proveer dictado por la Corte, el Auditor del Impuesto sobre la Renta de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, certificó el 9 de marzo de 1937:

"2º—Que la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca expidió a favor de David Wilkie el recibo Nº 053645, de 18 de septiembre de 1935 por la suma de $ 108.-02 como valor del impuesto inicialmente asignado por el año de 1933, el cual fue modificado por la Resolución a que se ha hecho referencia". (La Nº 1186 de 13 de noviembre de 1935).

Resulta de este certificado que el recibo sí fue expedido a favor de David Wilkie, con lo cual queda desvanecida la duda propuesta por el señor Procurador, de que él hubiera

sido extendido a una persona distinta del ejecutado.

Pero el certificado del señor Auditor no resulta acorde con el texto del recibo, en que se expresa claramente que él se refiere al impuesto del año de 1934. Un recibo se da como garantía de que el pagador ha solucionado una deuda y debe aceptarse en los términos en que él está concebido, mientras el acreedor no demuestre claramente que lo extendió impelido por un error de hecho. El recibo garantiza un pago, y porque se trate de uno expedido por la Administración, no puede desconocérsele su valor legal por el solo hecho de que la Administración adelante ejecución por igual suma, o por una mayor o menor de la que en él se expresa. Si se aceptara la tesis contraria, de nada valdrían los recibos que presentaran los contribuyentes para demostrar el pago del impuesto.

Si la liquidación para el impuesto de 1934 con que se gravó a Wilkio fue errada, el reconocimiento por la parte no soluta debió ser fundamentado, además de que debió ser formado dentro del término que señala la ley. Mientras esto no haya sucedido, el recibo presentado es suficiente prueba de que el ejecutado pagó el impuesto de 1934 en la parte que el recibo reza.

Pero como se cobra una cantidad mayor de $ 108.02 que expresa el recibo, para ese exceso el título ejecutivo es ineficaz, porque el reconocimiento no se formó legalmente.

Por consiguiente, respecto al impuesto de 1934 la excepción de pago efectivo debe declararse en la cantidad de $ 108.02 que consta en el recibo; y en cuanto a la cantidad de más que se cobra prospera la excepción de ineficacia del título, por no haberse formado correctamente el reconocimiento respecto a ella.

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,

Falla:

1º—Declárase probada la excepción de petición antes de tiempo con respecto al impuesto del año de 1933, la cual tiene el carácter de temporal.

2º—Declárase probada la excepción de pago efectigo del impuesto de 1934 en cuanto a la suma de $ 108.02, según el recibo presentado.

3º—Declárase probada la excepción de ineficacia del recaudo ejecutivo respecto al impuesto de 1934 en la parte no soluta.

En consecuencia, se ordena que cese la ejecución y que se desembarguen los bienes que estén sujetos a la traba ejecutiva.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Corresponde a la justicia ordinaria, y no al Tribunal administrativo respectivo, el decidir sobre la efectividad de la obligación civil que se desprende para el Departamento por el hecho de no haber pagado la bonificación decretada por una ordenanza a favor de los cosecheros de tabaco.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiséis de abril de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de 21 de marzo del año pasado, puso fin, en primera instancia, al juicio ordinario que adelanta contra el Departamento de Antioquia el señor Absalón Patiño. Tal fallo, de acuerdo con las pretensiones del demandante, condenaba al Departamento a pagar a aquél la cantidad de $ 466.56, correspondiente a la bonificación de 28,328 kilos de tabaco, a razón de dos centavos cada uno, que amparó el actor con licencia de conservación y también aliñó, desde el 1º de julio de 1932 hasta el 28 de julio de 1933, y los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la contestación de la demanda.

El señor Fiscal 1º del mencionado Tribunal apeló de la sentencia, y por ello a esta Sala toca conocer del negocio que se controvierte.

El asunto ha llegado a la situación de recibir fallo definitivo, a lo cual se procede, considerando:

El pleito tiene su génesis en una Ordenanza del Departamento de Antioquia, por la cual se concedía una bonificación a los productores de tabaco que lo cosecharan y ampararan mediante ciertos requisitos. Con esta medida la Asamblea quería fomentar el desarrollo de la industria tabacalera.

La Corte, antes de estudiar el derecho del demandante a lo que solicita, considera necesario dilucidar el problema de competencia que se planteó en la primera instancia.

En ella el señor Fiscal del Departamento propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción, alegando que en el caso de autos se trataba de un acto administrativo que originaba una relación de derecho público, por cuanto el concepto de bonificación se refiere al monto, distribución o asignación de un impuesto, y, por tanto, no era competente el Tribunal para conocer del negocio, pues correspondía resolverlo al Tribunal Administrativo Seccional.

El Tribunal desechó la excepción, con buen acuerdo a juicio de la Sala, diciendo que si en verdad la liquidación de las cuentas de tabaco y la resolución sobre si tal liquidación era o no satisfactoria para efectos del reconocimiento de la bonificación, correspondían a las autoridades administrativas, el decidir sobre la efectividad de la obligación civil que se desprendiese para el Departamento por no haber pagado la bonificación a que el cosechero cree tener derecho, compete a la jurisdicción ordinaria.

Porque es evidente que en este juicio no hay controversia entre el Departamento de Antioquia y el demandante respecto al monto, distribución o asignación de un impuesto de carácter departamental, evento en el cual la competencia sí sería del Tribunal Contencios Administrativo de Medellín, al tenor del artículo 38 de la ley 130 de 1914; la litis se refiere a una cuestión de derecho privado, que consiste en determinar si Patiño tiene o no derecho a recibir la cantidad que demanda, proveniente de la obligación que tomó sobre sí el Departamento de Antioquia al establecer por una Ordenanza una bonificación a los cosecheros, con el objeto de estimular el desarrollo de la industria del tabaco.

Lo anterior es suficiente para concluír que el asunto en estudio era de la competencia del Tribunal Superior de Medellín y, por ende de esta Corte.

Aclarado este punto, corresponde analizar el fundamento de la acción establecida por Patiño para el reconocimiento de la suma que afirma debe pagarle el Departamento.

El derecho en que el demandante basa su acción está reconocido por la Ordenanza 22 de 1932, cuya copia auténtica obra en autos, y que en su artículo 8º dice:

"Establécese la siguiente forma de bonificación que se pagará en la época y de la manera que aquí se expresa:

. . . . . .

"Dos centavos ($ 0,02) por cada kilo de tabaco aliñado, una vez que se haya liquidado satisfactoriamente la cuenta referente al tabaco amparado con licencia de conservación".

. . . . . .

El derecho a esta bonificación, según el artículo 15 de la misma Ordenanza, se pierde si el productor que quiere amparar su tabaco con licencia de conservación es convicto de fraude a la renta de tabaco.

Durante la vigencia de la citada Ordenanza, Patiño, como cultivador de tabaco, amparó veinticuatro mil setecientos kilos, cuatrocientos sesenta gramos de tabaco aliñado; pero en la liquidación administrativa de su cuenta, se le dedujo un alcance de quinientos cuarenta y cinco kilos, setecientos noventa gramos, y por la falta de esta cantidad se le siguió el correspondiente juicio criminal.

La disposición departamental a que se ha aludido reconocía como merma natural en la preparación y aliño de la hoja hasta un ocho por ciento (8%) sobre el peso total de ella.

Dentro del juicio Patiño pudo comprobar que aunque la merma deducida en su tabaco era superior al porcentaje estatuído como máximo, la falta que se anotaba dependía de fenómenos puramente naturales.

Esto fue reconocido así por el Juzgado Departamental de Rentas, que es la suprema autoridad del Departamento en esas materias, y que revocó la sentencia de primera instancia, por la cual se había condenado a Patiño, y lo absolvió de los cargos que le habían sido formulados con motivo del alcance o merma a que se ha hecho mérito. Asimismo la sentencia del Juzgado de Rentas ordenó abonar a la cuenta del demandante los kilos de tabaco resultantes de la merma, motivo y causa del juicio.

En tal sentencia, cuya copia auténtica obra en el expediente, se acepta la explicación que dio el inculpado acerca de la merma, pues, "es perfectamente claro que en la

labor hecha por Patiño, seguramente se verifica por el largo lapso que se necesita para la preparación del artículo, una deshidratación mayor en él que la reconocida por las disposiciones rentísticas". Se habla allí, además, de "la magnífica reputación que goza el reo en toda la sociedad de Santa Bárbara, donde a juzgar por la calidad y cantidad de los declarantes, disfruta de la más alta honorabilidad". Y se hace mención a los premios que él ha obtenido en exposiciones agro-pecuarias celebradas en Medellín, como circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para aceptar la explicación que acerca de las mermas dio Patiño.

El Tribunal de Antioquia halló que con la sentencia a que se ha hecho mención, quedaba completa y definitiva la liquidación. Y en efecto, así es. La Asamblea no determinó exactamente los casos en que la liquidación debía tenerse como satisfactoria y en el artículo 16 de la precitada Ordenanza facultó al Juez Departamental de Rentas para esclarecer las dudas que al respecto se presentasen, y "para tomar todas aquellas providencias que sin menoscabar los intereses de la Renta, puedan beneficiar la industria". Es decir, le confería autorización a dicha entidad para reglamentar la Ordenanza en cuanto a los motivos de duda y vacíos que ella presentase.

En desarrollo de esa facultad la Junta Departamental dictó la Circular Nº 78 de 1933, cuyo artículo 8º es del siguiente tenor:

"La bonificación de $ 0,02 de que trata el artículo 8º de la Ordenanza 22 de 1932, sólo se pagará en los siguientes casos:

1º Cuando liquidada una cuenta de tabaco asegurado con licencia de conservación la falta que ella arroje no exceda del 8%; y

2º Cuando, no obstante exceder la falta de ese porcentaje ella hubiese sido reconocida por la H. Junta Departamental de Rentas en juicio administrativo, como merma natural o como pérdida por caso fortuito".

Y la misma Junta Departamental, interpretando el pensamiento del legislador de Antioquia de propender al mejoramiento de la industria tabacalera, concediendo bonificaciones a los cosecheros, resolvió "que en aquellos casos en que el Juzgado de Rentas al fallar negocios por faltas de tabaco referentes a cuentas que hubieren terminado antes de la vigencia de la Ordenanza Nº 38 absolviere al procesado y dispusiere el abono de la falta motivo del juicio, por considerar que ella obedeció a caso fortuito plenamente comprobado, puede pagar la bonificación de dos centavos ($ 0,02) de que trata el artículo 8o de la Ordenanza 22 de 1932.

Hay, pues, un precepto de carácter departamental que concede una bonificación al productor que haya liquidado satisfactoriamente su cuenta referente al tabaco aliñado amparado con licencia de conservación. Y una sentencia de la suprema autoridad en la materia que dice que determinado cultivador no es responsable del alcance deducido en la liquidación correspondiente, pues él obedeció a causas naturales y ordena, en consecuencia, abonarle la cantidad que se le había liquidado en su contra. Es claro que tal productor tiene derecho a percibir la bonificación establecida, pues su cuenta es satisfactoria por haber comprobado plenamente el por qué de una merma de la cual es responsable.

Se observa que se incurrió en la sentencia de primera instancia en un error aritmético que consiste en que se condena al Departamento a pagar al demandante una bonificación correspondiente a veintiocho mil trescientos veintiocho (28,328) kilos de tabaco, siendo así que él sólo reclama la referente a veinticuatro mil setecientos ochenta y siete (24,787), que es la cantidad que aparece amparada por Patiño, y, por eso, ordena cubrirle cuatrocientos sesenta y seis pesos cincuenta y seis centavos (sic). La sentencia debe ser corregida en el sentido de ordenar pagar al actor la bonificación que corresponde a la dicha cantidad de veinticuatro mil setecientos ochenta y siete (24,787) kilos, o sean cuatrocientos noventa y cinco pesos setenta y cuatro centavos ($ 495.74).

El señor Procurador General de la Nación opina que Patiño es acreedor a la bonificación a que se ha aludido, y dice:

"La Procuraduría cree que la sentencia que vais a revisar debe confirmarse, porque ella no hace otra cosa que interpretar y aplicar el pensamiento del legislador de Antioquia en el sentido de pagar una bonificación al cosechero de tabaco que haya cumplido con lo estatuído en el artículo 8º de la Ordenanza Nº 22 de 1932 que se insertó antes.

Si a un industrial de la honorabilidad del demandante, quien fue acreedor al primer premio de la Exposición Agro-pecuaria Industrial que se celebró en Medellín, según se demostró antes, se le niega el pago de la bonificación que como estímulo para el desarrollo de la industria de tabaco en el Departamento de Antioquia decretó la Asamblea Departamental, se ve claramente que los empleados de la renta de ese Departa-

mento y el mismo Fiscal están desconociendo la intención y los fines que se propuso alcanzar la Asamblea, y que no fueron otros que propugnar por el desarrollo de la industria de tabaco en el Departamento, y con ello por la mejor calidad del artículo".

En mérito de las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, aclarando que la cantidad que debe pagar a Patiño el Departamento de Antioquia es la de cuatrocientos noventa y cinco pesos setenta y cuatro centavos ($ 495.74), más los intereses legales de dicha suma desde el veintidós de febrero de mil novecientos treinta y cinco, fecha en que fue contestada la demanda.

No hay costas (artículo 576 del C. J.).

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCIONES.—SEGUNDA INSTANCIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.)

Antecedentes:

El concejo municipal de Beltrán nombró tesorero de dicho municipio al señor Anacarsis Perilla en noviembre de 1927 para el período de 1928. El nombrado tomó posesión del cargo el día 3 de noviembre del año de 1927, y para garantizar su manejo firmó documento el día 30 del mismo mes de noviembre, dando como su fiador al señor Salvador Basto S.

Perilla fue retirado del cargo de tesorero desde el 1º de octubre de 1928 hasta el día 22, inclusive, del mismo mes, habiendo vuelto al desempeño de él el día 23 del dicho mes. En los primeros 22 días mencionados se encargó de la tesorería Bruno Ospina.

En el mes de enero de 1929 también desempeñó el mismo cargo el señor Anacarsis Perilla.

En el auto de observaciones Nº 3594 que profirió la Contaduría del Departamento a las cuentas de la tesorería de Beltrán, correspondientes al mes de diciembre de 1928, se dijo: "La suma de $ 147.76 a que montan los egresos de la cuenta de este mes, se deja en responsabilidad pendiente, hasta que se rinda la cuenta correspondiente a los 22 días primeros del mes de octubre del propio año de 1928, pues no de otra manera se puede establecer la verdad del movimiento presupuestal efectivo que haya habido en la vigencia...". (Fs. 6 del C. 1º).

En el auto de observaciones Nº 1215, proferido por la misma entidad, referente a las cuentas del mes de enero de 1929, de que es responsable Perilla, se expuso: "Estudiada esta cuenta se le encontraron varias irregularidades y por esto se le deja como responsabilidad pendiente la suma de $ 0.50...". (Fs. 15 ibídem).

La misma Contaduría feneció las cuentas mencionadas por el auto de fenecimiento Nº 3483, "con un alcance a cargo del responsable por la cantidad de ciento cuarenta y ocho pesos veintiséis centavos ($ 148.26), que el responsable o sus fiadores consignarán en la tesorería municipal de Beltrán...". (Fs. 23 ib.).

Por el auto de fecha 21 de octubre de 1933 —Nº 2621— se declaró ejecutoriado el dicho auto de fenecimiento.

El juicio:

El Juez de Ejecuciones Fiscales del Departamento de Cundinamarca, por auto de 8 de marzo de 1934, libró ejecución contra Anacarsis Perilla, por la expresada cantidad de $ 148.26, por sus intereses legales y por las costas de la ejecución. (Fs. 31 ib.).

Posteriormente, por auto de 20 de abril del dicho año de 1934, dirigió el mismo Juez la ejecución contra Salvador Basto S., en su condición de fiador del responsable Perilla. (Fs. 37 vta. ib.).

Las excepciones:

El apoderado del señor Basto S. propuso excepciones, entre las cuales se enunció una con el nombre de falsedad, que fundó, espe-

cialmente, en el hecho de que en el auto de observaciones se dijo que se dejaba una responsabilidad pendiente a cargo de Perilla hasta que rindiera las cuentas correspondientes a los veintidós días primeros del mes de octubre de 1928, tiempo en el cual no ejerció el cargo de Tesorero. Enunció también las excepciones de pago y error de cuenta.

Sentencia de primera instancia:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a quien por competencia le llegó el negocio, lo decidió en sentencia de 26 de agosto de 1936, así: declarando probada la excepción de falta de causa en la obligación en cuanto a la suma de $ 147.76 que se dedujo como alcance en las cuentas correspondientes al mes de diciembre de 1928; ordenando seguir la ejecución por la suma de $ 0.50, valor del alcance deducido en las cuentas del mes de enero de 1929, y que se pregonen y rematen los bienes embargados para pagar este saldo, y, además, que el secretario del Juzgado del conocimiento hiciera la liquidación del crédito junto con sus intereses.

El señor Fiscal del Tribunal introdujo un escrito solicitando que la sentencia fuera repuesta, y, en subsidio, interpuso el recurso de apelación. También el apoderado de Basto S. pidió que se absolviera a éste de las costas. El Tribunal no repuso la sentencia; absolvió al ejecutado de las costas causadas en el incidente de excepciones, y declaró de su cargo las que se causen por el cobro de la deuda que queda insoluta.

La apelación y el fallo:

Concedida la apelación interpuesta por el señor Fiscal, vinieron los autos a la Corte, donde el asunto ha sido tramitado de conformidad con la ley; y como ya está agotada la ritualidad del juicio, se procede a resolverlo.

El Tribunal sentenciador, después de aseverar que Perilla no estaba en la obligación de rendir las cuentas referentes a los primeros veintidós días del mes de octubre de 1928, expone:

"La razón o causa para deducir el alcance que aquí se cobra a los ejecutados, es la no rendición por parte de Anacarsis Perilla de las cuentas de la Tesorería de Beltrán correspondientes a los primeros veintidós días de octubre de 1928, y como esa obligación no pesa sobre él, es claro que tampoco existe para la parte ejecutada la obligación de pagar el monto del alcance que sin causa legal se ha elevado a cargo de Perilla.

"No están probadas las excepciones que el ejecutado denomina falsedad, pago y error de cuenta; pero como de los hechos aducidos en la demanda y probados en el curso del incidente ha quedado demostrada la que se acaba de estudiar, ésta debe reconocerse".

A este respecto, en su alegato de conclusión, dice el señor Procurador:

"Aunque los hechos expuestos no pueden servir de base a la excepción de falsedad, sin embargo pueden fundamentar la de inexistencia de la obligación demandada, carencia de acción o la falta de causa que declaró probada el Tribunal fallador.

"Como en derecho no existen palabras dogmáticas, este despacho, de acuerdo con el citado Tribunal, estima que los hechos relacionados por el excepcionante y que según se vio aparecen plenamente acreditados, dan fundamento legal a la excepción de falta de causa que se declaró probada en la sentencia recurrida.

"En efecto, si el auto de fenecimiento que sirve de base a este juicio se refiere a los 22 primeros días del mes de octubre del año de 1928 en que actuó como Tesorero Municipal de Beltrán Bruno Ospina, de la actuación de éste no puede deducírsele responsabilidad alguna a Anacarsis Perilla y menos, mucho menos, a su fiador Salvador Basto S.".

Sobre dicha cuestión, esta Sala, en sentencia de 26 de marzo de 1936, se expresó así:

"Y solamente con la alegación de hechos que se hubieran comprobado, habría podido demostrarse la razón del excepcionante para combatir y destruir la eficacia del título ejecutivo, porque las excepciones en este juicio, que es especial, deben consistir en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la obligación o la declaran extinguida; de donde se desprende que el deudor debe preocuparse por formular los hechos antes que dar denominación jurídica a las excepciones".

Los hechos enunciados por el excepcionante en este juicio, y que aparecen claramente comprobados en el expediente, son bastantes para demostrar la inexistencia de la obligación, o la falta de causa de ella. Por tanto, es aceptable la declaración que de esta última hizo el Tribunal en el fallo recurrido.

El señor Procurador es de concepto que debe corregirse el error en que incurrió el Tribunal al ordenar que se siguiera la ejecución por cincuenta centavos ($ 0.50). Aduce estas razones: que el auto de fenecimiento comprende las dos partidas, o sea: la de

$ 147.76 y la de $ 0.50, que hacen un total de $ 148.26, que es por la que se ejecuta y a que se refiere el auto de fenecimiento; que aunque el ejecutado no apeló, debería aplicarse el artículo 494 del Código Judicial, pero que de acuerdo con un criterio moderno, "sería desfavorable para el municipio ejecutante adelantar una ejecución por una insignificante suma que los ejecutados no deben, toda vez que el señor Perilla no desempeñó el cargo de Tesorero Municipal de Beltrán durante los 22 días del mes de octubre de 1928 en que le fue deducido el alcance que dio origen a esta ejecución, porque ello constituiría un injustificable abuso del ejercicio de su derecho".

Se contesta: El Tribunal no incurrió en error al declarar insoluta la deuda en la suma de $ 0.50 aunque esta partida hubiera quedado incluída en el auto de fenecimiento por la razón de que esta cantidad fue deducida por alcance en las cuentas de enero de 1929 y nó por las octubre de 1928. Por lo demás, si el cobro de esta suma es perjudicial para el municipio, él, como dueño del crédito, puede abandonar su cobro; pero el sentenciador tiene que declarar que se le debe, porque la justicia ha de comprender tanto los grandes como los pequeños intereses.

Anota la Procuraduría que los certificados que obran a folios 60 y 60 vuelta, expedidos por el alcalde municipal de Beltrán, personero y juez municipal de la misma población no tienen adheridas las estampillas que deben llevar en consecuencia con el ordinal 46 del artículo 1º del Decreto Nº 92 de 1932, y en consecuencia estima que deben ser remitidos al Administrador de Hacienda Nacional para que se apliquen las sanciones penales establecidas en dicho Decreto.

La Corte encuentra que la indicación es pertinente, y debe, por tanto disponerse como se pide.

Dice por último el señor Procurador:

"Es necesario advertir que el cuaderno Nº 2 trata de un juicio ejecutivo por diez pesos ($ 10.00) moneda corriente y que el cuaderno Nº 3 se refiere a otra ejecución distinta, por la suma de dos pesos setenta centavos ($ 2.70) moneda legal, que no están acumuladas entre sí, ni tampoco lo está ninguna de ellas al presente juicio.

"En tal virtud, la Procuraduría cree que la Honorable Corte, al dictar su fallo respectivo, debe ordenar que los expedientes de que se trata, sean retirados del juicio que se va a fallar, para que el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales pueda cumplir con el deber que tiene de continuar el curso legal de ellos".

La advertencia está ajustada a la realidad de las cosas; pero como esta cuestión no fue materia de fallo recurrido, la Corte no puede involucrarla en su desición, y la deja para que el funcionario ejecutor vea si es el caso de adelantar la ejecución por esas sumas, o por la que el Tribunal a que ordene lo que sea de su resorte.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales, de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Ejecutoriado este fallo, se ordena que se remita por el Tribunal de la primera instancia el expediente al señor Recaudador de Hacienda Nacional para que se sirva resolver lo que sea del caso por la falta de estampillas anotada en esta providencia.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase en oportunidad el expediente.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio.

REMUNERACION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

Cuando ante el Poder Judicial se pide la remuneración debida a un empleado, no se puede atacar el acto del nombramiento respectivo. La ley concede un plazo dentro del cual se puede pedir la nulidad de los actos administrativos y ha dado a determinadas entidades la jurisdicción para resolver las controversias sobre el particular. Si se aceptara que dentro de un juicio en que se discute el pago de un sueldo devengado, se puede resolver la validez del acto administrativo que dio origen al nombramiento del empleado, se invadiría por las autoridades judiciales un campo reservado por la ley a otras entidades. 2. El derecho a recibir remuneración por el desempeño de un empleo público, no es un derecho contractual, porque la relación del funcionario con el Estado o cualquiera otra entidad de derecho público, no es una relación contractual. Si existe el derecho a la retribución, no es a consecuencia de un contrato, o por virtud de un servicio hecho al Gobierno, sino porque la ley ha unido al cargo la dotación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril treinta de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Rafael Carrasquilla D., vecino de Cartagena, demandó ante el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial al Departamento de Bolívar, para que dicha entidad sea condenada a pagarle la cantidad de $ 2,550, como remuneración de sus servicios en su calidad de miembro de la Comisión constituída por la Asamblea del Departamento en sus sesiones de 1934, para representar a éste ante la Comisión demarcadora de los límites entre el citado Departamento y el del Atlántico. Apoyó la demanda en los siguientes hechos:

"1º—Por Resolución Nº 19 de fecha 19 de abril de 1934, constituyó la Asamblea Departamental de Bolívar una Comisión compuesta de tres miembros, encargada de representar al Departamento ante la Comisión demarcadora de límites entre los Departamentos de Bolívar y Atlántico.

"2º—Por licencia concedida al Honorable Diputado señor don Luis Carlos Sebá Piñeres, la Gobernación dictó Decreto Nº 150, de fecha 30 de junio del mismo año nombrándome a mí en su reemplazo.

"3º—Con fecha 24 de julio de 1934 me posesioné del cargo en referencia, y consta en la diligencia respectiva que entré a ejercerlo desde el día 30 de junio de 1934, como así lo declara el señor Gobernador del Departamento.

"4º—En desempeño de las funciones que se me encomendaron, me dediqué a hacer los estudios necesarios, y presté a la comisión demarcadora los servicios que juzgué indispensables en defensa de los intereses del Departamento de Bolívar.

"5º—Por ordenanza Nº 18 de fecha 23 de abril de 1934, se dispuso fijar a cada uno de los miembros de la Comisión expresada, a título de viáticos y sueldo, la cantidad de diez pesos diarios, y en la misma Ordenanza se votó el crédito de $ 2,440.00 para el pago de esos sueldos expresados en los meses de mayo y junio del expresado año, y se dispuso abrir los créditos necesarios para el mismo objeto durante los meses subsiguientes.

"6º—En el desempeño del cargo de miembro de la Comisión estuve desde el 30 de junio de 1934 hasta el 15 de marzo de 1935, en que cesaron sus funciones.

"7º—La Tesorería General del Departamento de Bolívar ha pagado los sueldos del personal que intervino en las diligencias de demarcación, y todos los gastos ordenados en la Ordenanza Nº 18 de 1934, con excepción del sueldo y viáticos de la Comisión de que yo hice parte".

El Departamento estuvo representado en el juicio por el señor Fiscal segundo del Tribunal, quien contestó la demanda y alegó en la debida oportunidad, oponiéndose a la acción intentada por el señor Carrasquilla. El Tribunal en sentencia de fecha 11 de agosto del año pasado, declaró infundada la acción y absolvió al Departamento de los cargos de la demanda. De este fallo apeló el demandante y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo.

Durante el término respectivo de la segunda instancia, no se solicitó la práctica de pruebas por ninguna de las partes. Tanto el apoderado del actor como el señor Procu-

rador Delegado en lo civil, alegaron de conclusión.

La prueba de los hechos

Por Decreto Nº 150 de la Gobernación de Bolívar, de fecha 30 de junio de 1934, se concedió licencia de noventa días al señor Luis Carlos Sebá Piñeres para separarse del cargo de miembro de la comisión nombrada por la Asamblea para representar al Departamento del Atlántico, y se nombró en interinidad, por el término de noventa días, al señor Rafael Carrasquilla D. Existe en autos copia del Decreto referido, lo mismo que de la diligencia de posesión, de fecha 24 de julio de 1934, en la cual se hace constar por el Gobernador que el señor Carrasquilla prestó sus servicios desde el día 30 de junio, fecha en que fue nombrado.

Por Resolución Nº 19, de 19 de abril de 1934, la Asamblea, apoyada en el artículo 9º de la Ley 101 de 1919, que dispuso que los Departamentos interesados en la demarcación de límites pueden nombrar comisiones que los representen ante la comisión demarcadora, se dijo lo siguiente:

"Por la Presidencia de la Asamblea se nombrará una comisión de tres diputados para que represente al Departamento de Bolívar ante la comisión demarcadora de límites entre los Departamentos de Bolívar y Atlántico, con una asignación diaria de la mitad de las dietas y tendrá como Secretario al de la Asamblea con igual asignación".

La Ordenanza Nº 18 de 1934, de fecha 25 de abril, resolvió en su artículo 22 lo siguiente:

"La Comisión que representará al Departamento nombrada por la Presidencia de la Asamblea, en la demarcación de límites entre el Departamento de Bolívar y el Atlántico, devengará en concepto de viáticos y gastos de representación, la suma de $ 10 diarios, cada uno de sus miembros, por todo el tiempo que dure la demarcación en referencia".

Resulta de lo anterior que la Asamblea, por medio de la Ordenanza Nº 18, ratificó lo dispuesto por la Resolución Nº 19 y señaló en $ 10 diarios la suma que se debía pagar a los miembros de la comisión.

Figuran en el expediente las cuentas de cobro de viáticos y gastos de representación del señor Rafael Carrasquilla D., como miembro de la comisión, referentes a los meses de julio, septiembre, octubre, noviembre y primera década de diciembre de 1934. Estas cuentas están con el visto bueno del Secretario de Gobierno del Departamento de Bolívar.

De manera que en lo referente a los meses citados, se debe aceptar como comprobada la circunstancia del ejercicio del cargo, porque el visto bueno que aparece en las nóminas y cuentas de cobro de los empleados y funcionarios públicos, es la constancia que deja la autoridad respectiva de que el empleado o funcionario que figura en ellas ha desempeñado su cargo satisfactoriamente durante el tiempo mencionado en el documento que se visa.

El demandante dice que estuvo en desempeño del cargo de miembro de la comisión desde el 30 de junio de 1934 hasta el 15 de marzo de 1935. Pero sólo aparece comprobado que ejerció el cargo durante los meses mencionados en las cuentas de cobro. Figura un certificado del Secretario de Gobierno de Bolívar sobre que la comisión demarcadora de límites entre los Departamentos de Bolívar y Atlántico cesó en sus funciones el 15 de marzo de 1935, pero esto no prueba que los miembros de la comisión nombrada por la Asamblea, reemplazado uno de ellos por el señor Carrasquilla, ejercieran sus funciones durante todo el tiempo en que desempeñó las suyas la comisión de límites.

El doctor Cenén González Guerra, quien desempeñaba el cargo de Secretario de Hacienda de Bolívar, declara que su concepto dado a la Asamblea fue favorable al señor Carrasquilla, porque de los documentos presentados por éste se desprende que tomó posesión del cargo de miembro de la comisión asesora de los Ingenieros encargados de resolver la litis sobre la jurisdicción del Corregimiento de San Pedrito, verificó un trabajo largo sobre el particular ,lo que indica que ejerció el cargo y que, en consecuencia, le asiste derecho para que se le paguen emolumentos.

El doctor Raúl Gómez Reynero, quien desempeñó en la Comisión de límites el cargo de Ingeniero en representación del Departamento de Bolívar, declara que el señor Carrasquilla le entregó un pliego de instrucciones para el estudio de la controversia de límites y que ese pliego fue tomado en cuenta por la comisión.

Estas declaraciones contribuyen a demostrar que el demandante desempeñó el cargo pero nada agregan sobre el tiempo que duró el ejercicio de las funciones del señor Carrasquilla, circunstancia respecto de la cual como ya se dijo, no aparecen otros comprobantes que las cuentas visadas por el Secretario de Gobierno.

La cuestión de derecho

En primer lugar, el Tribunal estima que la Asamblea de Bolívar extralimitó sus atribuciones, porque el nombramiento de personeros o comisiones para representar a los Departamentos ante la comisión demarcadora de límites, correspondía al Gobernador del Departamento y no a las Asambleas. A esto se observa que el nombramiento del señor Carrasquilla fue hecho por el Gobernador de Bolívar y que si la observación del Tribunal se refiere a la circunstancia de que la corporación mencionada designó la comisión de que más tarde formó parte el señor Carrasquilla por nombramiento de la Gobernación, ésa es cuestión que no corresponde analizar en este juicio, como se verá más adelante.

Estima igualmente el Tribunal que la Resolución de la Asamblea no sólo es ilegal según lo expuesto, sino también porque las Asambleas no pueden crear empleos, comisiones ni ningún otro cargo público remunerado, por medio de resoluciones. Sobre este particular se anota que si es verdad que la Asamblea por medio de una resolución determinó nombrar una comisión que representara al Departamento ante la comisión demarcadora de límites, también lo es que por medio de la Ordenanza Nº 18 de 25 de abril de 1934, dictada seis días después de aprobada la resolución, ratificó lo hecho y señaló a los comisionados por concepto de viáticos y gastos de representación, la suma de $ 10 diarios.

Las anteriores consideraciones se hacen para contestar los principales argumentos de la sentencia del Tribunal. Pero aquí no hay por qué entrar a examinar la legalidad del proceder de la Asamblea al crear la comisión y designar sus miembros. Tampoco es procedente estudiar si el Decreto dictado por el Gobernador sobre nombramiento del señor Carrasquilla para reemplazar a uno de los miembros de la comisión adolece de vicios de nulidad.

Lo que se debe considerar en este fallo es si el señor Carrasquilla fue nombrado para el cargo y si lo desempeñó satisfactoriamente. Ya se vio que fue nombrado por Decreto del Gobernador y que tomó posesión conforme a la ley. Con relación al ejercicio de sus funciones, se observa:

Sobre este particular no hay otras pruebas que la certificación del Gobernador en el acta de posesión, que dice que prestó sus servicios desde el 30 de junio de 1934, y las cuentas de cobro referentes a los meses de julio, septiembre, octubre, noviembre y primera década de diciembre de 1934, en las cuales aparece el visto bueno del Secretario de Gobierno. Por consiguiente, a esos meses debe limitarse el reconocimiento de la acción intentada por el señor Carrasquilla.

Una cuestión que se debe decidir es la siguiente: si con ocasión del reclamo de la remuneración debida a un empleado o funcionario, se puede atacar indirectamente el acto del nombramiento respectivo. La contestación negativa se impone. La ley concede un plazo dentro del cual se puede pedir la nulidad de los actos administrativos y ha dado a determinadas entidades la jurisdicción para resolver las controversias sobre el particular. Si se aceptara que dentro de un juicio en que se discute el pago de un sueldo devengado, se puede resolver sobre la validez del acto administrativo que dio origen al nombramiento del empleado, se invadiría por las autoridades judiciales un campo reservado por la ley a otras entidades.

El artículo 240 del Código Político y Municipal establece que el orden de preferencia de disposiciones contradictorias en asuntos nacionales será el siguiente: la ley, el reglamento ejecutivo y la orden del superior; en asuntos departamentales, será el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del Gobernador y las órdenes de los superiores; en los asuntos municipales el orden de prelación es el siguiente: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos del Alcalde y las órdenes de los superiores.

Pero en el caso que se estudia, no se trata de la aplicación de disposiciones contradictorias, para que se pueda desconocer el Decreto de la Gobernación que nombró al empleado. Lo que el Tribunal ha hecho es entrar a estudiar el fondo mismo de un Decreto que no está por ningún aspecto a la consideración del juzgador; traerlo al examen para desconocerlo por ilegal, es penetrar en el campo jurisdiccional de otras entidades. Lo que está sometido a la decisión de la justicia ordinaria en este caso es el pago de la remuneración debida a un funcionario y no la legalidad del nombramiento de éste.

Pero aun admitiendo que se puede declarar indirectamente la nulidad de un nombramiento en un juicio de esta clase, la causa para reclamar el pago de la remuneración devengada no desaparece, porque se trata de servicios prestados a una entidad de derecho público que está en la obligación de pagarlos. Los funcionarios son de derecho y de hecho. Los primeros son los que tienen una investidura regular y los segundos los que tienen una investidura que ado-

lece de irregularidades. Tanto los primeros como los segundos tienen derecho a remuneración por los servicios que prestan. Por tanto, aun considerando nulo el nombramiento del señor Carrasquilla, su remuneración no puede discutirse.

El derecho a recibir remuneración por el desempeño de un empleo público, no es un derecho contractual, porque la relación del funcionario con el Estado o cualquiera otra entidad de derecho público, no es una relación contractual. Si existe el derecho a la retribución, no es a consecuencia de un contrato, o por virtud de un servicio hecho al Gobierno, sino porque la ley ha unido al cargo la dotación. De manera que a la ley hay que mirar para ver si un cargo dado lleva anexo un sueldo. En el caso que se estudia, la ordenanza señaló los emolumentos que debían recibir los miembros de la comisión, en concepto de viáticos y gastos de representación.

Comprobado que el Departamento debe al señor Carrasquilla la suma correspondiente a la asignación del cargo que desempeñó durante el tiempo a que hacen referencia las nóminas visadas por la Gobernación, tiene el acreedor el derecho de reclamar judicialmente el pago. El expositor Francisco J. Goodnow dice lo siguiente en su tratado de Derecho Administrativo Comparado:

"Los funcionarios del sistema administrativo pueden reclamar judicialmente su retribución, y ésta puede mirarse como un derecho positivo cuya existencia y extensión deben decidir los Tribunales de Justicia, como cuando se trata de cualquier otro derecho privado, y no de la Administración pública".

Conforme a lo que aparece comprobado de autos, el valor de los viáticos y gastos de representación en los meses que prestó sus servicios el demandante, asciende a $ 1,300. En consecuencia, se debe revocar el fallo apelado y condenar al Departamento a pagar al actor la cantidad expresada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar resuelve:

Condénase al Departamento de Bolívar a pagar al señor Rafael Carrasquilla D., seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de mil trescientos pesos ($ 1,300), por concepto de viáticos y gastos de representación como miembro de la Comisión constituída para representar al Departamento ante la Comisión demarcadora de los límites con el Departamento del Atlántico.

Se absuelve al Departamento de Bolívar de los demás cargos de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Anibal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

Lo que de conformidad con el artículo 2o. del Decreto número 1118 de 1932 da derecho al porcentaje como honorarios, es el recaudo de la renta.

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

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo diez de mil novecientos treinta y siete.

El señor Hermógenes Delgado en su calidad de Recaudador de Hacienda Nacional de Segovia, recibió el 7 de abril de 1933 una declaración de renta de la Frontino Gold Mines Limited, correspondiente al año de 1932, con el balance general de los negocios de dicha compañía. Este denuncio fue enviado a la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, de conformidad con el artículo 11 de la ley 81 de 1931. La Administración liquidó el impuesto correspondiente, que ascendió a la suma de $ 15,345.52, que fueron pagados en aquella oficina por la Compañía.

El señor Delgado resolvió retener la cantidad de $ 1,074.18 por concepto de porcentaje sobre la suma pagada por la Compañía, a razón de 7%, según el artículo 2º del Decreto número 1118 de 1932, alegando que la Administración de Hacienda Nacional de Medellín no hizo otra cosa que recibir el dinero, pero que él practicó todas las diligencias conducentes de cobranza hasta obtener el pago de que se habló.

El Inspector General de Rentas Nacionales en resolución número 8, de fecha 26 de diciembre de 1933, elevó a alcance a cargo del señor Hermógenes Delgado la expresada suma de $ 1,074.18, que aquél retuvo al rendir sus cuentas de la Recaudación de Segovia. Esta Resolución fue confirmada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en providencia número 326 de 1934. Con apoyo en estos documentos, la Administración de Hacienda Nacional de Medellín inició ejecución por la suma expresada en favor de la Nación y en contra de los señores Hermógenes y Ricardo Delgado, el último como fiador del primero. Apelado el auto ejecutivo, fue confirmado por la Sala en providencia de 27 de octubre del año pasado.

Hoy se pasa a decidir el incidente de excepciones propuestas por el apoderado de los ejecutados. Son las siguientes:

Inexistencia de la obligación que se demanda.—Se funda en que el señor Hermógenes Delgado tenía derecho a cobrar el porcentaje legal, toda vez que si el pago se hizo en Medellín, la Administración le arrebató al señor Delgado una atribución que a él solo le correspondía. Agrega el actor que las diligencias preliminares para el cobro a la Compañía Minera fueron realizadas especialmente por Delgado.

Nulidad de la misma obligación.—Se funda en el hecho de que a Delgado no podía elevársele alcance líquido por la circunstancia de haber retirado, según la costumbre, lo que como honorario le correspondía.

Estas excepciones están relacionadas y por tanto, se estudian conjuntamente. Sobre lo alegado por el abogado de los excepcionantes, se observa:

No aparece probado que el señor Hermógenes Delgado hiciera gestión de ninguna clase con la Frontino Gold Mines Limited para obtener que ésta pagara a la Administración de Hacienda Nacional de Medellín la suma de que se trata, pues al contrario resulta que dicha Compañía ha venido pagando a la expresada oficina de Medellín los impuestos correspondientes. La circunstancia de que la Compañía denunciara en la Recaudación de Segovia la renta de 1932, no puede alegarse por el Recaudador como gestión para el recaudo del impuesto, porque esa era una obligación que tenía la entidad expresada, de conformidad con el artículo 12 de la ley 81 de 1931. Correspondía al Administrador de Hacienda Nacional hacer el cómputo de la renta gravable, en vista de la declaración. El hecho de recibir la declaración no le da derecho al empleado a porcentaje, porque aquella se puede presentar aun ante los Alcaldes en los casos en que en el Municipio no haya Recaudador, conforme al artículo 9º del Decreto número 2244 de 1931.

El artículo 2º del Decreto Nº 1118 de 1932, establece que "los Recaudadores municipales devengarán como honorarios únicamente el 7% sobre las sumas que recauden por concepto de rentas e impuestos nacionales." En esta disposición se apoya el Recaudador de Segovia para justificar la retención del porcentaje correspondiente a la suma pagada en Medellín por la Compañía. Pero es indudable que lo que da derecho al porcentaje es el recaudo de la renta, y en el caso que se estudia el empleado referido no recaudó el impuesto correspondiente a la Frontino Gold Mines Limited. El Administrador de Hacienda en telegrama que figura en autos explica que en Medellín residen los representantes de la Compañía que cubren los impuestos de ésta y

que la calificación se incorporó en las listas de Medellín para mayor facilidad del recaudo. Si el Administrador de Hacienda se equivocó al no enviar la cuenta al Recaudor de Segovia para su cobro, es cuestión que no hay por qué entrar a calificar en este fallo, mediando además la circunstancia de que no aparece comprobado, como ya se dijo, que el señor Hermógenes Delgado hiciera diligencia alguna para obtener el pago del impuesto asignado a la Compañía.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas.

Cúmplase el artículo 351 del C. J.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—DOCUMENTO DE FIANZA.

El documento en que constan las obligaciones del fiador debe agregarse original a los autos para que pueda servir de base a un juicio ejecutivo, pues no hay ninguna disposición legal que permita a un recaudador acompañar en copia los documentos privados de fianza de los responsables del erario. Conforme al artículo 1059 del C. J., las copias de los reconocimientos y de las resoluciones definitivas ejecutoriadas sobre multas, prestan mérito ejecutivo; pero los documentos privados en que se consignan obligaciones de particulares a favor de las entidades de derecho público, deben presentarse originales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo diez de mil novecientos treinta y siete.

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

El Administrador General del Tesoro de Manizales, en providencia de 18 de junio de 1935, libró mandamiento ejecutivo contra el señor Luis González J., en su calidad de fiador solidario del señor Luis Evelio Llano, y a favor del Departamento de Caldas, por la cantidad de $ 6,575.94, los intereses y las costas. El auto se apoyó en un alcance que el Contralor del Departamento dedujo contra el señor Llano, almacenista-pagador de la carretera Aranzazu-Salamina.

El doctor Roberto Jaramillo Giraldo, apoderado del señor González, propuso las siguientes excepciones: falsedad del instrumento que sirvió de recaudo ejecutivo, nulidad del mismo, inepta demanda, concurso pendiente de acreedores hereditarios, simulación, dolo que dio lugar al contrato, error de cuenta, caso fortuito o accidente inopinado e invencible que ha impedido el cumplimiento de la obligación e incompetencia de jurisdicción.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de fecha 26 de mayo de 1936, declaró probada la excepción de error de cuenta, pero solamente en la suma de un peso ($ 1), y negó las otras. La sentencia fue apelada por el apoderado doctor Jaramillo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente en la Corte se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

La excepción de falsedad del instrumento que sirvió de recaudo ejecutivo la funda el actor en que el documento y el alcance elevado no son hechos ciertos y reales, y la excepción de nulidad del mismo la hace consistir en que la diligencia de fianza no reúne los requisitos legales.

Estas excepciones están relacionadas y se dirigen a acatar el documento que sirvió para iniciar la ejecución; por esa circunstancia se deben considerar conjuntamente.

Como lo estima el Tribunal, no está probado que existan motivos de falsedad de la diligencia de fianza. Pero observa la Sala que si hay irregularidades acreditadas en autos que hacen ineficaz el documento que sirvió de recaudo ejecutivo, es decir, nulo para proceder en una ejecución con apoyo en él.

Para dictar el auto ejecutivo contra el señor González J., se agregó a los autos una copia del documento de fianza, expedida por el Secretario de la Contraloría del Departamento de Caldas; también se agregó copia de la diligencia del reconocimiento del

documento, autorizada por el mismo funcionario que expidió la anterior. Hay constancia de que el documento original tiene adheridas estampillas, pero no menciona la copia si se extendió en papel competente, o nó. En esa copia se apoyó el Administrador del Tesoro de Caldas para dictar el auto ejecutivo a favor del Departamento y en contra del señor González, por la suma de $ 6,575.94, en su calidad de fiador solidario del señor Luis Avelino Llano.

En el alegato presentado por el doctor Ramón Obdulio Arcila, dice que la excepción de nulidad está probada, porque la copia del documento de fianza no podía servir para adelantar la ejecución contra su poderdante señor González.

El artículo 648 del C. J. establece que, en general, los documentos privados se presentan originales, y sólo se admiten en copia que tenga el mismo valor, en los casos siguientes: 1º Cuando han sido protocolizados; 2º Cuando consistan en apuntes, o libros de cuentas, o que pertenezcan a terceros, pues en estos casos el Secretario saca copia, previa la exhibición; 3º Cuando se expida por orden del Juez; y 4º Cuando figuren ya en juicio y no se pueda o no convenga obtener el desglose.

En el juicio que se estudia, no se contempla ninguno de los casos de excepción que enumera la disposición citada. El documento en que constan las obligaciones del fiador, ha debido agregarse original para que pudiera servir de base a un juicio ejecutivo.

No hay ninguna disposición legal que permita a un recaudador acompañar en copia los documentos privados de fianza de los responsables del erario, para que sirvan de recaudo ejecutivo. Tales documentos deben presentarse originales, porque de lo contrario, no hacen fe sobre su contenido. Conforme al artículo 1059 del C. J., las copias de los reconocimientos y de las resoluciones definitivas ejecutoriadas sobre multas, prestan mérito ejecutivo; pero los documentos privados en que se consignan obligaciones de particulares a favor de las entidades de derecho público, deben presentarse originales.

De lo anterior se deduce que está probada la excepción de nulidad e ineficacia jurídica del instrumento que en copia se acompañó al expediente para que sirviera de recaudo ejecutivo. No hay necesidad, por tanto, de entrar a estudiar las otras excepciones propuestas.

El señor Procurador Delegado en lo Civil emitió su concepto solicitando la confirmación del fallo de primera instancia, pero a esto no se puede acceder por las razones anotadas.

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 declara probada en este juicio la excepción de nulidad e ineficacia jurídica del instrumento que en copia se acompañó al expediente para que sirviera de recaudo ejecutivo. En consecuencia, se ordena suspender el juicio y desembargar los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

LA DEMANDA DE RECONVENCION SOLO PUEDE SER PROPUESTA POR EL DEMANDADO, MAS NO POR PERSONAS EXTRAÑAS AL JUICIO

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena en lo Civil. Sala de Decisión.—Bogotá, diciembre siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Tomás Nurberto Cerón Camargo, con fecha diez de julio de este año, presentó demanda de reconvención contra The Tropical Oil Company, en el juicio seguido por ésta contra la Nación, para que con audiencia del señor Procurador y con citación del apoderado de la Compañía, doctor Francisco de P. Pérez, se hagan varias declaraciones. El doctor Cerón Camargo estimó la cuantía de la acción en la suma de quinientos millones de dólares y manifestó que comparece en su calidad de contratante con el Gobierno de la Nación sobre denuncia de explotación delictuosa. Agregó que por ser un caso de acumulación de autos, al tenor de los artículos 398 y siguientes del C. J., es procedente lo dispuesto en el artículo 412 del mismo texto.

El Magistrado sustanciador en auto de veintitrés de julio pasado, negó la admisión de la demanda de reconvención y la acumulación solicitada por el doctor Cerón Camargo. Pedida por el interesado la reposición del auto, en providencia de cinco de agosto le fue negada, pero se le concedió el recurso de súplica para ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión.

Se dio cumplimiento al artículo 488 del C. J. y hoy se pasa a resolver el recurso, previas las siguientes consideraciones:

El artículo 742 del C. J. dice textualmente:

"El demandado, al contestar la demanda, puede proponer la de reconvención, siempre que el Juez sea competente para conocer de ésta, o sea admisible la prórroga de jurisdicción."

El doctor Cerón Camargo no representa a la parte demandada en el juicio iniciado por The Tropical Oil Company y, por tanto, no puede proponer demanda de reconvención de conformidad con el artículo transcrito. El representante de la Nación en este juicio es el señor Procurador, quien contestó la demanda en la oportunidad debida y no hizo uso del derecho que confiere la disposición mencionada.

Cita el doctor Cerón en su apoyo el artículo 233 del C. J., que dice que "todo aquel a quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa." Pero aun en el supuesto de que aparecieran comprobadas las circunstancias exigidas en el texto citado, la demanda de reconvención no sería procedente, ya que ésta sólo puede ser propuesta por el demandado y el artículo 233 del C. J. no se refiere sino a coadyuvar o defender la causa, pero no a proponer demanda de reconvención.

De lo anterior se desprende que tampoco es procedente la solicitud de acumulación, porque ésta sólo puede decretarse cuando ocurren las circunstancias mencionadas en el artículo 398 del C. J., lo cual no sucede en este caso, ya que no se trata de dos juicios en curso, sino de la acumulación de una demanda que se ha encontrado improcedente a un juicio iniciado por The Tropical Oil Company contra la Nación.

Estas razones son suficientes para llegar a la conclusión de que el auto es jurídico y debe ser confirmado. No obstante, la Sala considera conveniente dejar constancia de lo siguiente, en relación con lo afirmado por el doctor Cerón en los memoriales dirigidos a la corporación sobre su derecho a intervenir en el juicio: El doctor Cerón se opuso a las declaraciones solicitadas por la Tropical en el pleito a que se ha hecho mención y todavía no se ha decidido en definitiva sobre su admisión como opositor. Aparece de autos la copia de un contrato celebrado con la Nación por el doctor Cerón con fecha 10 de noviembre de 1934, "para denunciar la explotación delictuosa que dice conocer de minas o depósitos de los mencionados en los artículos 11 y 113 del Código Fiscal", y un recibo del Secretario del Ministerio de Gobierno, de fecha 27 de marzo de 1935, de un denuncio por hurto de bienes fiscales de la Nación, presentado por el doctor Tomás Cerón Camargo. El actor apoya su solicitud en estos documentos que no son suficientes para acreditar su interés en el juicio, ya que no aparece que los bienes ocultos

que se comprometió a denunciar sean los mismos materia del juicio, pues no hay constancia de que por el Gobierno o por el Consejo de Estado en su caso, se haya calificado la calidad de ocultos de tales bienes.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena en lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala de Decisión, confirma el auto de fecha veintitrés de julio pasado, que ha sido materia del recurso de súplica.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Eleuterio Serna R., Eduardo Zuleta Angel.—El Conjuez Valerio Botero Isaza.—El Secretario, Emilio Prieto Hernández.

LANZAMIENTO

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Procurador General de la Nación, en memorial del 25 de febrero de 1936, pidió que la Corte decretara el lanzamiento de los señores Carlos y Bernardo Buendía, de la casa que en la actualidad ocupaban, que es de propiedad de la Nación, y está situada en la carrera 3ª, número 40-62, de esta ciudad.

Acompañó a su petición el documento, prueba del contrato de arrendamiento celebrado entre la Nación, como arrendadora, y los señores Buendías como arrendatarios.

Como prueba de la expiración del mismo, adujo como auténticos los siguientes documentos:

a) Resolución ejecutiva número 73, de 8 de octubre de 1935, que declara administrativamente caducado el contrato;

b) Resolución ejecutiva número 7, de 20 de enero de 1936, por la cual no se accede a la reposición de la anterior, y

c) Resolución ejecutiva número 7, de 20 de enero de 1936, que autoriza al señor Procurador para entablar esta acción.

También presentó el apoderado de la Nación el oficio original de la Contraloría Nº 8226, de 20 de agosto de 1935, en que este departamento comunica al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que los señores Buendías no han cumplido algunas de las obligaciones que les impone el contrato.

El asunto se ha tramitado legalmente y a resolverlo se procede:

Se considera:

Los señores Buendías se comprometieron así en la cláusula segunda del contrato: "Los contratistas se obligan a pagar como precio de arrendamiento, en la Administración de Hacienda Nacional, por mensualidades anticipadas, dentro de los primeros cinco días de cada mes, la cantidad de cuarenta y dos pesos ($ 42,00) moneda legal, pues se estima que los servicios de luz y agua que quedan a cargo de los contratistas, valen ocho pesos ($ 8,00) mensuales, con lo cual el canon señalado se ajusta al avalúo de cincuenta pesos ($ 50,00), dado por los peritos nombrados por el H. Consejo de Estado. Este contrato rige desde el 1º de septiembre de este año, pues aun cuando los contratistas están en el uso y goce de la casa y solar materia de este contrato desde hace varios años, por el tiempo anterior se reconocen deudores al Tesoro Nacional de la suma de dos mil cuatrocientos cinco pesos ($ 2,405.00), que se obligan a pagar en la Tesorería General de la República, en veinticuatro cuotas mensuales de cien pesos ($ 100.00) cada una, y una de cinco pesos ($ 5,00), debiéndose la primera de estas cuotas cinco días después de firmado el presente contrato."

De lo transcrito se ve que para los señores Buendías surgieron dos obligaciones diferentes: pagar los cánones mensuales que les imponía el contrato de arrendamiento y cancelar, en cuotas mensuales, la cantidad que debían a la Nación por concepto de arrendamientos de la misma finca, anteriores al contrato.

En realidad existen dos contratos diferentes: uno de arrendamiento y otro por medio del cual se reconoce una deuda y se obligan los deudores a pagarla. Pero el que existan dos contratos técnicamente distintos no significa que ellos sean independientes. Un simple examen del documento demuestra que entre las dos obligaciones hay una conexión indiscutible; de ahí que no se pueda sostener que para el cumplimiento del contrato celebrado les baste a los arrendatarios solamente satisfacer los cánones mensuales correspondientes al tiempo trans-

currido con posterioridad a la celebración del contrato.

Esta íntima relación de las dos obligaciones se acentúa cuando se establece en posterior cláusula que "la falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones que los contratistas contraen" dará derecho al Gobierno para declarar caducado el contrato. Es muy claro que si se pacta la terminación del contrato de arrendamiento por no cumplir cualquiera de las obligaciones contraídas, exista entre ellas una visible solidaridad e interdependencia.

El oficio original de la Contraloría demuestra que los demandados no dieron cumplimiento a la obligación de consignar las cuotas mensuales para satisfacer los arrendamientos atrasados; habiendo incurrido por ello los señores Buendías en uno de los eventos para los cuales estaba señalada la caducidad, el Gobierno la declaró, siendo esta providencia perfectatamente fundada, en el sentir de la Corte. Los demandados interpusieron contra la resolución ejecutiva que la consignaba el recurso de reposición, que fue resuelto desfavorablemente para ellos, ejecutoriándose, por lo consiguiente, la mencionada providencia.

El señor Carlos Buendía se opuso al lanzamiento y ha sostenido que a pesar de que el contrato de arrendamiento fue declarado caducado arbitrariamente, está vigente en la actualidad, pues ha sido prorrogado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2014 del C. C., por haber él pagado oportunamente el canon de arrendamiento mensual, con la adquiescencia del Gobierno. Al efecto, presenta recibos expedidos por la Administración de Hacienda Nacional de esta ciudad, que comprueban ha pagado las mensualidades correspondientes al valor del arrendamiento hasta el mes de enero del presente año.

Dice el artículo 2014 del C. C. citado por el señor Buendía como la base legal con que sostiene que el contrato está vigente:

"Terminado el arrendamiento por desahucio o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente adquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario es una renovación del contrato.... Con todo, si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente equívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes...."

Veamos la aplicación legal que en este caso puede darse a esta disposición: la ley establece que terminado el arriendo, si el arrendador recibe con beneplácito el valor de una mensualidad el contrato automáticamente quedará prorrogado. Esto es muy claro: la ley se atiene a la voluntad de las partes, y si el arrendatario paga la mensualidad y el arrendador se la recibe, es obvio que las partes han tenido intención de que el contrato continúe. La ley se limita a reconocer el fenómeno, dando seguridad y garantía a la voluntad de los contratantes expontáneamente manifestada.

En el caso que se estudia, se ve la intención unilateral del señor Buendía de prorrogar el contrato, no así la de la Nación. Por el contrario, ésta ha declarado caducado el arrendamiento y ha encargado a su representante de obtener el lanzamiento de los arrendatarios, y éste ha seguido y sostenido el juicio hasta la fecha como puede acreditarse en el expediente. Esos los hechos, podría decirse que por haber consignado el señor Buendía los cánones del arrendamiento en una oficina nacional, ha existido por parte de la Nación voluntad de prorrogar el contrato? Lógicamente, no; su intención está superabundantemente manifestada por medio de su procurador, en el sentido no sólo de darlo por terminado sino de obtener la desocupación del inmueble. Y aun suponiendo en la Nación la voluntad —la que no ha existido— la renovación no se habría operado, pues Buendía no ha consignado lo que se obligó: los cánones actuales y los atrasados, puesto que tan sólo satisfizo los posteriores al contrato.

El hecho de que la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca haya recibido el valor de los cánones actuales, no prueba que haya habido por parte de la Nación voluntad de aceptarlo así, ya que ésta no puede impedir que un determinado ciudadano consigne en una oficina de recaudación cualquier suma de dinero.

No considerando la Corte que el contrato haya sido prorrogado, halla que el actor —como lo dispone el artículo 1104 del C. J.— ha dado prueba de que el arriendo ha terminado por una causa establecida por la ley.

Por todo lo cual la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: ordénase el lanzamiento de los señores Carlos y Bernardo Buendía del inmueble 40-62 de la carrera 8ª de esta ciudad, compuesto de una casa y un lote, alinderados respectivamente así: casa: por el

occidente con la carrera 8ª en una extensión de veinticinco varas; por el norte, con un solar de propiedad del Gobierno, destinado para los garages del Ministerio de Correos y Telégrafos, en una longitud de cuarenta metros; por el oriente, con la casa número 811, de propiedad del Gobierno, en una longitud de cuarenta metros, en una extensión de veinticinco varas; por el sur con un solar, también del Gobierno, en una longitud de cuarenta metros. El lote está encerrado dentro de los siguientes linderos generales: por el norte, con la quinta "Ebgips"; por el oriente, con propiedad de los señores Leal y Macario Rozo, antes de herederos de Críspulo Talero; por el sur, con propiedad de N. Pardo, antes de Ismael López, sin dividir, y por el occidente, con la carrera octava o Calle Caldas.

Comisiónase al Inspector de Policía respectivo para que dé cumplimiento a la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese y publíquese. Archívese en oportunidad el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Anfibal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

DEMANDA SOBRE PAGO DE ARRENDAMIENTOS A FAVOR DE LA NACION.—NO ES COMPETENTE LA CORTE PARA CONOCER DE ELLA

La Corte carece de jurisdicción para conocer de un juicio ejecutivo que se inicia para hacer efectivo el producto de un bien nacional, como es el arrendamiento de una casa de propiedad de la Nación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Procurador Delegado en lo Civil autorizado por el señor Presidente de la República, en demanda presentada el 14 de abril pasado, pide a la Corte que se libre orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de los señores Ricardo, Carlos y Bernardo Buendía por las sumas de $ 2,405 y $ 23,80 más los intereses legales, provenientes tales cantidades de arrendamientos de una casa de propiedad de la Nación, según contrato celebrado el 29 de agosto de 1934, el cual se acompaña original a la demanda.

Antes de estudiar el fondo del asunto, es necesario examinar si la Corte tiene jurisdicción para conocer del juicio ejecutivo que propone el señor Procurador.

Conforme al artículo 148, numeral 8º de la Constitución (Codificación de 1936), es atribución de la Corte "conocer de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación o que constituyan litigio entre dos o más Departamentos."

Esta disposición se ha interpretado en el sentido de que el conocimiento de los asuntos allí mencionados no es exclusivo de la Corte, y que esta entidad puede conocer de los negocios respectivos en segunda instancia. Pero en todo caso, sólo conoce la Corte cuando se trata de negocios contenciosos.

El artículo 40 del C. J. dice que "la Sala Civil de Unica instancia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquiera entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos."

Según este artículo, la Sala referida conoce de los asuntos que emanan de contratos celebrados con la Nación, pero cuando hay controversias. Esta disposición armoniza con el texto constitucional citado.

El juicio ejecutivo no es contencioso ni es controversia. Como dijo la Corte en fallo de fecha 9 de diciembre de 1935, publicado en el número 1916 de la Gaceta Judicial, páginas 276 a 279, el ejecutivo, "más que un juicio, es un conjunto de actuaciones que se encamina a la recaudación de deudas acreditadas por fallos definitivos o títulos equiparables a éstos."

Por tanto, carece la Corte de jurisdicción para conocer de un juicio ejecutivo que se inicia para hacer efectivo el producto de un bien nacional, como es el arrendamiento de una casa de propiedad de la Nación. Si en el juicio respectivo hay apelaciones o incidentes de excepciones y de tercerías, es decir, si hay controversia, entonces sí tiene competencia la Corte para conocer, conforme al artículo 35 del C. J.

El artículo 4º de la ley 56 de 1934 les da a los Jueces de Ejecuciones Fiscales, en ejercicio de la jurisdicción coactiva, facultad para cobrar todos los créditos a favor

de la Nación, inclusive los provenientes de contratos celebrados con particulares, por encargo de la Tesorería General de la República u otra entidad de hacienda nacional.

El artículo 3º del Decreto número 1315 de 1938, expedido por el Presidente de la República en uso de las facultades ordinarias que le confiere el artículo 14 de la ley 102 de 1936, conserva la disposición de la ley 56 de 1914, pero en forma más explícita y definitiva. Dice así:

"Los Jueces de Rentas y Ejecuciones Fiscales tendrán jurisdicción en todo el territorio de la República, para exigir por jurisdicción coactiva el pago de los créditos a favor del Fisco nacional, provenientes de responsabilidades de empleados de manejo, rentas o impuestos nacionales, contratos celebrados por la Nación con otras entidades públicas o con particularse, fianzas o cauciones análogas, sanciones pecuniarias judiciales o administrativas, y en general, para la efectividad de toda deuda a favor del Estado, y cuyo importe deba ingresar a las arcas nacionales."

Estando determinada por medio del artículo citado la jurisdicción para conocer de los juicios ejecutivos para hacer efectivos los créditos a favor de la Nación, la Corte no tiene competencia para decretar la ejecución pedida por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de única instancia, se abstiene de decretar lo pedido por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en la demanda ejecutiva presentada el catorce de abril pasado, por carecer de jurisdicción.

Devuélvanse los documentos presentados con la demanda.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Liborio Escallón, Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

INDICE

Páginas

EDITORIAL.—La influencia de variación de valores de las monedas sobre las relaciones jurídicas de carácter internacional, por R. Savatier, profesor en la Facultad de Derecho de Poitiers. (Conclusión)... 107

FE DE ERRATAS DE LA PRIMERA PARTE DE ESTE ARTICULO, publicado en el número 1923, Tomo XLV de la Gaceta Judicial, correspondiente a mayo de 1937..... 112

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

REIVINDICACION. — EXCEPCIONES. — ACUMULACION DE ACCIONES.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de Prudencio Guarnizo y Críspulo Santos contra Wenceslao y Víctor Manuel Morales y otros. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 113

TERCERIA COADYUVANTE. — No se casa la sentencia de graduación de créditos dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ejecutivo y tercerías coadyuvantes seguido por Francisco Fernández contra Natalio y Francisco Urbina y por los tercerista José Joaquín Jiménez, Enrique Ramírez, Carmen Rosa Alvarez, María del Carmen Garzón v. de Martínez, Rodolfo Defrancisco y Juan Clímaco Mendoza.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 117

OPOSICION A UN DESLINDE.—APRECIACION DE PRUEBAS.—ACCIONES DE DESLINDE Y DE DOMINIO.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán en el ordinario de oposición al deslinde de los terrenos de Guachicono y Pancitará seguido por el cabildo de la parcialidad de indígenas de Pancitará y otros.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha..... 121

SEPARACION DE CUERPOS Y SEPARACION DE BIENES.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario seguido por Lucía García Vásquez contra su esposo Julio Torrente M. sobre disolución de la sociedad conyugal y separación de bienes.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica. 125

DIVORCIO Y SEPARACION DE BIENES.—Salvamento de voto del Magistrado Dr. Miguel Moreno Jaramillo en la sentencia proferida en el juicio ordinario de Lucía García Vásquez contra Julio Torrente M. 130

REIVINDICACION. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio reivindicatorio de Miguel Escobar Tobón contra Lisandro Ochoa y otros.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 132

MANDATO SIN REPRESENTACION.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ordinario de Alfonso Delgado L. contra Luis Eduardo Betancourt, Emma Delgado y Jesús Ernesto Aulestia.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo..... 137

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—DOCUMENTO AUTENTICO.—FECHA CIERTA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS.—CAUSA DE LA DEUDA. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva en el ordinario por pesos seguido por Catalina Salas de Rivera contra la sucesión de Isidra Salas de Rivera.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Copete..... 140

DOCUMENTO PRIVADO. — TECNICA DE CASACION. — Salvamento de voto del Magistrado Dr. Moreno Jaramillo en la sentencia proferida por la Corte en el ordinario de Catalina Salas de Rivera contra la sucesión de Isidra Salas de Rivera.. 145

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado Dr. Arturo Tapias Pilonieta en la sentencia proferida por la Corte en el ordinario de Catalina Salas de Rivera contra la sucesión de Isidra Salas de Rivera..... 150

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

DETERMINACION DEL CONCEPTO DE IMPUBERTAD EN LOS DELITOS DE FUERZA Y VIOLENCIA.—Se casa la sentencia del Tribunal de San Gil en la causa contra Benjamín Hernández por el delito de fuerza y violencia.—Magis-

Páginas

trado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 115

NO ES ILIMITADA LA FACULTAD DE LOS JUZGADORES DE INSTANCIA PARA ORDENAR LA ACLARACION DE LOS VEREDICTOS DEL JURADO. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Marco Antonio Chaparro por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez. 153

CONCURSO DE DELINCUENTES Y CUADRILLA DE MALHECHORES.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en la causa contra Rosendo Toro, José Antonio Salazar y otros, por los delitos de asesinato y cuadrilla de malhechores. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez.. 153

ROBO EN CUADRILLA DE MALHECHORES.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Saúl Sandoval y otros por el delito de robo en cuadrilla de malhechores.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 159

SE PRETENDE QUE LA SENTENCIA RECURRIDA HA DEBIDO FUNDARSE EN UN PRIMER VEREDICTO DECLARADO NOTORIAMENTE INJUSTO.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Dimas Vargas por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez..... 161

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.—Se sobresee definitivamente por demoras en el sumario por tentativa de homicidio y heridas contra J. Isaías Gamboa.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 164

LOS MAGISTRADOS Y JUECES SOLO PUEDEN SER DEPUESTOS O REMOVIDOS POR SENTENCIA DICTADA EN JUICIO CRIMINAL, AUN EN EL CASO DEL ARTICULO 573 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL.—Se confirma el sobreseimiento que dictó el Tribunal Superior de Popayán con fecha 22 de febrero de 1937 a favor del Dr. Antonio M. Tafurt, Juez 2º del Circuito de aquella ciudad.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 165

Páginas

AGRAVANTES DE PLURALIDAD DE DELINCUENTES, CRUELDAD Y DEBILIDAD DE LA VICTIMA. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Julio Gómez y Francisco Medina por el delito de homicidio. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 166

SE NIEGA LA REVISION DE UN PROCESO intentada por el Dr. Manuel Rodríguez Díaz como apoderado de Daniel Horta, en la causa contra éste por el delito de hurto.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 167

NULIDAD POR IRREGULARIDAD EN UN SORTEO PARCIAL DE JURADOS. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Popayán en la causa contra Alfonso Quijano por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 171

NO PUEDEN LOS TRIBUNALES PRESCINDIR DEL ANALISIS DE PRUEBAS SO PRETEXTO DE SER EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA SOBERANO PARA APRECIARLAS.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Gregorio Hernández y Juan Candela por el delito de heridas.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 172

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES.—Se declara probada la de ilegitimidad de la personería sustantiva y se ordena desembargar los bienes sujetos a la traba ejecutiva en el ejecutivo seguido por la Recaudación de Impuestos sobre la Renta contra la sociedad anónima "Compañía Santandereana de Tabaco".—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 175

EXCEPCIONES DE PETICION ANTES DE TIEMPO.—RECIBO.—ES TEMPORAL.—MATA EL JUICIO, PERO NO LA ACCION.—Se declaran probadas las excepciones de petición antes de tiempo (temporalmente), la de pago efectivo y la de ineficacia del recaudo ejecutivo, y se ordena levantar el embargo de bienes en el ejecutivo seguido por la Recaudación de Impuesto sobre la

Páginas

Renta contra David Wilkie. — Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 177

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario seguido por Absalón Patiño contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 179

EXCEPCIONES. — SEGUNDA INSTANCIA—Se confirma la sentencia de excepciones dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ejecutivo seguido por el Juez de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca en el ejecutivo contra Salvador Rasto como fiador del señor Anacarsis Perilla como Tesorero del Municipio de Beltrán. — Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 182

REMUNERACION DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario seguido contra el Departamento de Bolívar por el señor Rafael Carrasquilla D. para el pago de una remuneración como funcionario público. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 185

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. — RECAUDACION DE IMPUESTOS Y RENTAS.—Se declaran no probadas las excepciones propuestas por los ejecutados en el ejecutivo seguido por la Recaudación de Hacienda Nacional de Medellín contra Hermógenes y Ricardo Delgado.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 189

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—DOCUMENTO DE FIANZA.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en que declaró no probadas las excepciones propuestas por los ejecutados y se declara probada la excepción de nulidad e ineficacia jurídica del instrumento que en copia se acompañó al expediente para que sirviera de recaudo ejecutivo en el juicio del Departamento de Caldas contra Luis González J. — Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 190

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

LA DEMANDA DE RECONVENCION SOLO PUEDE SER PROPUESTA POR EL DEMANDADO, MAS NO POR PERSONAS EXTRAÑAS AL JUICIO—Se confirma el auto de 28 de julio de 1936 en la demanda de reconvención del Dr. Norberto Cerón Camargo contra The Tropical Oil Company.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 192

LANZAMIENTO.—Se ordena el lanzamiento contra Carlos y Bernardo Buendía de una casa de propiedad de la Nación.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 193

DEMANDA SOBRE PAGO DE ARRENDAMIENTOS A FAVOR DE LA NACION.—No es competente la Corte para conocer de la introducida por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en nombre de la Nación, contra Carlos y Bernardo Buendía.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 195

Obras de derecho

JURISPRUDENCIA Y ECONOMIA

DOCE LEYES APROBADAS, por el doctor Luis F. Latorre	$ 2,00
ARANCEL ADUANERO, por George Strassman. Con tres suplementos	5,40
CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.—Carlos H. Pareja	3,00
LAS IDEAS SOCIALISTAS y el Problema Presidencial.—Ramírez M.	0,35
EFECTOS JURIDICOS DE LA BUENA FE. Alzina Atienza	5,00
DE LAS COSAS, LA POSESION Y ACCIONES POSESORIAS.—Callano	5,00
LA REFORMA PENAL EN ITALIA.—Eusebio Gómez	1,60
TRATADO DE DERECHO CIVIL ARGENTINO.—Raymundo Salvat	12,00
JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA.—Arcesio Aragón. 2a. edición	5,00
LA CONSTITUCION NACIONAL. EL CONCORDATO VIGENTE.—C. J. Angel	0,30
TRATADO DE ECONOMIA POLITICA.—Enrique Zañartu	0,50
ECONOMIA DIRIGIDA, ECONOMIA CIENTIFICA. — Bodin	0,40
CODIGO DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL. Edic. 1937.—Archila	1,80
EL REGIMEN DE TIERRAS.—Roye Miguel Angel	1,00
GACETA JUDICIAL. — Colección completa.	
COLECCION DE CODIGOS DEL DR. CARLOS JULIO ANGEL: Judicial, de Comercio, Penal, Político y Municipal. Precio rebajado	8,00
COMENTARIOS AL CODIGO DE COMERCIO TERRESTRE.—Félix Cortés	4,50
JURISPRUDENCIA RAZONADA DEL TRIBUNAL SUPERIOR.—L. F. Latorre	2,50
CODIGO DE POLICIA DE CUNDINAMARCA, por José Manuel Cuéllar	2,00
FORO COLOMBIANO.—Francisco López Falla. (Pasta)	3,50
DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO.—A. Argüello, 2 tomos	4,00
CODIGO PENAL COLOMBIANO.—Ed. Rodríguez Piñeres. (Pasta)	2,50
DERECHO CONSTITUCIONAL. — José Vicente Concha. (Pasta)	2,00
MANUAL DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO.—Marino Pinto. (Pasta)	1,00
CODIFICACION OBRERA.—César González Londoño	2,00
CODIGO MILITAR COLOMBIANO. — Ed. Rodríguez Piñeres. Pasta. (1915)	3,00
DERECHO CIVIL COLOMBIANO.—Fernando Vélez. (Pasta) 9 tomos	15,00
CREDITO HIPOTECARIO.—Luis F. Latorre	1,20
TRATADO DE DERECHO MINERO COLOMBIANO.—Caicedo Martínez	4,00
JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO.—J. A. Archila. Tomo 1o.	4,00
Tomo 2o., $ 2.50. Tomo 3o.	3,30
DISPOSICIONES SOBRE IMPUESTO DE TIMBRE NACIONAL	0,60
LA POSESION.—Von Hering. 2a. edición	6,00
DERECHO MATRIMONIAL CATOLICO.—A. Knecht. (30 pesetas)	4,80
LA JURISPRUDENCIA EN LOS ACCIDENTES DE TRABAJO.—Zarandieta	1,80
RESTRICCIONES ADMINISTRATIVAS. — Bielsa	2,50

PENSIONES,
RECOMENSAS,
SUELDOS DE RETIRO
Y
SEGUROS MILITARES

UN LIBRO DE UTILIDAD INDISCUTIBLE

UN LIBRO QUE DEBE TENER TODO CIUDADANO

Esta codificación juiciosamente hecha por el eminente jurisconsulto colombiano doctor

RAFAEL QUIÑONES NEIRA

está de venta en la Librería de

MUNDO AL DIA

Calle 13, número 11-21.
Teléfono 43-25.
Apartados: Postal, 352.
Aéreo, 36-38.
Hacemos despachos a cualquier población de la república.

HACIENDA PUBLICA.— PROPIEDADES. Montejo	3,00
DERECHO PURLICO INTERNO.— Arcesio Aragón	3,00
DERECHO INTERNACIONAL PURLICO.— Jorge Bry	4,00
DERECHO ROMANO.—Bry	2,80
CODICO JUDICIAL, edición grande, 1937. Carlos Julio Angel	4,00
FILOSOFIA DEL DERECHO.—Dr. Cabanellas	1,50
LA POSESION.—Francisco J. Chaux	1,50
DERECHO HIPOTECARIO. — Mauricio A. Mackenzie	2,00
DERECHO CAMBIARIO.—Mauricio A. Mackenzie	2,00

DESPACHAMOS TODO PEDIDO A VUELTA DE CORREO

Para portes, 10%. En pedidos menores de $ 2, $ 0.20.

LIBRERIA COLOMBIANA

Camacho Roldán & Cía.-S. A.

Bogotá.—Calle 12, No. 7-50.—Apartado 198.

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLV — BOGOTA—JULIO DE 1937. — NUMERO 1925.

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

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

LA CLAUSULA ORO EN LOS CONTRATOS

ANTECEDENTES.—LA NUEVA LEY FRANCESA.—LO QUE DICE LA JURISPRUDENCIA EN ESTADOS UNIDOS SE PLANTEO LA CUESTION.—OPINION DEL PROFESOR JEZE.—DE LA «NUEVA ECONOMIA».

La cláusula oro en los contratos o sea la estipulación que se inserta en los convenios estableciendo que el acreedor será pagado con moneda oro cuando venza la obligación, es de dos clases: la general y la especial. La primera indica que el pago se verificará en la moneda oro que tenga curso legal el día del vencimiento de la obligación, y la segunda que se pagará en monedas de oro de un peso y ley determinados, cualquiera que sea la moneda oro que tenga curso legal al tiempo de cumplirse la obligación.

Son estas cláusulas muy usuales en países donde es inestable el valor oro de la moneda y con las que acreedor y deudor buscan protegerse; el primero contra un demérito y el segundo contra un mayor valor que pudiera tener la moneda corriente, medidas de protección en favor del acreedor, aunque generalmente es demérito y no mayor valor el que afecta la moneda de un país. Mas este fenómeno económico no lo puede tomar en cuenta la ley para decir que existe una desigualdad e injusticia en la inserción de la cláusula oro en contra del deudor; tanto éste como el acreedor están garantizados contra sorpresas fulminas, y si éstas son, por lo general, para el deudor, culpa será no de la cláusula oro, y sí de los hombres que manejan la cosa pública y que por sus errores o necesidades imperiosas han demeritado la moneda corriente de un país.

Cuando la cláusula oro en los contratos es en forma general o sea que se estipula pagar en oro, simplemente así: tanto oro para entregar a su acreedor; esa es toda su obligación y hace buen pago con la entrega de francos o marcos que tengan curso legal al tiempo de vencerse la obligación, no obstante que esa moneda metálica haya sido reducida por el legislador en su valor intrínseco oro. Vemos que las cláusulas oro, insertadas en los contratos en Francia, por ser cláusula oro general, han sido cumplidas legalmente con sólo la entrega de francos oro de la calidad especificada en la ley de 25 de junio de 1928 que es de 65,5 miligramos de oro fino por cada franco y muy distinto del franco oro viejo que era de 290,32 miligramos oro fino, de conformidad con la ley del 7 germinal del año XI y al que posiblemente quisieron referirse las partes al contratar, pero que por falta de una especificación concreta respecto a la calidad del franco oro en que pactan, sufren ahora las consecuencias de su imprevisión.

LA NUEVA LEY FRANCESA

La ley francesa, sobre la moneda, tanto la vieja como la nueva, no reconocen más que una unidad monetaria que es el franco oro, ya sea éste el creado por la ley XI de la República, Una e Indivisible, o el de la ley de 1928 durante la administración del gabinete Poincaré y no admite que se hagan pagos más que con esa moneda, o sea con el franco que fuere de curso legal el día del vencimiento de la obligación. Verdad es que cuando la moneda de curso legal ha sido fuertemente demeritada y se pretendiese pagar con ella deudas contraídas cuando la mone-

da esa guerra, las pérdidas que puede ocasionar a los acreedores son enormes y llegarían a trastornar la vida económica del país; en este caso interviene el legislador y ordena la valorización de esos créditos a fin de solucionarlos de manera equitativa. Esto es lo que aconteció en Alemania, Polonia, Rumania, etc., cuando sus monedas llegaron a valer casi cero.

El legislador francés no tomó en cuenta esa necesidad económica, lo que dio por resultado enormes trastornos en los negocios internos pues los externos o sean los verificados con países extranjeros pudieron estipularse en francos oro antiguos, según la misma ley, con lo que pudo detenerse el pánico en los negocios internacionales. El comercio internacional no tuvo confianza en esa disposición y prefirió contar en francos suizos, libras esterlinas o dólares.

La nueva ley monetaria que ignoró los contratos celebrados con anterioridad en francos oro antiguo y que estipula que esas obligaciones serían pagadas en francos de curso legal, constituye indudablemente una confiscación, ya que se priva al acreedor de su derecho adquirido mediante un convenio de recibir determinada moneda. El artículo 1243 del código civil francés dice que el acreedor no podrá ser obligado a recibir una cosa diferente de la que se le debe, aunque la cosa ofrecida sea de un valor igual o superior. Por manera que éste podía, según el precepto del código, exigir la entrega en francos oro antiguo, y como ese beneficio era a su favor, era dable al acreedor recibir, si quisiera, el equivalente de esos francos oro antiguo en francos corrientes; empero la ley de 1928 se interpuso e impidió esto, causando graves perjuicios al acreedor. Esta situación injusta produjo acerbas críticas entre los tratadistas, y Planiol y Ripert dicen al respecto: "Un país que cambia el valor intrínseco de su moneda sin tomar medidas especiales de valorización, consagra, en verdad, la confiscación más o menos completa de los créditos. Una medida de tal trascendencia no se justifica sino por el interés general y 'únicamente se acepta porque la ley interviene solamente después de una lenta depreciación de la moneda y para estabilizar una situación de hecho.' Esto es lo que aconteció en Francia: la ley de 25 de junio de 1928 encontró al franco muy desmeritado; pero el legislador omitió valorizar los créditos pactados en oro viejo." Planiol y Ripert, t. 7, pág. 491.

¿Y cuál es esa valorización de créditos y cómo se verifica? Entendemos que el legislador debe fijar un tipo que servirá de base para convertir esos francos oro viejo de las obligaciones anteriores, en francos oro nuevo, y que ese tipo debe ser el que menos perjudique a acreedor y deudor; es más bien un punto económico que legislativo y que para resolverlo se requieren conocimientos perfectos de la situación económica en todo el país. La ley francesa de 1928 debió haber reglamentado ese punto; pudo haber fijado el 10, 15, 20 francos oro nuevo, valor del franco oro viejo según los cálculos de sus financistas, mas de ninguna manera prescribir que el franco oro viejo era igual al franco oro nuevo, por que éste tenía un poder adquisitivo muy inferior, y porque la intención de los contratantes había sido pagar con la misma clase de franco que habían recibido. Cuando esos contratos se verificaron el franco oro era el creado por la República, Una Indivisible y el acreedor entregó una moneda de oro muy superior en valor intrínseco a la que después el deudor le devolverá, habiendo una pérdida para el acreedor y un enriquecimiento sin causa por parte del deudor. Moderar estas pérdidas injustas es la misión de la valorización de créditos.

Fíjese bien que la intervención del legislador en la creación de la nueva moneda solamente procede cuando por la depreciación comercial continua de ella, motivada por la inflación, consecuencia de gastos extraordinarios desproporcionados del Estado o de un balance comercial adverso continuo, hace necesaria esta medida, muy discutida por cierto por los economistas, que sostienen que el valor de una moneda no puede ser fijado por ley del Estado y sí por la ley económica que es la que regula el valor efectivo de las monedas, de acuerdo con sus fluctuaciones diarias.

Durante la gran guerra se estableció en Francia la ley de curso forzoso por la que se daba al billete de banco fuerza liberatoria indefinida; este precepto unido al del art. 475, inc. 11 del Código Penal francés, que prohibe excluir en los contratos el pago en billetes de banco por ser esta estipulación contraria a la ley de orden público sobre la moneda, impide a los contratantes recurrir a ella en la solución de sus obligaciones.

Y si se hubiere pactado la entrega de francos oro de determinado peso y ley, qué sucederá? La primera obligación del deudor será entregar la especie convenida, mas si no pudiera obtenerla, podrá libertarse de la obligación pagando en efectivo que la cosa tuviere al tiempo del vencimiento; pagará con la moneda corriente el valor del oro que no puede entregar, al tipo de cambio que tuviere esa mercadería. Eso es lo lógico y usual en los países americanos sujetos a

constantes deméritos de su moneda. Mas esto no ha sucedido en Francia. La jurisprudencia ha sostenido que pagar una cantidad en billetes de curso forzoso mayor que la señalada en la obligación constituye crear dos francos, el uno de oro y el otro de papel, rompiendo así la unidad e identidad monetaria del franco, fijado por la ley monetaria que es de orden público y que no puede modificarse por convención de las partes. La ley de curso forzoso que confiere al billete poder liberatorio indefinido, expresa que cada franco papel vale exactamente un franco oro e impone la obligación de aceptarlo por ese valor. En auxilio de esa tesis viene el art. 1895 del Código Penal Francés que dice: "el deudor debe solamente el número de unidades monetarias fijadas en la obligación, cualquiera que sea el demérito que haya sufrido la moneda contemplada." Este artículo, examinado a la luz de las circunstancias monetarias que le han precedido aparece, según autores franceses, como una disposición de orden público que no es dable variar a los particulares.

LO QUE DICE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha confirmado esta tesis en muchos fallos, como los de Civ. 17 de mayo 1927, D. 1928, 1. 23; París, 22 febrero 1924, D. 1924-1925, 2, 43; Melun, 5 junio 1324, D. 1924. 2. 97; Nimes, 9 enero 1928, D. 1928. 2. 28.

Esta interpretación de los contratos con la cláusula oro ha sentado escuela de este lado del Atlántico en los recientes fallos emitidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos. Con motivo de la crisis económica mundial, los Estados Unidos, como país industrial que es, después de la guerra mundial, se vieron obligados, primero, a impedir la exportación del oro y después a demeritar por ley especial su propia moneda. Lo que es un caso insólito, porque generalmente el demérito de la moneda es una consecuencia de la inflación y ésta a su vez el resultado de finanzas defectuosas del Estado, y el legislador interviene para atajar el demérito y revaluar la moneda. En los Estados Unidos el legislador intervino antes de que la moneda nacional empezase a demeritar y la revaluó en un 60% de su antiguo valor, creando de golpe una situación económica difícil, ya que no se dio tiempo para que se produjera el reajuste necesario en los valores de la riqueza nacional.

EN ESTADOS UNIDOS

El Presidente Franklin D. Roosevelt, al tomar la presidencia de la Unión, en marzo de 1933, hizo uso de las facultades extraordinarias que la ley de 6 de octubre de 1917 había confiado al ejecutivo federal y emitió varios decretos por los que se cerraban los bancos y se ordenaba a la Tesorería de la Federación suspender todo pago en moneda oro. Al reabrirse los bancos, se encontraron con la nueva ley federal de 9 de marzo de 1933 que aprobaba los decretos del Ejecutivo y que declaraba ilícita en los contratos toda estipulación concerniente al pago en moneda de oro de las sumas estipuladas o en cualquiera moneda metálica o medio circulante o su equivalente en billetes de los Estados Unidos; y que toda obligación contraída, antes y después de esta ley, debería solucionarse con la entrega del dólar por dólar, de la moneda que tuviera curso legal al tiempo del vencimiento.

Esta fue seguida de la "Gold Reserve Act" de 1934 (ley monetaria), por la que autorizaba al Ejecutivo a modificar el valor intrínseco oro del dólar hasta en un 40%; en virtud de dicha autorización el Ejecutivo fijó el nuevo dólar oro en 15 5/21 granos de fino de nueve décimos, en lugar de 25 8/10 que tenía anteriormente.

Como la ley no valorizó los contratos por entrega de dinero hechos con anterioridad, o sea que no dio al dólar antiguo, en las obligaciones contraídas antes de la emisión de la nueva ley monetaria un valor determinado, superior al del nuevo dólar pero inferior al viejo, a fin de no causar pérdidas desconsideradas a los contratantes, se planteó la cuestión de saber si esa ley tenía carácter retroactivo, en cuyo caso quedarían afectados los contratos celebrados antes, o si la ley a pesar de sus estipulaciones terminantes, sólo podía afectar contratos futuros para no salirse del marco constitucional que fijaba las facultades del congreso y la prohibición de apropiarse de lo ajeno para un uso público sin la justa indemnización.

Llevado el asunto a los tribunales de justicia, conoció de él, en última instancia, la Corte Suprema de los Estados Unidos, por tratarse de una cuestión federal y mantuvo las resoluciones de los inferiores declarando constitucionales las leyes de 1933 y 1934.

Como la estipulación de pagar en oro de determinada calidad fue insertada legalmente en el contrato que se discute, ya que no existe la ley de 5 de junio de 1933 que prohibe tales estipulaciones y que ordena que toda deuda en dinero contraída con anterioridad deberá solucionarse precisamente entregando la misma cantidad numérica de la moneda que tenga curso legal el día del vencimiento, habrá que examinar —dice la Corte Suprema— los siguientes puntos: 1.—La

facultad del congreso para establecer el régimen monetario que crea apropiado y las protestas que tácitamente de ahí fluyen; 2.—La facultad del congreso para anular las cláusulas en los contratos anteriormente celebrados, cada vez que contraríen el ejercicio de su autoridad constitucional; 3.—Si la estipulación llamada "cláusula oro" que se examina es de aquellas que se oponen a ese ejercicio legítimo del legislador.

Primero. La facultad del congreso federal de emitir la ley monetaria que juzgue la más apropiada para las necesidades del país ha sido ampliamente discutida y sostenida en el juicio Knox v. Lee, 12 Wall, 457 y Juilliard v. Greenman, 110 U. S. 421. El precepto constitucional que faculta al congreso, "acuñar monedas, fijar su valor y el de la moneda extranjera", es suficientemente claro; y esa potestad fue conferida al legislador para poder "realizar las finalidades para las que fue constituído el gobierno... un gobierno central con poderes soberanos." McCulloch v. Maryland, 4 Wheat, 316.404,407. Empero como el valor que el legislador da a su moneda no corresponde a su valor intrínseco, fluye como consecuencia la facultad de poder limitar el dominio que sobre el metal precioso pudieran tener las particulares, y de prohibir su tenencia y su expartación, lo que efectivamente hizo la ley de junio de 1933.

Segundo. En cuanto al otro punto debe decirse que los contratos anteriormente celebrados, por terminantes que sean no pueden oponerse a la autoridad constitucional del congreso. Los contratos, pueden engendrar derechos de propiedad, empero si esos contratos trataseu de materias que están bajo el control absoluto del congreso, sufren de un vicio latente de nacimiento. No es permitido a los particulares sustraerse en sus convenios al poder dominante que la Constitución confiere al congreso. Hudson Water Co. v. McCarter, 209 U. S. 349,357. Esta ha sido siempre la jurisprudencia del Tribunal como puede verse en Louisville y Nashville Railroad Company v. Mottley, 219, U. S. 467, en el que se dijo que el contrato debe contemplarse como sujeto a la posibilidad que el congreso pudiera más tarde hacer uso de sus facultades constitucionales de regular el comercio interestatal y anular o modificar sus efectos, y que sería inconcebible pensar que las facultades del congreso pudieran limitarse por los contratos de particulares; así las leyes contra los monopolios han anulado contratos anteriores. United States v. Southern Pacific Co., U. S. 214.234,325. Así también se resolvió al examinar la constitucionalidad de la Employers Liability Act (ley contra accidentes obreros), de 1908, en que se estableció por el tribunal que el congreso tenía la facultad de imponer obligaciones y la de prohibir cualquier contrato, reglamentación o medida en contra de lo mandado por la ley, ya fuesen presentes, pasados y futuros, pues de otra manera se dejaría en manos de gente previsora el derecho de contrarrestar por actos privados las medidas que tomare el congreso en beneficio de la generalidad. Y haciendo un uso legítimo de sus facultades el congreso emitió la ley de 1933. Lo mismo sucede cuando el congreso emite una ley de quiebra, declara la guerra, hace la paz, decreta embargos sobre bienes de personas enemigas, etc.; todas estas medidas causan perjuicios. Y mientras no se modifique la regla de interpretación que siempre se ha dado por este tribunal a las facultades que fluyen de la ley fundamental, no podrá existir ningún contrato que se oponga a las facultades del congreso manifestadas en una ley. Knox v. Lee 12 Wall 457.

Respecto al último punto, el tribunal opina que las cláusulas en contratos celebrados con anterioridad a las leyes de 1933 y 1934 que prohiben hacer pagos de sumas de dinero en oro o en su equivalente en billetes de curso legal y que exigen que se solucionen las obligaciones pagando la misma suma numérica fijada en los contratos con la moneda que tenga curso legal al tiempo de los vencimientos y que rebaja el valor intrínseco del dólar en un 40%, es una medida que tiene el carácter de ley de policía, o sea de orden público, que no es dable a las partes ignorar. El legislador es el llamado a velar por el bienestar general y las resoluciones que tomare, siempre que no sean caprichosas ni arbitrarias, responden a las necesidades de la comunidad, a las que los particulares tendrán que someterse aun con perjuicio propio, pues de otra manera quedaría en éstos el poder de anular las medidas del congreso, lo que sería absurdo. Las llamadas cláusulas oro de los contratos, son por consiguiente, contrarias a la política económica inaugurada por el congreso en 1933 y 1934, y por lo tanto, nulas. En cuanto al argumento aducido que con la anulación de las cláusulas oro el Estado autoriza indebidamente una expropiación en beneficio privado y sin la justa indemnización, contraria al precepto constitucional, el tribunal estima que ese precepto se refiere únicamente a prohibir las expropiaciones directas cometidas por la Federación y no a las que se produjesen indirectamente en cumplimiento de una ley general. Norman

v. Baltimore y Ohio Railroad Co.; The United States of America Reconstruction Finance Corp. Bankers Trust Co. and William H. Bixby Trustees.

En los juicios entablados por tenedores de Bonos de la Libertad que contienen la estipulación expresa de que capital e intereses se pagarían en monedas de oro del valor y de ley al tiempo de emitirse, el tribunal supremo dijo, que habiendo la Federación emitido esas obligaciones en virtud de una ley, no le era permitido ahora, por otra ley, desvirtuar lo que solemnemente había prometido a los presuntos tenedores y cuya promesa había sido uno de los motivos para inducirlos a tomar esas obligaciones. Hay una diferencia sustancial, agrega, entre la facultad del congreso para alterar por ley general las obligaciones contractuales de los particulares que se opongan a sus mandatos y de pretender repudiar sus mismas obligaciones cuando éstas sean contraídas en virtud de una ley. Sostener que el congreso puede desconocer sus compromisos legítimos, significa que las obligaciones que contraiga la Federación sólo podrán hacerse cumplir mediante su buena voluntad. Esto no es admisible. El congreso no puede invocar la autoridad soberana del pueblo para desconocer esa misma voluntad manifestada en otra ley, ya que las medidas del legislador son de carácter armonioso. Empero, como al tener que pagar con oro viejo sus bonos a los tenedores, éstos tendrían que entregar su oro bueno, inmediatamente, a la tesorería general por estar prohibida su circulación y tenencia, y recibir igual cantidad en billetes demeritados, de conformidad con la ley de 1933, tenemos que la Federación, como gestor ha cumplido con su obligación de entregar oro y que la autoridad legislativa se la ha convertido en igual cantidad de billetes demeritados. El daño alegado no puede existir legalmente, y por lo tanto es imposible calcular el daño causado si lo hubiere; por el contrario, en vista de la ley del congreso que fija una nueva moneda para el pago de las obligaciones y para señalar el precio a las cosas y su obligatoriedad como medio circulante, la pretensión del demandante no constituiría una indemnización por el supuesto daño causado y sí más bien un enriquecimiento sin causa.

Los fallos que discutimos fueron dados por la mayoría de un voto, el del presidente de la corte suprema, Mr. Charles E. Hughes, gran jurisconsulto y político. La minoría emitió un voto razonado impugnando las sentencias aludidas por las causales siguientes: porque las facultades del congreso de emitir billetes y fijar el valor de la moneda metálica no pueden extenderse a autorizar medidas arbitrarias cuyo objeto inmediato y forzoso es la anulación de derechos privados, facultades que esta misma corte en casos anteriores ha dicho que son "para reglamentar y no para destruír", y que además están limitados por la Enmienda V de la constitución; que la facultad del congreso para crear billetes de curso legal en tiempos de paz fluye de la de emprestar dineros y nunca podría extenderse a destruir todos los créditos; que el punto capital que se suscitaba con motivo de las leyes recientes sobre la moneda era saber si estaban destinadas a obtener una finalidad legítima o si por el contrario, so pretexto de inaugurar un sistema nuevo monetario, se pretendía anular contratos privados, repudiar la deuda pública y secuestrar todo el oro del país dando en cambio moneda papel de valor inferior; que los precedentes citados no podían servir de argumento porque esos fallos contemplaban una situación política angustiosa del Estado cuando su propia existencia como nación estaba en juego; que no era admisible la tesis de la mayoría que el Estado pudiera legalmente prohibir al acreedor recibir lo que se había pactado; que en materia de contratos el Estado no puede legislar con el objeto de desligarse de sus compromisos; que la regla que sirve de pauta para examinar la constitucionalidad de las leyes es que su finalidad debe ser justa y dentro del marco de la Constitución, no opuesta, sino de conformidad con la letra y espíritu de la ley fundamental; que no debieran olvidarse los preceptos de Hamilton; "cuando el Estado celebra un contrato con un particular, se desviste en cuanto a esta materia, de su autoridad constitucional y muda su carácter de legislador por el de persona jurídica con los mismos derechos y obligaciones que los particulares. Sus obligaciones quedan excluídas del alcance de sus facultades legislativas, a menos que sea para robustecerlas. Es imposible, en teoría, reconciliar la idea de una promesa que obliga con la facultad de poder dar una ley que la modifique." Obras de Hamilton, págs. 518, 519.

Los fallos aludidos son: Norman v. The Baltimore and Ohio Railroad Co.; United States of America, Reconstruction Finance Corporation, et al. v. Bankers Trust Company and William H. Bixby, Trustees; The United States of America, Reconstruction Finance Corp., et al.; v. Bankers Trust Company and William H. Bixby, Trustees; Eugene Nortz v. The United States; John M. Perry, v. The United States. En ellos la corte suprema de los Estados ha confundi-

de dos situaciones jurídicas: la general e impersonal y la especial e individual. La primera crea simples expectativas que el legislador puede variar según las necesidades de la colectividad y siempre que se persiga una finalidad justa; la segunda origina derechos firmes que nacidos del concurso de dos voluntades son intangibles aun para el legislador, ya que la ley de los contratos es la ley máxima, siempre que no hiera la fundamental y las de orden público.

OPINION DEL PROF. JEZE

"La situación individual, dice Jéze, no puede ser modificada por la ley; el acto jurídico que ha creado esa situación no puede ser anulado, declarado insubsistente o modificado por una ley. Cuando el acto jurídico ha hecho nacer legalmente un crédito individual o una obligación individual, este crédito, esta obligación no pueden ser alterados por el parlamento, sea que éste último proceda como legislador o como autoridad administrativa. Son situaciones jurídicas intangibles. El parlamento no puede variar su contenido; este contenido se fija exclusivamente por el acto jurídico unilateral o contractual que le da vida. Si este acto es un contrato, se dice que es la ley de las partes." Droit Administratif, Ed. 3, pág. 180.

Está fuera de duda que los individuos que contrataron el pago de sumas de dinero en moneda de oro de tal peso y ley, ya sea con particulares, sociedades, corporaciones públicas y la Federación, se han creado un título a su favor y este título no les puede ser arrebatado por una ley posterior, porque él representa derechos patrimoniales que sólo pueden ser expropiados en beneficio de la generalidad y previa indemnización.

El argumento de la corte que en fallos pasados dio la "Employer's Liability Act" de 1908 y en los "Anti-Trust Act", una aplicación con efecto retroactivo que modifica los contratos ya celebrados entre obreros y patronos, y entre diversas sociedades comerciales y que vulneran los principios de esas leyes, no se ajusta a la verdad jurídica. Aparentemente esas leyes afectan derechos adquiridos, mas es lo cierto que sólo han suprimido simples expectativas. Al forzar el patrón a su operario a que suscriba un documento que libera a aquél de la obligación de pagarle daños y perjuicios por accidentes sufridos en el trabajo o los convenios entre compañías para fijar los precios en determinados ramos con el objeto de recibir mayores ganancias, no han adquirido ningún derecho concreto, positivo y actual, sino que, tanto la exención de pago de indemnización al obrero lesionado como las ganancias que pretenden obtener las compañías al crear el monopolio de determinado ramo, son hechos cuya realización depende de un futuro con relación a la fecha en que se celebró el convenio, y esta realización es incierta, ya que puede no ocurrir ningún accidente al obrero y puede no haber ganancias en el monopolio pactado; son, pues, simples expectativas, y como tales, sujetas a ser modificadas por el legislador en beneficio de la comunidad. Las leyes contra accidentes obreros y las que disuelven los monopolios mencionados, suprimieron las expectativas que tenían los beneficiados, y por lo tanto, no son leyes retroactivas, puesto que la definición de éstas es que afectan derechos adquiridos, y estos derechos nunca los tuvieron ni los patronos, ni las compañías.

Es tan débil la tesis de la corte que pretende cohonestar la acción del gobierno de los Estados Unidos, que ha repudiado su deuda pública interna, que el mismo gobierno la ha desconocido al ordenar, por ley, que los depósitos oro que el gobierno filipino tenía en los bancos de los Estados Unidos, como respaldo de sus billetes, antes de la emisión de las leyes de 1933 y 1934, deben acreditarse con un 40% más en las libras de las instituciones como compensación por el demérito que ha sufrido el dólar actual. En otras palabras, el gobierno de las Filipinas continúa con sus depósitos de oro viejo y no le atañen las leyes nuevas sobre la moneda de la Unión.

La jurisprudencia sentada por la corte suprema es obligatoria en todo el territorio de la Unión, y por lo mismo, todos los contratos que tengan que ejecutarse ahí, están sometidos a esa nueva interpretación de la ley, y si algún contrato celebrado en el país o en el extranjero antes de 1934 fuese motivo de discusión judicial tocante al alcance de la cláusula oro ante tribunales extranjeros, difícilmente sería interpretado de la manera como lo ha hecho la corte suprema de la Unión. Los tribunales ingleses han mantenido, en el juicio Feist v. Société Intercommunale Belge d'Electricité (1934), A. C. 161, la intangibilidad por ley posterior, de contratos legalmente celebrados y la Corte Internacional de Justicia de La Haya resolvió lo mismo, en los casos de los empréstitos del Brasil y de Serbia, P. C. I. J. Series A. Nos. 20-21 (1929)

En virtud de esta jurisprudencia internacional y del principio jurídico universalmente reconocido que el contrato es la ley de las partes, tuvo razón la república de Panamá de rechazar el pago anual que le hizo el gobierno de los Estados Unidos, de con-

formidad con el Convenio Canalero, en moneda distinta de la pactada en el tratado, con mayor razón cuanto que por tratarse de dos soberanías, es inadmisible pretender aplicar la interpretación judicial de una de las partes a un pacto internacional, que por su índole escapa a la interpretación de cualquiera de los contratantes. Los tratados se interpretan de común acuerdo por los interesados, o por un árbitro o por la Corte Internacional de Justicia de La Haya, instituída precisamente para resolver estas controversias.

("Seguros y Bancos", Nº 276, de enero de 1937.—Buenos Aires).

COLABORACION JURIDICA

REGIMEN LEGAL DE AGUAS EN COLOMBIA

(Prólogo de Moreno Jaramillo)

Don Andrés Bello no fue traductor ni plagiario del código de Napoleón, y así dijo, en controversia con Miguel María Güemes, que los orígenes de la ley chilena fueron indicados no como antecedentes sino como temas donde podrían estudiarse las distintas materias. También se inspiró en el derecho romano; en las siete partidas con las glosas de Gregorio López; en la novísima recopilación; en el fuero juzgo; en los códigos luisiano, sardo, austriaco, prusiano, siciliano; en la tradición, costumbres y lengua de los pueblos sudamericanos; en su genio de humanista. Si consultó a Delvincourt, Pothier y Merlin, no desdeñó a Savigny ni a Escriche, leyó a Tapia y a Gómez y se solazó con Molina, Matienzo y Goyena. No recibió a pie junto y pecho por tierra cuanto dice el código de Francia. Tuvo ideas propias con suficiente holgura para vestirlas en distinguido traje. Escribió con señorío de sí mismo. No temió irse solo y desacompañado por algunas regiones del derecho civil. Hizo un código que puede apuntarlas con los de mayor fama, y se adelantó en más de medio siglo al pensamiento francés.

Así lo comprendió Valerio Botero Isaza en su admirable tratado sobre régimen legal de aguas, y por eso la autoridad suya debe preferirse, cuando se elucidan problemas de este linaje, a la autoridad de los expositores franceses.

Baste recordar que el art. 892 de nuestro código, sustancia y meollo de toda la doctrina sobre servidumbres naturales, no tiene su equivalente en el código de Napoleón. Tampoco el 1001, que lo refuerza y complementa.

Veamos:

El dueño de una heredad puede hacer, de las aguas que corren naturalmente por ella, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, y abrevar sus animales. Esta doctrina, consagrada por el artículo 892, se funda en que la situación especial de los predios riberiegos, su proximidad a las aguas, constituye título de aprovechamiento. La ley, dice Laurent, consagra el voto de la naturaleza.

El código civil de Colombia ha sido en este punto más amplio que el de Francia. Para demostrarlo basta comparar el artículo 892 colombiano con el 644 francés. El primero reconoce a los propietarios ribereños derecho al uso de todas las aguas que corren naturalmente por sus fundos; el segundo no les reconoce derecho a usar de las navegables o flotables. El nuéstro atiende a las necesidades domésticas, agrícolas, industriales y pastoriles; el de los franceses dispone que las aguas se usen en el riego de los campos, y de modo implícito prohibe se las emplee en beneficio de la industria cuando dividen dos fincas. Mientras el francés dispone que las aguas divisorias se empleen sólo en regar, el colombiano permite puedan ser empleadas en mover un establecimiento industrial.

Considera Botero Isaza que según el art. 892 pueden los propietarios riberanos usar del agua para dar movimiento a sus molinos, aunque tales empresas extralimiten las necesidades de la correspondiente heredad

o sean alimentadas con productos de otra. Sin inmiscuirme en lo atinente a generadoras de energía eléctrica, materia hoy sub judice, cuyo estudio exige un análisis de la ley sobre caídas de agua, yo adhiero con entusiasmo a aquella interpretación generosa, porque pienso cuán estrecho criterio se atribuiría al legislador si, haciendo la exégesis del artículo 892, pudiera decirse que su mente no pasó de fomentar modestas explotaciones en donde sólo fuese molida la caña o majado el maíz de la propia heredad, o en donde, laboreándose frutos de otros plantíos, debiera efectuarse el consumo dentro de las lindes del predio marginal. Muy otro debió ser el pensamiento de un código que, apartándose de la norma francesa, amplió largamente las aplicaciones del agua.

Este criterio, acorde con la vida humanamente llevada en espíritu de tolerancia y buena vecindad, informa muchas de las tésis expuestas por el autor de "Régimen Legal de Aguas en Colombia", jurista docto, osado a veces, listo siempre a defender las normas clásicas. El no niega que nuestro código sea reformable. A menudo lo reconoce. Pero sin cerrar los ojos ante sus fisuras y deficiencias, ve en esa obra un trasunto de la civilización occidental, y si sugiere algunos cambios lo hace dentro de la regla superior que domina toda la inmensa fábrica.

Si en varios puntos me separo de sus conceptos, reconociendo eso sí la superioridad del especialista, comprendo que, hasta donde llegan mis informaciones, no ha tenido el señor Bello en Chile ni en Colombia, un intérprete más especializado dentro del campo de las servidumbres naturales, ni en esa misma zona un expositor más erudito.

Este segundo tomo alarga el primero, lo continúa, pero no lo rectifica. Ambos tienen hondas raíces y denuncian dilatado esfuerzo. En los dos se advierte inquietud de búsqueda y perplejidad de análisis. Mas en uno y otro resulta por fin el pensamiento, decidido y animoso.

Profesor de economía política y de estadística, antiguo industrial y hombre de negocios, Botero Isaza pone sus conocimientos al servicio de los sistemas legales que preconiza, seguro de que siendo el derecho civil eminentemente social, la vida debe irse colocando en sus cuadros. "Más allá del código civil pero por el código civil", es su fuerte divisa, como la de Saleilles, siguiendo a Ihering. No ve en el código un todo que se baste a sí mismo. Complementa su doctrina con las de otras ciencias, invoca el derecho jurisprudencial formado como los aluviones, no olvida las normas administrativas, destaca puntos de vista del consejo de estado y entra en el hondo problema de los derechos adquiridos adaptando el pensamiento de célebres autores. En todas estas investigaciones ofrece, al lado de la teoría, muchos casos prácticos. Sabe él que si las altas disciplinas son el fundamento de nuestra profesión y la luz que alumbra su ejercicio, el contacto con la naturaleza y con los hombres nos lleva a estudiar lo concreto, la realidad de la vida. Es justamente ahí donde se conoce al genuino jurista. Cuando oigo discurrir con suficiencia a algún abogado, moviéndose sin embarazo dentro del código civil, pienso que toda esa sabiduría se viene abajo delante del pleito que relatan los autos, o frente al hombre rudo que, sin sospecharlo, propone a su consejero jurídico los más árduos problemas sobre dominio, posesión o régimen de aguas.

Me enamora este segundo tomo por la suma de información que ofrece. Aquí encuentra el minero conceptos originales sobre uso de aguas en el laboreo de las minas. Conoce el industrial la ley sobre fuerza motriz, con sus antecedentes y decreto reglamentario. La autoridad pública —estado, departamento, municipio— halla preciosos antecedentes sobre caídas, concesiones, etc. Al hombre de leyes se le ofrece la oportunidad de estudiar numerosos fallos de la corte suprema. Puede uno estar en desacuerdo con el autor, contradecir sus opiniones, juzgarlo descaminado; pero tiene que ver en su obra el mayor acopio de datos que se haya formado en Colombia sobre servidumbres naturales. Quien la consulte con ánimo de aprender no sale defraudado. Lo digo sin asomo de lisonja, como acto de justicia, y no por honrar a mi honrador.

Cuando pienso en el servicio que Botero Isaza ha prestado al derecho nacional, pues apenas habrá estudio o pleito sobre aguas en que no se le cite y nombre, veo cuánta razón tenía el prologuista de su primer tomo, José M. González Valencia, al anunciarlo diciendo que constituía un "acontecimiento de grande importancia." El tiempo ha demostrado, por manera clarísima e incontrastable, el acierto con que habló este jurisconsulto, cuya memoria asocio a la de Fernando Vélez, para consagrar a los dos grandes civilistas un recuerdo de profunda admiración.

Miguel Moreno J.

CORTE PLENA

DECRETO ACUSADO No. 685 DEL 14 DE ABRIL DE 1934, SOBRE INSPECCION Y VIGILANCIA DE LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN

El decreto expedido en desarrollo del numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución de 1886 y del ordinal 1o. del artículo 85 de la ley 4a. de 1913, no puede considerarse inconstitucional por falta de atribuciones del gobierno para dictarlo, o por abuso de poder. 2.—El artículo 1o. de ese decreto es exequible entendiéndose en el sentido de que únicamente comprende aquellas entidades que se caracterizan por la destinación de un patrimonio determinado o una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro. 3.—Es inexequible el artículo 3o. del decreto en cuanto da al Ministro de Gobierno el derecho de aprobar o improbar los actos o contratos de valor mayor de dos mil pesos que celebran los representantes de las instituciones y establece este requisito como necesario para la validez de los referidos actos o contratos. Es inexequible también el artículo 6o. porque reforma la legislación civil y viola el artículo 76 (hoy 69) de la Constitución. Es igualmente inexequible la parte final del artículo 21, porque si el Gobierno tiene el derecho de nombrar un auditor para ejercer la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, no lo tiene para imponer a éstas la carga de pagar el empleado. Las demás disposiciones del decreto son exequibles.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, agosto diez de mil novecientos treinta y siete.

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

El doctor Carlos Bravo en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 41 del acto legislativo Nº 3 de 1910 (artículo 149 de la Constitución actual), acusó ante la Corte como inconstitucional el decreto ejecutivo Nº 685 de 4 de abril de 1934, expedido por el Gobierno nacional, y publicado en el número 22,565 del Diario Oficial.

Decidido afirmativamente el incidente de impedimento promovido por el doctor Miguel Arteaga H., Procurador general de la nación, fue nombrado por la Corte, de conformidad con el artículo 168 del Código Judicial, Procurador ad-hoc el doctor Antonio José Montoya, quien emitió su concepto manifestándose adverso a las pretensiones de la demanda, con excepción de lo relativo a la parte de los artículos 3º y 6º del decreto acusado, en donde se determina que la autorización del Gobierno es requisito para la validez de algunos actos o contratos celebrados por las instituciones de utilidad común.

Se procede hoy a decidir del negocio, previas las siguientes consideraciones:

La demanda contiene dos partes: Se refiere la primera a la inconstitucionalidad de todo el decreto, y se funda principalmente en la carencia de facultades del Gobierno para reglamentar las instituciones de utilidad común; la segunda critica en especial varias disposiciones del decreto acusado, aun cuando no se hace una petición concreta sobre la inexequibilidad de ellas.

Aspecto general de la cuestión

El decreto acusado por el doctor Bravo, como ya se dijo, es el número 685 de 1934, del Ministerio de Gobierno, "por el cual se reglamenta la manera como ha de ejercerse el derecho conferido al Presidente de la República por el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución nacional y en desarrollo del numeral 1º del artículo 68 de la ley 4ª de 1931."

El Gobierno al expedir el decreto, hace mérito de la autorización especial contenida en el artículo 1º de la ley 20 de 1933, disposición que reza así: "Autorízase al Poder Ejecutivo para reorganizar el Ministerio de Gobierno y para establecer en él los departamentos que considere necesarios para el mejor funcionamiento de esa dependencia administrativa, y facúltasele igualmente para crear y suprimir empleos, fijar asignaciones y señalar las correspondientes funciones de todo el personal adscrito a dicho ministerio."

El numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 citado en el preámbulo del decreto (19, artículo 115 de la actual), es el siguiente:

"Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

.....

21. Ejercer derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores."

El artículo 68 de la ley 4ª de 1913, trata de las atribuciones del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa. El numeral 1º, mencionado igualmente en el epígrafe del decreto materia de la demanda, dice así:

"Cuidar de la exacta y debida inversión de las rentas de establecimientos públicos de cualquier género, cuya administración esté confiada al Gobierno de la República."

La atribución general del Presidente de la República sobre reglamentación de las leyes, está consignada en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución de 1886 (id., art. 115 de la actual), en estos términos: "Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes."

Concreta el doctor Bravo su acusación contra el decreto número 635 en los siguientes pasajes de la demanda:

"La disposición legal que acabo de transcribir es parte integrante del Código sobre Régimen Político y Municipal; es decir, del cuerpo de leyes que consagra 'la legislación relativa a las facultades constitucionales de los poderes legislativo y ejecutivo', conforme a la declaración fundamental contenida en el artículo 1º de ese código (ley 4ª de 1913), igual a la declaración que hacía en el artículo 1º de la ley 149 de 1888, sustituída por aquélla.

Concretando un poco la cuestión, la misma disposición legal transcrita contiene y expresa la facultad constitucional del Presidente de la República en orden al derecho de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, que contempla el artículo 120 de la Constitución en su ordinal 21. Es decir, el legislador en el ejercicio de sus funciones constitucionales legisló sobre la materia y definió cómo entendía y quería que se cumpliera el precepto constitucional citado.

Y si se detiene la atención en la disposición legal (ordinal 1º, artículo 68, ley 4ª de 1913), se verá que el legislador ordenó que la función de inspección y vigilancia del Presidente de la República se debía ejercer en relación con las rentas de los 'establecimientos públicos de cualquier género, cuya administración esté confiada al Gobierno de la República.'

Así lo entendió también el legislador de 1888 al consagrar una disposición igual en el artículo 71, ordinal 1º de la ley 149 de 1888, ley que quedó abrogada por la citada ley 4ª.

Dentro de tal norma el Presidente de la República podía ejercer la potestad reglamentaria que le confiere el ordinal 3º del mismo artículo 120 de la Constitución, que dice así:

'3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes.'

Esta disposición es de suma importancia, porque viene a consagrar y a afirmar con precisión el principio del derecho constitucional moderno, que define los límites de la potestad reglamentaria y la circunscribe a lo que debe ser, impidiendo que se convierta en poder de legislar, que el legislador no puede delegar.

En efecto, si la potestad reglamentaria comprende la facultad de expedir las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, síguese, por una parte, que el Presidente de la República no puede suplantar al legislador para reglamentar él mismo una disposición constitucional y, por otra, no puede enmendarle la plana al legislador, desde luego que las providencias que dicte en ejercicio de la potestad reglamentaria deben estar encaminadas a la cumplida ejecución de las leyes.

Como dice A. Esmein en su Tratado de Derecho Constitucional (pág. 676), 'la potestad reglamentaria es completamente distinta de la de legislar, y el reglamento no es la ley. La reglamentación hecha en ejecución de la ley le está subordinada; no puede sino desarrollar y completar en los detalles lo que ella ha establecido; no puede abrogarla ni contrariarla, debe respetarla en su letra y en su espíritu.'

Dedúcese rectamente de lo que acabo de exponerse que las órdenes, decretos o resoluciones que dicte el Presidente de la República en ausencia de una ley o para adicionar una ley deficiente, tocante a un precepto constitucional, no corresponde al ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria que le concierne de acuerdo con el ordinal 3º del citado artículo 120 de la Constitución, sino que envuelven simplemente el ejercicio de la potestad legislativa, que según la Constitución misma atañe al Congreso solamente."

Más adelante agrega:

"Dos conclusiones se desprenden muy naturalmente de las consideraciones y transcripciones anteriores, son a saber: 1ª el constituyente no delegó al Poder Ejecutivo la facultad de reglamentar el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución que expedía; 2ª el legislador reglamentó esa disposición en la forma que aparece en el ordinal 1º del artículo 68 del Código Político y Municipal.

Por consiguiente, el Poder Ejecutivo no podía sino ejercer respecto de esta última disposición la facultad reglamentaria que de modo expreso le confiere el ordinal 3º del mismo artículo 120, esto es, para expedir 'las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución' de dicha ley.

Se trata ahora de saber si el Poder Ejecutivo contrajo su intervención en el particular, al dictar el decreto acusado Nº 685, a la cumplida ejecución de la ley o contrarió lo ordenado por ésta, ingiriéndose en asuntos propios del legislador.

Ya el mismo doctor José María Samper, en el comentario transcrito, apuntó la necesidad de que el legislador principiara por determinar claramente la naturaleza de las instituciones llamadas de 'utilidad común', con lo cual manifiestamente se excluye tal función como propia del Presidente de la República.

El epígrafe del decreto acusado: 'por el cual se reglamenta la manera como ha de ejercerse el derecho conferido al Presidente de la República por el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución nacional y en desarrollo del numeral 1º del artículo 68 de la ley 4ª de 1913', demuestra claramente el propósito dominante del Poder Ejecutivo de reglamentar directamente la disposición constitucional contenida en el ordinal 21 del artículo 120 precitado.

Es verdad que al propio tiempo quiso desarrollar el numeral 1º del artículo 68 de la ley 4ª nombrada; pero este último intento lo realizó apartándose sustancialmente de la ley reglamentada, ya en cuanto a las entidades sobre que debía ejercerse la inspección y vigilancia, ya en lo tocante a la índole misma y extensión de la función fiscalizadora.

Y téngase en cuenta como cosa previa que la autorización conferida al Poder Ejecutivo por el artículo 1º de la ley 20 de 1933, de que dijo hacer uso el decreto acusado, no modificaba en nada la cuestión planteada, porque tal disposición sólo faculta al Poder Ejecutivo para reorganizar el Ministerio de Gobierno y para establecer en él los departamentos que se consideren necesarios para el mejor funcionamiento de esa dependencia administrativa, por lo cual en nada modificó dicha ley lo que existía a propósito de la facultad de inspección y vigilancia, consagrada en la Constitución y definida en la ley 4ª de 1913."

Sobre la primera conclusión que saca el demandante de sus alegaciones, se observa lo siguiente:

El artículo 120 de la Constitución de 1886 le da al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, entre otras atribuciones, la señalada en el numeral 3º de que ya se ha hecho mención, o sea, la de ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; también le da ese artículo, como ya se ha visto, la facultad de "ejercer derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores."

No hay que confundir la potestad reglamentaria que tiene el Presidente de la República respecto de las leyes, con la facultad de dictar normas para el ejercicio de los derechos que la Constitución le confiere. Al dictar el Presidente de la República el decreto Nº 685 de 1934, no hizo uso de la potestad reglamentaria de que trata el ordinal 3º del artículo 120 ya citado, sino del derecho consagrado en el numeral 21 del mismo texto, para cuyo ejercicio dictó las normas administrativas que juzgó convenientes.

Es verdad que el decreto acusado contiene un reglamento; pero éste no emana de la facultad general que con respecto a las leyes tiene el Presidente de la República, conforme al numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, sino de un derecho especial de inspección y vigilancia que le confiere la carta fundamental, con relación a las instituciones de utilidad común.

El Gobierno tenía la facultad de dictar el reglamento necesario para el ejercicio del derecho que le confirió el artículo 120, numeral 21, de la Constitución de 1886. La tenía igualmente para reglamentar el ordinal 1º del artículo 68 de la ley 4ª de 1913. Por consiguiente, el decreto expedido en desarrollo de los dos preceptos citados, no puede considerarse inconstitucional por falta de atribuciones del Gobierno para dictarlo, o por abuso de poder, como lo dice el demandante. La reglamentación se hizo creando una sección especial en el Ministerio de Gobierno, de conformidad con la facultad conferida al Poder Ejecutivo por el artículo 1º de la ley 20 de 1933, para establecer en el ministerio referido los departa-

mentos que se consideren necesarios para el mejor funcionamiento de esa dependencia administrativa.

Para estudiar la segunda conclusión a que llega el demandante, o sea, que el legislador reglamentó el numeral 21 del artículo 120 de la carta de 1886 en la forma que aparece en el ordinal 1º del artículo 68 del Código Político y Municipal, conviene precisar lo que se entiende por instituciones de utilidad común. Ni en la Constitución ni en la ley se definen. Pero sobre el particular es muy autorizada la opinión del doctor José María Samper, uno de los autores de la Constitución de 1886, citada por el mismo demandante en su libelo. Es la siguiente:

"F. Por último, el inciso 21 da facultad al Presidente para ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, a fin de que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores. Vaga es esta atribución, a causa de la gran latitud que tienen las palabras 'instituciones de utilidad común.' Pero se comprende desde luego que el inciso no se refiere ni a instituciones de carácter nacional, esto es, creadas y sostenidas por la nación, que forzosamente han de estar bajo la dirección de la autoridad pública, ni a instituciones puramente privadas, que si son de utilidad, no están aplicadas a un servicio verdaderamente público, y son del dominio del derecho civil o de la propiedad particular. Quisieron referirse los constituyentes a ciertas instituciones que, teniendo un origen privado o de corporaciones particulares, por razón de sus fundadores, prestan a la sociedad un servicio que, sin ser oficial y de la nación, es de notoria utilidad pública. De esta naturaleza son muchos colegios, escuelas y otros establecimientos de instrucción, y muchos hospicios, hospitales y otros establecimientos de caridad o beneficencia.

Se comprende que el Presidente de la República no ha de inmiscuírse en la dirección y administración de tales establecimientos, que no dependen del Gobierno; pero que, como en su buen servicio está interesada la sociedad, el jefe de la nación puede ejercer una inspección y vigilancia saludables, en beneficio de aquellos a quienes la institución ha de favorecer con sus auxilios."

Si por instituciones de utilidad común no se entienden las de carácter nacional, respecto de las cuales tiene el Presidente de la República el control que le otorga la Constitución en su calidad de jefe de la administración pública, es claro que la disposición del numeral 1º del artículo 68 del Código Político y Municipal no se refiere a aquellas, como lo pretende el demandante, y no es jurídica, por tanto, la conclusión de que el precepto legal citado reglamenta la facultad dada al Presidente por el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886.

Basta comparar los términos del numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 y del numeral 1º del artículo 68 de la ley 4ª de 1913, para ver que son cosas completamente distintas. El primero le da facultad al presidente para ejercer derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores; y el segundo le da la atribución al presidente de cuidar de la exacta y debida inversión de las rentas de establecimientos públicos de cualquier género, cuya administración esté confiada al Gobierno. La Constitución habla de instituciones de utilidad común, fundadas por personas distintas del Estado, y el Código Político y Municipal se refiere a establecimientos públicos de creación nacional, y por consiguiente, administrados por el Gobierno. Hecha esta distinción no es posible aceptar que el numeral citado del Código Político y Municipal sea la reglamentación del precepto constitucional. Pero si lo fuera, sería para el Gobierno aplicable el último, por ser notable la discrepancia, de conformidad con el artículo 40 del acto legislativo Nº 3 de 1910 (artículo 150 de la Constitución actual).

La anterior disertación está de acuerdo con la doctrina de los expositores de Derecho Administrativo. Para establecer la diferencia que existe entre el establecimiento público y las instituciones de utilidad pública, o utilidad común, Gastón Jéze da una norma en su obra "Principios Generales de Derecho Administrativo":

"Cuando una necesidad de interés general no se satisface por el procedimiento del servicio público y la autoridad pública competente, en las condiciones y formas legales, acepta la colaboración de los particulares con un patrimonio privado especial a este efecto, se dice que existe establecimiento de utilidad pública.

El establecimiento de utilidad pública no debe ser confundido con el establecimiento público.

. . . . . .

El punto capital que marca la diferencia entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública es el de que

aquél es una modalidad del procedimiento del servicio público, mientras que éste es una modalidad del procedimiento del servicio privado.

Pudiera parecer a primera vista que es siempre fácil establecer la distinción, pero no es así.

A veces esta distinción es de una labor muy delicada, no sólo porque en ambos casos (establecimiento público y establecimiento de utilidad pública), existe un patrimonio afecto al servicio, sino porque el establecimiento de utilidad pública en razón del fin de interés general que persigue debe ser objeto de formal reconocimiento por parte de la autoridad pública. Es esta circunstancia lo que le distingue claramente de los otros establecimientos privados. Por consiguiente, se explica perfectamente la vacilación que experimenta el ánimo en presencia de ciertos casos en que parecen darse las dos condiciones del establecimiento público: servicio público y patrimonio propio.

Una nueva causa de confusión estriba en que las leyes y reglamentos toman en consideración la circunstancia de que los establecimientos de utilidad pública que satisfacen intereses sociales son auxiliares de los servicios públicos. En consecuencia, dichas leyes y reglamentos organizan un régimen de control administrativo que da a los establecimientos de utilidad pública una fisonomía parecida a la de los establecimientos públicos y que parece poner de manifiesto la intención del legislador de organizar un establecimiento público."

Los anteriores conceptos fijan de manera clara la diferencia que existe entre las entidades expresadas, y puede llegarse a la conclusión de que en principio los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de una autoridad pública, o creaciones del Estado; en tanto que las instituciones de utilidad pública son creaciones de la iniciativa privada, pero dedicadas al servicio de la comunidad social. Esta distinción facilita en el caso que se estudia determinar con precisión el alcance de las disposiciones comentadas de la Constitución y del Código Político y Municipal.

Por las razones expuestas se llega a la conclusión de que carecen de fundamento los reparos del demandante sobre inconstitucionalidad del decreto acusado por falta de atribuciones del Gobierno para dictarlo.

Disposiciones acusadas de manera especial.

En la demanda se hacen críticas especiales a algunos artículos del decreto Nº 685, las cuales pasan a analizarse por separado, una vez que se han estudiado las objeciones de carácter general formuladas contra el decreto.

Artículo 1º "Instituciones de utilidad común son todas las entidades que tienen por objeto prestar servicios a la comunidad con el concepto de beneficio social y que no persiguen fines simplemente lucrativos."

Acerca de esta disposición se pronuncia el demandante así:

"La comparación de los dos textos citados, el de la ley y el del decreto, da como resultado casi una contraposición, pues al paso que la ley sólo autoriza la inspección y vigilancia sobre los establecimientos públicos cuya administración esté confiada al Gobierno de la República, el decreto ejecutivo abarca toda clase de instituciones de utilidad común, inclusive aquellas cuya administración no atañe al Gobierno, como son todas las de origen privado. No puede darse nada más evidente que esta oposición entre el decreto y la ley."

Se observa:

La oposición entre el decreto y la ley no es cuestión que por sí sola pudiera originar una declaración de inexequibilidad, porque la Corte no puede confrontar los motivos de ilegalidad de los decretos que se acusen ante ella. Pero en relación con el artículo que se estudia es preciso fijar la interpretación de la Corte acerca de la definición allí contenida.

Las personas morales de derecho privado se dividen, según la clasificación que de ellas hacen los más modernos y autorizados expositores, en tres clases:

a) Sociedades, que son las que se caracterizan por la finalidad de lucro;

b) Entidades caracterizadas por la pluralidad de personas que reúnen sus esfuerzos y actividades para una finalidad no lucrativa, sino de orden espiritual o intelectual o deportivo o recreativo; y

c) Las entidades que se caracterizan por la destinación de un patrimonio determinado a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro.

Estima la Corte que el texto del numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 sólo se refiere a estas últimas; pero como el artículo 1º del decreto Nº 685, por la vaguedad con que está concebido, puede dar lugar a que entidades con otros fines se consideren comprendidas también dentro de la definición que él trae, es necesario establecer que se le declara exequible entendiéndose en el sentido de que únicamente comprende aquellas entidades especificadas en

el punto c) de la enumeración que acaba de hacerse.

Hay una consideración que sirve para fijar el alcance de la definición. Y es la de que, interpretada con la extensión y generalidad que aparenta, llevaría a aplicaciones injurídicas, como pasa a verse. En el artículo 1º se predican dos calidades o atributos de aquello a que el decreto se refiere: servicios que se presten en beneficio social, y fines no simplemente lucrativos.

Esos dos atributos o calidades, son predicados propios de la clase de instituciones a que se refiere el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886, pero también son comunes a entidades que están evidentemente fuera de la letra y del espíritu del decreto. Así, la nación, los departamentos, los municipios, la Iglesia católica, las iglesias en particular y parroquias, las asociaciones y congregaciones religiosas cuyo funcionamiento esté autorizado por el respectivo legítimo prelado, tienen los mencionados caracteres: buscan el beneficio social y no persiguen un fin simplemente lucrativo. Sin embargo, no podría pensarse que por esa circunstancia de tener un predicado común a las instituciones a que se refiere el decreto, estén incluídas en él y sujetas a sus requisitos. Las tres primeras son personas jurídicas de derecho público; las últimas, gozan de una personería jurídica de acuerdo con leyes anteriores y posteriores al Concordato, y por virtud de éste mismo.

Además, siendo uno de los fines del acto acusado el de determinar al Gobierno, tras un proceso de información, a conferir o negar la personería jurídica, es claro que el decreto no puede referirse a aquellas instituciones que hayan recibido o reciban en adelante la personería jurídica en virtud de la ley. En ese caso está, por ejemplo, el Colegio de Nuestra Señora del Rosario, en cuanto la ley, respetando los estatutos de tal institución, reconoció su autonomía como un hecho cumplido. Claro está que el ejecutivo nacional inspecciona y vigila la marcha de dicho colegio, pero ello obedece a una voluntad de sus estatutos, y además a facultades del Gobierno, también constitucionales, dentro del ramo de la instrucción pública, es decir, por atribuciones de distinto orden; y, finalmente, porque el colegio recibe auxilios del tesoro público.

Así como las entidades de derecho público y las eclesiásticas, a pesar de poderse predicar de ellas que persiguen el beneficio social sin un fin lucrativo, no están cobijadas por el decreto, sucede que tampoco lo están aquellas entidades de quienes no se puede predicar ni una ni otra de aquellas condiciones. Así, las compañías mineras, las sociedades de derecho civil y las del comercial, regulares o de hecho, por perseguir el lucro, evidentemente quedan excluídas.

Artículo 3º "El derecho de inspección y vigilancia consiste en la facultad de examinar libros, cuentas y demás documentos de las instituciones y aprobar o improbar los actos o contratos de valor mayor de dos mil pesos que celebren sus representantes sobre la aplicación de rentas, inversión de capitales o destinación de bienes, para que tales actos o contratos se acomoden al fin perseguido por la institución, según sus estatutos. En consecuencia este requisito será necesario para la validez de los referidos actos o contratos."

Sobre esta disposición dice el demandante:

"El artículo 3º del decreto acusado, que define como derecho la función de inspeccionar y vigilar, es excesivo y encierra un abuso de poder, por cuanto al tomarse la facultad de aprobar o improbar los actos o contratos de valor mayor de dos mil pesos que celebren los representantes de las entidades respectivas se arroga la gestión misma, arrebatando a tales entidades la facultad de resolver o de obrar, la de determinar la conveniencia o inconveniencia de determinada operación, acto o contrato, aun cuando esté en un todo de acuerdo con las leyes, so capa de una tutela que las leyes mismas no han establecido con esa extensión."

La Corte observa:

El Presidente de la República tiene atribuciones en relación con el poder legislativo (órgano legislativo), que están detalladas en el artículo 118 de la Constitución de 1886 (artículo 113 de la actual); las tiene también en relación con el poder judicial (órgano judicial), que son las que enumera el artículo 119 ibídem (art. 114 de la nueva Constitución); y, por último, le corresponden también como suprema autoridad administrativa, que son las que enumera el artículo 120 (hoy artículo 115). Entre éstas está la de inspección y vigilancia de instituciones de utilidad común; de manera que la facultad que al Presidente de la República le corresponde en este particular es de índole simplemente administrativa, y es obvio que esa facultad no puede comprender la de reformar las leyes preexistentes que es el único y exclusivo resorte del Congreso, con arreglo al artículo 78 de la Constitución de 1886 (artículo 69 de la actual).

El citado artículo 3º del decreto se refiere a la capacidad civil de las personas y a la nulidad de los actos y contratos, cuestiones que son materia del Código Civil y que según el artículo 50 de la Constitución de 1886 (artículos 12 y 45 de la actual) sólo pueden ser reglamentadas por la ley.

Por estas razones la Corte llega a la conclusión de que se debe declarar inexequible el artículo 3º del acto acusado, en cuanto da al Ministro de Gobierno el derecho de aprobar o improbar los actos o contratos de valor mayor de dos mil pesos que celebren los representantes de las instituciones y establece este requisito como necesario para la validez de los referidos actos o contratos.

Respecto de la primera parte de este artículo 3º, se observa que sólo puede referirse a los libros, cuentas y demás documentos que se relacionen con la conservación y aplicación de las rentas de las instituciones y con el cumplimiento de la voluntad de los fundadores, pero no al examen de documentos de carácter privado y ajenos a los fines expresados.

Artículo 6º "Cuando por disposición del fundador o fundadores de una institución de utilidad común, o por necesidad o utilidad para la misma, hubieren de enajenarse bienes raíces de cualquier precio o muebles de valor mayor de dos mil pesos que le pertenezcan, será necesaria la aprobación del Ministro de Gobierno, previa la calificación de los motivos de utilidad o necesidad. Este requisito será necesario para la validez de las referidas enajenaciones."

El demandante hace la crítica de la disposición copiada, en estos términos:

"A poco que se ahonde en la disposición del artículo 6º, que examinamos, y se la compare con antiguos preceptos legislativos en materia civil abrogados tiempos hace, se verá que aquella disposición es una reviviscencia de ideas aberrantes contrarias a la libertad civil, implantadas en épocas pretéritas, que el progreso de los tiempos y de las instituciones, la tolerancia y un mejor entendimiento de las cosas habían relegado como bagaje inútil y perjudicial.

¿Quién no ve que el artículo 6º del decreto acusado es en su esencia una reproducción de la regla primera (1ª) del artículo 645 del Código Civil, artículo que fue expresamente derogado por el 45 de la ley 57 de 1887 y reemplazado por el 27 de la propia ley, hoy en vigor?

Y si esto es así, como lo es, no se comprende que el Poder Ejecutivo restablezca disposiciones de la ley civil sustantiva derogadas, sin que el Congreso las hubiera restablecido y sobre todo pasando por encima del sistema legal que abolió tales disposiciones e implantó un régimen distinto. Resalta aquí, y en esto de manera muy clara y precisa, que el Poder Ejecutivo asumió funciones de legislador y abusó de su autoridad ingiriéndose en asuntos de la competencia privativa de las cámaras, violando así el ordinal 2º del artículo 80 de la Constitución."

También contiene este artículo una norma jurídica respecto de la cual el Gobierno invade las atribuciones del Congreso, por cuanto reforma la legislación civil, y por tanto, viola el artículo 76 (hoy 69) de la Constitución. La Corte acoge las siguientes observaciones que hace sobre la disposición acusada el señor Procurador doctor Montoya:

"Las corporaciones, fundaciones y, en general, las personas jurídicas, pueden adquirir bienes de todas clases, a cualquier título, con el carácter de enajenables. Constitución, artículo 37, y ley 57 de 1887, artículo 27.

Y conforme al Código Civil los actos o contratos son nulos cuando les falta alguno de los requisitos que la ley prescribe.

Así las cosas, es mi parecer, que la sanción de la invalidez debe ser establecida por ley, que en el decreto reglamentario no puede irse hasta establecer la nulidad de los contratos sobre bienes raíces de las instituciones de utilidad común."

Sobre este artículo son pertinentes las mismas observaciones que se hacen respecto del artículo 3º. Por tanto, se llega a la conclusión de que es inconstitucional y así debe declararse.

Artículos 7º y 8º

Artículo 7º "Para organizar una institución de utilidad común se requiere la autorización del Ministro de Gobierno, quien la dará previo el estudio de los estatutos y demás documentos enumerados en los apartes a), b) y c) del artículo 10, los que deben ser presentados junto con la solicitud que se eleve al ministerio para la obtención de la autorización.

En la misma resolución en que se autorice la fundación de la institución se la reconocerá como persona jurídica.

La solicitud tendrá la tramitación establecida por el decreto Nº 1326 de 1922 para las peticiones de personería jurídica."

Artículo 8º "En los casos de los artículos 22, 23 y 24 de este decreto, el ministro procederá en la forma indicada en el artículo anterior si se tratare de la fundación de una institución."

Sobre estos artículos dice el demandante lo siguiente:

"Estas objeciones son especialmente apli-

cables a varias otras disposiciones del decreto acusado, en que el Poder Ejecutivo entró de lleno a legislar sobre materias del derecho civil reglamentadas en el título 36 del código respectivo, violando, contrariando o alterando algunos preceptos de éste, como sucede con los artículos 7º y 8º del decreto, que al imponer la autorización previa del Ministro de Gobierno para organizar una institución de utilidad común, va más allá de lo que requiere el artículo 636 del C. C., que se limita a exigir que los estatutos de las corporaciones o fundaciones se sometan a la aprobación del Poder Ejecutivo. Con la necesidad de la autorización previa para la mera organización se establece un requisito más, alterando y contrariando tal disposición del Código Civil, que consagra el régimen de la libertad en ese particular y la doctrina que se desprende del artículo 634 del C. C. mismo, según la cual basta la autorización de la ley para la organización legítima de la corporación."

La Corte observa:

El artículo 7º establece las condiciones para organizar una institución de utilidad común, entre las cuales figura la autorización del Ministerio de Gobierno. Se señala la tramitación establecida por el decreto Nº 1326 de 1922 para las peticiones de personería jurídica y ésta se reconoce en la misma resolución en que se autorice la fundación de la institución.

Las citas hechas por el artículo 8º del decreto son: El artículo 22 habla de los casos en que se hagan asignaciones testamentarias para fundar instituciones de utilidad común o para las ya existentes. El 23, se refiere a los instrumentos públicos que traten de instituciones de utilidad común, de los cuales deben enviar copia al Ministerio de Gobierno los notarios y registradores para llevar el control. El artículo 24 menciona la obligación del departamento de justicia del Ministerio de Gobierno de pasar al de instituciones de utilidad común una relación de los testamentos que contengan cláusulas sobre asignaciones para instituciones de esta clase.

Los artículos 7º y 8º del decreto contienen, pues, normas de carácter administrativo necesarias para ejercer el derecho del Gobierno de inspeccionar y vigilar las instituciones de utilidad común. Tales disposiciones se conforman con el espíritu del artículo 120, numeral 21, de la Constitución de 1886 (19, artículo 115 de la actual), y con los preceptos del Código Civil, y no adolecen por tanto— de los vicios de inconstitucionalidad que alega el demandante.

Pero la autorización ejecutiva que resulta de los artículos 7º y 8º, debe entenderse en armonía con los artículos 19 de la Constitución de 1886 (44 de la actual) y 636 del Código Civil y sus concordantes de una y otra obra, teniendo en cuenta que en Colombia existe el derecho de libre asociación para fines legítimos, y que lo que el Poder Ejecutivo concede en vista de los reglamentos o estatutos de las asociaciones o fundaciones, no es la autorización en el sentido de facultad, sino en el sentido de aprobación, la cual concederá si por ellas se le solicita y si en los reglamentos o estatutos no halla nada contrario al orden público, a las leyes o a las buenas costumbres.

Artículos 12, 14 y 15

Sobre estas disposiciones se expresa así el demandante:

"Asimismo, las disposiciones de los artículos 12, 14 y 15 contienen preceptos legislativos que el Poder Ejecutivo no podía dictar, tanto porque encierran reformas a la ley civil sustantiva, que requerían la iniciativa e intervención de las cámaras, según el artículo 80 de la Constitución, y se salían de la potestad reglamentaria, cuanto porque tales reformas cercenan indebidamente las facultades directivas o la gestión misma de las corporaciones o entidades absorbidas así por la de inspección y vigilancia."

Los artículos acusados dicen así:

Artículo 12. "Todo representante de una institución de utilidad común deberá enviar al Ministerio de Gobierno dentro del término de tres meses contados desde la vigencia de este decreto, los datos especificados en los artículos 9 y 10. También deberá comunicar inmediatamente todo cambio que se haga en el personal directivo de la respectiva institución."

Artículo 14. "El superintendente de instituciones de utilidad común dictará las reglas generales que deben seguir las instituciones en su contabilidad, teniendo ellas la correspondiente libertad en sus métodos accesorios, siempre que estén dentro de dichas reglas generales y permitan apreciar fácilmente su verdadera situación y la naturaleza de las operaciones efectuadas por las instituciones.

Para dictar las reglas a que hace relación este artículo el superintendente puede ponerse de acuerdo con la Contraloría general de la nación."

Artículo 15. "Corresponde también al departamento de instituciones de utilidad común del Ministerio de Gobierno establecer las reglas relativas a la constitución de cauciones para asegurar el manejo de los representantes de las instituciones, estudiarlas y aceptar tales cauciones y custodiarlas

bajo la responsabilidad del superintendente de dicho departamento."

Tampoco se oponen estos artículos a ningún precepto constitucional, y las medidas fijadas por tales disposiciones se refieren al control necesario para ejercitar la facultad de inspección y vigilancia que tiene el Gobierno, para que las rentas se conserven y sean debidamente aplicadas. La vigilancia sobre la aplicación de las rentas no podía ejercerla el Gobierno sin dictar medidas sobre contabilidad y reglas relativas a las cauciones de los administradores. Contienen las disposiciones demandadas normas de carácter administrativo que están, como se ha visto, dentro de las atribuciones otorgadas al Gobierno por la Constitución."

Artículos 18, 19, 20 y 21

Con relación a estos artículos dice lo siguiente el libelo:

"Iguales o semejantes objeciones merecen las disposiciones del decreto cusado, 18, 19, 20 y 21, que encierran reformas sustantivas a la legislación civil vigente, establecen aun jurisdicciones especiales para un empleado meramente administrativo y se ingieren en la dirección misma de las corporaciones o fundaciones, contra las leyes que las autorizan. La parte final de la última disposición citada crea un empleado costeado por las corporaciones respectivas, imponiéndoles así un gravamen con que el Poder Ejecutivo no podía gravarlas sin abusar de sus funciones constitucionales y sobrepasando en todo caso la potestad reglamentaria que la Constitución le dio únicamente para la cumplida ejecución de las leyes."

Los artículos acusados son los siguientes:

Artículo 18. "El superintendente de instituciones de utilidad común deberá visitar y examinar, personalmente o por medio de sus delegados, siempre que lo estime conveniente, y sin previo aviso al establecimiento que haya de visitar, las instituciones de utilidad común.

En cada uno de dichos exámenes investigará la situación y recursos de la institución; la manera como se han dirigido y manejado sus asuntos; la conducta de sus directores; la inversión de sus fondos; la seguridad y prudencia de su manejo; si las prescripciones de las leyes, decretos, estatutos y reglamentos de las instituciones se han cumplido en la ejecución de sus actos y las demás cuestiones que el superintendente disponga averiguar. Este tendrá la facultad de hacer revisiones generales o especiales, cuando a su juicio lo requiera el interés público.

El superintendente y sus delegados tendrán la facultad de interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen y revisión de una institución de utilidad común y para exigir la comparecencia de cualquier persona para la revisión expresada.

De la visita que efectúe el superintendente o sus delegados se levantará un acta detallada, la cual será agregada al expediente de control de que trata el artículo 10."

Artículo 19. "Si del resultado de la visita se llega al convencimiento de que alguna institución ha violado sus estatutos o reglamentos, alguna ley o decreto, o ha efectuado actos distintos de aquellos para los cuales fue creada, el superintendente debe dirigirse a los representantes de tal institución para que den explicaciones justificativas de tales prácticas y puede en seguida expedir una orden en que exija la suspensión de tales actuaciones, así como conminar con multas o imponerlas dentro de los límites establecidos en el artículo 68, numeral 16, del Código Político y Municipal."

Artículo 20. "Si del resultado de la visita se llegare al convencimiento de que se han cometido hechos delictuosos o que es necesario intentar acciones civiles contra los representantes de las instituciones, se pasará copia del acta respectiva al Procurador general de la nación, a fin de que él instaure u ordene instaurar las acciones o procedimientos a que haya lugar."

Artículo 21. "Cuando la cuantía de los bienes de una institución de utilidad común y la importancia de sus negocios lo requiera, a juicio del Ministro de Gobierno, podrá éste ejercer las facultades de vigilancia que sobre ella le confiere el presente decreto, por medio de un auditor especial nombrado por el ministro. Este auditor será pagado por la respectiva institución."

Los artículos 18, 19 y 20, no contienen disposiciones que violen la Constitución. Hablan de la manera como el Ministerio de Gobierno puede ejercer la facultad de inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común y de las medidas que se deben tomar para corregir las irregularidades que se observen, entre las cuales está la de dar cuenta al Procurador general de la nación, cuando se llegue al convencimiento de que se han cometido actos delictuosos o haya necesidad de iniciar alguna acción civil. La suspensión de que trata el artículo 19 se entiende que se refiere solamente a las actuaciones violatorias de los estatutos, reglamentos, leyes o decretos, o que se aparten de los fines para que fue creada la institución.

Pero respecto del artículo 21 sí cabe observar que la parte final es contraria a la Constitución, porque si el Gobierno tiene el derecho de nombrar un auditor para ejercer la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, no lo tiene para imponer a éstas la carga de pagar el empleado. Esto implica una contribución que en tiempo de paz sólo pueden imponer el congreso, las asambleas y los concejos, conforme al artículo 6º del acto legislativo Nº 3 de 1910 (artículo 29 de la Constitución actual). En consecuencia el artículo 21 debe declararse inexequible, en la parte que afecta los preceptos ya mencionados de la Constitución.

Conclusiones

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de las funciones constitucionales que le señala el artículo 149 de la carta fundamental de la república y previa audiencia del Procurador general de la nación,

Resuelve:

1º Es exequible el artículo 1º del decreto Nº 685 de 1934, "por el cual se reglamenta la manera como ha de ejercerse el derecho conferido al Presidente de la República por el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución nacional y en desarrollo del numeral 1º del artículo 68 de la ley 4ª de 1913", dentro del concepto de que por instituciones de utilidad común se entienden las entidades que se caracterizan por la destinación de un patrimonio determinado a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro.

2º Son inexequibles las siguientes disposiciones del decreto mencionado:

El artículo 3º, en cuanto da al Ministro de Gobierno el derecho de aprobar o improbar los actos o contratos de valor mayor de dos mil pesos que celebren los representantes de las instituciones y establece este requisito como necesario para la validez de los referidos actos o contratos.

El artículo 6º; y

El artículo 21, en cuanto establece que el auditor especial nombrado por el Ministro de Gobierno debe ser pagado por la respectiva institución.

3º No son inexequibles las demás disposiciones acusadas del decreto Nº 685 de 4 de abril de 1934.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta al Ministerio de Gobierno, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Liborio Escallón, Aníbal Cardoso Gaitán, Germán Fernández, Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Pedro Alejo Rodríguez, Eleuterio Serna R., Arturo Tejas Pinojeta. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO

de los magistrados doctores Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, Juan Francisco Mújica y Pedro Alejo Rodríguez.

Con el debido respeto por las opiniones de los señores magistrados de mayoría, salvamos nuestro voto así:

En nuestro sentir, el decreto Nº 685 de 1934 se acomoda íntegramente a las normas constitucionales, y, por tanto, no estimamos acertada la declaratoria de inexequibilidad que hace la mayoría de la Corte en relación con los artículos 3º, 6º y 21 de ese estatuto.

Respecto del artículo 6º, donde se establece que tratándose de las instituciones de utilidad común, en los contratos de enajenación de bienes raíces de cualquier precio o muebles cuyo valor exceda de dos mil pesos se requiere la aprobación del Ministerio de Gobierno como requisito indispensable para su validez, y en cuanto a aquella parte del artículo 3º, conforme a la cual esa misma formalidad es indispensable para la validez de los contratos por más de dos mil pesos que celebren los representantes de tales entidades sobre aplicación de rentas, inversión de capitales o destinación de bienes, la mayoría de la Corte halla justificado el reparo de inconstitucionalidad que formula el acusador; porque a juicio de ella es sólo el órgano legislativo a quien corresponde preceptuar acerca de la capacidad de las personas y fijar requisitos para la validez de los contratos.

Para nosotros el argumento no es válido, pues sin que se nos oculte que en realidad, según principios generales de la carta, la

determinación relativa a cuestiones de dicha índole, en punto a personas y contratos en general, compete al legislador, y que aun él podría hacerlo para las instituciones de utilidad común en desarrollo de esas normas constitucionales, sin menoscabar, desde luego, las facultades especiales allí conferidas también al Presidente de la República, lo que ocurre con varias leyes que se limitan a reproducir lo prescrito en la Constitución sobre atribuciones de otros órganos del Estado, pensamos que ello no es óbice para que en el decreto Nº 685 de 1934 (artículos 3º y 6º), el Ejecutivo ejercitara lícitamente y con asidero directo en el numeral 21, artículo 120 de la Constitución de 1886, su privativo derecho de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, en el sentido de fijar como requisito indispensable para la validez de los contratos de estas instituciones, la aprobación del Ministerio de Gobierno.

Si se estuviese en presencia de un mandato ejecutivo de carácter general, en donde se estableciera condiciones necesarias para la validez de los contratos de personas de toda clase, no aventuraríamos nosotros objeción alguna a las tesis de la mayoría de la Corte; pero la cuestión cambia de faz apreciada ante las instituciones de utilidad común, personas jurídicas de por sí incapaces según el Código Civil, y sobre las cuales el Gobierno tiene aquel derecho de vigilancia que tan claramente le otorga la propia Constitución.

¿Y qué mejor control —quizá el único eficaz— a fin de hacer efectiva la destinación estrictamente social de esos patrimonios expósitos, que el visto bueno del Presidente de la República en los contratos de cierta magnitud que los representantes de aquellas instituciones intenten celebrar?

Carecería de importancia el precepto constitucional, si el presidente no pudiera señalar las normas para ponerlo en acción. La carta confirió un derecho al jefe del Estado, y consecuentemente le dio una atribución: la de emplear los medios para realizar ese derecho y cumplir esa facultad y ese mandato.

Y en relación con el ejercicio directo por parte del Presidente de la República de las atribuciones privativas que le otorga la Constitución, vale la pena de citar, entre otros, estos antecedentes:

El señor Caro —el más autorizado vocero de la Constitución de 1886— a la página 13 de su *mensaje* presidencial al Congreso de 1894, hablando de los decretos ejecutivos dictados en desarrollo del artículo K, transitorio, de la carta, dijo lo siguiente:

"Prescindiendo, por tanto, del ascendereado artículo K y de todo lo transitorio, que el Gobierno considera caducado o abrogado, queda en pie la disposición constitucional permanente; y como toda disposición constitucional es ley y ley primordial, y como no se ha votado ninguna reforma de la Constitución que arrebate al Gobierno la facultad de reglamentar las leyes, se sigue que el Gobierno tiene la facultad, el deber, de reglamentar las disposiciones constitucionales no desarrolladas por ley, porque la reglamentación no reconoce otro fin que el de dar cumplimiento a la ley formulada en términos ineficaces por su generalidad, y sería bien extraño que las leyes comunes hubiesen de ser reglamentadas, y las leyes fundamentales hubiesen de quedar sin cumplimiento por no estar sujetas a reglamentación ejecutiva."

La Corte, en providencia de 13 de noviembre de 1928, al decidir acerca de la acusación formulada contra el decreto Nº 707 de 1927, por el cual se dictaron reglamentos de policía nacional sobre orden público, reuniones públicas y posesión de armas y municiones, consignó conceptos como los que pasan a copiarse:

"Por este acto, un ciudadano ha ocurrido ante la Corte en demanda de la declaración de inexequibilidad del decreto 707, por estimarlo expedido por el Presidente de la República, no solamente sin atribución constitucional, sino arrogándose facultades propias del Congreso, que no le estaban delegadas. Esta es la acusación principal de la cual se desprenden otros cargos consecuentes.

La Corte considera:

Se deja dicho que el decreto tiene base en una atribución constitucional expresa del Presidente de la República.

Son postulados de Derecho Constitucional, generalmente reconocidos hoy y respaldados por altas autoridades, los siguientes:

1º Todos los poderes del Estado que tienen atribuciones constitucionales para ejercer una función, o la obligación de ponerla por obra, tienen también, de acuerdo con los dictados de la razón, la facultad de escoger los medios necesarios y adecuados a esos fines, siempre que no estén prohibidos y sean coherentes con la letra y el espíritu de la disposición constitucional a que acceden.

2º En consecuencia, una facultad se considera implícita en la Constitución siempre que sea necesaria para dar efecto a una atribución conferida expresamente por ella misma.

3º Todo aquello que se halla implícito en la Constitución forma parte de ésta, de la

misma manera que sus disposiciones expresas.

4ª Puede afirmarse, por tanto, que no existe en la Constitución atribución alguna de facultades que no entrañe y lleve consigo en su aplicación otras que, si bien tácitas, son vitales para las primeras y necesarias a su ejercicio.

Esta teoría, conocida en Derecho Constitucional moderno con la denominación de 'facultades incidentales o implícitas' de los poderes nacionales, no es sino la aplicación del principio de derecho natural de que quien debe realizar un fin lícito tiene derecho a emplear cuantos medios legítimos sean necesarios.

La teoría se transformó en cuerpo de doctrina constitucional en los Estados Unidos hace más de cien años, sustentada con firmeza por copiosas sentencias de la Suprema Corte Federal, intérprete soberano de la Constitución de aquella república, la cual, como se sabe, ha sido fuente y norma de las constituciones colombianas.

Los orígenes históricos de esta jurisprudencia o estatuto judicial, que tal puede llamarse en razón de los efectos generales y obligatorios que para autoridades e individuos tienen las disposiciones de aquel supremo tribunal en asuntos constitucionales, demuestran la importancia de la doctrina y la necesidad de su aplicación en los Estados de régimen constitucional." (Gaceta Judicial, tomo XXXVI, pág. 198).

Finalmente, consideramos los suscritos magistrados, que estas opiniones nuestras cobran aún mayor fuerza ante la nueva carta fundamental de la república, una de cuyas disposiciones, el artículo 33, reza como sigue: "El destino de las donaciones intervivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador. El Gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones."

Las facultades que al Presidente de la República confería el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 y que en idéntica forma reproduce el artículo 115, numeral 19, de la Constitución actual, se vigorizan más ahora si se tiene en cuenta el espíritu que anima la reforma de 1936, en cuanto a la mayor intervención del Estado en la vigilancia y fiscalización de las donaciones destinadas a fines de interés social.

Por análogas razones, creemos que de ningún vicio de inconstitucionalidad adolece la parte final del artículo 21 del decreto Nº 685 de 1934. La obligación de pagar un auditor especial cuando el volumen de negocios de determinada entidad lo permita, no constituye, a nuestro juicio, privación de la propiedad, ni contribución especial: es una medida de control perfectamente aceptable dentro de las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo respecto de las instituciones de utilidad común.

Bogotá, agosto 10 de 1937.

Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, Juan Francisco Mújica, Pedro Alejo Rodríguez.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE RESOLUCION DE UN CONTRATO CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.—CONTRATOS PARCIARIOS.

1.—El caso de autos contempla el negocio jurídico conocido con el nombre de parciario. En estos contratos parciarios, una de las partes contrae determinada obligación a cambio de una participación en las ganancias que obtenga la otra. El inciso 2o. del artículo 2041 del C. C. regula una de las especies de negocios parciarios. En ellos no hay un contrato de sociedad. 2.—El artículo 12 de la ley 10 de 1934 reconoce para los empleados el contrato parciario, usual en el tráfico y permitido por la doctrina.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito.

Gastón Klugé demandó, ante el juzgado del circuito de Marinilla, a Eugenio Vasseur.

Suplicó el actor la resolución, por incumplimiento del demandado, del contrato que, el 1° de abril de 1924, celebró con éste y además el pago de los perjuicios consiguientes al incumplimiento, estimados en diez mil pesos ($ 10,000), o en los que se establezcan durante el juicio, por medio de peritos.

Subsidiariamente, y para el caso de que el juzgador interpretara el contrato como una sociedad civil o comercial, "o que habiendo sido intención de las partes formar una sociedad solemne que no pueda subsistir en el evento del art. 2083 del C. C.", pidió el demandante se decretara la liquidación de la sociedad, el pago de los perjuicios anteriormente valorados, si esta liquidación no puede efectuarse por falta de cuentas; y el pago del aporte del actor, consistente en su trabajo durante tres años, a razón de cien pesos ($ 100) mensuales, junto con el veinte por ciento (20 por 100), de las utilidades del negocio.

En subsidio de las anteriores súplicas, se pidió por Klugé la terminación del contrato, por incumplimiento del demandado, y la condena al pago de los perjuicios correspondientes.

Por último, subsidiariamente a las demás solicitudes, pretendió el actor se condenara a Vasseur a rendirle cuentas, debidamente comprobadas, del negocio durante el tiempo de la vigencia del contrato.

Los hechos relatados en el libelo se resumen así, según consta en el documento que las partes firmaron el 27 de junio de 1926, por los servicios que Klugé prestara a Vesseur en la explotación agrícola de la finca de éste, denominada "Puerto Rico": el demandado se obligó a pagar a aquél el 20% de las utilidades del fundo, las cuales serían avaluadas cada año, de acuerdo con la liquidación que se efectuaría el 1° de abril; a buena cuenta de estas utilidades, Vasseur debía dar a Klugé cien pesos ($ 100) mensuales, para gastos personales y para atender a la administración del fundo denominado "La Alicia", en el paraje de Vallejuelo, que éste compró a aquél. Si el monto de las utilidades no alcanzara a la suma de mil doscientos pesos ($ 1,200) anuales, la diferencia sería reembolsada por Klugé a Vasseur dentro de los cinco años siguientes, con intereses a la tasa del seis por ciento (6%) anual. La duración del contrato se pactó por cinco años, a partir del 1° de abril de 1924.

La prestación del actor se estipuló en estos términos: "Gastón Klugé, empleado en la finca, se compromete a dar su tiempo y su actividad al buen progreso de la finca de Puerto Rico."

Si Vasseur vendía la hacienda antes de 1927, debía dar a Klugé el diez por ciento (10%) del precio y si con posterioridad a ese año, el cinco por ciento (5%).

Klugé trabajó en la hacienda desde abril de 1924 hasta el 1° de abril de 1927. De esta fecha en adelante Vasseur se negó a continuar el cumplimiento del contrato, con grave perjuicio para el actor.

El demandado vendió lotes de la hacienda antes y después de 1927 y no pagó el porcentaje convenido. Sólo cumplió parcialmente sus obligaciones, hasta el punto de forzar al actor, por falta absoluta de recursos, a salirse de la hacienda y tomar prestados ochocientos pesos ($ 800) para

regresar a París, en busca de ocupación, la cual le fue imposible encontrar allí. Klugé trajo su familia a Colombia y para atender a su sostenimiento se vio forzado a vender su mobiliario, sufriendo una pérdida de más de quinientos pesos ($ 500). Además, la falta de suministro de los cien pesos ($ 100) produjo la pérdida de las labores realizadas en la hacienda de "La Alicia", con un lucro cesante y daño emergente que valen más de ocho mil pesos ($ 8,000).

Sentencia recurrida.

En sentencia del 27 de marzo de 1935, el tribunal superior de Medellín absolvió al demandado de los cargos de la demanda y condenó en las costas del juicio al actor.

Consideró el tribunal que para poder declarar resuelto el contrato se requería que no hubiera terminado "por el transcurso del tiempo fijado para su duración." Además, no se acreditó la existencia del contrato del 1º de abril de 1924, motivo por el cual es imposible saber si su violación causó perjuicios.

"Las peticiones principales de la demanda" no se refieren al contrato que consta en el documento aducido al juicio, de fecha 27 de junio de 1926.

Conforme a los artículos 1973 y 1975 del C. C., "existe contrato de arrendamiento cuando una de las partes contratantes se obliga a prestar un servicio y cuando el otro contratente, en cuyo favor se presta el servicio se obliga a pagar una cuota de los frutos." El contrato que aparece en el mencionado documento del 27 de junio de 1926, es de arrendamiento de servicios porque en él se reúnen "las cosas esenciales" que lo constituyen. Es suficiente anotar que desde luego que no hubo "un fondo social o aporte apreciado en dinero, ni participación en pérdidas", no se trata de un contrato de sociedad.

"Partiendo de la base cierta, según la propia aseveración del demandante, de que éste se retiró en abril de 1927 y de que las cuentas se liquidaron el 1º de abril de ese año", es indudable que el demandado cumplió con todas las obligaciones de su cargo. La falta del pago del arrendamiento no daba derecho al arrendador Klugé para "desistir intempestivamente del contrato", porque el C. C. exige para su cesación legal "reconvenir al arrendatario."

Por lo que hace al anticipo mensual de cien pesos ($ 100), aparece que ellos se dieron durante los veinticuatro primeros meses, según la liquidación de las cuentas, "y como se deduce del hecho de haberse firmado por Klugé documentos reconociendo intereses por las diferencias que resultaron entre el monto del veinte por ciento (20%) y el del dinero que en cada uno de esos dos años había recibido." En cuanto al tercer año, en el momento de retirarse Klugé, éste había recibido un anticipo imputable al cuarto año.

A Klugé no corresponde exigir cuentas porque él era el encargado de llevarlas. De ahí que no tenga "otro derecho que el de presentarlas." (Arts. 2181 del C. C. y 1127 del C. J.).

Materia del recurso.

El recurrente acusa la sentencia como violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida y por errónea interpretación.

El tribunal dejó de aplicar los artículos 2079, 2094 y 2095 del C. C. y aplicó indebidamente los artículos 1973 y 1975 del mismo código.

En este pleito debe estudiarse el contrato en sí, con el fin de averiguar el móvil intencional de las partes para poder conocer la causa del contrato. El tribunal desoyó la intención de las partes y las pruebas que la establecen, decidiendo que se trataba de un contrato de arrendamiento, en vez de la sociedad de hecho, o por los hechos que en realidad fue la pactada. Si no hubo intención de que Klugé arrendara sus servicios mediante un sueldo o salario, sino al contrario la de celebrar un contrato de sociedad, el tribunal violó la "disposición legal que obliga a escuchar esa intención", y apreció erróneamente las pruebas.

"Hubo por parte del tribunal indebida aplicación de todas las pruebas presentadas por el demandante, tendientes a acreditar que el negocio o negocios de la finca 'Puerto Rico', de abril 1º de 1924 en adelante, fueron gestionados por Klugé como arrendador de servicios." No obstante que éste ante terceros fue siempre considerado como socio o compañero de Vasseur "y como interesado en obtener los beneficios a que tenía derecho en virtud del contrato." No se encuentra el "elemento que permita suponer la existencia de un arrendamiento entre Klugé y Vasseur."

El contrato celebrado por Klugé y Vasseur "no encaja dentro de la definición que del arrendamiento da el artículo 1973", porque falta la determinación del precio, puesto que no se estipuló ninguna cantidad determinada de dinero o de frutos naturales, ni cuota alguna de los frutos de cada cosecha." El veinte por ciento de las utilidades del ne-

gocio, estipuladas a favor de Klugé, hace a éstas indeterminadas, sujetas a la liquidación anual de ellas, previa la deducción de los gastos habidos durante el año y sometidas a las contingencias de pérdidas en el negocio.

El tribunal, para clasificar el contrato como de arrendamiento, confundió el veinte por ciento (20%) de las utilidades, estipulado, con una cuota anual de los frutos.

El contrato celebrado entre Vasseur y Klugé es el de una sociedad de hecho. Se cuenta entre los casos previstos por los artículos 475 del C. de C. y 2083 del C. C.

En este negocio se presentan los factores que se requieren para la existencia de una sociedad de hecho,

La jurisprudencia de la Corte, sentada en sentencia del 30 de noviembre de 1935 (Gaceta Judicial, número doble 1901 y 1902), es aplicable al pleito actual. Hubo "consentimiento expreso de los contratantes y de ello es una prueba irrefutable el documento del año 26 que aparece en los autos." Además, aparece demostrado y alegado el "consentimiento tácito o implícito que pudiera inferirse sobre las pruebas."

Los hechos de la demanda conducen a concluír "claramente que el demandante, más que sobre un convenio expreso, fundó su acción en un conjunto o serie de actos de cooperación o colaboración de los cuales se induce un consentimiento implícito."

La utilidad común perseguida por las partes en la explotación de la finca, aparece de relieve en la circunstancia de que el demandante, durante un lapso, recibió anticipos a cuenta de utilidades.

Motivos:

Siempre se ha reconocido al juez el poder y el deber de reintegrar a un acto jurídico su verdadera naturaleza, cuando el carácter de éste ha sido disimulado o falseado por los contratantes, porque no es potestativo de éstos deformar las convenciones denominándolas falsamente, estructurándolas en desarmonía con su contenido. Es lo que se llama la facultad judicial de calificar los contratos.

La controversia en este asunto no ha versado sobre una intención de las partes distinta de la manifestada por ella en el documento de fecha 27 de junio de 1926.

El tribunal no violó ninguna de las disposiciones legales invocadas, cuando calificó el acto jurídico realizado por los contratantes como de arrendamiento de servicios.

La circunstancia alegada por el recurrente, para negarle esa naturaleza al acuerdo de las voluntades de Klugé y Vasseur, consistente en que falta el elemento esencial del precio determinado, es improcedente, porque en nuestro derecho los contratantes pueden estructurar libremente, de acuerdo con sus necesidades y posibilidades, el contenido de cualquier contrato y regular los efectos que se propongan alcanzar, salvo prohibición legal en contrario, o imperativos opuestos de la moral o el orden público. El 20% de la utilidad es un precio cierto.

En la especie se trata de un negocio jurídico conocido con el nombre de parciario. En estos contratos parciarios, una de las partes contrae determinada obligación a cambio de una participación en las ganancias que obtenga la otra. El inciso 2º del art. 2041 del C. C. regula una de las especies de negocios parciarios. Es frecuente que los factores y agentes viajeros estipulen un tanto en las ganancias del negocio a cambio de sus servicios. El autor cede muchas veces al librero el derecho a editar la obra, a cambio de una participación en las ganancias que éste obtenga en la venta del libro. Puede pensarse jurídicamente en un préstamo de dinero a cambio de una cuota en los beneficios que con la suma realice el mutuario, lo cual, sin embargo, no puede prestarse, en ningún caso, para encubrir operaciones usurarias.

En todos estos ejemplos, sólo uno de los contratantes adquiere para sí las utilidades, de las cuales entrega una parte al otro contratante, a cambio de sus prestaciones. Por consiguiente, no existe una unión de los sujetos para la realización en común del negocio; ni hay una colaboración en la especulación; menos aún una ingerencia en la empresa; como tampoco un derecho a fiscalizarla, por parte del coparticipe en las utilidades, quien no puede ser considerado como socio de la industria.

El artículo 12 de la ley 10 de 1934 reconoce para los empleados el contrato parciario, usual en el tráfico y permitido por la doctrina.

La técnica de la casación impide a la Corte analizar, dados los fundamentos del recurso, la sentencia del tribunal, que ella, sin embargo, censura, por cuanto que el criterio adoptado por el sentenciador no se inspiró en el derecho social. Por ejemplo, el tribunal analizó superficialmente el contrato, confundiendo el nacimiento y vigencia de él con la fecha del documento, que es su prueba, y consideró válidas las consecuencias de la estipulación sobre beneficios, según las cuales los cien peso ($ 100) anticipados podrían convertirse, por ausencia de utilidades, en

deuda y la carencia de utilidades en la falta de pago de servicios prestados.

Resolución:

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que el 27 de marzo de 1935 pronunció en este juicio ordinario el tribunal superior de Medellín.

Las costas, a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la Gaceta Judicial copia de este fallo.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Antonio Rocha, Arturo Tapias Pilonieta. El conjuez, Alberto Suárez Murillo. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION.—MEDIOS NUEVOS. — CONTROVERSIAS ENTRE COLONOS.—REIVINDICACION DE MEJORAS ENTRE COLONOS.—INSPECCION OCULAR. — APRECIACION DE PRUEBAS

1.—Los medios nuevos son inadmisibles en la técnica del recurso de casación, salvo que ellos contengan cuestiones referentes al orden público. 2.—Entre colonos puede litigarse el aprovechamiento y uso de los montes adyacentes a sus respectivos cultivos, que constituyen elementos necesarios muchas veces para el desarrollo o incremento de las sementeras y plantaciones, como cuando son utilizados para mantener inexhaustas las fuentes de agua próximas de que se alimenta la finca, o en la provisión de maderas, leña, etc. En esas controversias, más que el dominio lo que en realidad se disputa es el mejor derecho del colono, frente a su contraparte, al servicio de tales montes y por consiguiente a colocarse en situación ventajosa bien para ensanchar las mejoras o bien para adquirirlos en propiedad mediante la respectiva adjudicación. 3.—Actualmente las disposiciones reguladoras de los baldíos permiten al colono o cultivador con casa de habitación y cultivos permanentes adquirir por adjudicación una extensión de veinticinco hectáreas y otro tanto de lo cultivado, según el artículo 1o. de la ley 34 de 1936, que reemplazó el 1o. de la ley 47 de 1926. 4.—En las controversias entre colonos carece de trascendencia fijar o no la extensión de lo ocupado en orden al éxito de la acción de dominio. La definición precisa del área interesa sólo al momento de pedir la adjudicación. De ahí que sea insostenible la tesis de que el colono sin título de adjudicación no puede reivindicar mejoras por linderos sino comprobando la cabida exacta de lo cultivado y de los linderos más a que le ley le confiere derecho. 5.—La prueba de inspección ocular consta de dos partes cuando intervienen peritos: las investigaciones y comprobaciones mismas practicadas personalmente por el juez sobre los hechos que aparecen y que no exigen conocimientos especiales, sino que por estar sometidos a los sentidos son susceptibles de ser percibidos por personas de recto criterio y cultura común; y el juicio de los peritos sobre cuestiones técnicas o que requieren conocimientos especiales. En el primer caso, el acta de la inspección ocular, sin contradicción de las partes, merece pleno crédito sobre los hechos observados. 6.—Para que en casación prospere el cargo de violación de la ley por apreciación errónea de una prueba es necesario, como lo dice la ley, que el error de hecho aparezca de modo manifiesto en los autos y que ese error incida en la parte resolutiva de la sentencia. Es inadmisible en casación, para poner de manifiesto el error en la apreciación de las pruebas, el análisis de determinados elementos, si de otro lado la convicción del juzgador ha surgido de todas las pruebas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, once de junio de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El doctor Alfonso Aulestia, con poder de Luis María Osorio, Florencio Osorio, Juan Gregorio Osorio y Mercedes Osorio viuda de Giraldo, herederos declarados de la señora María de Jesús Pérez de García, promovió demanda contra los señores Emigdio Osorio P. y Juvenal García para que se les condene al tenor de las siguientes declaraciones:

"Primero. Que pertenece a la sucesión ilíquida de la señora María de Jesús Pérez de García, representada por sus herederos antes nombrados, el dominio de una finca o mejora agrícola ubicada en terrenos baldíos de la nación en el municipio de Yotoco, en extensión de unas cuarenta a cuarenta y cinco plazas poco más o menos, compuestas de rastrojeras, un pequeño monte alto, pasto común, pasto pará, pequeña sementera de café y plátano, y una pequeña casa de habitación, finca o mejoras delimitadas así: Oriente, el río Calima; Occidente, propiedad de Teoclistides Aragón; Norte, potreros de

la Curia; y Sur, mejoras de Emigdio Osorio.

Segundo. Que en consecuencia de tener el dominio de esas mejoras la sucesión de la señora María de Jesús Pérez de García, le corresponde también la posesión, y como ella la tienen actualmente los demandados, deben restituírla inmediatamente ejecutoriado el fallo que recaiga al presente juicio.

Tercero. Que deben los frutos percibidos desde la delación de la herencia y los que se sigan percibiendo hasta la entrega, y si temerariamente afrontaren esta demanda que se les condene en costas."

Según el libelo hace más de veinte años que la señora María de Jesús Pérez de García, procedente del departamento de Caldas, estableciose en el municipio de Yotoco, en la región de Calima, en terrenos baldíos de la nación, "y al lado de una mejora que compró su hijo Emigdio Osorio, y empezó a plantar la finca cuya reivindicación y reconocimiento de dominio trata este juicio." (Subraya la Corte). La finca fue obra exclusiva de la señora Pérez de García, quien la levantó con su dinero y trabajo, dirigiendo las siembras, pagando obreros para hacer los desmontes, etc., sin que nunca fuera interrumpida en sus labores por su hijo Emigdio, quien sólo se limitaba a prestarle ayuda por medio de consejos.

Los demandados replicaron así: Que lo que ocurre es que el demandado Emigdio Osorio es dueño y poseedor de una finca agrícola ubicada en el misma región del distrito de Yotoco, en terrenos baldíos, compuesta de pastos artificiales, sementeras de caña, café, plátano, montes, etc., circunscrita por estos linderos: al norte, una línea trazada del paso denominado El Remolino, en el río Calima, hasta dar con la lomita Bacada Alto-seco, hoy potreros de la Curia; al oriente, el río Calima; al sur, mejoras que fueron del señor Eloy Aragón y de Jesús Antonio Becerra, hoy de Teoclistides Aragón; y al occidente, mejoras que fueron de Francisco González, hoy de Teoclistides Aragón. Esta finca por los mismos linderos adquiriólo Osorio por compra que de ella hizo mediante las escrituras públicas Nos. 200, de 29 de julio y 220 de 11 de agosto del año de 1911, otorgadas ambas en la notaría de la ciudad de Buga. Fue dentro de esta finca que vivió la señora Pérez de García, rodeada de todas las consideraciones que le dispensaba Osorio como su madre que era. Pero ella no estableció mejoras por su cuenta, al lado de las de Osorio, sino que los demandantes pretenden injustificadamente segregar una parte de la finca de aquél, alegando que esa parte la fundó la señora Pérez de García. "Deben, pues, demostrar que la finca que pretenden es cosa distinta de la que por su situación y linderos especiales, expresan las escrituras citadas y que nosotros, los demandados, poseemos esa finca, supuesta y demandada, con separación e independencia de la que se menciona en los títulos enunciados." Agregan los demandados que en cuanto a Juvenal García él carece de posesión inscrita y solamente convive con Osorio en la finca por voluntad y consentimiento de éste.

Sentencias de instancia

La del juez segundo del circuito de Buga, pronunciada el 20 de septiembre de 1934, absolvió a los demandados, sin hacer especial pronunciamiento sobre costas. Resolvió así porque no encontró la demostración plena de que la finca reivindicada fuera distinta e independiente de la poseída por Osorio a mérito de las escrituras públicas citadas antes. A los testigos que reconocen que aquella finca perteneció o la explotó la madre de los demandantes y que está contigua a la de Osorio, se oponen otros testimonios igualmente idóneo y el poderoso valor de las escrituras públicas. De las pruebas presentadas surgieron en concepto del juez dos estados: uno de certidumbre a favor de los demandados; otro de duda. Y esta duda no pudo ser resuelta por la inspección ocular de primera instancia, solicitada con el fin precisamente de establecer las identificaciones necesarias, porque el juez comisionado que la practicó omitió dejar constancia de las observaciones que hiciera.

La sentencia del tribunal de Buga es de sentido contrario. Dictada el 29 de abril del año próximo pasado, revocó la del juez y en su lugar reconoció la acción deducida por los demandantes en su totalidad. Para hacerlo tuvo en cuenta, entre los pertinentes al recurso de casación, los siguientes factores:

a) Las declaraciones de Aureliano Jaramillo, Rafael Quintero, Pablo Emilio Ochoa, Luis Osorio V. y Francisco Quintero, recibidas en primera instancia, que dan cuenta de las actividades personales de la señora Pérez de García en los desmontes, siembras, construcciones de cercas, etc., por nadie interrumpidas, dentro de la finca descrita en la demanda, en terrenos baldíos de la nación, y al "lado" de la que compró Emigdio Osorio.

b) Los testimonios corroborantes de los anteriores rendidos por Ramón Dávila, Calixto Millán, Manuel H. Millán, Juan Dávila, y en parte las de Ricardo Herrera y Ernesto Baena. "Todos ellos por percepción directa y por los linderos expresados hablan de las actividades de la expresada señora."

c) Las nuevas declaraciones de Francisco Quintero, Aureliano Jaramillo y Emilio Ochoa, "quienes expresan en forma terminante que las mejoras reclamadas por los demandantes son cosa muy diferentes de las que Emigdio Osorio compró por escrituras públicas y que están ubicadas en baldíos de la nación, si bien se encuentran adyacentes."

d) El hecho de que los linderos determinados en la escritura número 200, que le sirve de título a Emigdio Osorio, señale como límite norte el siguiente: "una línea trazada del paso denominado 'El Remolino', en el río Calima, a dar a la lomita denominada 'Alto-seco'"; y en la contestación de la demanda, al oponerse a la reivindicación, con base en el mismo título, al mencionado lindero le agrega Osorio esta otra expresión: "hoy potreros de la Curia"; en tanto que los potreros de la Curia son precisamente el límite norte de las mejoras reclamadas, y en cambio el límite sur de dichas mejoras lo constituye la finca de Emigdio Osorio. Lo cual indica que las mejoras a que se refieren los títulos escriturarios son perfectamente distintas de las mejoras establecidas por la señora Pérez de García, "pues lo que acontece es que son colindantes, pretendiendo los demandados la prolongación del lindero norte de las mejoras compradas por Emigdio Osorio hasta los potreros de la Curia, que es el lindero norte de las mejoras materia de la reivindicación, siendo así que el lindero norte del citado Osorio, es tan sólo una línea trazada del paso denominado 'El Remolino', en el río Calima, hasta dar con la lomita llamada Alto-seco, hoy límite sur de las mejoras demandadas."

e) Las inspecciones oculares de primera y de segunda instancia, que corroboran la conclusión anterior, ya que en la de primera instancia "los peritos y el juez comisionado se concretaron a identificar las mejoras demandadas, por los linderos determinados en la demanda, sin salirse del perímetro que estos comprenden, y así tuvieron de presente que por el norte limitan con el potrero de la Curia y por el sur con las mejoras de Emigdio Osorio, y aún más, pudieron enterarse que unas plantaciones de café y plátano estaban en el lado "de en frente, entre lo que se dice mejoras del señor Emigdio Osorio y como éste estuviera allí presente, manifestó que eso todo, aun el lote identificado era exclusivamente suyo." En la de segunda instancia vino a desvanecerse toda duda, pues los peritos dejaron expresamente la constancia de que las mejoras reclamadas son perfectamente distintas de las que figuran como de Emigdio Osorio y que limitan con aquellas por el sur.

El recurso

En orden lógico como es lo natural y conforme, está previsto en el artículo 537 del Código Judicial, procede la Corte a examinar separadamente los diferentes motivos de casación porque se acusa la sentencia.

-I-

En el capítulo II de la demanda de casación el recurrente le formula al sentenciador el cargo de que interpretó erróneamente el libelo inicial del pleito.

El cargo se fundamenta en que la demanda dice que la reivindicación comprenda, como parte integrante de las mejoras, un pequeño monte alto, es decir, va encaminada no sólo a reivindicar mejoras sino también montañas. Una montaña no puede considerarse como mejora plantada por el cultivador, a menos de demostrarse que le había sido expresamente. Un cultivador puede tener derecho a las montañas, pero sólo en virtud de los tantos a que le da derecho la ley sobre baldíos. De allí la necesidad de que en una demanda en que se trate de reivindicar mejoras sobre baldíos se determine la capacidad de lo mejorado para sobre ésta determinar los tantos que adjudica gratuitamente el Estado a quien cultiva tierras eriazas. El tribunal no lo entendió así y con la simple determinación de linderos comprendió como mejoras todo lo abarcado en ellos no obstante que como mejora se enumeró un monte alto, es decir montaña no dominada aún por la mano del hombre.

El tribunal por ningún motivo ha debido dictar una sentencia distinta de la absolutoria, pero en último caso lo más que había podido hacer era declarar que se había pedido mal reconociendo la excepción de petición de un modo indebido. Y por no hacerlo así violó por indebida aplicación los artículos 945, 950, 952, 961 y 964 del Código Civil.

La Corte observa:

La discusión alrededor del punto materia del cargo, esto es, si un monte que el cultivador de tierras baldías posee como parte integrante de mejoras que él ha establecido, es o no materia reivindicable, fue ajena a las instancias. Ni ante el juez ni ante el tribunal se propuso, ni el demandado atacó por este aspecto fundamental la pretensión de los demandantes. Ha sido ahora ante la Corte y en el recurso de casación cuando se invoca esta nueva faz del negocio. De esta manera asume el carácter de nueva

medio que la técnica rechaza en casación, porque este recurso sólo tiene por objeto revisar el juicio del juzgador acerca de los extremos deducidos por las partes y que han sido materia de controversia durante el proceso.

Empero, como podría argüirse que el régimen de los baldíos implica por su misma naturaleza aspectos atañederos al orden público del Estado por hacer referencia a una parte del patrimonio nacional cuya administración y disposición están condicionadas a determinadas circunstancias y eventos, y que por tal motivo aun cuando la acusación verse sobre medios nuevos la Corte siempre tiene el deber de estudiarla en mira a que los intereses públicos no sufran menoscabo so pretexto de la discusión de relaciones de derecho privado entre los particulares, la Corte examina el cargo.

El litigio trabóse entre colonos de tierras baldías, que no son por tanto dueños del suelo, limitándose a aducir el título de cultivadores y dueños de determinadas mejoras que cada uno de ellos alega, con exclusión del otro, haber establecido. Propiamente, a más de las mejoras, lo que en el fondo también se controvierte es el derecho a seguir poseyendo y explotando cierta porción de tierras del Estado, susceptibles jurídicamente de ser ocupadas por los particulares con el objeto de beneficiarlas y adquirir así el derecho preferente a la correspondiente adjudicación a título de cultivadores de acuerdo con la ley fiscal. La sentencia decidirá cuál de las dos partes, la demandante o la demandada, tiene el derecho preferente a continuar las explotaciones comenzadas dentro del perímetro encerrado por los linderos descritos en el libelo de demanda. De consiguiente el alcance de la discusión, como ocurre generalmente en todo litigio, adquiere importancia exclusiva en relación con las dos partes contendoras. El Estado no irá a estar vinculado en sus relaciones con el colono, ni para la época de la adjudicación, por lo que ahora se decida. Para entonces, los poderes públicos tienen normas precisas dentro de las cuales les corresponderá actuar si disponen la enajenación al colono de las áreas cultivadas y de los demás tantos a que la ley le da derecho. En orden a esa posible enajenación, al Estado lo único que le interesa es que por parte del colono se haya realizado el hecho generador de su derecho, cual es haber incorporado parte de su ser económico en una tierra inculta; realizado, el derecho a la adjudicación de esa tierra cultivada y otro tanto más de tierras incultas dentro de las limitaciones territoriales previstas por el legislador, no puede serle desconocido al colono.

Con estas ideas no se ve inconveniente que entre colonos se litigue el aprovechamiento y uso de los montes adyacentes a sus respectivos cultivos, que constituyen elementos necesarios muchas veces para el desarrollo o incremento de las sementeras y plantaciones, como cuando son utilizados para mantener inexhaustas las fuentes de agua próximas de que se alimenta la finca, o en la provisión de maderas, leña, etc. En esas controversias más que el dominio lo que en realidad se discute es el mejor derecho del colono frente a su contraparte, al servicio de tales montes y por consiguiente a colocarse en situación ventajosa bien para ensanchar las mejoras o bien para adquirirlos en propiedad mediante la respectiva adjudicación.

Estas explicaciones demuestran que la inclusión del "pequeño monte alto" entre las mejoras reclamadas y el consiguiente reconocimiento de que pertenece al demandante nada tiene de ilegal ni de contrario al interés del Estado, y de que por lo tanto la alegación sobre ese tema, formulada en casación, es de todas maneras un medio nuevo que, tanto por serlo como por las razones dadas por la Corte para acreditar la sinrazón del recurrente, debe ser rechazado.

-III

Continuando en orden lógico la demanda de casación, viene en seguida el cargo contenido en el aparte tercero del capítulo segundo de dicha demanda, el cual guarda alguna relación con el que se deja examinado.

El recurrente cita el artículo 3º de la ley 85 de 1920 y argumenta así:

El cultivo es la causa mediata de adquirir el dominio de los terrenos baldíos (art. 65 del C. F.); y la adjudicación gratuita que hace el gobierno al cultivador es la tradición legal del terreno, la causa inmediata de adquirir el dominio del terreno cultivado por los linderos precisos determinados en la adjudicación. En este orden de ideas el colono es dueño del terreno que cultiva en virtud del título constitutivo de dominio, que es la ocupación con cultivos, y tiene derecho a que se le conceda el título de propiedad, por medio de la adjudicación del terreno cultivado y tres tantos más. De modo que por el título constitutivo de dominio, que es la ocupación con cultivos, el colono se hace dueño de lo cultivado en los terrenos baldíos y tres tantos más. Es pues su trabajo y no su mera voluntad de ocupación lo

que determina en un momento dado la cabida o la cantidad de hectáreas de terreno de que es dueño. Y es su trabajo lo que fija la cabida, porque el derecho a ésta se determina a medida del cultivo y no por la demarcación ideal que fije el colono desde que derribe el primer árbol o construya el primer rancho. Si se aceptara lo contrario, esto es, que con una área de tierra cultivada el colono tiene derecho a demarcar por ejemplo dos mil, se anularía todo el sistema que sobre baldíos establece el Código Fiscal. "De lo dicho se desprende que un colono que no ha obtenido título de adjudicación no puede reivindicar sus mejoras puestas en baldíos señalando linderos, sino comprobando la cabida de esas mejoras y tres tantos más en terrenos adyacentes."

Sentado esto, el recurrente acusa el fallo por error de derecho en la apreciación de las declaraciones de Aureliano Jaramillo, Rafael Quintero, Pablo Emilio Ochoa, Luis Osorio V., Francisco Quintero, Ramón Dávila, Calixto Millán, Manuel H. Millán, Juan Dávila, Ricardo Herrera y Ernesto Baena, las cuales tuvo en cuenta el tribunal como la demostración del título de la ocupación de baldíos por parte de la señora Pérez de García. Estas declaraciones limítanse a decir que la señora plantó unas mejoras en una extensión de cuarenta y cinco hectáreas, pero no hay otra prueba en el expediente de la cual se infiera la extensión fija de las mejoras. Si se sigue el dicho de Calixto y Manuel Millán que son los testimonios más explícitos, tendríase que lo que la señora plantó, serían, si acaso, seis fanegadas, por lo cual la mejora a que tendría derecho sería de esta capacidad y tres tantos más.

El título de la ocupación no se deriva del hecho de que la señora Pérez ocupase una extensión de más o menos tantas fanegadas, sino del hecho preciso de que hubiese plantado un número determinado y sobre éstas hubiese fijado los tantos más a que le da derecho el Código Fiscal. "Tan cierto es esto que en la demanda se pide la reivindicación de un monte alto y éste no es mejora. Para demostrar el derecho al monte se necesitaría demostrar que la capacidad de la mejora era suficiente para cubrir aquél, esto es, que quedaría amparado por los tantos a que tiene derecho un cultivador."

La Corte considera:

La parte demandante reivindica una finca o mejora agrícola en extensión de unas cuarenta y cinco hectáreas más o menos y la circunscribe por linderos especiales.

La parte demandada se opuso a la reivindicación únicamente porque las mejoras reclamadas son de ella y no del demandante. Y omitió hacer reparo alguno y someter a debate lo relacionado con la extensión de lo reivindicado. Por lo tanto se trata de otro hecho nuevo inadmisible en casación. A más de lo cual ocurre lo siguiente:

Para acreditar su derecho el damandante trajo un número plural de declaraciones con las que intentó establecer que la señora Pérez sembró y cultivó la estancia descrita en el libelo. La mayor parte de esos testigos, que son los enumerados arriba por el recurrente, dicen que la extensión de la finca abarca unas cuarenta y cinco hectáreas más o menos. Y lo afirman así como conocedores de la región y del área cultivada por la señora Pérez desde los tiempos en que ella plantaba las mejoras. Los testigos Calixto y Manuel Millán informan sobre la extensión de la finca, y añaden que ellos como Marco Tulio del mismo apellido, derribaron por cuenta de María de Jesús Pérez y pagados por ella, como "seis plazas de montañas en donde hoy existen las mejoras."

Por ende, a más de no haber prueba en contrario hay valiosos testimonios que certifican el hecho de que las mejoras tienen una cabida aproximada de cuarenta y cinco hectáreas, incluyendo el monte. Actualmente las disposiciones reguladoras de los baldíos permiten al colono o cultivador con casa de habitación y cultivos permanentes adquirir por adjudicación una extensión de veinticinco hectáreas y otro tanto de lo cultivado, según el artículo 1º de la ley 34 de 1936, disposición que reemplazó el artículo 1º de la ley 47 de 1926, que limitaba la adjudicación a diez hectáreas y otro tanto de lo cultivado; y los artículos 1º, 2º, 3º y 9º de la ley 85 de 1920, que permitía una adjudicación a los colonos hasta de mil hectáreas.

De consiguiente aun sobre la base de lo establecido en la ley 34, los demandantes como cultivadores o colonos tendrían derecho a la adjudicación de cinco hectáreas más de terrenos baldíos para completar las cincuenta que permite la misma ley. Las tierras cultivadas por la señora Pérez de García no son, pues, excesivas en el sentido de que posteriormente el exceso coloque a sus herederos en incapacidad de que el gobierno les haga adjudicación en propiedad de todo lo mejorado por ella. Al contrario. Está dentro de la ley, si es que las disposiciones fiscales al limitar el número de hectáreas adjudicables a un cultivador han de entenderse también como prohibitivas de que los colonos extiendan sus mejoras más allá del

área total que les es permitido adquirir. Mas en tal supuesto semejante prohibición adquiere importancia en las relaciones del colono con el Estado, pues el Estado sería el único que tendría el derecho de sancionarla. Y en las controversias de particulares carece de toda influencia, como quiera que entre ellos la discusión está limitada por su misma naturaleza a la determinación de cuál de las dos partes colocadas frente a frente en un pleito acredita su mejor derecho a las mejoras, ya por haberlas establecido directamente, o por haberlas adquirido legítimamente de quien las estableció. Si así no fuera, y el demandado poseedor de las mejoras pudiera detener la acción del verdadero dueño, alegando que lo cultivado excede del área adjudicable por el Estado, equivaldría a autorizar un manifiesto enriquecimiento sin causa, consistente en dejarlo a él si en la posesión y el usufructo tachado de vicioso de las explotaciones debidas al esfuerzo creador del demandante.

Siendo así, en la reclamación de mejoras puestas en baldíos carece de trascendencia fijar o no la extensión de lo ocupado en orden al éxito de la acción de propiedad entre particulares. La definición precisa del área interesa sólo al momento de pedir la adjudicación. De ahí por qué sea infundada la tesis propugnada por el recurrente al sostener que el colono sin título de adjudicación no puede reivindicar mejoras por linderos sino comprobando la cabida exacta de lo cultivado y de los tantos más a que la ley le confiere derecho, con el objeto de determinar si las mejoras abarcan extensiones a que no puede aspirar en adjudicación por exceder del número de hectáreas adjudicables.

Del examen anterior resulta manifiesta la carencia de fundamento del cargo de error de derecho en la apreciación de los testimonios citados por el recurrente y de violación por este aspecto de los artículos 673, 685, 946, 950, 952, 961 y 765 del C. C.; e interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 65 del Código Fiscal y 3º de la ley 85 de 1920.

- III -

La demanda de casación en su capítulo primero empieza por acusar al sentenciador de error de derecho consistente en no haber apreciado como título suficiente del dominio del demandado Emigdio Osorio sobre las mejoras de la reivindicación la escritura pública número 200 de 29 de julio de 1911 de la notaría de Buga, por medio de la cual Osorio compró en la suma de cincuenta mil pesos papel moneda la finca de que trata tal escritura, por linderos determinados. Es indudable que desde el mes de julio de 1911 el demandado Osorio, según las voces de la escritura mencionada, recibió la posesión de la finca, posesión que tenía antes su antecesor Antonio Martínez, desde el año de 1905 y antes de este año el señor Juan Prudencio Martínez, como lo relata la misma escritura. Y cuando el demandado Osorio acredita una posesión por lo menos desde el año de 1911, la parte actora no presenta sino declaraciones que dicen que alrededor de veinte años hace que la señora María de Jesús Pérez se estableció en Calima en baldíos de la nación. Osorio exhibe un título que se refiere a una finca rural, sin que en él se haga referencia a que esté en terrenos baldíos, por lo que hay que presumir que dicha finca está levantada en terrenos particulares. Y aun cuando el terreno tuviera la calidad de baldío, la escritura sería oponible a los demandantes, porque la venta de un baldío consignada en escritura pública vale contra terceros, a excepción de la nación. Frente a frente las partes contendientes —continúa el recurrente— la actora tendrá que reconocer que el título del demandado se refiere a un terreno determinado y cultivado transferido en dominio, mientras que de sus pruebas no resulta comprobado un título superior al exhibido por Emigdio Osorio.

Contesta el cargo la Corte:

Osorio para defenderse de la reivindicación presentó como título de propiedad de las mejoras la escritura citada arriba por medio de la cual compró una finca, ubicada en el distrito de Yotoco, compuesta de pastos artificiales, sementeras de caña dulce, cafetal, platanera, montes, casa de habitación, etc., y determinada por estos linderos: "Por el norte, una línea trazada del paso denominado El Remolino, en el río Calima, a dar a la lomita denominada Alto-seco; por el oriente, el río Calima; por el sur, mejoras de Eloy Aragón y Jesús Antonio Becerra; y por el occidente, con mejoras de Francisco González."

El demandado niega que fuera de los límites de esta escritura existan mejoras de propiedad de la señora Pérez de García. La parte demandante sostiene que las mejoras reivindicadas están contiguas a las comprendidas en el título, de propiedad de Osorio, y limitando con éstas por el costado sur. Y el sentenciador de la segunda instancia, apoyándose en los elementos probatorios aportados por el demandante, concluyó que efectivamente las mejoras delimitadas en la demanda son cosa distinta de las delimi-

tadas en la escritura, y que la confusión estriba en que Osorio pretende la ampliación del lindero norte de sus mejoras hasta los potreros de la Curia, que es el lindero norte de la finca de la señora Pérez. En consecuencia no es que el tribunal haya dejado de apreciar como título suficiente del dominio de Emigdio Osorio la escritura número 200. No. Lo que acontece es que el tribunal, apoyándose en ese título y en otros elementos procesales, dedujo que no alcanzaba a comprender la finca de la señora Pérez, conceptuando que las dos fincas, la de la escritura y la descrita en la demanda, son colindantes. Y sobre esta base desestimó la escritura como título que amparara a Osorio más allá del límite norte consignado en la misma, donde encuéntranse ya las plantaciones y cultivos demandados.

Ahora, en cuanto a la alegación de que Osorio exhibe un título que se refiere a una finca rural, sin que en él se haga referencia a que esté en terrenos baldíos, es cuestión que, además de estar desprovista de trascendencia en lo que toca a la apreciación misma del alcance del área contenida en él, Osorio descartóla desde el primer momento como materia discutible cuando en la contestación de la demanda —contestación al hecho tercero— y luégo en el curso del pleito convino en que es cierto que la finca que compró en 1911 está en terrenos baldíos.

En estas condiciones el recurrente no acreditó el cargo de error de derecho en la apreciación de la escritura, ni por ende, violación de los artículos 756, 759, 745 y 740 y demás disposiciones sustantivas citadas al respecto.

- IV -

Otro de los ataques del apoderado del demandado en casación, básase en que el tribunal incidió en errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular practicada con la ayuda de peritos tanto en la primera como en la segunda instancia. Tales inspecciones tuvieron por objeto la identificación del predio de la demandante, y en su formación intervinieron las siguientes informalidades que en sentir del recurrente las hacen ineficaces. En breve síntesis esas irregularidades son:

A) En la de primera instancia practicada mediante juez comisionado, éste procedió a nombrar nuevos peritos sin que constara la excusa de los designados ante el juez de la causa. Tampoco puso los nuevos nombramientos en conocimiento de las partes, con el fin de abrir campo a las tachas y recusaciones previstas en la ley. Ni a los peritos reemplazados consta que se les hiciera ningún requerimiento para que se hubieran presentado oportunamente a tomar posesión de sus cargos.

B) En la de segunda instancia el tribunal hizo la designación de perito, por no haberla hecho el demandado; y sin que se hubiese cumplido el auto que ordenaba comunicarle el nombramiento a los nombrados, el magistrado sustanciador reemplazó al perito del demandado, con el nombre del señor Pablo Emilio Ochoa, quien intervino en la diligencia, no obstante su testimonio en el juicio en favor de la parte demandante.

C) Pero el error cumbre en la apreciación que el tribunal hizo de las dos diligencias de inspección ocular, con ayuda de peritos, está en que a los dictámenes periciales les faltó su principal elemento de perfección como prueba, o sea el traslado a las partes. En efecto, la sentencia tuvo en cuenta para determinar que las mejoras reclamadas por los demandantes están perfectamente identificadas y que son cosa distinta de la finca que posee Emigdio Osorio, la prueba de la inspección ocular en las dos instancias, inspecciones practicadas con la ayuda de peritos y a las cuales faltó que el dictamen de éstos fuese puesto en conocimiento de las partes."

La Corte considera:

Son ciertas las afirmaciones de la parte recurrente respecto de las irregularidades de la inspección ocular de la primera instancia. Por eso el juez de la causa no la tuvo en cuenta como prueba. Cuanto a la inspección ocular de segunda instancia, si bien es cierto que el tribunal reemplazó al perito Rentería Cabal, antes de que se le hubiera comunicado la designación, el nombramiento de reemplazo se notificó a las partes y quedó en firme sin reclamación de nadie.

Igualmente es fundada la observación de que el tribunal omitió poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial rendido durante la inspección ocular de la segunda instancia. Sin embargo de lo cual el tribunal apreció dicho dictamen para deducir de allí que las mejoras compradas por Osorio son distintas de las demandadas.

Indudablemente el tribunal incurrió en yerro palpable al darle mérito a aquel dictamen pericial incompleto, pues como dijo la Corte en casación de 14 de julio de 1928, citada por el recurrente: "Siempre que en materia civil se exija la prueba de peritos ha de entenderse que ella ha de practicarse con el lleno de las formalidades legales, como lo es la de ordenar que el dictamen se ponga en conocimiento de las partes; y por

consiguiente la omisión o incumplimiento de esta formalidad deja imperfecta la prueba, pues se arrebata el derecho que ellas tienen de que los peritos expliquen, amplíen o funden su dictamen."

Empero, el error del tribunal en este punto no alcanza a producir la carencia de prueba acerca del hecho capital de la identidad de las mejoras del actor, como distintas e independientes de las del reo, por lo siguiente:

La prueba de inspección ocular destinada a examinar y reconocer, para juzgar con más acierto, las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate, consta de dos partes cuando intervienen peritos: las investigaciones y comprobaciones mismas practicadas personalmente por el juez sobre los hechos que aparecen y que no exigen conocimientos especiales, sino que por estar sometidos a los sentidos son susceptibles de ser percibidos por personas de recto criterio y cultura común; y el juicio de los peritos sobre cuestiones técnicas o que requieran conocimientos especiales. La segunda parte, cuando ocurre, se regula íntegramente por las normas referentes a la prueba pericial, que son distintas de los preceptos concernientes a la prueba de inspección, pues una y otra sólo tienen de común que aquélla se practica con ocasión y a propósito de ésta.

Son pues dos pruebas distintas cuyo valor probatorio se determina así según el art. 730 del Código Judicial: el acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el juez; y en cuanto a los puntos materia del examen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos.

Leyendo la inspección ocular de segunda instancia se observa que ella versó sobre hechos propios del conocimiento general, ya que únicamente buscaba la localización en el terreno de los linderos sencillos y sin complejidades de la finca reivindicada, fijando con certeza si el límite norte de ésta coincidía con el límite norte de las mejoras descrito en la escritura de compraventa exhibida por Osorio; operación fácil porque la identificación se reducía en definitiva a saber si efectivamente la línea trazada en la escritura de Osorio como límite norte está o no separando, como él lo afirma, los hoy llamados potreros de la Curia.

Por lo tanto no era de rigor que en la dicha inspección ocular intervinieran peritos. Hubieran bastado testigos actuarios. Con todo el que se hubiera practicado con asistencia de aquéllos no hace cambiar el carácter y la naturaleza de los hechos observados susceptibles de ser apreciados directamente por el juzgador. El juzgador al dar cuenta de esos hechos en el acta misma de la inspección, y sin contradicción de las partes, merece pleno crédito, porque son hechos que, además de que pudieron ser percibidos por él, la ley los estima bien demostrados con su solo testimonio, según vióse citando el artículo 730 del Código Judicial.

En la inspección ocular del tribunal además del dictamen pericial sobre la circunstancia de que las mejoras de Osorio son perfectamente distintas de las que se pretenden reivindicar, el magistrado observó "que la exposición pericial responde perfectamente a la verdad de los hechos, pues así lo pudo constatar al recorrer el predio en donde están ubicadas las mejoras materia de la reivindicación." Esta anotación tiene su propio valor probatorio, que en nada desvirtúa el carácter de peritos que se les dio a las personas que auxiliaron al juez en la observación de los hechos. Por eso de todas maneras en la inspección ocular está contenida la plena prueba de la necesaria diferencia que existe entre las mejoras de Osorio y las demandadas en propiedad por la parte actora.

De aquí por qué el tribunal no incurriera en ninguna violación de la ley al apreciar como prueba la inspección ocular de la segunda instancia.

No se recibe pues este cargo.

- V -

El recurrente ataca por error de hecho evidente la apreciación que hizo el tribunal de las declaraciones de la parte demandante.

Se observa:

Para que en casación prospere el cargo de violación de la ley por apreciación errónea de una prueba es necesario, como lo dice la ley, que el error de hecho aparezca de modo manifiesto en los autos y que ese error incida en la parte resolutiva de la sentencia.

El tribunal fundó en parte su juicio en un grupo determinado de declaraciones que lo llevaron a ver acreditada la propiedad de las mejoras a falta de una prueba más elocuente en pro de la contraparte. A ese grupo de declaraciones el tribunal juntó otros elementos de convicción deducidos de la inspección ocular y de la escritura pública. Y con ese conjunto de factores dedujo la conclusión de que el derecho y la justicia están de parte de los representantes de la señora Pérez de García, fundadora de la finca materia de la reivindicación.

Ese juicio del tribunal es, pues, intocable a menos que se demuestre que la sentencia parte de hechos que claramente no aparecen en las pruebas o están contradichos de modo evidente en otras piezas procesales. Mas para llegar a esa demostración es ineficaz tomar uno de los variados elementos de convicción del pleito y señalarlo como insuficiente, porque con ello no logra demostrarse de un modo evidente y manifiesto que el juicio del sentenciador es contrario a la realidad de las cosas.

Bastaría esta observación para negar este aspecto de la acusación que contiene un análisis de varias declaraciones, más propio de las instancias, que de un recurso de casación.

Empero, para abundar, véase cómo el tribunal estuvo lejos de incurrir en el error evidente de que lo acusa el recurrente.

Las más importantes de las declaraciones y que merecen la crítica del recurrente son las siguientes:

Jesús A. Osorio: Esta declaración es inobjetable. El testigo dice que desde hace diez y ocho años conoció a la señora Pérez de García trabajando en unas mejoras contiguas a las de Emigdio Osorio. Era ella quien conseguía y pagaba los peones para las derribas de montes, las siembras, cercas, etc. El testigo no dice que cuando él conoció las mejoras hace diez y ocho años tuvieran ya la extensión de cuarenta y cinco plazas; afirma únicamente de modo general que la expresada es la extensión "que plantó" aquella señora.

Aureliano Jaramillo: Esta declaración es como la anterior muy valiosa. El testigo, por ser vecino del corregimiento de Calima, declara que la señora María de Jesús Pérez de García "estableció desde hace mucho tiempo en la región de Calima, pues el suscrito declarante hace más de diez y nueve años que vive en esta inspectoría y cuando yo vine ya estaba establecida en dicha región la mencionada señora Pérez de García, en terrenos baldíos de la nación, al lado de una mejora que compró su hijo Emigdio Osorio, y que con su trabajo y dinero plantó una mejora agrícola, en extensión de unas cuarenta y cinco plazas más o menos, compuestas de pasto artificial de pará, pasto común, algo de sementeras de café y plátano y una pequeña casa de habitación, mejora que tiene los siguientes linderos....." Jaramillo también sostiene que la señora era quien dirigía los trabajos de desmontes, siembras, etc.

En el mismo sentido favorable a las pretensiones de la parte actora declaran Pablo Emilio Ochoa, Francisco Quintero y Rafael Quintero.

Ramón Dávila: Entre otras cosas dice: "a mí no me tocó derribar en esas montañas donde hoy existen las mencionadas mejoras, pues yo trabajé en dicha finca rozando rastrojeras y recogiendo maíz y fríjol por cuenta de la señora María de Jesús Pérez de García sin que en ello tuviera intervención alguna el señor Emigdio Osorio." De aquí es imposible deducir la conclusión que saca el recurrente al referirse a este testimonio: "Si cuando este testigo conoció las mejoras, esto es en 1917, no había montaña sino rastrojeras, es lógico suponer que éstas estuvieran en la parte que compró Emigdio Osorio en 1911 y en donde habitaba la señora Pérez con su esposo y con su hijo."

Luis Osorio: Declara en igual sentido que Jesús A. Osorio, Jaramillo, Ochoa, y los Quintero, con la única diferencia que ese testigo llegó a la región de Calima tiempo después que aquéllos, por lo cual sólo conoce las mejoras hace doce años. De aquí deduce el recurrente que el testigo se contradice con los demás porque éstos dicen que hace más de diez y siete años que las mejoras las tenía hechas la señora Pérez. No se ve tal contradicción. La explotación agrícola de una finca exige una permanente actividad en siembras, desmontes, etc., de manera que nada tiene de particular que una persona presencie hoy lo que dentro de dos o tres años vuelve a presenciar una persona distinta.

Calixto y Manuel V. Millán: Dicen que tumbaron como seis plazas de montaña por cuenta de la señora Pérez. Y sin embargo el recurrente formula este razonamiento inadmisible a todas luces: "por el hecho de la derriba de esta cantidad de montaña no puede concluírse que todas las mejoras que ocupan Emigdio Osorio y Juvenal García fueran puestas por la señora Pérez, ni que ésta tuviera derecho a las cuarenta y cinco fanegadas que reclama." Es claro que las declaraciones de los Millán aisladamente sólo prueban el derribo de montaña por cuenta de la señora Pérez. Pero esta actividad en cambio refuerza las declaraciones de los demás testigos y sirve para establecer uno de los tantos actos de dominio que la señora Pérez ejerció en vida sobre la finca.

Lo mismo puede decirse de la declaración de Juan Dávila, quien da cuenta de que intervino en la tumba de montaña, por cuenta de la señora Pérez.

-VI-

Otro cargo:

Error de hecho en las apreciaciones de las

declaraciones de José Domingo Herrera y de Ernesto Bacna en cuanto estos declarantes afirman que siempre han conocido desde en vida de la señora Pérez a Emigdio Osorio y a Juvenal García viviendo y poseyendo la finca que se trata de reivindicar; y de las declaraciones de Luis María Zuluaga, Félix Herrera y Francisco González, quienes afirman que hace más de veintidós años conocen a Emigdio Osorio ocupando y poseyendo la finca que compró con sus mejoras.

Se observa:

El tribunal balanceando las pruebas testimoniales halló de mayor eficiencia las que se dejan examinadas en el capítulo precedente tanto por ser de mayor número como por estar concebidas en términos más satisfactorios que las favorables a la parte demandada consistentes en las de Luis María Zuluaga, Félix Herrera y Francisco González.

Ya se dijo anteriormente cómo en casación es inadmisible, para poner de manifiesto el error del tribunal en la apreciación de las pruebas, el análisis de determinados elementos, si de otro lado la convicción del juzgador ha surgido de todas las pruebas.

Por otra parte el tribunal cuando la cuestión de hecho es dudosa, procede en ejercicio de la plenitud de su soberanía, seleccionando del acervo probatorio aquellos medios que en su concepto son mayormente convincentes. Ya lo expresó así la Corte en un caso semejante: "Cuando existe duda acerca de una cuestión de hecho originada de las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el tribunal incurra en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar unas de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa. (Gaceta Judicial, tomo XXVII—158—1º).

No es por lo tanto de recibo este penúltimo cargo.

- VII -

Ultimo cargo:

Error de hecho evidente en la apreciación de la escritura número 200 de 29 de julio de 1911, en relación con los testigos de demandantes y demandados, con la contestación de la demanda y las inspecciones oculares. Consistió el error en que el tribunal para deducir la diferencia de las mejoras que se reivindican con la finca de Osorio, afirma que de las declaraciones y de la escritura se infiere que el predio de éste no limita con los potreros de la Curia y que lo que pretenden los demandados es la prolongación del lindero norte de las mejoras de Emigdio Osorio.

Veamos lo que al respecto dice el tribunal, motivo de la censura del recurrente:

"Obsérvese bien que los linderos determinados en la escritura número 200, origen del contrato de compraventa de las mejoras adquiridas por Emigdio Osorio, señala como límite norte una línea trazada del punto denominado 'El Remolino', en el río Calima, a dar a la lomita denominada 'Alto-seco', y que los demandados al reclamar la posesión de la finca que poseen y con fundamento en el mismo título, agregan fuera de la especificación del lindero norte la siguiente denominación: "hoy potreros de la Curia", en tanto que los potreros de la Curia es precisamente el límite norte de las mejoras reclamadas por los demandantes, y perfectamente identificadas por los declarantes aportados por éstos y de que se ha hecho referencia, y en cambio el límite sur de la finca demandada se determina por las mejoras del demandado Emigdio Osorio. Luego, está perfectamente definido que las mejoras a que se refieren los títulos acompañados por los demandados, son perfectamente diferentes a las mejoras plantadas por la señora Pérez de García, motivo de la acción propuesta, pues lo que acontece es que son colindantes, pretendiendo los demandados la prolongación del lindero norte de las mejoras compradas por Emigdio Osorio hasta los potreros de la Curia, que es el lindero norte de las mejoras materia de la reivindicación, siendo así que el lindero norte del citado Osorio, es tan sólo una línea trazada del paso denominado 'El Remolino', en el río Calima, hasta dar con la lomita llamada 'Alto-seco', hoy límite sur de las mejoras demandadas."

Se considera:

La escritura número 200, en que se apoya el demandado para oponerse a la reivindicación, como ya se ha dicho señala los límites de la finca adquirida por Osorio en 1911. En el lindero norte dice simplemente: "por el norte una línea trazada del paso denominado 'El Remolino', en el río Calima, a dar a la lomita denominada 'Alto-seco.' En la contestación de la demanda Osorio le agrega esta otra frase: "hoy potreros de la Curia."

Siendo pues esta adición fundamental en la decisión del problema, porque de admitirse el título estaría amparando también las mejoras de la señora Pérez, era lo natural y lo indicado que el tribunal se atuviese, como se atuvo, al texto de la escritura, ya que de la identificación de la finca demandada mediante la inspección ocular y las de-

más pruebas del proceso se llega a la conclusión de que dicha finca está ubicada como lo informan varios testigos y lo corrobora la inspección, a continuación de la finca de Osorio.

El tribunal pues lejos de obrar desacertadamente guardó una perfecta lógica en el razonamiento, haciendo caso omiso de la adición que Osorio le hace al lindero norte, pues a Osorio como autor de esa defensa le correspondía acreditarla patentizando que efectivamente sus mejoras colindan con los potreros de la Curia.

Este cargo tampoco prospera.

Fallo:

Apoyada en los razonamientos expuestos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no ha lugar a infirmar, y al efecto no infirma, la sentencia recurrida dictada por el tribunal superior de Buga el veintinueve de abril del año próximo pasado.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica, Hernán Cepeda, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS Y SOBRE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil; Bogotá, junio catorce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Juan B. Calderón, vecino de Ciénaga, demandó en vía ordinaria a la United Fruit Company, sociedad anónima domiciliada en la ciudad de Jersey, con oficina y negocios permanentes en la de Santa Marta, sobre pago de una suma de pesos y de perjuicios, en razón de no haberle ella pagado en su totalidad, al decir de él, el precio de los bananos que le vendió y entregó en sucesivas ocasiones en el lapso de 29 de julio de 1929 al 2 de mayo de 1930, en que un huracán asoló las plantaciones de la finca La Sombra, jurisdicción de Aracataca, donde Calderón tenía sus cultivos.

Hallando no comprobada la personería de la sociedad demandada, el juzgado 1º del circuito de Santa Marta, sin lugar a entrar en el fondo del pleito, lo decidió en primera instancia negando lo pedido por el actor, según sentencia de 3 de octubre de 1933, de que éste apeló, por lo cual la segunda instancia se surtió en el tribunal superior de Santa Marta, quien, en sentencia de 28 de mayo de 1936 que, entrando ya en estudio de fondo por haberse llenado el aludido vacío, confirmó la apelada. El actor interpuso contra ese fallo del tribunal el recurso de casación que, tramitado debidamente, aquí se decide.

Los litigantes concuerdan:

a) En que en la época transcurrida de 29 de julio de 1929 a 2 de mayo de 1930 entregó Calderón en venta a la compañía demandada, sin mediar escritura pública al efecto, racimos de plátano. La cantidad de éstos señalada en el libelo y no aceptada por la compañía al contestarlo, quedó acreditada como superior a la señalada en esa pieza, por virtud de la inspección ocular cuya acta forma los folios 30 a 41 del cuaderno 9º. Así quedó plenamente comprobada. La calidad no es tema de discusión.

b) En que no hubo entre ellos determinación previa del precio, por lo cual ambos defieren al corriente.

c) En que la compañía compradora pagó ese banano al vendedor a medida que ella iba recibiéndolo y que se liquidaban las cuentas de cada entrega, a razón de treinta y ocho y medio centavos ($ 0,38½) por racimo, computándolo a cuarenta centavos y descontando centavo y medio por transporte.

Discuerdan: 1º En cuál es el precio corriente, que actor y reo respectivamente sostienen ser de cuarenta y de sesenta centavos el racimo, y 2º En el referido gasto de

transporte, que cada uno sostiene ser de cargo del otro.

Aceptando el tribunal los puntos de vista de la compañía sobre estos dos puntos, su sentencia fue absolutoria.

El recurso

Invocando el motivo 1º de los establecidos por el art. 520 del C. J., formula el recurrente varios cargos de los cuales, ordenándolos como manda el art. 537 de esa obra, se encuentra en primer lugar el de violación del art. 1865 del C. C., por haber dejado de aplicarlo, en fuerza de manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas demostrativas de ser precio corriente el sostenido por aquél, o sea, de sesenta centavos, pruebas que se estudian en seguida.

Los siete testigos interrogados a solicitud del actor, que son aquellos cuyas declaraciones se leen en el cuaderno 3º, folios 14 a 21 y 42, deponen uniformemente en estos términos "Me consta.... que el precio corriente de racimo de banano de primera clase o computado como tal es en esta región el de sesenta centavos oro americano, cotización que rige en el mercado local desde el año de 1920 para toda clase de regiones y de cultivadores."

Al dar la razón de su dicho, esto es, de por qué le consta, cada testigo dice que "por el hecho de ser productor de banano", a que algunos de ellos hacen estas agregaciones:

Alejandro Benítez (fol. 18: "haber sido empleado de la United Fruit Company por largo tiempo." Rodolfo Viguje (fol. 15): "pues a ese precio me lo pagaban a mí y se lo he visto pagar a los demás." Jesús Aguirre (fol. 20): "últimamente (declara el 31 de octubre de 1931) algunos productores, muy pocos por cierto, según lo he oído decir, le han hecho una concesión a la compañía de diez centavos por racimo computado." Luis Campo (fol. 42 vuelto) al afirmar que la compañía paga a sesenta centavos, dice: "a toda clase de productores, en todas las regiones."

El gerente de la compañía al absolver posiciones dice (fol. 70 ibídem), que Calderón sabía que para cultivadores sin contrato el precio era de cuarenta centavos racimo; que es verdad que ella en los contratos escriturados que celebra con los cultivadores les reconoce el de sesenta centavos, e insiste en que la compañía siempre ha hecho saber públicamente que el precio es de sesenta centavos para quienes tienen contrato y de cuarenta para quienes no lo tienen. Así se ve en sus respuestas a las preguntas 11, 12 y 13 del cuadro respectivo.

Sobre el mismo pie declaran los testigos examinados a petición de ella, que son los cinco cuyos testimonios se leen en el cuaderno 2º, folios 37, 40 y 46 a 49. Pero ocurre respecto de estos testigos que tres de ellos agregan a su afirmación sobre esos dos precios diferentes, según se trate o no de cultivador con contrato escriturado, estas circunstancias:

Joaquín Solano (fol. 37), que al vendedor que ha tenido escritura de contrato ya expirado y antes de otorgar nueva escritura sigue vendiendo banano y entre tanto recibe sólo a razón de cuarenta centavos racimo, cuando firma la nueva escritura la compañía le "reintegra los veinte centavos que ha dejado de pagar en el tiempo que no tuvo contrato." Felipe S. Avendaño (fol. 47): "....tan pronto como el productor firma el contrato, (la compañía) devuelve a éste las sumas que le haya retenido, a razón de veinte centavos oro americano el racimo de primera clase.... durante el tiempo que estuvo sin contrato." Guillermo Torres (fol. 49), refiriéndose al caso que cita de personas en cuya representación intervino: "la compañía devolvió a mis representados la diferencia de veinte centavos por racimo computado, una vez que fue legalizado el nuevo contrato."

Es de anotar que no hubo incidente sobre tacha de testigo alguno de los presentados por una y otra de las partes litigantes.

El concepto de alcabala sostenido por la compañía respecto del abono ulterior de esos veinte centavos, es inadmisible, tratándose de compraventa, tipo del contrato conmutativo y oneroso, dada, por otra parte, la uniformidad de la cantidad y del procedimiento y dado que éste siempre versa sobre entregas anteriores, independientes en sí del hecho de otorgarse más tarde escritura de venta sobre entregas futuras.

El calificativo de devolución y de reintegro de que se valen los testigos cuyo dicho en lo pertinente queda trascrito, es claro que no obliga al juzgador en lo que mira a la opinión envuelta en aquellos vocablos; pero sí debe él tenerlos en cuenta en su deber de apreciar y analizar cada testimonio con la mayor fidelidad.

Y no puede pasar por alto detalle tan interesante y significativo como es el de que los testigos traídos por la compañía para acreditar que el precio es de cuarenta centavos cuando la compra se hace a productor sin contrato escriturado añadan que, en celebrando éste tal contrato, obtiene los refe-

ridos veinte centavos a título de complemento del precio de lo que sin contrato había ya entregado y por lo cual sólo entretanto había recibido a razón de cuarenta.

Obsérvese que unos y otros testigos hablan de hechos constitutivos de la costumbre y que el empeño de los litigantes ha sido acreditar la costumbre, como es lo natural tratándose de establecer el precio corriente. Corriente vale como decir "cierto, sabido, admitido comunmente. Admitido o autorizado por el uso común o por la costumbre", según reza el Diccionario.

Las pruebas hasta aquí analizadas —algunas en lo pertinente trascritas— establecen en verdad que el precio corriente es el afirmado por el demandante. Así habría de conceptuarse a la luz del art. 702 del C. J., aun entendiéndose que hubiera contradicción entre los testigos; pero, examinadas las plurales declaraciones atentamente, se encuentra que no la hay, porque unos y otros testigos, el grupo de los presentados por el demandante y el de los presentados por el demandado, afirman el precio de sesenta centavos, pues ya se vio que los que afirman el de cuarenta advierten que esto sucede cuando no hay contrato, pero que en este caso, en celebrándolo, esto es, en otorgando la escritura pública a que se refieren, la compañía reintegra, abona o devuelve los veinte centavos que faltaban para completar aquellos sesenta que así forman o constituyen el precio efectivo.

Para admitir dos precios corrientes, esto es, uno con los vendedores que tienen o han tenido escritura pública y otro con los que no cuentan con este elemento, sería preciso comenzar por admitir la potestad de la compañía de fijar el uno o el otro al tenor de su sola voluntad, puesto que ella es dueña de contratar o no y, por tanto, de colocarse o no bajo la obligación de satisfacer esos veinte centavos complementarios. Y esa potestad se la niega en términos inequívocos el art. 1865 del C. C.

Según las exposiciones de la compañía, acontece que ella va comprando y recibiendo el banano que le venden los productores con o sin escritura pública de contrato; expide recibo a cada vendedor con expresión de fecha y número de racimos con ocasión de cada entrega; liquida en seguida, y paga cuarenta centavos por racimo, en liquidando; y cuando habiendo habido antes escritura pública o aun no habiéndola habido, se otorga después tal escritura, ella completa al vendedor un precio de sesenta centavos racimo sobre todas las entregas anteriores cubiertas a razón de cuarenta; pero cuando no sobreviene tal contrato ulterior entiende ella que con los aludidos pagos iniciales a razón de cuarenta centavos queda su deuda saldada, es decir, íntegramente pagado el precio de tales compras.

No es de negarse la facultad que cada persona natural o jurídica tiene para alcanzar ventajas por medios lícitos halagando a aquéllas con quienes contrata o ha de contratar, ya por asegurarles la compra o la venta de sus productos, ya por mejorarles el precio, etc. Pero no es de eso de lo que aquí se trata. Aquí se está ante un hecho general y público, relativo a todo un gremio de productores que, en condiciones de identidad no discutidas desde los restantes puntos de vista, o sea, de aquellos atañederos a la calidad del artículo y forma, lugar y oportunidad de su entrega, vienen a quedar en situaciones muy diferentes tan sólo por la exclusiva circunstancia de prestarse o no a contratar por escrito o, más aún, de haber o no caído en la cuenta de hacerlo, o —lo que es más grave— de haber obtenido o no que a ello se plegara o pliegue el comprador.

Se comprende que la compañía, en busca de la regularidad de sus despachos y transportes, entre otras ventajas de lícita aspiración, se proponga conseguir una situación en que con la mayor precisión posible en negocios de esta clase haya de calcular de antemano cuántos racimos tendrá en cada oportunidad dada.

Pero arrogarse la fijación del precio mediante un hecho que está en sus manos que advenga o no, como es el de celebrar contrato por escritura pública más tarde sobre ventas futuras distintas, es algo reñido con la equidad y con el citado art. 1865, cuyas palabras finales son estas: "No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes."

Si se aceptara que el precio es de cuarenta centavos y que sólo sube a sesenta cuando más tarde para otras entregas, que obviamente serán distintas y futuras, se otorgue escritura pública con ese vendedor que por ventas distintas y anteriores no recibió sino a razón de cuarenta, se llegaría al inaceptable resultado de que cuando la compañía, por no esperarse nuevas entregas o por cualquier otra causa, determine no contratar o que no es el caso de hacerlo, se ahorre el pago de los referidos veinte centavos complementarios y así el vendedor que entregó sin estar provisto ni llegar después a estarlo de esa escritura pública sobre ventas distintas y futuras, se vería privado de ese complemento del precio por el exclusivo hecho de no otogarse escritura pública, hecho visiblemente extraño a esas entregas distintas y pretéritas.

Y así como a Calderón le sobrevino un huracán que asolando sus plantaciones el 1º de mayo de 1930 lo dejó sin qué presentar como objeto de tal escritura pública, muy bien puede suponerse que para no otorgarse ésta en ese caso o en otro caso cualquiera no sobreviniera siniestro alguno ni circunstancia diferente de falta de voluntad de la compañía, la que libremente puede abstenerse de contratar y de otorgar determinado documento con sólo no querer hacerlo.

Esta su completa libertad para no contratar ulteriormente, que es indiscutible, hace ver, por lo mismo, con la mayor claridad, cómo quedaría a su arbitrio la fijación del precio si se aceptase el concepto acogido por el tribunal, según el cual en realidad hay los dos precios corrientes que el demandado afirma, en razón de otorgarse o no escritura pública para contrato sobre ventas que han de ser, repítese, distintas de las ya consumadas y futuras ante ese instrumento, lo que significa que han de ser posteriores a esas ventas consumadas de que se está hablando.

Demostrado como está con las pruebas traídas por una y otra de las partes que la costumbre ha sido la de que, aun en los casos de no estar rigiendo contrato escriturado cuando se entrega banano, al otorgarlo obtiene el vendedor lo que falte para completar un precio de sesenta centavos racimo, no es infundado reconocer o al menos conjeturar que cada vendedor de aquéllos —póngase por caso el actual demandante Calderón— cuando vendía y entregaba sin tener aún escritura pública, procedía sobre la base de que en otorgándola más tarde, a él, como a todos los demás hallados en igual situación, la compañía le completaría el precio pagándole los restantes veinte centavos que en el momento de liquidarse aquellas entregas anteriores ocasionaron sólo un pago de cuarenta centavos como provisional o a buena cuenta.

Apenas habrá que advertir cuán ventajoso le era otorgar esa escritura. Y si la costumbre demostrada es, repítese, la de que al otorgarse aquélla más tarde, aun versando sobre ventas futuras y distintas, obraba sobre las anteriores en forma de completar el precio con el pago de los referidos veinte centavos por racimo, es obvio colegir que en el ánimo de Calderón no podía ser extraño el propósito de colocarse en aquella situación ventajosa o, mejor dicho, que no podía ser ánimo suyo el de esquivar por una abstención suya la obtención de ese complemento de precio de los productos que ya tenía entregados.

Estas reflexiones no pierden su valor por haber sobrevenido el ciclón de 1º de mayo de 1930 de que ya se ha hecho aquí mérito.

Con frecuencia sucede que en negocios como el de que se trata en este pleito se pague al vendedor parte del precio a fin de no perjudicarlo con la espera de las liquidaciones necesarias para precisar el monto total de su cuenta y se le acabe de pagar cuando la liquidación queda cerrada. Casos hay en que el pago parcial y la demora en el del resto obedece a un propósito del comprador de forzar al comprador en tal o cual sentido. Claro es que en este último evento el medio aludido no podría entenderse cobijado por el concepto de licitud de que atrás se habló. El expediente no suministra elementos para saber el porqué íntimo del escalonamiento del pago del precio en el negocio de bananos en referencia. Afortunadamente ello no mira al problema que el juzgador tiene ante sí en este pleito, problema para cuya decisión basta saber aquel hecho, esto es que la compañía compradora que pague a cuarenta centavos el racimo cuando lo compra a productor desprovisto de contrato por escritura pública, más tarde cuando ésta se otorga, así sea, como precisamente es, para entregas futuras y distintas, le paga otros veinte centavos como complemento de los cuarenta, para llegar a sesenta centavos como precio efectivo de esas entregas anteriores y distintas hechas sin escritura pública.

Si lo ocurrido es retención de parte del precio en los casos en que por de pronto no se han pagado sino cuarenta centavos y después se otorga escritura sobre ventas, repítese, distintas, ocasión con la cual se entrega por el comprador lo retenido, es evidente que no cabe considerar el caso cual si se tratase de obligación condicional en que la condición consistiese en el hecho de ese otorgamiento, de suerte que sólo mediante éste pudiera entenderse cumplida la condición y sólo así y entonces se hiciese exigible el pago de dichos veinte centavos complementarios. De ahí que no se halle procedente estudiar para el presente pleito lo relativo a obligaciones condicionales, o sea, a la luz de los arts. 530 y siguientes del C. C.

No aceptándose el concepto de haber dos precios corrientes, no se halla que cupiera aplicar el art. 229 del C. Co.

Pudiera objetarse que se hable de precio corriente, no tratándose de un mercado libre con pluralidad de vendedores y compradores, sino de uno en que hay un solo comprador; pero la voz corriente, que mira a la costumbre, como ya se advirtió, no puede dejar de aplicarse adecuadamente a un pre-

cio cuando ha sido el acostumbrado, usual o habitual, así no haya habido sino un comprador único.

En suma la Corte encuentra acreditado con las pruebas que obran en el proceso que el precio corriente es de sesenta centavos racimo y que, por tanto, el tribunal incurrió en error manifiesto al desoír esa comprobación y por ende violó el citado artículo 1865.

Esto vale como decir que se acepta este cargo y que ha de casarse la sentencia recurrida y reemplazársela por la de instancia que corresponde al concepto de la Corte aquí expresado.

Sentencia de instancia.

Las consideraciones expuestas en relación con el recurso de casación adelantan la motivación del fallo de instancia, para lo cual se añaden las siguientes:

Acreditada como está la costumbre de que al liquidar cada entrega cuando no hay escritura se pagan sólo cuarenta centavos, para recibir los otros veinte al otorgarla, no puede reputarse como aceptación de los cuarenta centavos como precio definitivo el mero hecho de no haber formulado reclamo al respecto el señor Calderón con ocasión de la liquidación de cada entrega.

Del propio modo está acreditado por las pruebas antedichas que esa costumbre incluye la de que el transporte lo paga el vendedor. Así las cosas, no se justifica el reclamo de Calderón por el descuento del centavo y medio que la compañía le dedujo crónicamente por esta causa.

En obsequio de la claridad de estos conceptos, no sobrará anotar cuán diferente es guardar silencio sobre un precio que se tiene fundadamente como provisional en lo pagado por de pronto, sobre pie que autoriza para entender que se deja la determinación precisa del minuendo para más tarde, y guardar silencio sobre las bajas que constituyen desde luego un sustraendo definitivo. Sería extraño que Calderón, cuyo agente le pasaba mensualmente sus cuentas, nada objetase al examinarlas porque se le cargase el transporte, si él entendía entonces mismo, como entiende ahora, que no era de su cargo.

No se significa con esto que se tome su silencio de entonces como una aceptación contra la cual no le fuera dado reclamar posteriormente, sino que se hace una reflexión que concurre a reforzar la razón antes expuesta, decisiva de suyo, o sea la que ya se puso de presente al traer a cuento las probanzas sobre costumbre, acerca de este interesante detalle de los gastos de transporte.

Por consiguiente, si Calderón tiene derecho para exigir de la compañía el pago de los veinte centavos complementarios, no le asiste el que pretende para exigirle el pago del centavo y medio de transporte.

El actor comprobó un número de racimos mayor del que señaló en la demanda entregados por él a la compañía. Justificó, pues, sobradamente su afirmación al respecto. La limitación que se trazó al demandar se impone en la sentencia, por favorecer al demandado y porque, además, lo contrario sería fallar ultra petita. Ocurre citar el art. 471 del C. J., in fine.

La cifra señalada al efecto en la demanda es de 49.924¼. Si a cada racimo corresponden $ 0,20, a esa cifra corresponden $ 9,984.85, que es la cantidad a que debe condenarse, en fuerza de lo dicho hasta aquí.

Cuanto a perjuicios, el libelo no da luz sobre este pedimento y, por otra parte, ningunos en especial se han acreditado. Pero, afortunadamente para la claridad de la cuestión, se encuentra en el alegato de primera instancia (fol. 16, frente del cuaderno 1º), que con ese título el actor pide los intereses y al efecto cita el art. 1617 del C. C.

Cuando hay mora en el pago de deuda de dinero, el deudor debe los intereses convencionales o, en su defecto, los legales, salvo los casos especiales en que la ley establezca los corrientes. Aquí, no habiendo estipulación y habiendo considerado las partes a todo lo largo del proceso el contrato en referencia a la luz de las disposiciones pertinentes del Código Civil y como contrato de esta clase, los intereses deben ser los legales según dicho art. 1617.

La costumbre acreditada dentro del proceso es la de que la compañía paga el complemento del precio al hacerse las cuentas del conjunto, su negativa de pago para con Calderón no sobrevino sino cuando éste reclamó y ante la insistencia de él en exigir y de ella en negar se entabló este pleito, la mora no puede computarse en fecha anterior a la demanda y ésta es la que en rigor la determina. Notificada al demandado el 17 de julio de 1930, aplicando por analogía el art. 964 del C. C. habrá de dejarse libre el término que el demandado tuvo para contestarla, esto es, para meditar o deliberar acerca de su actitud de asentimiento o de oposición. Se contará, pues, la mora desde el 23 de ese julio (C. C., art. 1608). Adviértese que no hay dato alguno de que Calderón reclamase antes de la fecha final de sus ventas, cual si hubiese esperado a que se cerrase el ciclo de éstas, para liquidar la re-

ferida cuenta definitiva, con ocasión de la cual habría de pagársele el complemento, que así quedaría establecido.

Las partes no han contendido sobre la especie de moneda. El actor demandó en oro americano, o su equivalente en moneda colombiana. Así dicen las referidas pruebas que es la costumbre tantas veces aquí invocada. Los problemas o discusiones que puedan ocurrir al respecto, y que hoy no se sabe si ocurran, no se presentarán, en su caso, sino al tratarse del pago mismo. Aquí se trata sólo de condenar a él. Mal se haría en decidir o en avocar siquiera cuestiones que están fuera del actual litigio, al que el sentenciador ha de ceñirse. Distinto en este sentido este caso a aquellos que se contiende sobre la especie, en los cuales el juzgador no podría dejar de atender este punto sin faltar a lo prescrito por el C. J. en sus arts. 471 y 481.

Cuanto a costas, no viéndose temeridad en la defensa, no se encuentra motivo para condenar a la compañía al pago que la demanda solicita.

Según documento privado suscrito en Santa Marta el 16 de noviembre de 1935 y presentado al tribunal el 18 de los mismos junto con la solicitud de notificar a la compañía la cesión allí expresada, el señor Juan B. Calderón traspasó al señor Pedro José Calderón "los derechos litigiosos" que le corresponden en este pleito, por precio de veinte mil pesos moneda corriente, para cancelar el cedente su deuda en favor del cesionario a que allí se alude. Este documento original forma el folio 51 del cuaderno 1º. Como se ve al folio siguiente de ese cuaderno (el 52), esa notificación se hizo al gerente de la compañía el 5 de diciembre de aquel año (1935).

El cesionario interpuso recurso de casación y, aunque éste se le concedió por auto que como tal lo nombra y que no sufrió reclamo alguno (fol. 53 ibídem), ello es que la cesión no fue expresamente reconocida, por lo cual no se puede proceder como si lo estuviese, en forma de hacer la condenación en favor del cesionario. Esta situación debe tenerse en cuenta de manera de dejar a salvo lo que será procedente una vez reconocida la cesión expresamente por el juzgador, a lo que no es la Corte, ni podría ser en esta sentencia, quien provea.

De resto, el demandante ratificó ante la Corte lo actuado por el cesionario (cuaderno 7º, fol. 8), y con estos antecedentes el recurso se admitió por providencia que quedó ejecutoriada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada en este pleito por el tribunal superior del distrito judicial de Santa Marta el veintiocho de mayo de mil novecientos treinta y seis (1936), y revocando la del juzgado primero de ese circuito de tres de octubre de mil novecientos treinta y tres, resuelve:

1º Condénase a la United Fruit Company, a pagar en Santa Marta, en oro americano o su equivalente en moneda colombiana, al señor Juan B. Calderón o a quien sus derechos represente, nueve mil novecientos ochenta y cuatro pesos ochenta y cinco centavos ($ 9,984.85) con sus intereses al seis por ciento anual desde el veintitrés de julio de mil novecientos treinta hasta el día del pago.

2º Absuélvese a la misma compañía demandada de los demás cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica, Hermán Cogete, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

OPOSICION AL DENUNCIO DE UNA MINA

1.—Para la Corte cada pertenencia de minas debe estar circunscrita dentro de las dimensiones establecidas al efecto por el código, es decir, que el rectángulo de 600 metros de longitud por 240 de latitud, medidos sobre la superficie del terreno (art. 25 C. de Minas), marca una figura geométrica invariable, que no se puede alargar a costa de la disminución de la latitud, como tampoco ésta se podría ampliar tratando de disminuir la longitud, porque entonces dejaría ya de ser el rectángulo de líneas fijas determinadas expresamente. La unidad de medida de la pertenencia es la figura geométrica prevista, mas no el número de hectáreas precisamente encerradas por aquella figura; la ley le presta más atención al rumbo y mensura de las líneas, que a la extensión territorial que allí puedz encontrarse. Porque si hubiese tenido como factor predominante este último, era obvio que en vez de un rectángulo invariable habría fijado por cabida la unidad de medida de la pertenencia, y porque la misma redacción del art. 23 así lo persuade cuando no permite el ensanche de la base de 240 metros en caso de que se tenga derecho a más de una pertenencia, pues en este caso sólo se entregan las demás pertenencias alargando las líneas longitudinales de la primera en proporción correspondiente. 2.—El pago oportuno del tributo de minas era lo principal hasta la expedición del decreto legislativo No. 223 de 1932 para la conservación del derecho de propiedad sobre las minas, y para recuperarlo bastaba cubrir las cuotas respectivas íntegramente y los intereses moratorios, sin los cuales el pago era completamente ineficaz, al tenor del art. 163 del código. 3.—Es doctrina aceptada por la Corte que carece de valor el pago del impuesto por pertenencias indeterminadas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Hechos

Como consecuencia de que en el año de 1931 los señores doctor Humberto Gómez Naranjo, Antonio Martínez y Estanislao García denunciaron ante el gobernador del departamento de Santander la existencia de una mina de oro y plata en veta, que denominaron La Sultana, ubicada en el paraje llamado Angosturas, corregimiento de La Baja, jurisdicción del municipio de California, de dicho departamento, sobre la banda derecha del río La Baja, en terrenos de la nación, y como de antiguo descubrimiento y abandonada, aunque dijeron ignorar quiénes fueron los últimos poseedores, la compañía The Bucaramanga Gold and General Mining Company, Limited, domiciliada en Londres, afirmando por medio de su apoderado que la mina denunciada, a juzgar por los puntos indicados como base de la mensura, comprende gran parte de la mina Angostura, Paja y Bodega, de su propiedad, se opuso a que se diera la posesión a los denunciantes de la mina denunciada con el nombre de La Sultana.

Determinado por el juez que la compañía debía tener el carácter de demandada en el juicio ordinario por iniciar (fol. 46 v. del cuaderno principal), los señores Gómez Naranjo y Martínez, formularon el correspondiente libelo, en que piden la declaración de que la mina de La Sultana es de antiguo descubrimiento y abandonada; y que ellos y Estanislao García "tienen mejor derecho que la Bucaramanga Gold & General Mining Co. Ltd. a la posesión y propiedad de la expresada mina."

Después, por decisión expresa del juez (fol. 64 del mismo cuaderno), declaróse completamente ineficaz el denuncio de la mina en relación con los señores Martínez y García, por aplicación del art. 392 del Código de Minas. De esta manera siguióse reputando como único demandante al doctor Humberto Gómez Naranjo.

El fundamento principal de la demanda estriba en que el título de la mina denominada Angostura, Paja o Bodega, exhibido por la compañía (folios 7 a 18 del mismo cuaderno), no ha sido revalidado conforme a la ley, y en que dicha mina se halla abandonada porque los impuestos de ella no han sido cubiertos satisfactoriamente (hechos 6º y 7º de la demanda).

El juez en sentencia de fecha 13 de febrero de 1935, falló en primera instancia el juicio en sentido favorable a las pretensiones de la compañía demandada. En la segunda instancia el tribunal superior de Bucaramanga en sentencia de fecha 9 de mayo del año próximo pasado, revocó la del juez y en su lugar sentenció:

"1º Declárase que la mina de oro y plata en veta denominada La Sultana, denunciada por los señores doctor Humberto Gómez Naranjo, Antonio Martínez y Estanislao García, ante la gobernación de este departa-

mento, con fecha seis de julio de mil novecientos treinta y uno, es de antiguo descubrimiento y abandonada. 2º Declárase no probada la oposición que a título de dueño hace The Bucaramanga Gold and General Mining Company Limited a la posesión de la mina denunciada por las personas citadas en el punto anterior con el nombre de La Sultana y de que trata este juicio. 3º Declárase que el denunciante doctor Humberto Gómez Naranjo tiene derecho a la adjudicación de la mina La Sultana y, en consecuencia, dispónese pasar este expediente al gobernador del departamento para los efectos legales consiguientes. 4º No se hace la tercera declaración pedida en la demanda. 5º No hay lugar a condenación en costas."

Contra este fallo interpuso el recurso de casación el apoderado de la compañía, y como está debidamente sustanciado es oportuno ya que la Corte lo decida.

Sentencia recurrida.

Partiendo de la base el sentenciador de que en el presente caso la acción es la de dominio contemplada en los arts. 382 y 383 del Código de Minas, y no la de "mejor derecho" en que se persigue una adjudicación de la mina que aún no se ha obtenido por ninguna de las partes, y de que la mina denunciada, La Sultana, afecta las pertenencias de la mina Angostura, Paja o Bodega, de propiedad de la compañía demandada, como se acreditó en la inspección ocular practicada por el juez de primera instancia el 8 de marzo de 1934 (fols. 3 a 6 del cuaderno Nº 3), entra a investigar la eficacia del título de adjudicación de esta última mina, exhibido por la compañía, y de las trasmisiones de la propiedad de que dicha mina fue objeto, para asentar luégo la conclusión de que The Bucaramanga Gold and General Mining Company Limited adquirió sobre ella el dominio, correcta y legalmente.

Sin embargo, agrega el tribunal, la sociedad opositora no es en la actualidad dueña o propietaria de la mina Angostura, Paja o Bodega, porque no conservó su posesión, y siendo así, se trata de una mina desierta y abandonada que puede ser denunciada y adjudicada. De conformidad con el artículo 303 del Código de Minas, "la posesión se adquiere por la expedición del título y se conserva por el pago del impuesto" y "posesión regular es la que tiene el dueño de una mina titulada que paga puntualmente el impuesto establecido." (Art. 291). Durante la vigencia del art. 143 del mismo código, subrogado junto con otros artículos por los de la ley 59 de 1909 por cada pertenencia de una mina de oro o de plata, con al extensión fijada por la ley, se pagaban dos pesos ($ 2) anuales de impuesto, sea que se laborara la mina o no. "Conforme a esa legislación desde el año de 1887, esto es, desde la expedición del título de la mina Angostura, Paja o Bodega, se vino pagando por este mineral, hasta el año de 1901, la suma de cuatro pesos anuales de impuesto, correspondiente a dos pertenencias, extensión que fue la adjudicada. El año de 1902, dicha mina, junto con otras fue redimida a perpetuidad, mediante el pago de impuesto anticipado en veinte años, según el artículo 45 de la ley 292 de 1875, suatituído hoy por el art. 8º de la ley 59 de 1909, pagándose solamente lo correspondiente a una pertenencia, sin que se hiciera manifestación de que se quería abandonar la otra."

En cumplimiento del art. 148 del Código de Minas, que obliga a los dueños de minas cuyos títulos señalen la extensión de ellas a pagar el derecho que corresponda según dicha extensión, para conservar su derecho, desde la adjudicación de la mina Angostura, Paja o Bodega hasta el año de 1901 pagóse el impuesto anual en la extensión de dos pertenencias, conservándose así el derecho de propiedad. Pero en 1902 —prosigue el tribunal— al redimir a perpetuidad aquella mina, pagándose solamente el impuesto de una pertenencia, debiendo ser por dos que era la extensión adjudicada y por la que se había venido pagando, lo natural y lo legal era que se hubiese determinado con la exactitud que el caso exigía, la parte de la mina que se quería conservar, de acuerdo con la prescripción perentoria del art. 24 de la ley 292 de 1875, según el cual cualquier adjudicatario puede abandonar una parte determinada de una mina, fijando con precisión la parte que quiere conservar, al tiempo de pagar el impuesto, y en este caso puede pagar sólo el impuesto que corresponda a esta parte, a la cual conservará pleno derecho; y como la compañía dejó de obrar así, desde 1902 omitió pagar el impuesto a que por la ley estaba obligada para conservar el derecho sobre la mina, debiéndose por tanto considerar ésta como desierta y abandonada.

A la objeción del apoderado de la compañía de que la acción conducente es la de denuncia de un exceso perjudicado, replica el sentenciador, que esa acción procede a consecuencia de haberse entregado mayor número de pertenencias o a error en la medida, pero que en el presente litigio no se trata de eso, ni de ninguno de los casos del art. 366 del Código de Minas; y que en cuanto a la aplicación del art. 25 de la ley 292

de 1875, en nada favorece a la parte opositora, porque en primer lugar los denunciantes han adquirido hoy mejor derecho a la mina, y en segundo lugar no aparece que se haya pagado el impuesto conforme al art. 21, ni que al pagarlo en 1902 por una pertenencia, debiendo ser por dos, se hubiese observado lo estatuído en el art. 37 de la misma ley.

Motivos de casación:

Primer cargo. El recurrente cita como violados en la sentencia los arts. 23 de la ley 292 de 1875, 45 de la misma ley, y arts. 28, 143, 148, 341 y 343 del Código de Minas.

El recurrente no indica expresamente el concepto en que estas disposiciones fueron violadas, si por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de ellas. Empero, del contexto de sus razonamientos se saca la impresión de que el recurrente ataca el fallo por infracción directa de la ley, ya que ese ataque se desenvuelve en síntesis así:

El tribunal estimó equivocadamente estar abandonada la mina Angostura, Paja o Bodega, por cuanto partió de la base que tenía dos pertenencias, y que no obstante ello, el pago para ampararla a perpetuidad se hizo como si se tratara de mina de una sola pertenencia. Mas ocurre que la mina es en realidad de una pertenencia, o mejor aún, que tiene una extensión menor de una pertenencia en relación con las actuales pertenencias de las minas de veta tomadas como punto de comparación.

Según aparece del título mismo de la mina denominada Angostura, Paja o Bodega, tiene estas dimensiones: frente, ciento cincuenta y seis metros de pendiente o sean cien metros en proyección horizontal; y de fondo, una línea de seiscientos veinticuatro metros medidos sobre el terreno, o sea cuatrocientos en proyección horizontal. De acuerdo con los arts. 127 y 128 del Código de Fomento del Estado Soberano de Santander, bajo cuyo imperio fue adjudicada la mina a Domingo Bueno, la extensión que se acaba de describir correspondía a una mina de dos pertenencias, pues la primera de aquellas disposiciones disponía: "Si la mina es de filón la pertenencia es una superficie rectangular de doscientos metros en la dirección del filón y ciento a lo ancho, es decir dos hectáreas." Cabe advertir que la mina fue considerada con derecho a dos pertenencias, según la segunda de las disposiciones citadas, y de ahí la extensión que se le señaló.

"La mina tiene pues nominalmente, dos pertenencias, pero dos pertenencias de las así designadas por la legislación del antiguo Estado Soberano de Santander. Y esas dos pertenencias nominales cubren una extensión o área menor que una pertenencia de las actuales. Una de éstas tiene una área de 240 metros por 600, medidos sobre el terreno, 140,400 metros cuadros, al paso que la mina Angostura, Paja o Bodega sólo tiene una área de 156 metros, medidos como los anteriores sobre la superficie del terreno por 624 en la misma forma, o sean 97,344 metros cuadrados. De donde se sigue que la rectificación hecha en 1902, cuando se hizo el amparo a perpetuidad en el sentido de indicar que la mina tenía una sola pertenencia, fue una rectificación plenamente aceptable."

"Interesa observar que sería inválida la objeción de que el petrímetro de la mina adjudicada presenta discrepancia, de forma, con respecto a la pertenencia actual, ya que esta última no tiene una longitud de 640 metros sino simplemente de 600. Y sería inválida tal objeción, ya que de conformidad con las disposiciones legales antes citadas y especialmente con el art. 148 del Código de Minas, el impuesto debe pagarse no en función de la forma de la mina sino en función de su extensión, es decir de su área efectiva, lo cual es, por otra parte, plenamente aceptable, ya que a mayor extensión de mineral aprovechable debe corresponder mayor imposición."

Estudio del cargo:

La mina La Angostura, Paja o Bodega fue adjudicada a Domingo Bueno el 4 de junio de 1887, como aparece de la escritura de protocolización Nº 128 de 13 de marzo de 1902, otorgada ante el notario 3º del circuito de Bogotá (fols. 7 a 17, cuad. principal).

El título que fue expedido por el gobernador de Santander teniendo en cuenta las regulaciones del Código de Fomento de aquel antiguo Estado, le confirió derecho a Domingo Bueno al goce de dos pertenencias con las siguientes dimensiones: "Frente, ciento cincuenta y seis metros de pendiente o sean cien en proyección horizontal, en la dirección de la base, desde un roble marcado sobre cuyo tronco está recostada una piedra, encima de un precipicio, a poca distancia de la quebrada de Angostura. Hondo del rectángulo, una línea de seiscientos veinticuatro metros medidos sobre el terreno o sean cuatrocientos en proyección horizontal partiendo del punto que acaba de citarse..."

Conforme al art. 127 de aquel código la medida de una pertenencia equivalía, en minas de filón, a una superficie rectangular de doscientos metros en la dirección del filón y ciento a lo ancho, es decir, cabalmente dos hectáreas.

Pero el 12 de marzo de 1887 fue sancionada la ley 38 de aquel año que adoptó para toda la nación el Código de Minas del extinguido Estado de Antioquia, y las leyes de éste que adicionan y reforman aquél, con las excepciones establecidas en el mismo precepto; código que en su art. 23 define así lo que es una pertenencia: "La extensión de cada pertenencia será un rectángulo de 600 metros de longitud y 240 de latitud. Por consiguiente, al que tenga derecho a tres pertenencias se entregará un rectángulo que tenga 1800 metros de longitud y 240 de latitud; al que tenga derecho a dos pertenencias se le entregará un rectángulo que tenga 1200 metros de longitud y 240 de latitud; y al que sólo tenga derecho a una pertenencia, se le entregará la extensión de que ella consta, según el inciso precedente."

En cuanto al valor del impuesto el art. 143 del mismo estatuto le asignó a cada propietario la obligación de pagar la cantidad de dos pesos anuales por cada pertenencia, sea que se elabore la mina o no; y agrega el artículo: "Las minas que tengan una extensión mayor que una pertenencia, pagarán proporcionalmente, es decir, que dividida la mina en porciones iguales, o equivalentes a las pertenencias, se pagará por cada una de esas porciones dos pesos anuales. La mina que tenga una extensión menor pagará siempre dos pesos anuales."

En el año de 1901 la compañía demandada, bajo el imperio de estas disposiciones pretendió redimir la mina a perpetuidad, conforme al derecho que le otorgaba el art. 45 de la ley 292 de 1875, pagando el impuesto en veinte años, mas ya no en relación con dos pertenencias, como hasta entonces anualmente había venido haciéndolo, sino únicamente por una pertenencia.

Por lo tanto ocurre preguntar si el impuesto que se pagó fue insuficiente, y si por consecuencia de esta falta, la compañía en vez de asegurar de manera plena la propiedad de ella, consiguió más bien el efecto contrario de dejarla abandonada o desierta, ya que con el correr del tiempo tampoco se cuidó de completar el impuesto debido.

Es bien sabido que en derecho minero la posesión regular que es la que tiene el dueño de una mina titulada, se conservaba por el pago del impuesto respectivo. Que según el art. 148 del Código de Minas "los dueños de minas cuyos títulos señalen la extensión de ellas, tendrán que pagar el derecho que corresponda según dicha extensión, para conservar su derecho a la referida mina." Que el art. 341 reputa abandonadas o desiertas las minas por las cuales no se paga el impuesto. Y que conforme al art. 343 "el abandono de una mina surte el efecto de poderse denunciar por otra persona en los términos y con las formalidades señaladas en el capítulo 21."

En presencia de estas prescripciones que hacían tan esencial el pago del impuesto respectivo en orden a la conservación del derecho de propiedad sobre una mina, para determinar si el pago que se hizo del impuesto por veinte años en mira a obtener la redención de la mina Angostura, Paja o Bodega, fue o no suficiente, hay que establecer si el impuesto que debió anticiparse era el correspondiente a las dos pertenencias, con que fue adjudicada, o solamente a una pertenencia, como lo asegura la parte recurrente en casación.

Para la Corte es evidente que cada pertenencia debe estar circunscrita dentro de las dimensiones establecidas al efecto por el código, es decir, que el rectángulo de 600 metros de longitud por 240 de latitud, medidos sobre la superficie del terreno (art. 25), marca una figura geométrica invariable, que no se puede alargar a costa de la disminución de la latitud, como tampoco ésta se podría ampliar tratando de disminuír la longitud, porque entonces dejaría ya de ser el rectángulo de líneas fijas determinadas expresamente.

La unidad de medida de la pertenencia es la figura geométrica prevista, mas no el número de hectáreas precisamente encerradas por aquella figura; la ley le presta más atención al rumbo y mensura de las líneas, que a la extensión territorial que allí pueda encontrarse. Porque si hubiese tenido como factor predominante este último, era obvio que en vez de un rectángulo invariable habría fijado por cabida la unidad de medida de la pertenencia, y porque la misma redacción del art. 23 así lo persuade cuando no permite el ensanche de la base de 240 metros en caso de que se tenga derecho a más de una pertenencia, pues en este caso sólo se entregan las demás pertenencias alargando las líneas longitudinales de la primera en la proporción correspondiente.

Esta interpretación de la Corte la refuerza el decreto ejecutivo Nº 761 de 1887, que en sus arts. 7º, 12 y 18, entre los pertinentes al caso, reglamentando la manera de dar posesión de una mina de veta, disponen que la base y la altura de las pertenencias serán siempre las indicadas en la ley, y que cuán-

do al dar posesión de una mina tropezare alguna de las líneas de la base o de los costados del rectángulo con las pertenencias de otra, se consumará siempre la entrega por las líneas del rectángulo, haciendo constar solamente que éste queda afectado en su forma y extensión con la supresión de la porción ajena; y que cuando sea imposible conseguir por la interposición de otras minas, que la base del rectángulo tenga sobre el terreno los 240 metros, no podrá aumentarse con este pretexto la altura, en compensación de la menor base.

En consecuencia, si la mina Angostura, Paja o Bodega, según el título es un rectángulo de cien metros de base por 640 de longitud, corresponde a más de una pertenencia de las del código y a dos pertenencias, según el Código de Fomento de Santander; no obstando a esta conclusión el que su área total sea en mucho inferior al área encerrada por el perímetro de aquellas, porque, se repite, la unidad de medida invariable es el rectángulo y no el área comprendida por éste.

Cuando se pagó el impuesto de veinte años para redimir la mina regía a la sazón el art. 144 del Código de Minas, de este tenor: "El excedente sobre un número cualquiera de pertenencias se reputará como una nueva pertenencia, sea cual fuere su extensión, y por ese excedente se pagarán también dos pesos." Si pues la mina Angostura, Paja o Bodega tenía un excedente por razón de su longitud, el dueño de ella estaba obligado a pagar el impuesto por dos pertenencias, y al redimirla ha debido tener en cuenta esta circunstancia, pagando el doble de lo que pagó.

El pago oportuno del tributo era lo primordial hasta la expedición del decreto legislativo N° 223 de 1932 para la conservación del derecho de propiedad sobre las minas, y para recuperarlo bastaba cubrir las cuotas respectivas íntegramente y los intereses moratorios, sin los cuales el pago era completamente ineficaz, al tenor del art. 163 del código. De aquí se infiere que para redimir una mina a perpetuidad se requería que el pago hubiera amparado todas las porciones que integraban la mina, conforme a la extensión determinada en el título. "Los dueños de minas cuyos títulos señalen la extensión de ellas tendrán que pagar el derecho que corresponda según dicha extensión, para conservar su derecho a la referida mina." (Art. 148 ya citado). Precepto que obligaba en lo tocante a las mina Angostura, Paja o Bodega, cuyo título señalaba más de una pertenencia, y conforme a esa base se pagó el impuesto hasta 1902, luego es lógica la conclusión que el pago efectuado en 1902 para redimir esa mina a perpetuidad fue deficiente e ineficaz en orden a asegurar el respectivo derecho de propiedad.

Todas estas consideraciones patentizan de modo claro que el tribunal estuvo lejos de violar el art. 23 de la ley 292 de 1875, ni mucho menos los arts. 23 y 143 del Código de Minas, ya que, como se ha visto, obró acertadamente al resolver que la mina no se había redimido por haber sido insuficiente el pago con que se pretendió obtener la redención, comoquiera que el tributo que correspondía sufragar era por dos pertenencias de las actuales, en razón de la excedencia de longitud que imponía aplicar al hacer el pago el art. 144 citado antes.

Por esta misma razón el tribunal aplicó bien el art. 45 de la ley 292 de 1875 al partir de la base de que la mina no estaba amparada a perpetuidad por deficiencia de pago, comoquiera que correspondiéndole a la compañía amparar dos pertenencias sólo amparó una, con lo cual dio campo a la presunción de abandono de acuerdo con el art. 341 del Código de Minas; y al derecho para los terceros de poderla denunciar como mina desierta o abandonada, según el art. 343 ibídem.

Tampoco está demostrada la infracción del art. 148 del mismo código. Al contrario, el tribunal sentó una premisa cierta cuando con apoyo en la extensión de la mina señalada en el título de adjudicación, y en la circunstancia de que al tenor del art. 24 de la ley 292 de 1875 el pago por una pertenencia efectuado en 1901 no podía reputarse como abandono de la excedencia, que para los efectos del impuesto equivalía a otra pertenencia, dedujo que el pago del tributo, como si la mina tuviera la extensión de una pertenencia, no se ajustaba a las prescripciones legales. Tal disposición prescribe que "el dueño de una mina cualquiera puede abandonar una parte determinada de ella, fijando con precisión la parte que quiere conservar al tiempo de pagar el impuesto; y en este caso puede pagar sólo el impuesto que corresponda a esta parte, a la cual conservará pleno derecho." Además, cuando se quiere abandonar parte de una mina hay que llenar también los requisitos dispuestos en los arts. 155 y 156 del Código de Minas, es decir, detallar a tiempo de hacer el pago la situación, linderos y extensión de la mina y el nombre con el cual se la distingue de las demás, remitiendo esta manifestación al poder ejecutivo. Estos requisitos se explican, para que los terceros sepan a qué atenerse respecto de nuevos descubrimientos y en atención a que el Estado tiene de-

recho a saber qué parte de una mina titulada se conserva y cuál se abandona por el no pago del impuesto.

Es doctrina aceptada por esta Corte, que carece de valor el pago del impuesto por pertenencias indeterminadas. Y a tal equivale el pago por una pertenencia con el ánimo de amparar otras porciones, que de acuerdo con la ley y para los efectos del tributo, se computan como equivalentes a una nueva pertenencia.

Segundo cargo. Se alega por el recurrente no estar la sentencia en consonancia con las conclusiones oportunamente deducidas por los litigantes. Y al efecto, dice el recurrente que el sentenciador después de afirmar que la acción propuesta no era la correcta, en lugar de absolver, hizo una declaración sobre mejor derecho a la adjudicación de la mina, que no fue lo pedida en el libelo de demanda. Además, el ordinal 2º de la parte resolutiva contiene una declaración, que no habiendo sido solicitada, el juzgador no podía formular de oficio. "Tal declaración, sin duda hubiera podido ser hecha, si al fallar sobre la no prueba de la oposición se hubiera tratado de fallar sobre excepción alegada por el demandado. Mas ello no es así, el denunciante figura como actor precisamente con motivo de tal oposición; y, en tal virtud la oposición no es una simple excepción acerca de la cual pueda el juez resolver de oficio. No, en manera alguna, el denunciante como demandante, como actor en el juicio, es quien debe establecer y comprobar, que tiene, que ha tenido derecho a denunciar la mina, que tiene mejor derecho a la posesión y a la propiedad de la mina, según lo pedido por él en su demanda. Admitir lo contrario equivaldría a burlar el art. 53 de la ley 292 de 1875, así como las providencias ejecutoriadas que asignaron al denunciante el papel de actor en el juicio."

Se considera:

Al principio del fallo se dejó constancia que los denunciantes por auto ejecutoriado fueron obligados a asumir la calidad de demandantes contra la compañía opositora, en aplicación del art. 53 de la ley 292 de 1875, ordinal 4º, y por haber acreditado la compañía que estaba en posesión de la mina denunciada.

Tales demandantes solicitaron la declaración de mejor derecho a la propiedad y posesión de la mina La Sultana. El tribunal conceptuó que la acción en estos casos es la de dominio de los arts. 382 y 383 del Código de Minas y no la de mejor derecho en que se persigue una adjudicación de la mina, que aún no se ha obtenido por ninguna de las partes (arts. 382 y 66 ibídem); y terminó declarando que el denunciante Gómez Naranjo tiene mejor derecho a la adjudicación de la mina.

Esta Corte en sentencia de 30 de abril de 1936, publicada en la Gaceta Judicial números 1914 y 1915, pág. 42, dijo lo siguiente:

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

"Del capítulo XXII son materia los juicios ordinarios sobre minas. Comienza con el art. 383, que los define y que advierte no ser sólo los ordinarios comunes, sino también los en que se ventila la posesión y la propiedad, no sin advertir, evitando así la duda que pudiera ocasionar el silencio, que además lo son los del citado art. 66. Y a este fin se expresa en estos términos: "También es ordinario el juicio sobre mejor derecho a la adjudicación de una mina, conforme al art. 66." No sobra llamar de paso la atención hacia la claridad que estas palabras arrojan, en el mismo sentido ya dicho, sobre que la locución mejor derecho se refiere o concreta a la adjudicación.

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

El pleito en que se dictó la anterior sentencia surgió como consecuencia de la oposición que hizo también The Bucaramanga

Cold and General Mining Company Limited a la adjudicación de la mina denominada La Tesca, denunciada como de antiguo descubrimiento y abandonada, por el señor Jorge Vélez y otros. Pero en ese pleito, a diferencia del presente, la compañía como opositora asumió el papel de demandante. De manera que allí iba a hacer respetar su derecho de posesión y dominio, emanado de un título de adjudicación. Aquí los papeles por auto ejecutoriado quedaron invertidos; demanda quien apenas pretende una adjudicación, y el demandado es el opositor con el carácter de dueño.

Bien o mal aplicado el art. 53 citado, lo que ya no viene al caso, lo cierto es que compelidos los denunciante a ejercer la función de actores, su demanda tiende a desconocerle a la compañía el carácter que alega de dueña o propietaria de la mina. Ese es el verdadero fin de la acción. Esa circunstancia obligó al sentenciador a desentrañar el único objetivo que el actor se propuso con el libelo a efecto de formular una declaración que a la par que concorde con esa intención, armonizara con la técnica del derecho minero. Y fue así como el tribunal contradiciéndose con aquel párrafo de la sentencia en que expresó que acciones como éstas son de dominio, lo cual le imponía en sana lógica la aceptación del postulado segundo del libelo, contentivo de la acción de dominio, sin embargo en la parte resolutiva de la sentencia cambió la fórmula de aquel postulado por la declaración de mejor derecho a la adjudicación, que es la fórmula aceptable en este pleito, puesto que la otra, la del dominio y posesión es menos adecuada en frente de quien apenas trata de adquirir el título para convertirse en dueño y poseedor.

Conforme a lo dispuesto en el art. 361 del Código de Minas, a las oposiciones que surjan en las restauraciones de las minas —y el denuncio tenía por fin la restauración de una mina abandonada— les serán aplicables entre otros preceptos del capítulo VI, el art. 66, que expresa cuál es el objeto del juicio ordinario en que se debaten las oposiciones originadas por el denuncio de una mina nueva. Objeto que no es otro que el que se decida cuál de los denunciantes "tiene mejor derecho" a la adjudicación. De aquí que, como se deja dicho, la declaración de mejor derecho a la adjudicación que formuló el sentenciador sea la más técnica y la que mejor cuadre con el propósito y fin de la demanda. De manera que formulándola el tribunal del modo como lo hizo, a tiempo que acondicionó el fallo a la ley, interpretó el espíritu que indudablemente guió al autor de la demanda.

Si pues la parte resolutiva se acomoda a la ley y al motivo e intención predominante de la demanda, el que el sentenciador haya incurrido en confusión de conceptos en la exposición de las razones que lo llevan a dar el derecho a una de las partes, no induce a casar el fallo por incongruencia de lo pedido con lo sentenciado, porque de todas maneras lo pedido en términos más o menos incorrectos, que dejan traslucir la intención del actor, fue lo sentenciado.

Observa también el recurrente que el fallo del tribunal es incongruente porque declara no probada la oposición que a título de dueño hace la compañía a la posesión de la mina "La Sultana, siendo así que tal declaración no fue pedida expresamente en la demanda, ni tampoco constituye una simple excepción del demandado acerca de la cual pueda el juez resolver de oficio.

Pero a esto cabe argüir que la oposición fue la cuestión fundamental, la causa, razón o ser de la demanda. Tan lo comprendió la compañía que en la contestación de la demanda su apoderado solicitó que, en cambio de las declaraciones impetradas en el libelo, el juzgador declarase que la compañía tiene mejor derecho que el demandante a la mina denunciada. De manera que haciendo la declaración contraria, que fluía como consecuencial de la pérdida del pleito por la compañía opositora, el fallador apenas limitóse a definir y a concretar una cuestión que era la principal y que estaba implícita dentro de los diferentes puntos tratados en el debate, todos los cuales giraban alrededor de aquella cuestión. No incurrió, pues, el fallo en la incongruencia acusada.

La última razón de incongruencia que da el recurrente consistente en que si los denunciantes señores Antonio Martínez y Estanislao García perdieron sus derechos a promover demanda contra la compañía opositora, esa pérdida debe redundar en provecho de la parte demandada, no obstante lo cual, el fallo le reconoce todo el derecho a la adjudicación de la mina al doctor Gómez Naranjo, bajo la ficción de que fue el único avisante o denunciante de ella con derecho a su totalidad.

Esta acusación constituye medio nuevo en casación, puesto que no figuró entre los hechos sometidos a controversia, ya que el propio apoderado de la compañía en la contestación de la demanda aceptó la nueva situación jurídica creada con ocasión de la pérdida de la acción por parte de los denunciantes señores Martínez y García, en los ci-

guientes términos: "Los denunciantes García L. y Martínez dejaron pasar el término legal sin contestar la demanda (la de oposición de la compañía), motivo por el cual, a solicitud mía, se declaró como no hecha e ineficaz respecto de estos dos señores, la denuncia hecha; así se resolvió en auto consentido por todas las partes. Queda pues como actor único el doctor Humberto Gómez Naranjo, quien confirió poder para representarlo al expresado doctor Serrano y Serrano."

Por otra parte, el que los señores Martínez y García hayan perdido su derecho de descubridores, no puede traer fatalmente el mismo efecto para el doctor Gómez Naranjo que sí cumplió con la obligación que le imponía la ley, de presentar dentro del término legal la demanda correspondiente; en este caso, como lo sostiene el apoderado de la compañía, la acción es indivisible, por haber surgido de una comunidad, no pudiendo, en consecuencia perderse para quien oportunamente la ha ejercitado.

Fallo:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de casar y, en efecto, no casa el fallo recurrido, pronunciado por el tribunal superior de Bucaramanga el 9 de mayo de 1936. Condénase al recurrente en las costas del recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Hernán Copete, Ricardo Hinestrosa Daza, El conjuez, Carlos A. Torres Pinzón. Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—CREDITO ADQUIRIDO DURANTE EL MATRIMONIO.—CESIONARIO DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE.

Lo que se establece en el numeral 5o. del art. 152 del C. J. es la jurisdicción privativa del juez del último domicilio para la secuela de la causa mortuoria y también, aunque no con calidad expresa de privativa, la del mismo juzgado para las contiendas sobre derechos en la sucesión, desheredamiento, indignidad, etc., o nulidad o reforma del testamento, pues para estas causales señala la época en que el de sucesión esté en curso. 2.—El crédito adquirido durante el matrimonio es bien social, de acuerdo con el art. 1781 del C. C. 3.—El cesionario del cónyuge sobreviviente puede ejercer las acciones que éste, procediendo personalmente, podría ejercitar para la sociedad disuelta y aún en liquidación, la que no deja de ser acreedor porque esa liquidación no se haya practicado y haya de practicarse. 4.—El concepto de que los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal son bienes sociales, lo confirma el art. 1795 del Código Civil, según el cual todo lo que el uno, entre la cual figuran los créditos, en hallándose en poder de cualquiera de los cónyuges al disolverse la sociedad se repute pertenecer a ésta, presunción destruible sólo porque aparezca o se pruebe lo contrario.

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

(Magistrado ponente Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el presente juicio ordinario seguido por Romualdo Torres contra José Isaacs Carreño, vecinos respectivamente de Macaravita y El Cocuy, fue condenado éste a pagar a la sociedad conyugal disuelta por la muerte de Ascensión Moreno la cantidad de seis mil pesos con sus intereses al uno por ciento mensual desde el 9 de febrero de 1926, en sentencia del tribunal superior de Santa Rosa de Viterbo, contra la cual Carreño interpuso el recurso de casación que, admitido y sustanciado debidamente, pasa aquí a decidirse.

Antecedentes y sentencia recurrida.

Carreño se obligó con Moreno a pagarle esa suma; a la sazón existía sociedad conyugal entre éste y la señora Rosa María Hurtado; a la muerte de Moreno, esta señora cedió al prenombrado Torres sus derechos en la sucesión y en la sociedad conyugal, y sobre este pie el cesionario, obrando por sí, demandó a Carreño para que se

le condenase al pago de esa suma e intereses, en favor de dicha sociedad.

Carreño opuso varias excepciones, entre ellas la de pago; el juzgado acogió ésta; pero procediendo cual si cada cónyuge fuese dueño de cada bien por mitad, halló indebido el pago en cuanto en su totalidad se hizo al heredero del cónyuge difunto y condenó a pagar la mitad restante al sobreviviente. El tribunal, no hallando comprobado el pago, desechó esta excepción, así como las demás aludidas, e hizo la condenación referida.

De paso se recuerda que este proceso había subido a la Corte por casación contra fallo anterior del mismo tribunal, el que se casó entonces por haber concurrido a dictarlo un magistrado impedido en razón de haber sido apoderado de una de las partes. Devuelto el expediente, por tanto, para que se dictase sentencia libre de tan grave vicio, el tribunal dictó la que ahora se revisa.

El tribunal ha sentenciado sin hallar nulidad en el proceso, por estimar, a diferencia del demandado, que el juicio no tenía porqué seguirse en su primera instancia ante el juez de la causa mortuoria de Moreno.

El tribunal encuentra que el crédito de que se trata es un bien de la sociedad conyugal y no un bien propio del marido como sostiene el demandado y que se ha demandado para la sociedad, y sobre estas bases aceptó la demanda y acción e hizo la condena antedicha, sin acoger los reparos del demandado sobre personería del actor.

Y en cuanto a la procedencia de la deuda y lo tocante a su causa, encontrando el tribunal comprobada aquélla y no acreditadas las excepciones, fue como condenó, sin hallar estorbo para ello en que Carreño, que resultó deudor de Moreno, llegase a esto por arreglo de cuentas anteriores o por un contrato de cesión que Moreno le hiciera de créditos de éste contra terceros, cesión cuyo precio fuera el valor cabal de la obligación que aquí se persigue.

Cuanto a la deuda en sí, el tribunal encontró su prueba, no en el documento de 9 de febrero ya aludio, que no obra original en el proceso, sino en la confesión de Carreño al contestar la demanda, cuya respuesta sobre ese preciso punto fue aún más explícita en el memorial aclaratorio de tal respuesta. (Cdno. 1º, folio 39).

El pago no lo acogió, por no hallarlo comprobado.

Quedan resumidos los fundamentos de la sentencia recurrida y esbozados o sugeridos los cargos que se le hacen en casación.

Pasan a estudiarse éstos en la forma indicada por el art. 537 del C. J.

El recurso

La nulidad, en su caso, constituye el motivo que separadamente establece el art. 520 del C. J. en su numeral 6º.

Aquélla está implicada en lo que presenta el recurrente como excepción de incompetencia de jurisdicción. La hace consistir en haberse seguido la primera instancia del presente juicio en juzgado distinto del de la causa mortuoria de Ascensión Moreno. De ahí deduce en casación el cargo de violación de las disposiciones legales pertinentes: arts. 162 y 152 del C. J., respectivamente el anterior y el actual.

El cargo es inadmisible. Lo que allí se establece (numeral 5º), es la jurisdicción privativa del juez del último domicilio para la secuela de la causa mortuoria y también, aunque no con calidad expresa de privativa, la del mismo juzgado para las contiendas sobre derechos en la sucesión, desheredamiento, indignidad, etc., o nulidad o reforma del testamento, pues para estas causas señala la época en que el de sucesión esté en curso. Pero la ley no podría olvidar todo lo que en atención a la naturaleza de la causa y al domicilio del demandado reconoce ella que influye en lo tocante a jurisdicción y competencia, y establecer la privativa jurisdicción del juzgado de la causa mortuoria, como lo pretende el recurrente, para juicio como el presente en que el litigante es la sociedad conyugal, o en que fuera la sucesión misma, pero en que obra no como reo sino como actor, en busca de la efectividad de un crédito a cargo de tercero.

- II -

Dentro del motivo primero de los establecidos por el citado art. 520 formula el recurrente diversos cargos que pasan a estudiarse en el orden mismo de su demanda de casación, a fin de analizarlos todos, aunque esto implique para la sentencia repeticiones así inevitables.

A) Violación de los arts. 1781, 1774, 186 y 183 del C. Civil y 352, 265 y 932 del Judicial, por no tratarse de bien social sino de uno propio del difunto.

El crédito en referencia lo adquirió a título oneroso el señor Moreno durante la sociedad conyugal existente entre él y su consorte señora Rosa María Hurtado; por tan

to, es un bien social, a la luz del citado art. 1781 cabalmente, puesto que éste, que dice de qué se compone el haber social, expresa en su numeral 5º: "De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio. Ante este precepto, ese crédito es bien social, aunque no tuviese el título oneroso que a mayor abundamiento se acaba de advertir.

No hay error, pues, en considerarlo así y en reconocer, por lo mismo, cuán procedente es una demanda formulada en favor de la sociedad acreedora.

El recurrente niega a Torres la personería para demandar para esa sociedad que, además, ya no existe; y de ahí deduce un cargo más en relación con las disposiciones que acaban de citarse como violadas al decir de él, cual es el de infracción del art. 1805 del C. C.

Se observa: esta disposición atribuye la jefatura y representación de la sociedad conyugal al marido; pero de ahí no se deduce que el cesionario del cónyuge sobreviviente no pueda ejercer las acciones que éste, procediendo personalmente, podría ejercitar para esa sociedad disuelta y aún en liquidación, la que no deja de ser acreedor porque esa liquidación no se haya practicado y haya de practicarse.

Por lo demás, no se ve cómo hayan siquiera podido violarse los citados arts. 180 y 1774, que determinan la formación de sociedad conyugal por el hecho del matrimonio; ni 1805 o 1814, que hablan de la representación de esa sociedad por el marido y, en su caso, por la mujer, durante aquélla; ni del 1806, que autoriza la persecución por los acreedores de los bienes del marido y de los sociales cual si fuesen de él y establece los casos excepcionales en que pueden perseguir los bienes de la mujer.

B) Violación de los arts. 341, 342, 343 y 471 del C. J., por cuanto, habiéndose demandado para la sociedad conyugal, el tribunal agrega, sin haberlo agregado la demanda, "disuelta con ocasión de la muerte de Ascensión Moreno." El recurrente halla en esta agregación una demasía, un grave error, tales sus palabras, que conducen a fallo ultra petita.

Es inaceptable el cargo. El actor advierte en su demanda inicial que esa sociedad quedó disuelta con la muerte del marido. Así, pues, no puede entenderse en sentido distinto la demanda, ni aunque deliberadamente se formase el propósito de hacerlo. Entre los hechos fundamentales enumera esa disolución y ese estado de liquidación. Y, como si todo ello no bastase, si se presenta a demandar es invocando su calidad de cesionario de los derechos del cónyuge sobreviviente. Al referirse la demanda a esa sociedad para designarla como acreedor y al decir que a favor de ella solicita la condenación que pide, dice "sociedad conyugal formada por Ascensión Moreno y Rosa María Hurtado Villamarín." Esto no puede entenderse como afirmación de que esa sociedad aún existiese a la fecha del libelo ni, mucho menos, que fuese en favor de esa sociedad como algo aún vigente, como demanda. La advertencia de estar disuelta con la muerte del marido no es, pues, fallo ultra petita. Esto, aun suponiendo que la mera advertencia sobre disolución pudiera reputarse como constitutiva de por sí de un fallo o como que de suyo fallase al respecto. Por ministerio de la ley esa sociedad quedó disuelta con la muerte del marido y este hecho es uno de los fundamentos de la demanda.

C) Violación de los arts. 1071, 1072, 1073, 1077, 1270, 2594, 2637, 2652 y 2660 del C. C.; de todo el Cap. 3º del Tít. XI del Libro II del C. C. y del art. 248 de la ley 105 de 1890.

La violación de tan copioso número de disposiciones la hace el recurrente consistir en que Moreno murió testado, su testamento se otorgó y protocolizó legalmente y tiene por tanto toda su fuerza, en él instituyó heredero único a su hermano Gregorio Moreno y, además, declara que todo cuanto hay o deja es suyo y que no quedan gananciales; y sin embargo de todo ello el tribunal desconoce que Carreño quedará descargado de su deuda pagándosela a Gregorio y desconoce que ese crédito fuera un bien propio de Ascensión.

Como el tribunal no aceptó el pago por no estar acreditado satisfactoriamente, al negar esta excepción ni ocasión tuvo de violar esas disposiciones, pues, así las cosas, no la hubo para tocar nada relacionado con ellas, como si podría haberla habido si, aceptando el hecho del pago, hubiera entrado a considerarlo en sus posibles efectos o trascendencia para ante la sociedad conyugal o la sucesión de Moreno y su testamento.

CH) Violación del art. 1757 del C. C. y también de dicho art. 341 del C. J., por haber dado el tribunal por probada la existencia del crédito no obstante haber probado Carreño su pago.

Es de observarse que una cosa es la obligación y su existencia y otra la extinción de la misma. Hallar deficientes los comprobantes de un pago podrá ser un error, en cuanto se demuestre que esos comprobantes son satisfactorios; pero aun en este evento no se violaría el art. 1757 en el sentido de que así se exonerara al actor de su carga de probar la obligación por él afirmada. Más todavía: lógicamente el deudor demandado al excepcionar de pago está afirmando implícitamente que la obligación nació. Cuanto a violación de ese art. 1757 por haber desechado la excepción de pago, este punto se estudiará adelante.

D) Violación de los arts. 180, 1634, 1774 y 1781 del C. C. y 932 del C. J. anterior vigente a la época de la demanda.

En este cargo repite el recurrente algo ya estudiado y rechazado aquí. Lo formula basándose en ser distintas entre sí una sociedad conyugal, la sucesión de un cónyuge y la persona del cesionario del otro. Sobre esta distinción obvia vuelve a reclamar porque se condenara como se condenó, a pesar de demandar Torres en nombre propio, a pesar de ser el crédito un bien propio del cónyuge difunto, a pesar de demandarse para una sociedad conyugal vigente y de estar ella disuelta, y a pesar de estar pagado el crédito a que se condena. Lo del pago, se estudiará adelante. Lo demás, queda estudiado y rechazado en los capítulos anteriores de esta sentencia.

E) Violación del art. 1724 del C. C., por cuanto habiendo habido una confusión que extinguió la deuda, el tribunal desconoce esta excepción.

Lo que el recurrente llama confusión de modo tan inequívoco que cita esta disposición legal, contentiva de la definición de este medio de extinguir las obligaciones, es algo que, en su caso, constituiría una compensación, pues la funda en el concepto de ser recíprocamente deudores y acreedores Moreno y Carreño; así: éste se constituyó deudor de aquél por el precio de adquisición de ciertos créditos de Moreno a cargo de terceros que cedió a Carreño, y éste por virtud de este contrato mismo vino a ser acreedor de Moreno, en razón de sus obligaciones de cedente.

Aceptando que el crédito de cuyo cobro aquí se trata proceda, no de saldos de dinero de Moreno existentes en poder de su agente Carreño, como afirma la demanda, sino de ese contrato de cesión, ello es que no aparece contraída por el cedente ninguna de las responsabilidades excepcionales que sería preciso que expresamente hubiese contraído, ya sobre solvencia del deudor, ya sobre esta solvencia en el futuro, a que se refiere el art. 1965 del C. C. Si esto no se comprobó ni siquiera se ha alegado en las instancias; si no se niega que Moreno efectivamente cediese, no se halla justificada la afirmación de que este señor, por el hecho de ceder a Carreño los créditos cuyo precio de cesión son, al decir de éste, la razón de su documento por seis mil pesos de que aquí se trata, quedase siendo deudor de Carreño por esta suma o por suma alguna.

Así, pues, aunque a la Corte le fuese dado, en su empeño de dar sentido a las alegaciones del recurrente, proceder cual si se hubiese apellidado acertadamente la excepción y citado la disposición pertinente como violada, ni aun así podría aceptar el cargo, por la poderosa razón que acaba de exponerse en contrario.

F) Junto con la cita de dicho art. 1724 del C. C. hace el recurrente la del art. 1524 del mismo, y como a las alegaciones aludidas agrega la de que la obligación tuvo por causa ese contrato de cesión de 9 de febrero de 1924 y no la de arreglo de cuentas anteriores afirmada por el demandante, parece que el recurrente, no más claro a este respecto que sobre los ya estudiados, ha querido significar, para derivar de ahí la excepción correspondiente, que no teniendo tal obligación la causa expresada en la demanda, esto vale como carecer de causa, dentro de este litigio al menos. Para rechazar el cargo basta observar que la causa del pleito está en que Carreño se constituyó deudor de Moreno por seis mil pesos el citado 9 de febrero y que es el cumplimiento de esta obligación, confesada por Carreño, lo que forma materia del pleito y constituye la condenación de la sentencia. Las fuentes, los orígenes, la causa remota pudo ser una u otra de las dos indicadas u otra distinta. La causa inmediata es la deuda en sí.

No se violó, pues, ese art. 1524 tampoco, ni se erró en la apreciación de las declaraciones de testigos aducidas por Carreño en la mira de acreditar que la fuente de su obligación fue ese contrato con Moreno celebrado el mismo 9 de febrero, fecha del documento.

G) Violación de las varias disposiciones legales relativas a la fuerza probatoria de los documentos privados, en especial del art. 1761 del C. C. en cuanto se demandó en razón del documento de 9 de febrero y el tribunal condena cual si ese documento obrara en autos, sin haberse presentado.

El cargo es inadmisible. Es verdad que la demanda cita el documento; pero ella no pide por el documento en sí, pues lo que demanda es el cumplimiento de la obligación misma en él contenida. Ella es el fin, que no debe confundirse con el documento, simple medio probatorio cuya ausencia no obstó a la condena, porque quedó suplido con la confesión del deudor. El tribunal no se fundó en el documento, sino en la confesión. Por otra parte, sobre el hecho mismo de haberse otorgado aquél existe también la confesión clarísima de Carreño en diversos pasajes del expediente, en especial en su citado escrito del fol. 39 del cuaderno 1º.

H) Sostiene el recurrente que la escogencia entre gananciales y porción conyugal debió hacerla personalmente la señora y de ahí deduce carencia de acción en Torres y violación de los arts. 1287, 1234, 1235, 1238, 1837 y 1838 del C. C.

Se considera: ella cedió sus derechos en la sociedad conyugal y en la sucesión de su marido. El cesionario quedó investido de las acciones consiguientes. Torres optó por gananciales, como había podido optar ella si no hubiese cedido. Así se estableció la vinculación necesaria entre él y esa sociedad disuelta para poder él demandar para ella como lo hizo. De otro lado, el tribunal no ha dicho que ella podía recibir a la vez el total valor nominal de la porción conyugal, y su mitad de gananciales, y la totalidad o una cuota de la herencia.

Para mayor claridad se recuerda que esos arts. establecen en suma: el 1287 que la transferencia hecha por un heredero o legatario del respectivo derecho implica aceptación de la asignación; el 1234, que para determinar si hay o no derecho a porción conyugal y por cuanto, en su caso, se toman en cuenta al cónyuge supérstite sus gananciales y lo demás que tenga o haya de recibir; el 1235, que a opción suya puede preferir la porción abandonando sus otros bienes y derechos o retener cuanto posea o se le deba, caso en el cual sólo que algo falte para completar el valor de la porción se le dará este saldo a título de complemento; el 1238, que la responsabilidad del cónyuge supérstite es como de heredero cuando recibe cuota y que si recibe gananciales lleva la responsabilidad peculiar de éstos; el 1837 da a la mujer o sus herederos el derecho de renunciar los gananciales, disuelta la sociedad, y el 1838 establece que esta renuncia no puede rescindirse y que cuando se ha recibido algo del haber social a título de gananciales, ya no puede esa renuncia pronunciarse.

Queda rechazado el cargo y vista la falta de relación de estas disposiciones con el caso del pleito y con la sentencia recurrida.

I) Violación de los arts. 333 y 341 del C. J. y 1624, 757 y 1401 del C. C., porque estando demostrado, al decir del recurrente, que Carreño pagó a Gregorio Moreno cuando éste estaba en posesión del crédito, si acaso éste recibió mal, es a Gregorio y no a Carreño a quien ha debido demandarse.

Si el Tribunal procedió sobre la base de no estar demostrado el pago, ni ocasión o manera tuvo de violar esas disposiciones, pues no se colocó en un punto de vista que hiciera posible, en su caso, juzgar el tema del pago en forma que las quebrantase, esas disposiciones.

Queda rechazado el cargo. Lo tocante al pago se estudia adelante.

J) Violación de los arts. 757, 1401, 1821 y 1822 del C. C. y, con ellos, del art. 341 del C. J., varias veces citado.

Este cargo consiste en que, al decir del recurrente, se demanda por Torres para sí, lo que no le es dable por no tener adjudicación a su favor del crédito cuyo pago se busca, estando como está aún ilíquida la sociedad conyugal.

Ya queda visto que Torres no demanda para sí, pues si bien expresa en la parte petitoria que habla en nombre propio, en seguida manifiesta que pide para la sociedad. Esa advertencia no se refiere, pues, a la súplica en sí misma, sino al modo de presentarse él, en cuanto no procede por interpuesta persona; y para reconocerlo así basta recordar, como ya se ha hecho, que se funda en ser cesionario del cónyuge sobreviviente, en ser ese crédito un bien social y en estar la sociedad disuelta e ilíquida; y como si eso no bastara, a igual conclusión se llegaría con sólo releer el pedimento en referencia (cuaderno ppl., fol. 11), en que Torres manifiesta pedir "se condene a este señor Carreño a que pague a la sociedad conyugal formada por Ascensión Moreno y

Rosa María Hurtado Villamarín la suma de seis mil pesos oro ($ 6,000) de capital y los intereses de esta suma a razón del uno por ciento mensual desde el nueve de febrero..."

Así las cosas, formulado textualmente así el pedimento y fundado entre otros hechos en los a que se acaba de aludir, mal puede entenderse que el tribunal se abstuviera de reconocer o recordar que la posesión de la herencia la recibe el heredero al deferírsele ésta (art. 757); que cada asignatario se entiende haber poseído inmediata y exclusivamente desde la muerte del de cujus lo que en la partición le adjudica (art. 1401), o que deben inventariarse los bienes sociales al disolverse la sociedad (art. 1821), o que el inventario debe ser solemne o que, hecho sin solemnidad, no obliga sino a quienes lo hayan aprobado y firmado. (Art. 1822).

Se rechaza, pues, este otro cargo.

K) Violación de los arts. 1757, 1759 y 1769 del C. C. y 609 del C. J., por cuanto el tribunal condenó fundándose en una confesión que debió admitir en su integridad y en la cual el confesante advierte tener extinguida la obligación confesada y en que advirtió asimismo tener esa obligación una causa distinta de la afirmada por el demandante, causa distinta que el tribunal no tomó en cuenta.

Como se vio, Carreño afirma haber pagado. Esta afirmación es independiente de la confesión de haberse obligado. El tribunal estudia separadamente lo uno y lo otro, presentado separadamente también por Carreño mismo, según se ve en varias piezas del expediente, entre ellas su alegato de conclusión en primera instancia. Carreño confiesa al contestar la demanda (hecho 6º), que el 9 de febrero de 1924 quedó obligado para con Moreno a pagarle los seis mil pesos, y refrenda esta confesión con su tan citado memorial del folio 39 del cuaderno 1º, aclaratorio de su citada respuesta, y es separadamente, proponiendo la que él mismo llama excepción allí y en sus restantes pertinentes escritos, inclusive la demanda de casación que se está estudiando, como habla del pago.

El tribunal, con entera lógica, estudió la confesión y halló que acredita el hecho afirmado por Torres de haberse obligado Carreño para con Moreno en la fecha y por la suma expresadas, y estudió a su turno los comprobantes del pago y, hallándolos faltos, negó esta excepción. Para lo uno, estimó la confesión como manda el art. 609 del C. J., en relación con el 1769 del C. C., que por lo mismo, no fueron violados como el recurrente dice. Y, del propio modo, no incurrió en violación del art. 1757, pues cada una de las partes cargó con la prueba que esta disposición respectivamente echa a sus hombros.

El art. 1759, que habla de la fuerza probatoria de un instrumento público, no se ve, ni el recurrente dice, por qué se violara.

Ya se dijo que la causa de este pleito está en haberse declarado Carreño deudor de Moreno el 9 de febrero de 1924 por los seis mil pesos que aquí se le ha condenado a pagar a la sociedad conyugal existente para esa fecha entre Moreno y su consorte. Nada adelanta Carreño con demostrar, aun dando por sentado que lo haya hecho, que esa obligación suya resultó del contrato de cesión celebrado ese mismo día y no de saldo de cuentas por dineros que de tiempo atrás retenía a Moreno, como dice el demandante, porque, cualquiera de las dos u otra distinta que fuese la fuente remota, la causa inmediata, que para el pleito basta, es la de haberse constituído deudor como acaba de recordarse.

Debe advertirse que, habiendo disparidad entre los litigantes sobre el plazo sin interés, que el demandante dice haber sido de un año y el demandado dice haber sido de dos años, el tribunal optó por esto último, favorable al deudor confesante; de suerte que, aunque el libelo pide intereses a partir del 9 de febrero de 1925, la condena en éstos los hace datar del 9 de febrero de 1926.

L) Como respecto de provenir la deuda del referido contrato de cesión de 9 de febrero de 1924 adujo Carreño declaraciones de testigos y copia de actuaciones judiciales que adelante en lo pertinente se verán, entre ellas lo relativo a notificación de esa cesión, el recurrente formula el cargo de violación de los arts. 1960 y 1961 del C. C. y 632 del C. J. actual referente a fuerza probatoria de esas copias.

Para rechazar el cargo bastaría repetir que el tribunal no condena en forma tal que lo haga por ser fuente inicial de la deuda la indicada por el demandante y no la afirmada por el demandado, sino por estar acreditada la deuda y su vigencia, lo que vale como decir que ni ocasión hubo para que se hubieran podido violar estas disposiciones. A que se agrega que el tribunal en manera alguna decidió o siquiera conceptuó algo que implique o sugiera el olvido de que para producir efecto la cesión contra el deudor o contra terceros debe notificarse por el re-

sionario al deudor o aceptarse por éste (art. 1960), o que la notificación debe hacerse con exhibición del título y éste llevar el traspaso con designación del cesionario y bajo la firma del cedente. (Art. 1961).

LL) Violación del art. 1795 del C. C.

El tribunal, ajustándose al art. 1781 del C. C., conceptuó ser un bien social el crédito aquí discutido. Ese concepto lo confirma el art. 1795, según el cual todo lo que él reza, entre lo cual figuran los créditos, en hallándose en poder de cualquiera de los cónyuges al disolverse la sociedad se reputa pertenecer a ésta, presunción destruible sólo porque aparezca o se pruebe lo contrario. Y agrega (este art. 1795), que la confesión del uno o del otro cónyuge ni ambas juntas valen para invalidar esa presunción, sin embargo de lo cual la confesión se mirará como donación que confirmada por la muerte del donante se ejecutará en sus bienes propios o sobre su parte de gananciales, según el caso.

Sin embargo de la completa claridad de esta disposición, el recurrente la conceptúa violada por el tribunal por haber manifestado Moreno en su testamento que no había gananciales y que todo lo que dejaba eran bienes propios suyos.

Aparte de la ninguna relación entre el art. 1795 y estas declaraciones testamentarias, cabe observar que la simple afirmación de un testamento en favor del testador o de su sucesión o herederos no puede entenderse como prueba que de suyo obligue a su cónyuge sobreviviente o que menoscabe los haberes de la sociedad conyugal.

Se rechaza el cargo.

M) Violación de los arts. 1120, 1124, 1127, 1191, 1270 y 2317 del C. C.

El 1120 dice que el acreedor cuyo crédito no conste sino por el testamento se considerará como legatario; el 1124, que las asignaciones deben ser a título universal o de especies o de géneros o cantidades determinadas o determinables; el 1127 fija como guía de interpretación de la voluntad del testador, más que sus palabras, su intención; el 1270 habla de la validez del testamento y de la fuerza del que se ha otorgado bien, en forma de no poder invalidarse sino por la revocación del testador; y el 1191 habla de las deudas confesadas en el testamento sin tener por otra parte principio de prueba por escrito, para asimilarlas a legados gratuitos.

Este breve resumen del contenido de aquellas disposiciones hace ver la impertinencia del cargo y aun de la cita, tratándose de sentencia que condena al deudor de una sociedad conyugal disuelta con la muerte del marido a pagar a ella la deuda contraída para con éste durante la misma sociedad, sin que —por otra parte y a mayor abundamiento— el testamento de Moreno diga algo sobre Carreño o mencione siquiera el crédito de que aquí se trata.

N) Respecto del pago, el recurrente acusa de violación de las disposiciones legales relativas a éste en sí y de las del Código Judicial relativas a la apreciación de las pruebas con que sostiene haberlo acreditado satisfactoriamente.

Conviene un relato de los hechos pertinentes para la mejor comprensión de este cargo que, a diferencia de los ya estudiados aquí, sí tiene relación con la sentencia acusada y con su punto de partida y los razonamientos por los cuales llegó el tribunal a la conclusión condenatoria que el recurrente ataca.

El 9 de febrero de 1924 se constituyó Carreño deudor de Moreno por el principal e intereses a que el tribunal lo condena.

El documento privado en que esa obligación se hizo constar lo dio Moreno en custodia a su médico, doctor Andrés Girardot, con encargo de entregarlo, si aquél moría, a Gregorio Moreno.

Muerto Ascensión, a quien enterraron el 24 de octubre de ese año, Carreño se entendió con Gregorio, sea para pagarle religiosamente los seis mil pesos, como Carreño afirma, sea, como afirma el demandante, para obtener recibo sin pago, a favor de la ignorancia y ancianidad de Gregorio, muerto poco tiempo después.

Ese pago, hecho con prescindencia del largo lapso que faltaba aún sin lugar a pagar intereses, lo quiso respaldar el demandado en este pleito con una especie de endoso (son sus palabras), en favor de Gregorio, acerca de lo cual en el expediente se habla—y así lo declara el médico Girardot—de una propuesta hecha a éste en el sentido de permitir que al pie del dorso del documento se pusiese la sílaba "pá", que vendría a formar la palabra "páguese" con el comienzo de una foja separada que quiso agregar al documento y que era, a su turno, el encabezamiento de una nota de cesión suscrita por Ascensión en favor de Gregorio.

Sea por estos tropiezos o por cualquiera otro motivo que no interesa establecer, ello es que más tarde y, sobre todo, dentro del presente recurso, la justificación del pago a Gregorio se ha sentado por Carreño sobre las otras bases que al efecto le asignó también en su contestación a la demanda, y que son el testamento de Ascensión que instituía a Gregorio heredero único y lo nombraba albacea, hechos que bien pudo a la verdad conocer desde luego o tener conocidos de antemano Carreño, aunque el demandante advierte que sólo algún tiempo después fue cuando ese testamento vino a conocerse y legalizarse.

Obtenido por Carreño el recibo de Gregorio, exigió a Girardot la entrega del documento, y denegándose éste a hacérsela, Carreño acudió a un embargo preventivo en diligencias que terminaron por desistimiento cuando por obra del recibo de Gregorio, de orden expresa de éste y de su calidad de heredero y albacea, Girardot accedió a hacer a Carreño la entrega a que inicialmente se había resistido.

El tribunal, después de estudiar las pruebas relativas a estos hechos, entre las cuales figura la copia de las procedentes actuaciones judiciales, halla que el recibo de Gregorio no figura sino en copia y que el reconocimiento de firmas hecho judicialmente por los testigos que a su ruego lo suscribieron refrendándolo, es una circunstancia que, así como estos detalles, no tiene por respaldo en este proceso sino la afirmación de Carreño. Y estimando que esa mera copia en tales circunstancias no es base probatoria suficiente ante la ley, desechó la excepción de pago.

Si el recibo no obra original en el expediente, si no obra aquí tampoco ni original ni en copia el reconocimiento de firmas de los testigos de que habla el deudor; si no fue otorgado por ninguna de las partes hoy litigantes; si Torres no lo ha aceptado en manera alguna ni abstenídose de objetarlo, sino que reiterada y enfáticamente lo ha desconocido en sí y en su mérito probatorio; si, por tanto, median respecto de ese recibo todas estas determinaciones de su ambiente y de su situación legal, lo que vale tanto como decir que adolece de las correlativas faltas, mal pueden reputarse violados o desoídos, sino antes bien ha de reconocerse que fueron debidamente escuchados, los arts. 637, 643, 645, 646 y 647 del C. J.

El recurrente, a pesar de formular sus cargos relativos al pago en forma que necesariamente implica que conceptúa que se trata de un documento al hablar del recibo, al punto de citar entre las disposiciones legales quebrantadas por la sentencia al rechazar esta excepción el art. 1761 del C. C., relativa cabalmente a documentos privados, sostiene que aquellas disposiciones del C. Judicial no son pertinentes porque no se trata de documento, sino de un recibo. Este reparo no es aceptable, pues los recibos tienen su puesto en la denominación genérica de documentos. El Código Civil en repetidas ocasiones los llama en términos precisos "cartas de pago." Y el Diccionario de la Academia al definir la palabra documento dice: "Escritura, instrumento u otro papel autorizado, según los casos, con que se prueba, acredita o hace constar alguna cosa."

El tribunal no ha quebrantado el art. 632 del C. J. porque no ha desconocido la fuerza probatoria de la copia aludida de actuaciones judiciales, sino simplemente que, partiendo de la base de que esa copia es una prueba, la estudia en sí y encuentra que no llega hasta donde el demandado pretende.

No violó tampoco el art. 1634 del C. C., porque ni siquiera tuvo motivo u ocasión de entrar a considerar en relación con esos artículos las modalidades de un pago no comprobado. Así las cosas, decidiendo acerca del pago por obra de la falta de comprobación, no tuvo siquiera para qué indagar si Gregorio Moreno estaba o no capacitado para recibir y si el pago que Carreño dice haberle hecho sería o no válido ante aquella disposición.

Otro tanto cabe decir respecto de la violación de los arts. 2149 y 2195 del C. C. afirmada por el recurrente. Aquél dice cómo puede conferirse un mandato y éste (el 2195), que el mandato no se extingue por la muerte del mandante cuando está destinado a ejecutarse después de ella. El recurrente en este cargo se refiere a que Girardot fue mandatario de Moreno en lo tocante a la guarda del documento con cargo de entregarlo a Gregorio si Ascensión moría. Pero como el tribunal para negar la excepción de pago se funda en que éste no se acreditó, es claro que no tuvo ni ocasión tampoco para juzgar el punto en forma que, relacionándose con estas disposiciones, pudiera, según el caso, haberla violado.

En suma, en lo tocante al pago: no se encuentra error en la apreciación de los elementos con que Carreño cree haberlo comprobado y, por tanto, no se halla fundado el cargo de violación de las disposiciones que el recurrente cita como violadas ya en cuanto a la estimación de las pruebas, ya en cuanto al pago mismo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y

por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la dictada en este pleito por el tribunal superior del distrito judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha veinte de junio de mil novecientos treinta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica, Hernán Copete, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pizarro, Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

DEMANDA DE NULIDAD POR SIMULACION.—ACCION DE SIMULACION.—ESTADO CIVIL DE MATRIMONIO.—PRUEBA LEGAL DE ESTE ESTADO CIVIL.—PARTIDAS DE ESTADO CIVIL DE ORIGEN ECLESIASTICO.—PRUEBAS SUPLETORIAS DEL ESTADO CIVIL.—APRECIACION DE PRUEBAS POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR.—APERTURA DE LA SUCESION Y DEL JUICIO DE SUCESION.—TERCEROS ADQUIRENTES DE BUENES VENDIDOS SIMULADAMENTE.

1.—Las partidas de origen eclesiástico, extendidas en la forma prescrita por la ley canónica, son documentos legalmente aptos para demostrar el estado civil de las personas, ya en virtud de los arts. 22 de la ley 57 de 1887 y 79 de la 153 del mismo año, ya en virtud de un pacto bilateral con la Santa Sede. Tales documentos deben ser expedidos con las formalidades requeridas para que sirvan como prueba y están sujetos a ser rechazados o refargüidos en los mismos casos y términos en que lo estarían las actas del estado civil procedentes de los funcionarios civiles. En la formación y expedición de las actas de origen eclesiástico, referentes al estado civil, se presume que el acto a que ellas se refieren, especialmente el matrimonio, se ha celebrado con las formalidades canónicas indispensables para la validez del acto. Los funcionarios judiciales no pueden inmiscuirse en lo relativo a si una partida de origen eclesiástico ha sido o no extendida de acuerdo con la ley canónica, lo cual no quiere decir que tengan que cerrar los ojos ante una partida de ese origen y atenerse irrestrictamente a lo que en ella se expresa, porque esas partidas están en el mismo pie de igualdad de las civiles y pueden ser refargüidas de falsas o supletas. La ley admite la prueba supletoria para probar el estado civil de las personas, pero esa prueba no es AD LIBITUM, sino que es indispensable que se compruebe la falta de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas en el registro del estado civil. 2.—Cuando la convicción del tribunal surge del estudio y análisis de pruebas no afectas a ningún manifiesto error de hecho ni de derecho, entonces esa convicción debe prevalecer y es intocable en casación. 3.—La teoría antes prevalente dedujo directamente de la simulación la nulidad, llegando, por decirlo así, a identificarlas; la teoría acogida por la Corte actualmente, ve en una simulación dos contratos: el aparente, que es el fingido, y el disimulado y oculto bajo él, que es el efectivo, y sostiene que, en tal estado, el juzgador debe estudiar en sí mismo este último contrato para saber de su validez. 4.—Una cosa es la apertura de la sucesión a que se refiere el art. 1012 del C. C. y otra muy distinta la apertura del juicio de sucesión. 5.—Si en virtud de una sentencia que decreta la simulación queda destruído el vínculo ostensible que liga a las partes, las consecuencias del fallo no pueden repercutir sobre terceros, cuya buena fe se presume y que no tienen por qué sufrir las consecuencias de la invalidación de un acto anterior en el cual no intervinieron. Pero esto no implica que cese la responsabilidad del comprador que adquirió simuladamente, puesto que no pudiendo devolver los bienes que adquirió existen contra él otras tantas acciones, como la de perjuicios, por ejemplo, sin que esto signifique que no haya acción contra los terceros si no los ampara esa buena fe que se les presume, si sus contratos no son efectivos, etc.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Hechos

1º Por escritura pública número 433 de 31 de diciembre de 1930, Francisco Sanjuán aparece vendiendo a Fernando Sanjuán, por la suma de cinco mil cien pesos, los siguientes inmuebles: La mitad del predio La Laguneta; el predio denominado La Chácara, el predio llamado Cerro de la Virgen y tres casas en el barrio de El Carretero, en la ciudad de Ocaña. El vendedor se reservó el usufructo de lo vendido por el resto de sus días.

2º Por escritura pública número 435, también de 31 de diciembre de 1930, Francisco Sanjuán aparece cediendo a Fernando Sanjuán por seis mil pesos, los créditos personales e hipotecarios a favor del cedente y en contra de Marcelo Vergel, Jesús A. San-

juán, Gratiniano Contreras y Francisco Patiño.

3º Tres días después de estas ventas, o sea el 8 de enero de 1931, falleció Francisco Sanjuán.

4º A la muerte del vendedor fallecido no quedaron bienes en la sucesión de éste.

Sobre estos hechos básicos e indiscutidos Eloy Sanjuán apoyó su demanda por simulación, para que se declararan nulos, de nulidad absoluta, los contratos expresados en las escrituras 433 y 435 ya citadas. Pidió que se condenara al demandado Fernando Sanjuán a entregar a la herencia de Francisco Sanjuán representada por sus herederos, entre los cuales figura el suscrito, según dice éste en la petición tercera de la demanda, las fincas y créditos a que se refieren las dos escrituras ya citadas.

Subsidiariamente ejercitó la acción de rescisión por lesión enorme, respecto del contrato a que se refiere la escritura 433 de 31 de diciembre de 1930.

El juez de la instancia en sentencia de 12 de julio de 1934, decretó todas las peticiones de la acción principal y por recurso de casación, contra el fallo del tribunal, recurso que fundó en la primera causal del art. 520 del C. J.

Cuestión previa

La Corte, con motivo de haber variado la doctrina sobre simulación, cree del caso exponer la nueva teoría que está consagrada en las sentencias de fecha 27 de julio de 1935, 29 de agosto de 1936, 24 de octubre de 1936 y 12 de diciembre de 1936, Gaceta Judicial números 1899, 1914, 1915, 1920, 1921, entre otros fallos, y nada mejor que trascribir en lo pertinente parte del estudio que sobre el particular hizo el magistrado doctor Antonio Rocha y que corre publicado en los números 1911 y 1912 de la Gaceta Judicial:

"Concepto sobre la simulación

"Consiste ésta en celebrar públicamente un acto o contrato, pero al mismo tiempo celebrar con la misma persona un acto secreto que adicione, modifique, altere o descarte los efectos del acto público o aparente. Suele llamarse al acto público acto aparente u ostensible, y al acto secreto privado, oculto o disimulado. Hay simulación, dicen Planiol y Ripert, tomo VI, Nº 33, cuando se hace conscientemente una declaración inexacta o cuando se hace una convención aparente cuyos efectos son modificados o descartados o suprimidos por otra convención, contemporánea de la primera y destinada a permanecer secreta.

"Fines de la simulación.

"Dentro de la misma noción de simular o disimular, se suelen obtener fines jurídicos, por medios equivalentes, pero por distintos de los normales, es decir, por medios distintos de aquellos que ordinariamente sirven para realizar el fin que uno se propone alcanzar. Así sucede cuando, por ejemplo, el que da a otro en préstamo una suma de dinero a interés, para asegurarse mejor el reembolso (o de que, si el prestatario deudor no paga, le tenga de antemano cogidos sus bienes), en vez de hacer constar el acto en la forma normal de un mutuo con hipoteca, se disfraza el mismo fenómeno bajo la forma de una venta con pacto de retroventa. Así si el deudor no paga oportunamente (el plazo del mutuo viene a ser el mismo que se le concede para que retrocompre), el acreedor se queda con la propiedad por el sólo transcurso del plazo y se habrá evitado el juicio de cobro con acción hipotecaria y el remate, etc., etc. (pero aquí, a diferencia de los casos de verdadera simulación, no hay constancia del acto secreto). Entre la simulación y el uso de medios sustitutivos hay diferencia, pues por la primera no se quiere obtener el resultado que se aparente, mientras que con el segundo medio sí se quiere el fin declarado; de ahí que la simulación requiera la rectificación por acto privado, mientras que al usar del medio de tomar no hay necesidad de rectificar, ni por tanto de contraestipulaciones privadas.

"Validez y licitud.

"Ni la simulación ni el uso de medios jurídicos sustitutivos son, en sí ilícitos. En efecto no hay razón para prohibir a las gentes el disimular por medio de actos jurídicos el verdadero fin que se proponen, o lograr ese fin con medios sustitutivos, mientras éstos no sean ilícitos, pues siéndolos, si además no salen de la ley, no está prohibido ocultar al público los negocios. Y si el acto secreto reúne los elementos intrínsecos de validez de todo acto o contrato (consentimiento, capacidad, objeto y causa lícito), ese acto es válido entre las partes contratantes. La validez del acto privado resulta de la disposición del art. 1766 del C. C., conforme al cual 'las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en las escrituras públicas, no producirán efecto contra terceros.' Por escrituras privadas se entiende todo acto secreto que venga a descartar, o a modificar o a alterar el acto aparente. De modo que si bien contra terceros no producen efecto,

sí lo producen plenamente entre las partes. Es la misma disposición del art. 1321 del C. C. francés, cuyo texto es: Las contraletras no pueden tener efecto alguno sino entre las partes contratantes; ellas no tienen absolutamente efecto contra terceros.

"Si entre las partes produce efecto, es porque ese acto, el secreto, es válido. Y ellas pueden, las partes contratantes, invocarlo la una contra la otra, y hacerlo prevalecer sobre el acto público; entre ellas es ese acto privado el que realmente rige sus relaciones de negocio de voluntad, en una palabra constituyen la norma y vínculo jurídico. No pueden, en cambio, oponerlo a terceros, porque los terceros tienen derecho a atenerse al acto aparente, como es obvio. Pero nótese bien que si el art. 1766 del C. C. dice que las escrituras privadas no producirán efecto contra terceros, no dicen que no lo producirán respecto a terceros, de modo que éstos tienen derecho a invocar el contrato o escritura privada si en ello tienen interés (el interés necesario para toda acción y si pueden probar la existencia de ese acto secreto). La prueba del acto secreto es distinta, según que la acción de simulación la invoquen los terceros o las partes.

"La simulación no afecta a terceros.

"Es natural que el acto secreto, es decir la contraestipulación privada, no exista sino para el que tenga conocimiento de tal acto. De ahí se deduce que a los terceros de buena fe no les es oponible el acto simulado. En otras palabras, la simulación no afecta a terceros de buena fe, quienes desde luego se han fiado del acto aparente o público; la ley y la doctrina protegen a los terceros que sin negligencias se han confiado en la apariencia, única que podría guiarles, que podría ser norma de sus determinaciones. El art. 1766 es claro; las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en la escritura pública, no producirán efectos contra terceros. Empero, es muy importante anotar que, de que el acto secreto no pueda ser opuesto a terceros, de ahí no se sigue que los terceros no puedan invocar su existencia, cuando tengan interés en invocarla (intereses, acción que protege el derecho).

"Quiénes son los terceros en caso de simulación.

"Para responder, es preciso distinguir según que se trate del derecho de hacer prevalecer el acto secreto sobre o contra el acto aparente de las personas a quienes la declaración de prevalencia (o sea de simulación) no puede perjudicarle. En otros términos, quién tiene acción de simulación y a quiénes perjudica.

"a) Quién tiene la acción. Ya hemos insistido en que el contrato privado en sí es lícito y válido entre las partes, aunque como todo contrato pueda adolecer de nulidades. Pues bien, las partes contratantes, sus causahabientes a título universal o herederos y en general toda persona que tenga un interés protegido por la ley en que prime el acto secreto sobre el público, como son los acreedores de los contratantes, todos ellos tienen la acción de simulación: que se reconozca y declare que el bien no ha sido realmente enajenado, y que por tanto permanece aún en el patrimonio del contratante deudor, que prime la verdad real sobre la expresión sólo aparentemente declarada. Pero en uno de los supuestos que hicimos, en el de la noción disfrazada de venta, si con ella se menoscaba la herencia de un legitimario (ahí sí hay fraude, que afecta al heredero), éste frente a los demás herederos, es tercero y puede desconocer y atacar el acto simulado de su causante que lo perjudica y va contra la ley.

"Prueba de la simulación.

"Tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el contrato simulado. Los herederos del que celebró el contrato pueden ejercitar la misma acción puesto que ocupan el mismo lugar que aquél. También pueden ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible. Para el efecto, pues, de tener la acción y de poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros. El interés de distinguir entre la parte misma y los terceros no existe sino desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que puedan acudir unos y otros. Cuando el acto ostensible no se celebró por escrito los herederos del que lo celebró, así como éste mismo, pueden contraprobar, pueden demostrar el acto oculto que altera el ostensible, por todos los medios de prueba tal como hubiera podido hacer su causante si viviera. Pero cuando el acto ostensible consta por escrito, sus herederos al ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera podido y querido ejercitar, es decir, para ejercer la acción heredada, están obligados, como éste, a dar la prueba del acto oculto por escrito, o un principio de prueba por escrito, o por la confesión de la otra parte; el principio de prueba por escrito se puede completar por testigos, indicios y todo medio probatorio.

"Fraude a los derechos de un heredero.

"Caso distinto es que los herederos quieran probar un fraude a sus derechos de la herencia, o mejor dicho que el acto aparente se celebró en fraude de sus propios derechos de la herencia, porque entonces ya no ejercitan la acción derivada de su causante, sino otra en nombre propio, tal como el menoscabo de sus legítimas; entonces los herederos o el heredero viene a ser un tercero, respecto del causante y del otro contratante, quien defraudó su propio patrimonio heredado, o que tenía derecho a heredar en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio con una enajenación ficticia que los sustrae a la prenda común de todos los acreedores. La prueba que entonces los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contraprueba escrita (la del acto privado), ni a la confesión del otro contratante, sino al principio de la prueba por escrito, complementada en este caso por todo otro medio probatorio; entonces pueden acudir también a la prueba inicial, y es lo más corriente, testigos, presunciones, etc., etc. En fin, basta considerar que para demostrar el acto oculto, las reglas son las generales sobre pruebas, art. 1757 y siguientes del C. C. y 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887."

La sentencia acusada

Expuesto lo anterior y aun cuando la demanda está inspirada en la antigua doctrina, como indudablemente se ejercitó la acción de simulación, es procedente estudiar a la luz de la demanda, tanto la sentencia recurrida, como los cargos contra ella en este recurso.

La sentencia está basada en una serie de pruebas indiciales, testimoniales y presunciones, lo que cuadra con la última parte de la doctrina sostenida recientemente por la Corte. El actor acudió a esa clase de pruebas y el tribunal, previo análisis y estudio de ellas llegó a la conclusión de que las escrituras 433 y 435 citadas, contenían contratos simulados y sobre esa base confirmó la sentencia del inferior.

El recurso

Puede dividirse en cuatro capítulos o partes la acusación hecha por el recurrente a la sentencia, a saber:

I. Que Eloy Sanjuán no ha demostrado su carácter de heredero en calidad de hijo legítimo de Francisco Sanjuán, por cuanto el matrimonio de éste con Ramona Gómez no está debidamente acreditado. Que por lo tanto el tribunal erró y violó la ley al dar por comprobado ese matrimonio.

II. Que el tribunal erró y violó por tanto la ley sustantiva al estimar que con la prueba supletoria Eloy Sanjuán demostró su calidad de hijo legítimo de Francisco Sanjuán. El recurrente estima que no era el caso de admitir la prueba supletoria.

III. Que el demandante Eloy Sanjuán no acreditó que los bienes que aparecen vendidos en las escrituras 433 y 435 pertenecieran a la herencia o sucesión de don Francisco Sanjuán y que por lo tanto la acción derivada del artículo 950 del C. C. no puede prosperar.

IV. Que el tribunal erró en el examen de las pruebas, indicios, presunciones, testimonios, para concluir de ese examen que eran simulados los contratos expresados en las escrituras 433 y 435 de 31 de diciembre de 1930.

Estudio de los cargos

En el primer cargo, y según la división que se ha hecho ya de los capítulos de la demanda de casación, acusa el recurrente la sentencia por violación de los arts. 22 de la ley 57 de 1887, 79 de la ley 153 del mismo año y 395 del C. C.

La violación de esas normas, consiste, en sentir del recurrente, en que el tribunal dio por establecido el matrimonio celebrado entre Francisco Sanjuán y Ramona Gómez, dándole a la partida de origen eclesiástico una fuerza o valor probatorio que no tiene en sí.

La Corte considera:

El demandante presentó copia expedida por el notario público de Ocaña (fojas 1ª del cuaderno de pruebas de segunda instancia), en que consta el matrimonio civil que celebraron ante el juez de circuito de Ocaña, Francisco Sanjuán y Ramona Gómez, el 10 de junio de 1876. Consta que tales diligencias fueron enviadas por el juez a la notaría para su protocolización y el notario da fe de que ellas se hallan insertas en el tomo 2º correspondiente al año precitado.

Esta prueba no fue tenida en cuenta por el tribunal fallador, porque no fue presentada en la forma prescrita por el art. 636 del C. J. y en concepto del tribunal esa informalidad lo llevó a prescindir de aquella.

Descartada ésta, el tribunal se atuvo a la de origen eclesiástico que dice así: (fojas 1ª del cuaderno Nº 1º): "El infrascrito cura párroco de Santa Ana de Ocaña, certifica: Que en el libro de matrimonios de los años

1874 a 1882, folas 68, se encuentra una partida que dice: Francisco Sanjuán con Ramona Gómez. En la parroquia de Santa Ana de Ocaña a 7 de junio de 1878, yo el cura encargado de ella, certifico: que según los apuntamientos del presbítero José Antonio Acosta, mi inmediato antecesor, el presbítero Isidoro Sánchez Lemus, su teniente de cura, a 4 de mayo de 1875, previas todas las formalidades canónicas presenció el matrimonio que contrajo Francisco Sanjuán, con Ramona Gómez. Les dio la bendición nupcial in facie Eclesiae y se velaron el mismo día, siendo testigos Leocadio Navarro, Ismenia Portillo y José Lobo, el sacristán, de que doy fe. R. Amaya. Ocaña, noviembre 27 de 1931. Firmado: Manuel B. Pacheco, Pro."

Para el recurrente la partida que se acaba de trascribir no es tal, no llena los requisitos de los arts. 22 de la ley 57 y 79 de la ley 153, sino que es un mero certificado, por donde el tribunal erró y violó estas normas al estimar que con tal partida estaba acreditado el matrimonio católico entre Francisco Sanjuán y Ramona Gómez.

Las partidas de origen eclesiástico, extendidas en la forma prescrita por la ley canónica, son documentos legalmente aptos para demostrar el estado civil de las personas, ya en virtud de los arts. 22 y 79 citados, ya en virtud de un pacto bilateral con la Santa Sede. Tales documentos deben ser expedidos con las formalidades requeridas para que sirvan como prueba y están sujetos a ser rechazados o redargüidos en los mismos casos y términos en que lo estarían las actas del estado civil procedentes de los funcionarios civiles.

En la formación y expedición de las actas de origen eclesiástico, referentes al estado civil de las personas, se presume que el acto a que ellas se refieren, especialmente al matrimonio, se han celebrado con las formalidades canónicas indispensables para la validez del acto.

Por eso en sentencia de 8 de marzo de 1933 dijo la Corte: "no les es permitido a los funcionarios del orden judicial, entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque eso sería invadir jurisdicción ajena, ni menos si un matrimonio ha sido celebrado con el lleno de las formalidades canónicas, porque ambas legislaciones, la civil y la eclesiástica, son independientes, constitucionalmente hablando, y la una no puede inmiscuírse en el círculo de la otra."

El art. 22 de la ley 57 de 1887 habla de las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. El párroco de Santa Ana de Ocaña sentó la partida de matrimonio celebrado entre Francisco Sanjuán con Ramona Gómez, de acuerdo con lo que el párroco antecesor dejó apuntado o relacionado. Sentada en esa forma la partida el párroco Pacheco expidió el certificado de que habla el art. 22 con inserción de la partida. Ante la legislación canónica, una partida expedida en esa forma demuestra el hecho del matrimonio.

Ante la legislación civil, una partida en esa forma, es también por imperio de los arts. 22 y 79, prueba principal de la celebración del matrimonio, porque los funcionarios del orden judicial, como lo dijo la Corte, no pueden inmiscuírse en lo relativo a si una partida de origen eclesiástico ha sido o no extendida de acuerdo con la ley canónica.

No quiere decir lo anterior que los jueces tengan que cerrar los ojos ante una partida de origen eclesiástico y atenerse irrestrictamente a lo que en ella se expresa, porque esas partidas, como las actas de origen civil, del estado civil de las personas, están en el mismo pie de igualdad, no sólo desde el punto de vista probatorio, sino también desde el extremo en que puedan ser atacadas, redargüidas de falsas o suplidas, art. 22 de la ley 57 de 1887.

Para desvirtuar la partida eclesiástica del párroco de Ocaña hubiese sido necesario demostrar o que no se podía extender en la forma en que lo hizo el cura párroco que sustituyó a quien casó a Francisco Sanjuán y Ramona Gómez, por prohibirlo el Derecho Canónico, o que el matrimonio no se celebró, o que la partida está adulterada o falsificada. Ninguno de estos extremos fue siquiera materia del debate.

Siendo así las cosas el tribunal debía atenerse, como lo hizo, a la partida de origen eclesiástico de que se ha hecho mención, precisamente aplicando los arts. 22 y 79 de las leyes 57 y 153 de 1887, artículos que por lo tanto no han sido violados, como tampoco pudo serlo el art. 395 del C. C., porque el demandante presentó una de las pruebas principales del estado civil de casados de Francisco Sanjuán y Ramona Gómez y no la prueba supletoria.

Se desecha pues el cargo.

El tribunal dio por establecida, con la prueba supletoria, la calidad de hijo legítimo del demandado Eloy Sanjuán respecto de Francisco Sanjuán.

El recurrente ataca esa apreciación y sostiene que con ella se violaron los arts. 395, 346, 347, 348, 383, 399 del C. C. nacional.

No está demostrada, dice el recurrente, como lo exige el art. 395 del C. C., la falta o inexistencia en los registros respectivos, de la prueba principal requerida en el presente caso; ya porque el certificado del presbítero doctor Pacheco sobre este particular es deficiente, ya porque no es posible afirmar que en el caso de don Eloy la prueba principal sea la de origen eclesiástico desde luego que nadie ha demostrado que don Eloy hubiera sido bautizado en el seno de la Iglesia Católica.

La Corte observa:

El cura párroco de Santa Ana de Ocaña certificó, folios 1º del cuaderno 1º, que ha buscado en los libros de bautizo de los años de 1870 a 1890 y no se ha encontrado la partida de bautizo de Eloy Sanjuán Gómez, lo que testifica para los fines consiguientes. Este certificado fue expedido en 1931.

El demandante Sanjuán acudió entonces al tercer medio de pruebas supletorias de que trata el art. 395 del C. C. y el tribunal se expresó así al respecto: "en los libros de la misma parroquia no se halló la partida de nacimiento de Eloy, circunstancia probada con las certificaciones del respectivo párroco; y a falta de otros documentos auténticos o de declaraciones de testigos con quienes pudiera demostrarse directamente el hecho o hechos constitutivos del estado civil de Sanjuán como hijo legítimo del matrimonio Sanjuán-Gómez, se ocurrió al tercer medio que reconoce el art. 395 del C. C. para acreditar dicho estado o sea el de su notoria posesión, que quedó demostrada con las declaraciones de los testigos Quintero, Portilla, Navarro y Rodríguez, en conformidad con lo dispuestos en los arts. 397, 398, 399 del citado código, a los cuales se ajusta en un todo la referida prueba testimonial."

Las declaraciones de los testigos expresados o sea de los señores José Ignacio Quintero, Juan Portilla, Francisco Navarro y Heriberto Rodríguez, las tuvo muy en cuenta el tribunal y hasta trascribió lo esencial de ellas, que son todas idénticas. Los testigos mencionados declararon que conocieron de vista, trato y comunicación a los finados Ramona Gómez de Sanjuán y Francisco Sanjuán, naturales y vecinos que fueron de la ciudad de Ocaña, y que conocen de la misma manera y desde niño a Eloy Sanjuán y por tal conocimiento saben y afirman a ciencia cierta que dichos esposos Sanjuán-Gómez trataron como hijo legítimo a Eloy Sanjuán Gómez, quien vive en la ciudad de Ocaña, que es el lugar de su nacimiento y de su domicilio permanente. Que los padres de Sanjuán, ya mencionados, proveyeron a la educación y establecimiento de su hijo Eloy de un modo competente y lo presentaron con ese carácter a sus deudos y amigos y que éstos y el vecindario de Ocaña en lo general, reputaron y reputan a Eloy Sanjuán como hijo legítimo de tales padres, lo cual duró por mucho más de diez años continuos.

Con estas declaraciones estimó el tribunal comprobado el carácter de hijo legítimo de Eloy Sanjuán respecto de Francisco Sanjuán y Ramona Gómez de Sanjuán.

El tribunal hace además una observación muy oportuna que por su importancia se trascribe en seguida y que atañe al matrimonio de Francisco Sanjuán y Ramona Gómez, como al estado civil de hijo legítimo de Eloy Sanjuán: y "..... prueba de dicho matrimonio la partida de defunción de Francisco Sanjuán, en la cual se afirma que éste era viudo en primeras nupcias de Ramona Gómez; las partidas de bautizo de Grabiela, Rufino, Eulogio, Fernando y Eva Sanjuán Gómez (fojas 88 a 89 del cuaderno número 4 de pruebas del actor), en las cuales consta que éstos son hijos legítimos de Francisco Sanjuán y Ramona Gómez, lo cual supone el hecho correlativo del matrimonio legítimo de tales padres. No estima el tribunal que en casos como éste la confesión del demandado pruebe el estado civil invocado por el demandante; pero sí cabe observar, en corroboración de que este estado aparece de manifiesto en los autos, la circunstancia de que este punto ni siquiera aparece como material del debate; el demandado aceptó que Eloy Sanjuán era hijo legítimo de Francisco Sanjuán; el mismo apoderado del opositor no niega este hecho en su alegato, solamente tacha la prueba que se adujo para demostrarlo. En las posiciones extra-juicio absueltas por Fernando Sanjuán y acompañadas por el actor a la demanda, se formuló en estos términos la pregunta número 11: Diga el declarante si al suscrito Eloy Sanjuán, hijo legítimo, como él, del señor Francisco Sanjuán, le correspondió algo en el reparto de los bienes de éste. Fernando Sanjuán respondió: "no ha habido reparto, ni dejó nada mi padre Francisco Sanjuán para repartirle al señor Eloy Sanjuán, hermano legítimo mío e hijo de mi mismo padre."

Por dos aspectos, de acuerdo con la acusación, debe la Corte considerar el asunto: a) Si la prueba supletoria fue producida debidamente por el demandante, y b) Si con

esa prueba ha demostrado o no que tiene el estado civil de hijo legítimo de Francisco Sanjuán por la posesión notoria de ese estado.

a) La ley admite la prueba supletoria para probar el estado civil de las personas, artículos 395, 396, 397, 398 y 399 del C. C.; pero esa prueba no es ad libitum, como lo dijo la Corte, en sentencia de 20 de septiembre de 1935, sino que es indispensable que se compruebe la falta de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas en el registro del estado civil.

En virtud del art. 22 de la ley 57 de 1887, las partidas de origen eclesiástico, debidamente expedidas, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil. Según esa norma desde la expedición de la precitada ley, son dos las pruebas principales del estado civil de las personas, las de origen eclesiástico, emanadas de los respectivos curas párrocos, y las de origen civil, emanadas de los notarios, y no sólo esto, sino que respecto de los matrimonios católicos y por disposición del art. 79 de la ley 153 de 1887, se tendrán como pruebas principales las de origen eclesiástico para los matrimonios celebrados en cualquier tiempo, por lo que un acto de esa clase celebrado antes de la expedición de la ley 57 de 1887, puede demostrarse y así lo ha establecido la doctrina, fundada en una disposición clara, con el acta del matrimonio.

Siendo de la misma categoría probatoria, pruebas principales del estado civil, las actas notariales y las eclesiásticas, la falta de esos documentos puede suplirse, por otros documentos auténticos o por declaraciones de testigos que hayan presenciado el acto o por la notoria posesión del estado civil, de modo que el art. 395 del C. C., en virtud de la reforma de las leyes 57 y 153 de 1887, comprende y abarca no sólo los documentos de origen notorial, sino también a los de origen eclesiástico. Si pues no aparece la partida eclesiástica del nacimiento de un individuo y el respectivo párroco expide la certificación sobre ese hecho, es entonces pertinente la prueba supletoria de la misma manera que cuando un notario certifica sobre la falta del acta de nacimiento de una persona.

Expedida la certificación, sea por el cura párroco o por el notario respectivo, la prueba supletoria en ese caso está sometida en cuanto a su producción y eficacia legal a las mismas condiciones y reglamentación, lo cual quiere decir que ya provenga la certificación del cura o del notario, la producción de la prueba supletoria se hace siempre del mismo modo; en otros términos: las dos pruebas principales del estado civil tienen el mismo valor y cuando no existen la demostración supletoria de ese estado se hace del mismo modo.

El actor presentó la demostración de la falta de prueba principal con el certificado expedido por el cura párroco de Ocaña, del cual aparece que no se encontró la partida de bautizo del demandante en el libro correspondiente. Ahora bien, no basta este solo hecho o sea la presentación de un certificado de origen eclesiástico o civil sobre la no existencia de la partida de bautizo de un individuo para establecer la falta de la prueba principal, sino que es necesaria la demostración del nacimiento de ese individuo en el lugar donde se expide el certificado sobre la falta de la prueba principal o por lo menos la prueba de que tal individuo ha vivido siempre en ese lugar. Para esto, para esta demostración son adecuadas no sólo las declaraciones de testigos sino toda clase de documentos. De otro modo cualquiera persona podría con el certificado notarial o parroquial, expedido por cualquiera notario o cura, acudir a la prueba supletoria. De autos aparece lo siguiente: 1º El certificado del cura de Ocaña del cual consta que en los libros parroquiales no se encuentra la partida de bautizo de Eloy Sanjuán. 2º Que en esa parroquia contrajeron matrimonio Francisco Sanjuán y Ramona Gómez, padres de Eloy. 3º Que en dicha parroquia se verificó el entierro de los padres de Eloy. 4º Que en la misma parroquia fueron bautizados Graciela, Rufino, Eulogio, Fernando y Eva Sanjuán, hermanos de Eloy. Según todos estos documentos resulta acreditado un hecho que es exponente de una realidad, no sólo en el medio colombiano, sino en muchos otros, a saber: que existen familias establecidas desde un principio en una localidad, donde viven permanentemente, con una tal permanencia que allí nacen, se casan y mueren los individuos de esa familia. Para la Corte, en virtud de las razones anteriores, resulta que la prueba supletoria del estado de hijo legítimo de Eloy Sanjuán, fue producida debidamente.

B) Es pertinente entonces estudiar si con esa prueba demostró tal carácter el demandante, por cuanto el recurrente la ataca en casación.

Como se dijo, fueron cuatro los testigos presentados por Eloy Sanjuán para demostrar su calidad de hijo legítimo de Francisco Sanjuán y Ramona Gómez por la posesión notoria del estado civil de su hijo. Esos

testigos que son los señores José Ignacio Quintero, Juan Portilla, Francisco Navarro y Heriberto Rodríguez, declaran en síntesis, que conocieron de vista, trato y comunicación a Francisco Sanjuán y a Ramona Gómez. Que conocen desde niño a Eloy Sanjuán y que por ese conocimiento saben a ciencia cierta que Francisco y Ramona trataron a Eloy como a hijo legítimo de ellos, proveyendo a la educación y establecimiento de éste, presentándolo con el carácter de hijo a sus deudos y amigos y que unos y otros en el vecindario de Ceaña reputaron siempre a Eloy como hijo legítimo de Francisco y Ramona y que esto duró por más de diez años continuos.

La posesión notoria del estado civil de que trata el art. 395 del C. C. se establece en lo que se refiere a quien invoca su carácter de hijo legítimo con la demostración de ciertos hechos consistentes en que los padres hayan tratado al hijo como tal, hayan proveído a su educación y establecimiento, lo hayan presentado a sus deudos y amigos con el carácter de hijo y estos y el vecindario de su domicilio en general lo hayan reputado y reconocido como hijo legítimo, para que la posesión notoria de ese estado civil se reciba como prueba debe haber durado diez años continuos por lo menos y tal posesión se probará por un conjunto de testimonios fidedignos.

El demandante presentó la prueba ciñéndose a las disposiciones que acaban de citarse y el tribunal fallador admitió la prueba, lo cual tenía que ser así puesto que basta leer las declaraciones mencionadas para concluír que su producción está acorde con los artículos ya citados.

Corresponde entonces averiguar si con los testimonios antedichos comprobó o no Eloy Sanjuán su carácter de hijo legítimo de Francisco y Ramona, o en otros términos si el tribunal erró o no al aplicar a esas declaraciones el art. 697 del C. J.

Dicha exposición habla de dos testigos que concuerden en las circunstancias de modo, tiempo y lugar; el demandante presentó cuatro testigos y todos ellos concuerdan en los puntos sustanciales de sus declaraciones y dan explicación de su testimonio. No hay por otra parte, testigos en contra de lo aseverado por los presentados por Eloy Sanjuán a este respecto y existe una serie de presunciones, que brillan en los autos, que corroboran los testimonios aducidos por Eloy Sanjuán.

El tribunal ciñó esa prueba testimonial a la tarifa legal del art. 697 del C. J. y previo examen de tales testimonios les dio el carácter de plena prueba.

No encuentra la Corte que el tribunal haya errado en la aplicación de ese artículo ni que su convicción se halle en contra de elementos probatorios que hubieran podido producir un error en el fallador de segunda instancia, ni ningún otro factor legal o de autos que se hubiera opuesto a la aplicación de esa norma.

El certificado del cura párroco sobre la no existencia de la partida de bautizo de Eloy Sanjuán abarca un período razonable de 20 años que se inicia desde antes del matrimonio de Francisco y Ramona, de donde se deduce que la amplitud de ese certificado, ante la realidad de los hechos, es más que suficiente para que Eloy hubiera podido acudir a la prueba supletoria, la cual produjo de acuerdo con la legislación vigente, como es del caso y por lo tanto las normas sustantivas del código del antiguo estado de Santander no pudieron ser violadas y no inciden en casación, tanto por lo dicho como porque según se hizo notar ya el art. 79 de la ley 153 de 1887 dio efecto retroactivo a los matrimonios católicos, celebrados en cualquier tiempo, luego establecido el matrimonio católico de los padres de Eloy y el carácter de éste como hijo legítimo de dichos padres, su calidad de hijo legítimo la tuvo ab initio, sin que tal calidad dependa de lo que al respecto dispongan las normas sustantivas del estado soberano ya dicho.

Si la Corte ha estudiado a espacio los cargos a que se refiere el capítulo anterior ha sido por seguir la forma en que ha sido planteada la acusación, puesto que existe un argumento o mejor una razón definitiva, que seguramente no se escapa a la penetración del abogado recurrente y que hace hasta inoficioso el análisis que se ha hecho anteriormente, argumento o razón que es la siguiente: El demandado aceptó la calidad de hermano legítimo del demandante y este pleito no versa sobre el estado civil; dada esa aceptación, dada la naturaleza de este litigio, dicha calidad de hijo legítimo de Eloy Sanjuán y de hermano legítimo de Fernando Sanjuán, según lo ha aceptado éste, la discusión de tal calidad está fuera del debate.

En virtud de lo expuesto la Corte encuentra infundados los cargos a que se refiere el capítulo que acaba de estudiarse.

III

Desechados los cargos a que se refieren los dos capítulos anteriores, queda establecida la personería del demandante Eloy Sanjuán, su calidad de hijo legítimo de Francisco Sanjuán y por lo tanto el carácter de heredero respecto de éste. Esta personería

le da acción para entablar el presente juicio y su posición es la de un tercero porque no ejercita la acción derivada de su causante sino otra en nombre propio y que proviene del desconocimiento de su derecho a la herencia de su padre y siendo esto así, el demandante heredero puede acudir a toda clase de pruebas, especialmente a la indicial, a la testimonial, a la de presunciones, que en las acciones por simulación juegan un papel importante, pudiéndose decir que el éxito de esas acciones rueda sobre esa clase de pruebas.

En virtud de lo dispuesto por el art. 557 del C. J., la Corte entra a examinar el cuarto capítulo en que dividió la acusación, según lo expresado atrás.

En este capítulo ataca el recurrente las pruebas en que se fundó el tribunal para concluír que son simulados los contratos contenidos en las escrituras 433 y 480 de 31 de diciembre de 1930. Estima el recurrente que al aceptarse por el tribunal dichas pruebas, incurrió en error de derecho y en violación de los arts. 697, 66, 596, 99, 702, 698, 665, 663, 664 del C. J.; 1768, 1502, 1524, 1849, 1857, 740, 1740, 1741 del C. C.

Los artículos del C. adjetivo citados por el recurrente son los que se refieren a las pruebas testimonial y de presunciones. Y las normas sustantivas mencionadas se refieren principalmente a la formación de los actos jurídicos, nulidad y compraventa.

La convicción del tribunal fallador sobre la simulación de los contratos atacados en esta litis, se formó por una serie de pruebas testimoniales, indiciales y de presunciones, que unidas y coordinadas entre sí llevaron a la resolución favorable a las pretensiones del actor. El tribunal se expresó así: "Tratándose de convenciones simuladas y estando de por medio el interés de los contratantes, por sostener la validez del pacto, es bien raro encontrar pruebas directas de la simulación y por eso en debates de esta clase los litigantes tienen que valerse de presunciones o indicios, medios indirectos de comprobación, cuyo análisis requiere estudio muy cuidadoso y detenido.... los hechos y circunstancias anotados en el curso de este estudio son muchos, independientes entre sí, pero relacionados o conexos se apoyan mutuamente y tienden de manera vehemente a llevar al ánimo del juzgador la convicción íntima de la simulación o fingimiento que vicia los contratos acusados; apoyados en distintas pruebas del proceso y provenientes de bastantes y diversas fuentes, todos los indicios conducen a informar el criterio del juzgador hasta llevarle la certeza de la simulación en mientes, presentándose un apreciable número de circunstancias, actos, omisiones y manifestaciones que exteriorizan el proceso de la simulación en las intenciones del otorgante Francisco Sanjuán, en los motivos que tenía para ella, en su ejecución y en los resultados de la misma, opuesto todo a la hipótesis de una convención lícita y corriente."

La convicción legal del tribunal sobre simulación, está pues fundada en una serie de pruebas, cuya resultante llevó al fallador a esa convicción, de donde resulta que teniendo en cuenta esto, y el modo como está formulada la acusación es preciso estudiar cada uno de los cargos del recurrente sobre el particular y examinar si cada una de las pruebas, que en conjunto formaron la convicción del tribunal, tiene la eficacia legal del caso, si cada indicio está comprobado, si cada presunción fuera demostrada, si cada testimonio puede aceptarse.

Afirma el recurrente que no existe prueba alguna directa sobre la falta de pago del precio y que por consiguiente el tribunal incurrió en violación del art. 66 del C. J., que prohibe declarar probado un indicio por medio de otros indicios. Este argumento trasciende a toda la cuestión de hecho que atañe a este juicio y por lo tanto es necesario referirse a él separadamente.

Después de analizar las pruebas del demandante y del demandado, el tribunal formó su convicción a través de lo demostrado por el actor, condición que configuró a la luz no sólo de los indicios, sino de las presunciones; por eso después de ese análisis y como premisa de su conclusión, se expresó así: "por regla general, dice el art. 665 del C. J., los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar sin lugar a duda la verdad de un hecho controvertido. Y los arts. 664 y 662 ibídem establecen: una sola presunción también prueba plenamente cuando, a juicio del juez, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento. Las demás presunciones fundadas en pruebas incompletas e indicios, tienen más o menos fuerza según sea mayor o menor la relación o conexión entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar."

Previo el análisis de las pruebas el tribunal se expresó así: "El cúmulo de probanzas que abundan en el proceso, los indicios de ella resultantes, las distintas presunciones suministradas por testimonios singulares sobre algunas circunstancias, todo debe mirarse en conjunto de manera congruente,

sin perderse de vista la concatenación que guardan unos hechos con otros para hallar la fuerza de convicción que tienen los distintos medios aducidos por el demandante para demostrar sus asertos."

No se fundó pues únicamente el tribunal en la prueba indicial sino también en la prueba de las presunciones y a través de una y de otras formó su convicción; de modo que no apoyándose la sentencia únicamente en la prueba indicial, la prueba emanada de las presunciones es también fundamento del fallo, por donde se concluye que la acusación del recurrente en cuanto la apoya en el art. 66 del C. J. no puede ser suficiente para casar la sentencia. Además, los hechos accesorios, como se verá en seguida, que suministran los indicios y conjeturas, están probados plenamente y no por medio de otros indicios.

Al examinar cada una de las pruebas presentadas no sólo por el demandante sino por el demandado, porque así lo requiere el modo como está formulado el recurso y la impugnación a la sentencia, la Corte estima necesario sentar la siguiente premisa: si no puede sostenerse hoy que los tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas tampoco puede propugnarse la teoría que lleva a hacer del recurso de casación una tercera instancia, con el objeto de analizar las pruebas independientemente de la convicción del tribunal; por eso es necesario hacer la debida declaración para delimitar el campo de acción de la Corte, respecto de la apreciación de las pruebas en el recurso de casación. Una prueba presentada por alguna de las partes puede haber sido admitida y estimada por el tribunal o desestimada por éste. En el primer caso la apreciación puede haber sido errónea, por no tener esa prueba la eficacia legal del caso o por haberse producido contrariamente a las normas que reglan su presentación; en el segundo caso puede no haber sido tenida en cuenta, o porque el tribunal haya hecho caso omiso de ella, o porque en su apreciación haya cometido un error de derecho.

En el primer caso, en casación, puede revisarse la estimación de esa prueba, en cuanto al estimarla se han quebrantado las normas de derecho, como sucedería si el tribunal se basara en una escritura pública que no ha sido registrada o que habiéndolo sido hubiera sido agregada a los autos después de la citación para sentencia en segunda instancia. En el segundo caso puede también la Corte revisar la estimación de esa prueba, ya por no haber sido tenida en cuenta por el tribunal, ya porque el fallador hizo caso omiso de otros factores existentes en los autos, que disminuyen y hasta anulan la eficacia de la prueba.

Mas cuando no se presenta ninguno de los casos apuntados, cuando la convicción del tribunal surge del estudio y análisis de pruebas no afectas a ningún manifiesto error de hecho ni de derecho, entonces esa convicción debe prevalecer y es intocable.

En consonancia con lo que se acaba de expresar, la Corte entra a estudiar las pruebas a través de las cuales el tribunal formó su convicción, estudio que por la naturaleza del recurso de casación está circunscrito a averiguar si tales pruebas existen o no o si están infirmadas por otras que no tuvo en cuenta el tribunal.

Estas pruebas, analizadas en orden lógico, son las siguientes: a) Existieron graves divergencias o disgustos entre Francisco Sanjuán y su hijo Eloy Sanjuán, que los llevaron hasta el terreno de litigios judiciales, lo cual engendró una enemistad entre los dos que perduró hasta la muerte de Francisco. Este hecho, apreciado como indicio por el tribunal, está plenamente comprobado con las declaraciones de siete testigos, a saber: Rubén Sánchez, Daniel Arbeláez, Delfín Joame, Ramón Clavijo, Juan Castilla, Alejandrina Pallares de Trillos y Julio Figueroa, cuyos testimonios coinciden en las circunstancias esenciales y no fueron infirmados. El tribunal valoró esas declaraciones al tenor de lo dispuesto por el art. 697 del Código Judicial, en lo cual no ve la Corte violación de esa norma. b) El tribunal estimó que está plenamente comprobado en autos que a la muerte de Francisco Sanjuán, o sea tres días después de haber firmado los contratos acusados, no apareció el dinero precio de esas ventas ni se abrió juicio de sucesión de Francisco Sanjuán por no haber dejado bienes. En este extremo tan importante está de acuerdo el demandado. El tribunal estimó también como indicio este hecho indiscutible en los autos. c) El demandado Fernando Sanjuán absolvió posiciones en dos oportunidades: en las primeras, antes del juicio afirmó que pagó el precio estipulado en presencia de Ana Elvira Sánchez y Virginia Barrios de Sánchez. En las segundas, manifestó que el precio lo pagó antes de otorgar las escrituras. Llamada a declarar Virginia Sánchez, a quien el demandado citó como testigo presencial de la entrega del dinero el día en que firmaron las escrituras, declaró que no había presenciado la entrega. Llamada a declarar Ana Elvira Sánchez de Sanjuán, que según parece era la segunda mujer de Francisco Sanjuán, dijo que vio entregar los once mil cien pesos que Fernando contó

al borde de la cama que ocupaba Francisco Sanjuán; que no supo quién se quedaría con ese dinero, ni qué se hubiera hecho y que ella era la encargada de los negocios de su esposo Francisco, durante su enfermedad. Llamada a declarar nuevamente la expresada Ana Elvira dijo que no recordaba la fecha en que se había hecho el pago ni sabía a cuánto montaba la cantidad del dinero entregado. La misma Ana Elvira declaró lo siguiente: "mi esposo Francisco Sanjuán vendió tales bienes a Fernando con el exclusivo objeto de evitar peloteras." Todo lo anterior está comprobado en los autos, y el tribunal al analizar esas pruebas estimó que no estaba comprobado plenamente el pago dadas las contradicciones del demandado y la testigo Ana Elvira Sánchez de Sanjuán. d) El tribunal apreció como indicio de la simulación, el siguiente hecho, indiscutible en los autos: en la escritura número 433, contentiva de la venta de bienes raíces hecha por Francisco Sanjuán, se pagó por el demandado Fernando Sanjuán el correspondiente impuesto de lazareto, como donación de los bienes a que se refiere la escritura. La boleta en que consta ese pago fue expedida por el empleado y presentada con los demás comprobantes sin haberse hecho observación alguna. Las observaciones que al respecto hace el recurrente en casación ni tienen eficacia ante la existencia de la boleta y el recibo dice claramente que la suma fue entregada por Fernando Sanjuán. Es cosa además muy sabida, como no lo puede ignorar el recurrente, que según una costumbre general los pagos de los impuestos por boletas de registro los hacen los empleados de las notarías por comisión de los interesados que consignan en poder del notario el dinero suficiente para esa clase de pagos. Además, no hay explicación satisfactoria en los autos, de porqué un tercero pudiera pagar oficiosamente un impuesto por un negocio que nada le interesaba. La gratuidad no se presume. e) Ana Carmen de Casadiegos, Alejandrina v. de Trillos, Mercedes Urquijo Guerrero y María Sofía Urquijo declararon que por haber estado en casa de Francisco Sanjuán durante la enfermedad de éste le oyeron decir, sin precisar la fecha, estas palabras: "hijos, yo en esos tres o cuatro días me voy para tierra caliente, a ver si me mejoro y todo se lo dejo a Fernando para que lo reparta entre todos ustedes." Estas declaraciones que se hallan en los autos y concuerdan en lo esencial fueron también valoradas por el tribunal a la luz del art. 697 del Código Judicial, respecto de las palabras que pronunció Francisco Sanjuán. f) Está comprobado en autos y este hecho lo apreció como indicio el tribunal, lo siguiente: poco antes de morir Francisco Sanjuán y antes también de las escrituras hechas a Fernando, aparece Francisco vendiendo varios de sus bienes a sus hijos Rufino, Gabriela y Eva Sanjuán. g) El tribunal también tomó como indicio el siguiente hecho establecido en autos: el 25 de abril de 1931 Fernando Sanjuán apareció vendiendo a Martiniano Rochel, esposo de Eva Sanjuán, dos casas de las que Fernando había comprado a Francisco. En la misma fecha aparece Fernando vendiendo a Gabriela Sanjuán de Rochel otra de esas casas. El 22 de junio de 1931 aparece la venta de una casa por Anselmo Páez a Gabriel Contreras, esposo de Carmen Sanjuán, hijo éste de Francisco Sanjuán. Contreras declaró que el precio de tal venta lo pagó Fernando a la esposa de Contreras y que supone que esa donación la hizo Fernando de acuerdo con las escrituras que le hizo Francisco Sanjuán. Anselmo Páez declaró que el precio de la venta lo arregló y pagó Fernando Sanjuán. María Quintero de Castilla, esposa de Eulogio Sanjuán, declaró que poco después de la muerte de Francisco Sanjuán, Fernando le entregó en presencia de José Salomón Sánchez la suma de doscientos pesos, diciéndole que era lo único que le había correspondido en el reparto que su padre le había ordenado hacer entre sus hermanos. José Salomón Sánchez ratificó lo dicho por la señora Quintero de Castilla. El tribunal en estas pruebas vio un indicio más que formó su convicción sobre el punto controvertido en la litis. h) Los contratos acusados, las escrituras contentivas de ellos, se firmaron tres días antes de la muerte de Francisco, cuando su enfermedad debía tener un desenlace fatal según declaración del médico de cabecera de Francisco, declaración precisa y que se halla en los autos, y que no puede ser controvertida por la contraprueba a que se refiere el recurrente ante el hecho de la muerte de Francisco Sanjuán. i) El tribunal, con declaraciones que figuran en el proceso estimó como establecido, en lo cual no erró, que al notario Pacheco se le hizo saber que debía negarse a prestar sus servicios para autorizar los contratos acusados, porque eran simulados y el notario Sánchez, ante quien se otorgaban las escrituras, manifestó que no podía atestiguar que hubiera simulación en los contratos, si bien a veces supuso que se trataba de un arreglo de familia, fundado en el deseo que en varias ocasiones le significó Francisco Sanjuán, de arreglar esos asuntos de familia sin los inconvenientes de un juicio de sucesión. No

hay en el proceso contraprueba que desvirtúe lo anterior. Entre las pruebas que presentó el demandado para impugnar la acción figuran la testimonios de Genaro Gaona y Julio García, los cuales analizó el tribunal, y de ellos no concluyó la contraprueba de la simulación, por dos razones: porque se inclinó al mayor número de elementos probatorios aducidos por el actor, lo cual está dentro de la órbita legal de la apreciación probatoria del tribunal y porque, sobre todo Gaona, al ratificarse en su declaración, olvidó lo que acababa de declarar y que por eso el tribunal, con mucho acierto, dijo lo siguiente: "es decir que ni acabándose de leer al testigo la declaración en que ratificaba, pudo en seguida repetir su texto siquiera en parte." El tribunal, y eso se ve de bulto, estimó muy sospechosas las declaraciones de Gaona y García, especialmente la del primero, y en esa estimación que entra dentro de la órbita de la libre apreciación de pruebas que tiene el fallador, no puede sostenerse que haya violado ninguna norma legal. Pero hay una razón definitiva para estimar que la contraprueba que se analiza no tiene la eficacia legal que le asigna el recurrente porque aun cuando estuviera demostrada con toda evidencia la conversación de que resultó el negocio entre Francisco y Fernando Sanjuán, no puede concluirse ineludiblemente, ante el cúmulo de pruebas presentadas por el actor, que los contratos hubieran sido serios. Esta conversación o el planeamiento de ese negocio no es indicio necesario de que éste hubiera verificado seriamente y como lo observa el mismo tribunal al estudiar las declaraciones de García y Gaona, no es aceptable que si el precio ofrecido por Fernando era el que éste consideraba justo, hubiera accedido sin reparo ni resistencia alguna a la reserva del usufructo, uso y habitación que propuso para sí el presunto vendedor por el término de su vida. Las declaraciones de Angel María Alvarez y Marcelo Castillo fueron también estudiadas por el tribunal y confrontadas con las demás pruebas, pero con ellas no pudo darse por establecido el pago que hizo Fernando a Francisco si se tiene en cuenta las contradicciones de Fernando Sanjuán y de Ana Elvira Sánchez de Sanjuán y el estado casi preagónico de Francisco Sanjuán, cuando se otorgaron las escrituras, hasta el punto de que no pudo firmarlas y tuvo que hacerlo un testigo a ruego.

En definitiva y en síntesis el tribunal formó su convicción en virtud del análisis de las pruebas que figuran en los autos y como resultado de éste concluyó así: el cúmulo de pruebas en que abunda el proceso, los indicios de ella resultantes, las distintas presunciones suministradas por testimonios singulares sobre algunas circunstancias, todo debe mirarse en conjunto de manera congruente, sin perderse de vista la concatenación que guardan unos hechos con otros, para hallar la fuerza de convicción que tienen los distintos medios aducidos por el demandante para demostrar sus asertos.

Ahora bien: estando a juicio de la Corte establecidos plenamente todos y cada uno de los hechos indiciales y aquellos de que se derivan las presunciones y teniendo unos y otros su valor probatorio de acuerdo con la tarifa legal de pruebas, y no estando infirmados esos hechos y presunciones por otros factores probatorios, no puede variarse la conclusión del tribunal deducida de una convicción legal en virtud de la apreciación de las pruebas que existen en el proceso. No fueron tales o cuales pruebas aisladamente las que llevaron al tribunal a su conclusión, sino la concatenación y congruencia de todas ellas, que demostró el hecho fundamental, o sea la simulación. Estando comprobado cada indicio no ha podido existir error de hecho que induzca el error de derecho en la apreciación de las pruebas, que como se ha dicho no aparecen desvirtuadas en los autos. No existiendo, por lo dicho, a juicio de la Corte error de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas, la deducción del tribunal debe quedar en pie por cuanto no se ha demostrado la infracción, violación o desconocimiento de las normas sustantivas ni adjetivas que el recurrente citó en el capítulo que acaba de estudiarse.

Los cargos no son, pues, fundados.

IV

Respecto de la acusación que la Corte ha considerado como capítulo cuarto, por orden lógico y que el recurrente señala como capítulo tercero, observa lo siguiente, en relación con varias de las normas sustantivas y adjetivas citadas en dicho capítulo como infringidas por la sentencia: Cualquiera de las dos sendas doctrinarias atrás referidas que se tomen al concretar la atención sobre la diferencia en ellas entre simulación y nulidad, se encuentra acertada la solución, a que llegó el tribunal declarando ésta.

En efecto, la teoría antes prevalente deducía directamente de la simulación la nulidad, llegando, por decirlo así, a identificarlas; la teoría acogida por la Corte actualmente, ve en una simulación dos contratos: el aparente, que es el fingido y el

disimulado y oculto bajo él, que es el efectivo, y sostiene que, en tal estado el juzgador debe estudiar en sí mismo este último contrato para saber de su validez.

En el presente juicio esos contratos ocultos son nulos por ilicitud, constituyen un fraude a la ley, dada su finalidad que no fue otra que la de despojar de su haber hereditario a un asignatario forzoso, respecto de quien no se alegó ni se demostró por otra parte ni desheredación ni indignidad que lo excluyese de la herencia de su padre Francisco Sanjuán.

Refiriéndose la Corte en particular a cada uno de los argumentos contenidos en el capítulo que se estudia, encuentra lo que sigue:

A) El tribunal derivó la acción restitutoria, del art. 1746 del C. C., lo cual a juicio de la Corte es procedente y lógico por lo mismo que fue declarada la nulidad de los contratos acusados. No vale el argumento del recurrente que consiste en sostener "que no ha habido sentencia ejecutoriada, declaratoria de nulidad de esos contratos, de donde haya nacido el derecho a la restitución de que habla el artículo", porque es obvio que declarada en este juicio la nulidad viene como consecuencia la acción restitutoria y esas dos declaraciones integran el mismo cuerpo de la sentencia, sin que la ley disponga que primero debe obtenerse un fallo declaratorio de nulidad y después haya necesidad de otro juicio ordinario para impetrar la restitución.

B) Objeta el recurrente que no se puede saber, para el efecto de la restitución, cuál era el "mismo estado" en que se hallarían las partes al no haberse celebrado los contratos, porque el demandante no se preocupó por demostrar que los bienes y créditos cedidos por Francisco a Fernando pertenecían en realidad a Francisco. La Corte observa: 1º El demandado en la contestación de la demanda no negó que esos bienes fueran de Francisco; 2º El demandado procedió como si esos bienes fueran de Francisco e indudablemente por tener esa convicción enajenó parte de ellos a sus hermanos; 3º En la escritura en que aparece la venta hecha por Francisco Sanjuán a Fernando Sanjuán, o sea la 433, se expresan los títulos anteriores por los cuales adquirió Francisco los bienes que dijo vender a Fernando y ese extremo no ha sido impugnado: 4º La presente litis no se ha trabado sobre el extremo de venta de cosa ajena y el demandado ha estado muy lejos de sostener semejante cosa y como es obvio no hay parte en este juicio que haya hecho una petición sobre ese particular; pero extremando las cosas, para seguir la argumentación del recurrente, resultaría que si realmente los bienes vendidos por Francisco a Fernando hubieran sido de un tercero, los derechos no quedarían afectados por el fallo ni tampoco por la venta; 5º No sólo de las declaraciones presentadas por el actor, sino por el mismo demandado, se desprende que Francisco vendió a Fernando bienes propios de aquél, sobre lo cual, repítese, no ha habido controversia; 6º El demandado se ha amparado en los títulos contenidos en las escrituras 433 y 435, cuya validez ha propugnado, pero no ha presentado ni podía presentar, dadas la naturaleza y fin de este litigio, otros títulos de propiedad sobre esos bienes, que por no proceder de Francisco, hubieran hecho indispensable establecer la propiedad de esos bienes, como de Francisco y su prevalencia sobre los de Fernando: en otros términos, no ha podido haber comparación entre dos series de títulos; 7º En cuanto a los créditos hipotecarios la declaración de los deudores por la cual se constituyeron deudores de Francisco respecto de los créditos que cedió a Fernando, lo que rezan esas escrituras es prueba más que suficiente de que el dueño de ese dinero, el titular de esos créditos, era Francisco. Declarada la simulación del contrato en que consta la cesión de esos créditos, por fuerza del art. 1746 del C. C. procede la restitución de ellos, y estando garantizados con hipotecas, es claro que esa certificación comprenda éstas y así, como es obvio, se debe entender la sentencia, por lo cual no se hallan violadas las disposiciones por el recurrente citadas a este respecto.

C) La sucesión en los bienes de una persona se abre en el momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados, dice el art. 1012 del C. C. Anulados los contratos materia de la acusación, los bienes a que ellos se refieren entran a formar parte del acervo hereditario de Francisco Sanjuán y no puede sostenerse que para ello sea necesario que haya declaratoria de heredero o que se declare en el juicio de sucesión que esos bienes son de ésta. Una cosa es la apertura de la sucesión a que se refiere el art. 1012 y otra muy distinta la apertura del juicio de sucesión.

D) El demandante ejercitó una acción personal contra el demandado, la acción de simulación y al prosperar ésta, el demandado tiene la obligación, como consecuencia, de restituir los bienes a esa sucesión, restitución que si se hace imposible por haber pasado los bienes a terceros o por haber desaparecido, no se traduce en otras accio-

nes legales del actor para con el demandante. Pero no puede sostenerse que por el hecho de que el demandado no esté en posesión de lo que ha adquirido simuladamente, la acción de quien impetra esa declaratoria de simulación se haga jurídicamente imposible.

El recurrente señala como violado el art. 952 del C. C. por cuanto afirma que dirigiéndose la acción contra el actual poseedor y estando comprobado en autos que varios de los bienes vendidos por Francisco a Fernando fueron traspasados por éste, no puede decretarse la restitución de tales bienes. Sobre este particular el cargo es fundado por imperio del art. 952 del C. C. y porque realmente está comprobado que Fernando enajenó varios inmuebles de los adquiridos por Francisco.

Si en virtud de una sentencia que decreta la simulación queda destruido el vínculo ostensible que liga a las parte, las consecuencias del fallo no pueden repercutir sobre terceros, cuya buena fe se presume y que no tienen por qué sufrir las consecuencias de la invalidación de un acto anterior en el cual no intervinieron. Pero, se repite, esto no implica que cese la responsabilidad del comprador que adquirió simuladamente puesto que no pudiendo devolver los bienes que adquirió existen contra él otras acciones, como la de perjuicios, por ejemplo, sin que esto signifique que no haya acción contra los terceros, si no los ampara esa buena fe que se les presume, si sus contratos no son efectivos, etc.

Según el orden de ideas que acaba de expresarse, es preciso casar la sentencia parcialmente, con el objeto de excluir de la restitución los bienes que enajenó Fernando y de excluir también de la cancelación del registro de la sentencia lo referente a tales bienes.

Sentencia de instancia

Al dictar ésta, se considera: La acción principal contiene dos peticiones: la de simulación y la consecuencial restitutoria. Al estudiar los tres primeros capítulos de la acusación, halló la Corte y por eso no prosperó en esa parte el recurso, que estaba establecida la personería sustantiva del actor y que la simulación estaba comprobada y esos son los mismos fundamentos que sirven de apoyo a esta sentencia.

En cuanto a algunos bienes de los que fueron vendidos por Francisco a Fernando están en manos de tercer poseedor, y por lo tanto la restitución de ellos no es procedente aquí, es una cuestión comprobada plenamente con los siguientes factores: a) Con la manifestación hecha sobre el particular por el mismo demandante. b) Con la comprobación legal del caso hecha también por el actor, comprobación que éste enderezó como concurrente a demostrar la simulación. En efecto: al folio 75 del cuaderno número 4, aparece la escritura número 122 de 25 de abril de 1931, corrida ante el notario segundo de Ocaña, de la cual resulta que Fernando Sanjuán vende a Martiniano Rochel dos casas que adquirió por compra hecha a Francisco Saujuán por escritura pública número 433 de 31 de diciembre de 1930. Al folio 77 v. y siguientes del cuaderno número 4, aparece copia de la escritura número 13, de 25 de abril de 1931, otorgada también ante el notario segundo de Ocaña, de la que aparece que Francisco Sanjuán vende a Gabriela Sanjuán de Rochel otra de las casas que adquirió de Francisco Sanjuán, según la escritura citada. Al folio 81 del mismo cuaderno aparece copia de la escritura número 134 de 6 de mayo de 1931, ante el notario segundo de Ocaña, en la cual consta la venta que hace Fernando Sanjuán a Rufino Sanjuán de otra casa de las que el vendedor había comprado a Francisco Sanjuán, Todas las mencionadas escrituras están debidamente registradas.

Como ya se expresó, esos bienes de que el demandado no está en posesión no pueden ser materia en este juicio de la acción restitutoria, por lo mismo que se hallan en manos de terceros desde antes de la presentación de la demanda y los derechos de esos terceros deben ser respetados tanto por lo que ya se dijo atrás, es decir por ser ajenos al pacto simulado celebrado entre Fernando y Francisco Sanjuán, como por no haber sido partes en este juicio. Los títulos de adquisición de esos terceros poseedores no pueden por lo tanto quedar afectados con la presente sentencia.

Prosperando la acción principal, no es el caso de estudiar la petición subsidiaria, y en cuanto a la excepción perentoria propuesta por el demandado, no puede deducirse porque existe la personería del actor según se vio al estudiar los dos primeros motivos de casación.

El demandado fue condenado en las costas de la primera y segunda instancia, condenación que no puede subsistir, desde luego que la sentencia de la Corte casa parcialmente la del tribunal y revoca en parte la del juzgado.

La circunstancia de ser sólo parcial la casación, obliga a dejar intocadas las resolu-

ciones de la sentencia recurrida que no se rompen o casan. Se advierte esto para explicar por qué no obstante lo dicho sobre simulación y nulidad, queda en pie lo resuelto por el juzgado sobre esta última en lo relativo a los contratos aparentes.

En virtud 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 acusada o sea la dictada por el tribunal superior del distrito judicial de Pamplona, con fecha primero de agosto de mil novecientos treinta y cinco, y resuelve:

1º Declarar —como al efecto se hace— nulos, de nulidad absoluta, por ser simulados, los contratos de compraventa que se mencionan en la demanda y que se refieren a los créditos e inmuebles cuya especificación y linderos se expresaron en aquella y de que se ha hecho mérito en este fallo y que se determinan y constan en las escrituras públicas números 433 y 435, de fecha 31 de diciembre de 1930.

2º Declárase sin efecto las escrituras de que se ha hecho mención y se ordena la cancelación de los registros correspondientes de las citadas escrituras 433 y 435, pero la cancelación de esos registros y la declaratoria de no efecto de tales escrituras, no afecta ni cancela lo referente a las casas que Fernando Sanjuán vendió a Martiniano Rochel, Gabriela Sanjuán y Rufino Sanjuán y de que dan cuenta las escrituras 122 de 25 de abril de 1931, 123 de 25 de abril de 1931 y 184 de 6 de mayo de 1931, otorgadas éstas ante el notario segundo del circuito de Ocaña.

3º Condénase al demandado señor Fernando Sanjuán a restituir, tres días después de estar en firme esta sentencia, a la sucesión del finado Francisco Sanjuán, los inmuebles y los créditos de que tratan las escrituras marcadas con los números 433 y 435, que han sido expresadas en el punto primero de este fallo, para que en la sucesión que se haya levantado o que se levante sean inventariados y luégo se haga la partición de todos esos bienes entre los herederos todos de Fernando Sanjuán. De esa restitución a la herencia quedan excluídos los siguientes bienes: a) Las dos casas que Fernando Sanjuán vendió a Martiniano Rochel por la escritura 122 de 25 de abril de 1931. b) La casa que vendió Fernando Sanjuán a Gabriela Sanjuán de Rochel por escritura 123 de 25 de abril de 1931, y c) La casa que vendió Fernando Sanjuán a Rufino Sanjuán por la escritura 134 de 6 de mayo de 1931. Todas estas escrituras fueron otorgadas ante el notario segundo del circuito de Ocaña.

4º Condénase asimismo al demandado señor Fernando Sanjuán a restituír los frutos naturales y civiles de los bienes que se mencionan en el punto anterior a la sucesión de Francisco Sanjuán, debiendo incluírse los que hayan producido o hubieran podido producir con mediana actividad y diligencia, desde la fecha en que tuvo lugar la delación de la herencia del citado Sanjuán, y debiendo deducirse los gastos ordinarios que se invirtieron para hacerlos producir. Pero los frutos civiles producidos por las casas que vendió Fernando Sanjuán a Martiniano Rochel, Gabriela Sanjuán y Rufino Sanjuán y a que se ha hecho referencia en este fallo, no los debe restituír sino desde la muerte de Francisco Sanjuán, hasta el día del otorgamiento de las escrituras 122 y 123 de 25 de abril de 1931 y 6 de mayo de 1931, respectivamente. Y es entendido también que de esos frutos se deben deducir los gastos ordinarios que se invirtieron para hacerlos producir.

5º Sin costas ni en la primera, ni en la segunda instancia.

6º Declárase no probada la excepción de falta de personería sustantiva del actor y de la sucesión que representa, propuesta en la contestación de la demanda.

7º Queda en estos términos reformada la sentencia de primer grado o sea la dictada por el juez primero del circuito de Ocaña el doce de julio de mil novecientos treinta y cuatro.

8º Sin costas en el recurso.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. — ALEVOSIA—CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA.

1.—Es doctrina constante de la Corte que los tribunales son soberanos para apreciar las pruebas de los hechos que constituyen las circunstancias agravantes y atenuantes. 2.—En los delitos contra las personas alevosía es sinónima de perfidia o cautela para asegurar la perpetración del delito sin riesgo del delincuente, lo que equivale a la idea de artificio que expresa el numeral 3.o, art. 117 del Código Penal. La alevosía no es elemento constitutivo del homicidio premeditado, de tal suerte que al negar el jurado la premeditación queda implícitamente descartada la alevosía, porque aun en delitos cometidos con dolo repentino cabe también el empleo de medios desleales. 3.—Es ilegal calificar la delincuencia en segundo grado cuando no existe sino una sola circunstancia agravante.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo diez de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El recurso de casación que se estudia, interpuesto por el apoderado de Miguel Antonio Mejía, se funda en la causal 1ª del art. 3º de la ley 118 de 1931.

Esta causal establece como motivo:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma."

Arguye el recurrente que la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal superior de Bucaramanga el 27 de agosto de 1935 es violatoria de la ley penal en cuanto se han interpretado mal los arts. 117, 123 del código de las penas. Versa, pues, el problema sobre la apreciación de circunstancias agravantes y sobre calificación de la delincuencia.

Al efecto razona así el abogado apoderado del reo:

"A Miguel A. Mejía se le hace el cargo de haber procedido alevosamente por haber atacado intempestivamente a quien él consideraba su ofensor y por haberle dado muerte con un puñal que llevaba escondido —dicen algunos testigos— entre el sombrero. Ni esos hechos constituyen alevosía, ni ésta si estuviere probada, podría hacérsele cargo al procesado puesto que es una de las circunstancias de agravación que califican el delito premeditado y le dan caracteres de asesinato".....

"Por otra parte, si la premeditación está plenamente probada en los autos, si se formuló al jurado la premeditación, ha debido formularse asimismo ya que esta última circunstancia es característica del asesinato, y por lo tanto ha debido formularse en el auto de proceder para enfocar la defensa sobre ella y también para que el jurado la estimara. Entonces no se formuló ni se interrogó al jurado sobre ella. No es pues ahora el tiempo de deducirla y cargarla a la cuenta del procesado."

"No habiendo plena prueba de esa agravante la calificación en segundo grado cae por su base y la pena aplicable no es la de nueve años sino la de seis años de presidio.

"Pero hay algo más: aún dándola por probada tendríamos que había una sola agravante y varias atenuantes y el art. 125 del C. P. exige concurrencia de varias agravantes y de varias atenuantes para la calificación en grado medio, no habiendo esas circunstancias, la calificación correcta es en grado tercero. Y el art. 125 al decir agravantes y atenuantes emplea el plural y lo dice con claridad, o al menos hay duda sobre este particular y esa duda en todo caso deberá resolverse en favor del reo aplicando el grado menor."

El señor procurador general de la nación, en su vista de 27 de abril de 1936, es de concepto que debe mantenerse firme el fallo recurrido.

La corte observa:

Es doctrina constante de ella que los tribunales son soberanos para apreciar las pruebas de los hechos que constituyen las circunstancias agravantes y atenuantes: de suerte que no es discutible en el caso de este recurso la existencia del hecho de alevosía que el tribunal dedujo como agravante. Lo que debe decidirse en casación es si tal hecho tiene la calidad jurídica de agravante, y si una sola de las circunstancias de esta clase es suficiente para calificar la delincuencia en segundo grado.

Cuanto a lo primero basta observar que en los delitos contra las personas, alevosía es sinónima de perfidia o cautela para asegurar la perpetración del delito sin riesgo del delincuente, lo que equivale a la idea de artificio que expresa el numeral 3º, art. 117 del Código Penal.

Y no se diga que la alevosía es elemento constitutivo del homicidio premeditado, de tal suerte que al negar el jurado la premeditación queda implícitamente descartada la alevosía, porque aun en delitos cometidos con dolo repentino cabe también el empleo de medios desleales.

Respecto del segundo punto, o sea la calificación en segundo grado en virtud de una sola agravante, la Corte en varios y recientes fallos ha acogido los siguientes puntos de vista del actual procurador delegado en lo penal:

"Ahora bien: existiendo una sola circunstancia agravante, es legal calificar la delincuencia en segundo grado?

"Cree la procuraduría que no, porque, como acaba de expresarlo en un caso semejante, el art. 123 del Código Penal dice que la calificación se hará en segundo grado si concurrieren al mismo tiempo circunstancias atenuantes y agravantes; luego si el tribunal sólo da por demostrada una agravante, la calificación debe hacerse en el tercer grado.

"Es cierto que la misma disposición que acaba de citarse, dispone que la calificación en tercer grado se hará si hubiere circunstancias atenuantes y ninguna agravante, lo cual implica una contradicción dentro de los términos del mismo artículo, contradicción que debe resolverse en sentido favorable al reo, es decir, exigiendo para la calificación del grado medio la existencia de pluralidad en las circunstancias agravantes.

"Esta conclusión es tan cierta, si se tiene en cuenta que el sistema seguido por el actual código en materia de agravantes y atenuantes, es el número y no el de la calidad de ellas, como debiera ser. Si para la calificación del grado se tuviera en cuenta la peligrosidad del delincuente, bastaría muchas veces una sola agravante para penarlo en primer grado; o al contrario, podrían concurrir varias agravantes, y la calificación hacerse en el ínfimo grado, dada la nobleza del móvil y las conveniencias sociales.

"Pero se dirá que es injusto equiparar en el tercer grado al sujeto que exhibe circunstancias atenuantes sin ninguna agravante, con aquel que presenta atenuantes y una agravante. Mas esta desigualdad es fácil subsanarla aun manteniendo la calificación en tercer grado, en virtud de la muy sabia facultad concedida por el art. 124 del código, según la cual, al delito en tercer grado se aplicará el mínimo, o se aumentará éste hasta una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, al prudente juicio de los jueces. Y es claro que ese arbitrio prudente del juzgador se aplicará cuando dentro de los tres grandes grados de penalidad que reconoce la legislación, no se llene cumplidamente el número de circunstancias que para cada caso se exige."

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema, sala de casación en lo criminal, oído el concepto del señor procurador general de la nación y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia del tribunal superior de Bucaramanga fechada el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Miguel Antonio Mejía la pena principal de nueve años de presidio, como responsable de la muerte de Antonio María Gómez; y en su lugar impone al mismo Miguel Antonio Mejía la pena de siete años de presidio que cumplirá en el establecimiento de castigo que el gobierno determine, deduciéndosele de ella el tiempo que haya estado en prisión preventiva.

Condénase, además, a Miguel Antonio Mejía a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión del tesoro, a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la pérdida en favor del Estado del arma con que cometió el delito y al pago de las costas procesales.

El juzgado de origen dará cumplimiento al art. 16 del decreto Nº 944 de 1934 para los fines de anotación de la sentencia, en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mafo Beñus, Srio. en pdad.

VEREDICTO CONTRADICTORIO

1.—Es contradictorio el veredicto del jurado que a un cuestionario contentivo de la simple intención criminosa de homicidio con el aditamento de la premeditación y a un segundo cuestionario referente a los factores de asesinato responde negativamente, para agregar a renglón seguido que el acusado es responsable de un homicidio simplemente voluntario, cometido en momentos en que estaba privado del perfecto uso de la razón. 2.—El sentido obvio del inciso 5o. del art. 4o. de la ley 118 de 1931 es que hay casos en que la Corte, al invalidar la sentencia en virtud de la causal 6a., no habrá de dictar el fallo de fondo que la reemplace.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo doce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Ramón Helí Cáceres fue condenado por el tribunal superior de Pamplona, por el delito de homicidio en la persona de Raúl Humberto Mantilla, a la pena principal de nueve años de presidio.

El defensor del reo interpuso recurso de casación fundándolo en las causales 1ª y 4ª, art. 3º de la ley 118 de 1931.

En la Corte el señor procurador delegado en lo penal, haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 6º de la ley 118 antes citada, y prescindiendo del examen de las causales aducidas por el recurrente, concluye pidiendo se case la sentencia con base en la causal 6ª, la que sustenta así:

"SEXTA CAUSAL

'Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio'.

"El acusado Cáceres fue llamado a responder en juicio por el delito de homicidio y en el auto respectivo se cargaron en su contra el elemento de la premeditación y las circunstancias de asesinato.

"Al realizarse la audiencia pública, se sometió a la consideración de los jurados un cuestionario contentivo de la simple intención criminosa de homicidio con el aditamento de la premeditación; y se puso a la consideración del mismo jurado un segundo cuestionario referente a los factores que elevan el homicidio a la categoría de asesinato.

"Los señores jueces de hecho en forma unánime, contestaron ambos cuestionarios negativamente, lo que quiere decir que declararon la irresponsabilidad legal del sindicado y, como es lógico, su absolución.

"Pero a renglón seguido, inmediatamente después de escrito el segundo 'No', estamparon el siguiente párrafo:

'El acusado Ramón Helí Cáceres, es responsable de un homicidio simplemente voluntario, acometido en momentos en que estaba privado del perfecto uso de la razón.'

"Al interpretar esta respuesta surgía desde entonces una duda fundamental: la frase aditiva tenía el carácter de una confirmación de las negaciones hechas a los cuestionarios? ¿O con esas palabras quisieron los jurados rectificar lo que acababan de decir y contraponer a la negación de la responsabilidad el concepto de que el sindicado sí era responsable?

"Si las palabras adicionales tenían el primer alcance, esto es, reafirmar o confirmar la negativa, entonces ellas resultaban superfluas, innecesarias e inconducentes; pero si en vez de significar una ratificación pretendían realizar una rectificación o revocación, entonces el jurado había colocado dos ideas contradictorias.

"El señor juez superior se dio cuenta de esta anomalía y para salir de su perplejidad, convocó de nuevo al jurado de calificación para que aclarara su veredicto y poder así proferir la sentencia de primer grado.

"Reunidos de nuevo los jueces de conciencia, contestaron al segundo cuestionario en forma simple y rotunda con un 'no'; y al primer cuestionario respondieron con otro 'no', pero agregaron, diz que a título de aclaración: 'Al negar las dos preguntas que se nos hicieron y decir que el acusado Ramón Helí Cáceres es responsable de un homicidio simplemente voluntario cometido en momentos en que estaba privado del perfecto uso de la razón, quisimos decir, contra lo alegado de modo principal por la defensa, y de acuerdo en parte con el fiscal, que sí fue Ramón Helí Cáceres el único autor de la muerte de Raúl Humberto Mantilla, pero no en los términos de las preguntas, sino en momentos en que su razón estaba perturbada por una embriaguez pura y exclusivamente ocasional, y su voluntad disminuída por la pasión de los celos, de acuer-

do en esta parte con el defensor, como consta en el acta.'

"El señor juez del conocimiento consideró que con esta aclaración el hecho imputado a Cáceres no podía catalogarse en el Código Penal, y que, en consecuencia, el veredicto era contrario a la evidencia, por lo cual lo declaró notoriamente injusto.

"El honorable tribunal revocó esa providencia y devolvió el expediente para que el señor juez superior dictara sentencia en concordancia con el veredicto del jurado, lo que cumplió el inferior, condenando a Cáceres a la pena de nueve años de presidio, como autor de homicidio simplemente voluntario, calificando el delito en segundo grado por existir, en su concepto, circunstancias atenuantes y una agravante, la de ser el homicida agente de policía.

"El honorable tribunal acogió esta sentencia y estimó que el homicidio era simplemente voluntario y de segundo grado, por existir atenuantes y una circunstancia agravante, o sea, la del motivo fútil en la comisión del acto, desechando como circunstancia agravante la calidad de agente de policía de Cáceres.

"Al analizar el honorable tribunal el veredicto del jurado, después de meditado y concienzudo estudio, cual corresponde a los funcionarios que tienen la elevada misión de administrar justicia y el delicado encargo de sentar jurisprudencia, llegó a la conclusión de que el pensamiento de los cinco señores que formaron el jurado de calificación, no fue otro que el de declarar a Cáceres responsable de un homicidio simplemente voluntario que quisieron identificar y precisar mejor mostrando las modalidades y los motivos sobresalientes en que fue cometido, es decir, que el homicidio tuvo lugar cuando su autor se encontraba ocasionalmente embriagado y conmovido por la pasión de los celos.

"Por su parte, el doctor Chacón Hernández, defensor del acusado Cáceres, en cumplimiento también de su sagrada misión, en alegato muy conciso y de sabor inconfundiblemente doctrinario, al realizar, desde el punto de vista en que él se encontraba colocado, el estudio al alcance del veredicto, llega a la conclusión de que los jueces de hecho negaron rotundamente la responsabilidad de su defendido, y que no cabe estimar el hecho investigado como un homicidio simplemente voluntario.

"Este proceso, en sí mismo, y dadas todas las probanzas allegadas al expediente, no ofrecería mayor dificultad si su apreciación y análisis hubiera correspondido de modo exclusivo a jueces de derecho; pero la intervención del jurado que quiso ser demasiado explícito y asimilar en pocas horas cuestiones doctrinarias muy intrincadas y conceptos jurídicos de mucha profundidad, trajo la confusión y el desconcierto en forma tal, que en realidad es muy difícil desentrañar el ánimo y el pensamiento de los señores del jurado.

"Desde luego, es casi imposible en estas materias poder deslindar de manera absoluta y definitiva las cuestiones que son simplemente de hecho de aquellas que son de derecho.

"Aun en el más simple cuestionario se formulan preguntas que implican el conocimiento de conceptos ideológicos que no pueden abstraerse del campo jurídico, pues desde el instante en que se interroga si una persona es responsable de tal o cual hecho, se está colocando al interrogado en una atmósfera de sustancia y colorido inevitablemente científicos, puesto que la responsabilidad en derecho penal es una noción que requiere para su apreciación cierta disciplina mental y cultural.

"Si aquel deslinde resulta por lo general dificultoso llega en ocasiones a convertirse en un verdadero galimatías cuando los jurados se conturban y conmueven con las exposiciones del fiscal y de los abogados de la defensa, como ha sucedido en el caso presente en que los jueces de conciencia quisieron complacer tanto al agente del ministerio público como a los defensores, según se deduce de la aclaración que pretendieron hacer a su veredicto primitivo.

"Se preguntó en el primer cuestionario si Ramón Heli Cáceres era responsable de haber dado muerte a Raúl Humberto Mantilla y si en ese hecho había procedido el acusado con intención de matar y con premeditación; y el jurado respondió, 'no, pero sí es responsable de un homicidio simplemente voluntario cometido en momentos en que estaba privado del perfecto uso de la razón.' Quizás quisieron con esto eliminar simplemente la premeditación, pero esta es una mera hipótesis, pues más claro hubiera sido que la respuesta se hubiera dado en estos términos: 'sí es responsable, pero sin premeditación.' Quisieron decir que puesto que Cáceres había cometido el homicidio en momentos en que estaba privado del perfecto uso de la razón, era apenas un causante material, pero inconsciente de la muerte de Mantilla? Esta es otra hipótesis que implicaría una nueva negativa porque su equivalente sería esto: 'no es responsable porque careciendo del perfecto uso de la razón su acto no tuvo el elemento subjetivo de la intención de matar.'

"En el acta aclaratoria se afianza con mayor firmeza la duda que había surgido y se plantea de nuevo el dilema de si los jurados quisieron decir que sí era responsable o si, en cambio, pretendieron afirmar que no era responsable.

"La aclaración dice: 'Que sí fue Ramón Heli Cáceres el único autor de la muerte de Raúl Humberto Mantilla, pero no en los términos de las preguntas.' Es decir, que sí fue responsable pero sin intención de matar y sin premeditación, lo que ya por sí solo constituye una contradicción porque implica la afirmación de dos conceptos opuestos y excluyentes: la responsabilidad, por una parte; y la falta de intención, por la otra. Pero a esta primera contradicción se agrega otra, o mejor aún, se cambia en su terminología por esta contraposición que viene a hacer definitiva la misma contradicción anterior y es el afirmar que Cáceres sí es el autor único de la muerte de Mantilla 'de acuerdo en parte con el fiscal' —quien opinó en las audiencias— que el sindicado había tenido el ánimus occidendi, con plena voluntad delictiva, pero que era autor de esa muerte en momentos en que su razón estaba perturbada por una embriaguez pura y exclusivamente ocasional y su voluntad disminuída por la pasión de los celos; perturbación y disminución que no pueden tener otro alcance que el de borrar la responsabilidad, para justificar el 'no' rotundo que precedió a la aclaración y que en ésta ratificaron.

"En el fondo, parece que los jurados lo que pretendieron fue aceptar que Cáceres cometió el delito cuando estaba semi-inconsciente y que por consiguiente es un semiresponsable; pero resulta que esta ambigüedad, esta concepción híbrida de nociones netas, no es posible aceptarla en el campo jurídico.

"Dentro de los principios que informan la escuela clásica legal se afianza y determina por la responsabilidad moral del agente, a tal punto que si éste carece de libertad moral es irresponsable ante la sociedad. Para la escuela positivista la libertad moral no es el índice de la responsabilidad legal, desde luego que el autor de un hecho considerado como delictivo responde de él ante la sociedad, aunque haya carecido de pleno discernimiento y de voluntad libre, pues lo que interesa a los asociados es defender las condiciones de vida del conglomerado social en dado momento histórico.

"Para eliminar las dificultades que se presentaba en el derecho penal sobre la cuestión de libre albedrío, que era el basamento de las teorías clásicas y que fue el mayor punto de ataque de los fundadores de la escuela positivista, se trató de buscar una teoría intermedia que fundara la responsabilidad legal en el solo elemento de la voluntariedad y así se aceptó en el código italiano del año de 1890, aunque a ciencia y paciencia de que con tal sistema no terminaba la discusión sobre si, para la imposición de las penas, era preciso establecer previamente la libertad moral, o no era indispensable ese elemento. Con esa aceptación de la sola voluntariedad se dividieron los partidarios y autores de aquel código en dos bandos, encabezados el uno por Zamardelli y el otro por Lucchini, de los cuales el uno sostenía que el término voluntad lleva envuelto el concepto de libertad y el otro que afirmaba que la sola voluntad daba vida completa a la acción sicofísica del individuo, sin que fuera menester el análisis de la existencia o de la inexistencia de su libertad moral.

"Se ha traído a la memoria esta célebre pugna porque parece que, sin darse cuenta de ello, el jurado quiso aplicar en este expediente una doctrina intermedia que quizás pudiera encontrar acomodo en la teoría de la simple voluntariedad.

"Pero como nuestro código actual está informado en los principios de la escuela clásica, el juez de derecho al aplicar las disposiciones de ese mismo código, debe cerciorarse de que al acusado no solamente le es imputable un hecho que en abstracto se considera por la ley como delito, sino que debe convencerse de que el autor material de la infracción procedió voluntaria y maliciosamente, es decir, con intención dolosa.

"No es posible dada la suma indefinida de los estados psíquicos, precisar el valor y el alcance de las expresiones razón perturbada y voluntad disminuída, que emplearon los señores del jurado, después de haber dicho que Cáceres no era responsable y de haber afirmado que sí era responsable de un homicidio simplemente voluntario.

"Ante esta confusión que no lleva al espíritu del juzgador de derecho una plena certeza de la opinión del jurado, ante esta inquietante perplejidad, parece que lo más justo, lo más legal y conveniente para los intereses sociales, es que se requiere del jurado una verdadera aclaración, en que sin el prurito de intentar una respuesta de concisa terminología jurídica, se resuelva si Cáceres es o no responsable de la muerte de Mantilla.

"En un caso que tiene alguna semejanza con el presente, la honorable Corte dijo lo siguiente:

'Si, pues, el jurado emitió un veredicto contradictorio en esta causa, por cuanto al afirmar la responsabilidad del acusado en la primera parte de su respuesta, se contradijo en la segunda; al dar una contestación que, por los términos en que está concebida, puede entrañar una irresponsabilidad, es inobjetable que se está en el caso preciso de que los jueces de conciencia eliminan esa contradicción, concretando su veredicto en forma tal, que no se presente para el juzgador de derecho la perplejidad legal a que conduce una decisión como la de que se trata.'

"Por lo expuesto, este despacho conceptúa que se encuentra demostrada la causal sexta del art. 3º de la ley 118 de 1931; y que por tal motivo se abstiene de analizar las causales invocadas por el señor defensor del recurrente."

Los anteriores razonamientos que la Corte acoge, demuestran que el recurso debe prosperar, como prospera, por la causal 6ª; pero la sala no está de acuerdo con el señor procurador en cuanto a la conclusión que éste sugiere en la última parte de su vista acerca de una nueva reunión del mismo jurado que intervino en el juicio para que "concrete su decisión de modo que no aparezca contradicción y declare, por tanto, si el acusado Ramón Helí Cáceres es o no responsable de la muerte de Raúl Humberto Mantilla." Este procedimiento ya se ensayó, con el único resultado de traer mayor confusión a la causa.

Es posible que la interpretación dada por el tribunal de Pamplona al veredicto del jurado, en el sentido de que éste quiso negar la premeditación y las circunstancias de asesinato, y declarar a Ramón Helí Cáceres responsable de un homicidio simplemente voluntario, sea la cierta y la que más se compagine con las pruebas del proceso; pero al fin y al cabo los términos del veredicto son contradictorios y no permiten sacar esta conclusión como definitiva.

Ahora bien: de acuerdo con lo dispuesto por el inciso 5º del art. 4º, ley 118 de 1931, al prosperar esta causal la Corte "invalidará el fallo y dictará la sentencia, según el caso."

En relación con este punto, en sentencia de 26 de febrero de 1936, casación de Aureliano y Alejandro Vega (Gaceta Judicial números 1901 y 1902), dijo la Corte:

"Cuál es el sentido de esta frase de la ley: 'según el caso'?

"El sentido obvio es que hay casos en que la Corte, al invalidar la sentencia en virtud de la causal 6ª, no habrá de dictar el fallo de fondo que la reemplace.

"De todas maneras, al invaliadr el fallo queda el proceso sin sentencia; y como no es el caso de devolvezlo al tribunal para que la profiera de nuevo, puesto que no hay veredicto del jurado desde luego que es contradictorio, tiene la Corte que proferir la decisión que el tribunal hubiera dictado en el evento de que, cuando le correspondía, hubiese reputado contradictorio el veredicto. Dispone el art. 50 de la ley 169 de 1896:

'Si a juicio del juez las resoluciones del jurado fueren contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto y.... se convocará inmediatamente un nuevo jurado y la resolución no podrá ya ser declarada injusta."

"Y el artículo 51 de la misma ley:

'Si el juez de la causa no declara notoriamente injusto el veredicto del jurado en los casos en que puede y debe hacerlo, el tribunal hará tal declaración, de oficio o a solicitud de parte, siempre que el proceso se halle a su conocimiento por recurso legalmente interpuesto .....

"Las disposiciones legales que se acaban de trascribir ordenan que se declare injusto el veredicto contrario a la evidencia; y como violar el principio de contradicción es el mayor esfuerzo que puede intentarse contra la evidencia, el veredicto contradictorio dado para Alejandro Vega, según el cual sí causó la herida mortal, sin herir, está violando o queriendo violar el principio de contradicción: una cosa no puede ser y dejar de ser al propio tiempo la misma cosa y bajo el mismo aspecto. Y como esta contradicción en el veredicto proferido para Alejandro Vega hace que el de Aureliano Vega, a pesar de contener una afirmación simple, sea contradictorio con el de Alejandro, resulta de cabal aplicación lo dispuesto en los arts. 50 y 51 de la ley 169 de 1896."

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, sala de casación en lo criminal, de acuerdo en lo sustancial con el 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 Pamplona, fechada el veinte de mayo de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Ramón Helí Cáceres la pena principal de nueve años de presidio, como responsable de la muerte de Raúl Humberto Mantilla, y en su lugar resuelve declarar injusto, por contradictorio, el veredicto del jurado y ordena que se convoque, sortee y reúna un nuevo jurado.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad.

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL POR NO HABER INTERVENIDO EN EL EL MINISTERIO PUBLICO

Constituye nulidad sustancial la prevista en el numeral 4o. del art. 246 de la ley 57 de 1887. No habiéndose hecho notificación a las partes de autos tan importantes como el de apertura a pruebas ni de ninguno de los demás recaídos en la causa, es claro que el ministerio público no tuvo intervención en el juicio y que todas disposiciones protectoras de la aplicación recta de la ley, en la defensa, se omitieron.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Con la sentencia definitiva del tribunal superior de Ibagué terminó el juicio seguido a Ignacio Molina por los delitos de heridas y resistencia a la autoridad.

La sentencia lleva fecha de 25 de junio de 1936. Condenó al reo a la pena de seis años y seis meses de presidio y a las accesorias correspondientes. Ella confirmó en todas sus partes la de primera instancia proferida por el juez 3º del circuito del Guamo, de esa jurisdicción, y de cinco de marzo del mismo año.

En el momento de la notificación el reo interpuso recurso de casación. Este le fue concedido.

Ante la Corte está terminada la tramitación.

Cabe observar que ni al tiempo de la interposición del recurso, ni después el recurrente presentó escrito alguno. No está sustentado, ni fundado en causal alguna el recurso.

La procuraduría, por su parte en su vista, haciendo la crítica del proceso, halla que está viciado de nulidad. Con apoyo entonces en el art. 6º de la ley 118 de 1931 invoca la causal 2ª, que sustenta así:

"La sentencia del honorable tribunal superior de Ibagué es violatoria de la ley procedimental, porque se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial. (Numeral 2º, art. 3º de la ley 118 de 1931).

"Los fundamentos de esta causal son los mismos que expuso la procuraduría en la casación por heridas contra Mauricio Calderón, también del tribunal de Ibagué. Son estos:

'La nulidad es la prevista en el numeral 4º del art. 264 de la ley 57 de 1887, por cuanto se dejó sin intervención en el proceso al ministerio público, siendo él parte en la causa.

'Esta se adelantó en el juzgado segundo del circuito del Guamo, que es cabecera del circuito al tenor del art. 1º de la ley 32 de 1915, y por tanto, era forzoso oír la voz del personero municipal de allí, según lo estatuído por los arts. 164 y 178, numeral 1º del Código Judicial.

'Y como el art. 1616 del Código de Procedimiento Criminal estatuye que 'en todos los juicios que se sigan o deban seguirse de oficio, se oirá siempre la voz del ministerio público, aunque haya acusador particular,' síguese que el fiscal del circuito del Guamo era parte en esta causa como representante directo de la sociedad y, por lo mismo, su actuación era indispensable en todas las etapas del juicio.

'Ahora bien: constituye nulidad 'no haberse notificado a las partes el auto en que se abre la causa a prueba; pero el proceso no se anula si la parte no notificada hace uso del derecho de producir pruebas, ni tampoco si citada para recibir las de la contraria, no solicita dentro del día siguiente, que se retrotraiga el juicio al estado de hacérsele la notificación omitida y comenzar a correr dicho término.' (Art. 264 de la ley 57 de 1887, numeral 4º).

'Como en el presente caso no se le hizo al agente del ministerio público ninguna notificación de los autos recaídos, es claro que él no podía tener la intervención eficaz en el juicio, y entonces resulta meridiana la causal de nulidad que se alega.

'Con ello se violaron también los arts. 20 de la ley 104 de 1922, 1710, 1711, 1798 y 1800 del Código Judicial, que expresamente le dan al ministerio público la participación directa en los actos trascendentales del juicio criminal.'

"Por lo expuesto, la procuraduría pide atentamente a la honorable Corte invalide la sentencia recurrida y declare nula la causa a partir del auto que previno a las partes el derecho de pedir la apertura del negocio a pruebas. (Fs. 74 vta)."

La petición del señor procurador es fundada.

La sala encuentra legales y aceptables las razones alegadas.

De otro lado la Corte en jurisprudencia

reciente ha sentado doctrina sobre el particular. En fallo de 17 de noviembre de 1936, publicado en el N° 1917 de la Gaceta Judicial, analizando los mismos fundamentos en que el procurador delegado sustenta la causal 2ª de casación, dijo:

"Es nulidad sustancial la prevista en el numeral 4º del art. 246 de la ley 57 de 1887. No habiéndose hecho notificación a las partes de autos tan importantes como el de apertura a prueba ni de ninguno de los demás recaídos en esta causa, es claro que el ministerio público no tuvo intervención en el juicio y que todas las disposiciones protectoras de la aplicación recta de la ley, en la defensa, se omitieron.

"Resalta esto tanto más cuanto que el art. 20 de la ley 104 de 1922 estatuye que la acción pública para la investigación y castigo de los delitos que han de perseguirse de oficio, corresponde exclusivamente al ministerio público, limitando la intervención de los particulares al denuncio, y la del acusador particular a la solicitud de las diligencias procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes y también al pedimento de embargo de bienes, para asegurar el pago de la indemnización civil.

La disposición citada, última de las expedidas sobre procedimiento penal concreta más, si cabe, la índole de la investigación establecida en el procedimiento penal que considera sólo dos partes en el juicio:

a) El sindicado, a quien le hacen los cargos y que tiene garantizado consecuencialmente el derecho de defensa; y

b) El ministerio público, que representa a la sociedad tanto para incriminar al mismo sindicado como para solicitar las diligencias que crea conducentes al esclarecimiento de los hechos, en pro de la justicia, que es la función primordial del Estado, en relación con la protección de los derechos individuales, en cuya defensa debe observarse la plenitud de todas las formas propias de cada juicio, al tenor del art. 26 de la constitución.

En el caso presente, como lo demuestra el señor procurador, la falta de intervención del agente del ministerio público, acarreó vicio de nulidad sustancial en el juicio y la sentencia dictada en tales condiciones viola la ley procedimental, por lo cual el recurso prospera.

Lo expuesto significa que es el caso de invalidar el fallo recurrido en concordancia con el art. 4º de la ley 118 de 1931.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema, sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el concepto del señor procurador general de la nación y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del tribunal superior de Ibagué de fecha veintiuno de junio de mil novecientos treinta y seis, condenatoria de Ignacio Molina a seis años, seis meses de presidio de pena principal, por los delitos de heridas y resistencia a la autoridad; declara nulo lo actuado, y ordena la reposición del proceso desde el auto de seis de noviembre de mil novecientos treinta y cinco (f. 74 vto.), que previno a las partes el derecho de solicitar la apertura de la causa a prueba y ordena que se reponga el procedimiento de ahí en adelante, todo con intervención del señor procurador municipal del Guamo.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en pdad.

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL POR RECUSACION EN EL SORTEO DE JURADOS HECHA POR EL DEFENSOR Y NO POR EL ACUSADO MISMO

Como el defensor del acusado no puede recusar en el sorteo de jurados sin delegación especial de su defendido, la recusación hecha sin esa autorización constituye nulidad en el proceso criminal, de conformidad con el numeral 4o. del art. 205 de la ley 57 de 1887. El curador del acusado sí puede recusar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo dieciocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

En sentencia de 10 de junio de 1936, el tribunal superior de Neiva condenó a Jesús

Antonio Parra a la pena principal de veinte años de presidio, ya que tal fallo confirmó el de primera instancia, proferido por el juzgado superior de Neiva, el 25 de octubre de 1935.

El delito porque se juzgó a Jesús Antonio Parra es el de asesinato. El hecho ocurrió el 22 de diciembre de 1933 en el corregimiento de Suere, municipio de Florencia, y la víctima fue Rufino España.

La sentencia de primera instancia y la confirmatoria aplicaron la pena de veinte años de presidio que es la señalada por el art. b) del acto legislativo N° 3 de 1910, sustitutiva de la pena capital, y por lo tanto la congruente con los arts. 597 y 598 del Código Penal.

Interpuso el reo recurso de casación contra la sentencia del tribunal de Neiva. No invocó cuasal alguna en el escrito que tal hizo.

Ante la Corte concedido que le fue el recurso, su alegato tampoco señaló causal alguna. Limitóse a reproducir los mismos argumentos que adujo la defensa sobre invalidez de la causa cuando apeló del fallo de primera instancia y que en síntesis son: falta de garantías constitucionales en la recepción de su indagatoria puesto que siendo menor de edad no se le nombró curador ad-litem en la primera diligencia de esa clase, y negación del derecho de pedir pruebas pretextando que había pasado el término para ello.

Analizado el expediente por el procurador encuentra que existe una irregularidad sustancial que lo invalida. Por ello acogiéndose a la ley 118 de 1931 que le da facultad para fundar la casación cuando encontrare esto conducente, invoca la causal 2ª en los términos siguientes:

"SEGUNDA CAUSAL

"La sentencia del honorable tribunal superior de Neiva es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial.

"La nulidad es la prevista en la primera parte del numeral 4° del art. 265 de la ley 57 de 1887, porque al acusado no se le dio el derecho de recusación en el sorteo de los jurados, sino a su curador o defensor (que en materia criminal tienen el mismo alcance, según ha dicho la Corte).

"Por tanto, el personal de jurados había podido ser otro del que actuó, si el acusado hubiera recusado directamente. Así, se incurrió en la equivocación de jurados que prevé al numeral 4° mencionado."

Para resolver, la Corte considera:

Reza el acta de sorteo de jurados:

"En Neiva a veintiuno de junio de mil novecientos treinta y cinco, siendo las diez de la mañana y estando presentes en el juzgado superior el señor fiscal, el acusado Jesús Ant. Parra y su curador ad-litem, el señor juez por ante su secretario procedió a verificar la diligencia de sorteo de los miembros del jurado que ha de intervenir en esta causa; acto que se llevó a cabo en la siguiente forma: puso el señor juez de presente la lista de jurados y un número de fichas igual al de éstos numeradas en el mismo orden y colocadas en el de su numeración, y cerciorado las partes de que no había ficha de menos, ni número repetido, el señor juez las insaculó y sacó luégo una a una las siguientes: 12—Alberto Bahamón, 76—Francisco Marroquín, 135—Félix F. Varela, 86—Pompilio Paredes, 115—Pedro Rivera, 130—Roberto Trujillo Díaz, y 13—Arturo Bahamón. El señor fiscal haciendo uso del derecho de recusar, recusó al señor Alberto Bahamón; y el curador del acusado en ejercicio del mismo derecho, lo hizo en el señor Pedro Rivera, quedando de esta manera hábiles para componer el jurado en esta causa los señores Francisco Marroquín, Félix F. Varela, Pompilio Paredes, Roberto Trujillo Díaz y Arturo Bahamón, a quienes el señor juez declaró legalmente sorteados y dispuso hacerles saber personalmente la elección y darles traslado del expediente por tres días a cada uno para su estudio. Para constancia se extiende y firma la presente diligencia."

La parte final del documento trascrito dice que el curador del acusado en ejercicio del mismo derecho (el de recusar), lo hizo en el señor Pedro Rivera. Ocurrió, pues, que estando presente el acusado no hizo él directamente la recusación.

Si de curador se tratase en el presente caso, la Corte no compartiría la tesis de nulidad propuesta por el señor procurador; pues como ella misma lo ha dicho en reciente fallo, al paso que el defensor no puede recusar sin delegación especial del procesado, el curador no necesita de tal delegación, y es él cabalmente quien debe ejercitar ese derecho por su representado incapaz. (Casación de Jesús López Quintero, sentencia fechada el 15 de mayo de 1937).

Bien es verdad que en la diligencia de sorteo de jurados se habla del curador de Jesús Antonio Parra; pero como en la fecha en que tal diligencia se efectuó, y dados los únicos antecedentes que en el proceso hay sobre el particular, Parra era ya para esa época mayor de edad, preciso es entender que quien venía actuando como curador

defensor, sólo tenía a la sazón el carácter de defensor, mas no el de curador, y en tales condiciones sí existe el vicio de nulidad de que habla el señor procurador, porque el que debía recusar era Parra y no su defensor.

La mayor edad de Parra al tiempo de la diligencia de sorteo de jurados, se deduce de los siguientes datos del proceso:

A folio 31 vto. obra la indagatoria del sindicado en la cual dijo tener veinte años de edad; esa diligencia se efectuó el diez y seis de enero de mil novecientos treinta y cuatro; y a folio 132 vto. corre el acta de sorteo de jurados, diligencia que se efectuó el veintiuno de junio de mil novecientos treinta y cinco, luego cuando se efectuó esta diligencia, Parra debía contar veintiún años, cinco meses de edad.

Las razones de la nulidad de que se viene hablando las expuso la procuraduría y la Corte las acogió, en la casación de Pedro David Moreno y Gustavo Durán. Son las siguientes:

"La recusación debe hacerla directamente el acusado cuando esté presente, y no su defensor, a menos que aquél delegue a éste esa facultad. Así lo dice con claridad meridiana el art. 276 de la ley 57 de 1887.

"Cada procesado —dice ese artículo— y cada acusador particular podrá recusar libremente un designado y el fiscal tantos cuantos sean los que tengan derecho de recusar todos los procesados.... Si alguno de los procesados no compareciere al sorteo, podrá representarlo, para el efecto de recusar, su respectivo defensor.

"Y esto es lo natural, porque el derecho de recusación mira directamente al interés del acusado, ya que son los jueces de hecho que resulten elegidos los que van a juzgarlo y a decidir de su responsabilidad. Además, el defensor no tiene en el juicio la representación legal o judicial del procesado en los mismos términos y alcance que el mandatario en asunto civil. En el procedimiento criminal es el acusado quien debe actuar directamente, y su defensor no hace más que asesorarlo. Así lo dan a entender con toda nitidez, entre otras, las siguientes disposiciones: arts. 1625 y 1720 del Código Judicial; 357 de la ley 105 de 1890; 264, 265 y 276 de la ley 57 de 1887. Tanto es así que, hallándose detenido el acusado, todas las diligencias hay que practicarlas con él, aunque su defensor no concurra y el acto es perfectamente válido; pero no al contrario, porque entonces sí hay omisión de garantías y se incurre en nulidad.

"En esta causa, a los acusados Moreno y Durán no se les dio ninguna intervención en el sorteo; su presencia allí fue, contra lo que quiere la ley, enteramente pasiva. Solamente actuaron los defensores, sin la aquiescencia y delegación de aquéllos. Así las cosas, no hay duda que el personal del jurado había podido ser otro si los mismos procesados hubiesen recusado los jueces que les correspondía, y entonces existe la nulidad de que trata el numeral 4º del art. 265 citado, en su primera parte."

La nulidad prevista por el inciso 4º del art. 265 de la ley 57 de 1887, como en general todas las referentes a la salvaguardia en el procedimiento y en las formas de cada juicio en el derecho de defensa, son una derivación de la garantía constitucional que consagra el art. 26 del estatuto de la república, y precisamente por eso la ley de casación en asuntos criminales estableció como causal 2ª la de que la sentencia dictada en un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley, es violatoria de la ley procedimental. Por lo tanto casable por este aspecto.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el concepto del señor procurador delegado en lo penal y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia de diez de junio de mil novecientos treinta y seis, dictada por el tribunal superior de Neiva, que impuso a Jesús Antonio Parra la pena de veinte años de presidio, por asesinato; en su lugar declara nula la actuación a partir de la providencia que señaló día para el sorteo de jurados, visible al folio 132 del cuaderno principal, y ordena que se reponga lo actuado de ahí en adelante.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mato Mañas, Srio. en pdad.

CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA.—CONDENACION AL PAGO DE PERJUICIOS

1.—En relación con la prueba de las circunstancias agravantes el tribunal es soberano, según doctrina sentada por la Corte en numerosos fallos. 2.—La condenación al pago de perjuicios, por más irregular que sea, no constituye motivo de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.- Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

En el presente recurso, el señor procurador delegado en lo penal se expresa en su vista así:

"El tribunal superior del distrito judicial de Ibagué, por sentencia de siete de marzo del año en curso, reformó la del juzgado primero superior de ese lugar e impuso a Cuncio o Concepción Pinzón la pena principal de nueve años de presidio, calificada su delincuencia en segundo grado y como responsable de la muerte voluntaria que le dio a Ruperto Rodríguez.

"Contra esa sentencia interpuso casación el señor defensor del reo enunciando las causales primera y tercera del art. 3º de la ley 118 de 1931, pero sin entrar en la demostración correspondiente.

"Ya ante la Corte, el propio acusado amplió el recurso y concretó la acusación de la sentencia a la causal primera.

"PRIMERA CAUSAL

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta e indebida aplicación de la misma.

"El recurrente hace consistir esa mala aplicación de la ley en que el tribunal calificó en segundo grado su delincuencia, no siendo el caso de hacerlo, por no concurrir circunstancias agravantes, sino únicamente atenuantes.

"La procuraduría halla plenamente justificada esa causal, como pasa a demostrarlo:

"El tribunal superior de Ibagué elevó a segundo el grado de la penalidad, fundado en las agravantes de indefensión y crueldad.

"Empero ellas no tienen aquí el carácter de cualitativas o hechos accesorios del delito, sino que más bien entran a confundirse con la naturaleza misma del homicidio que se le cargó en cuenta al procesado.

"Realmente, en el auto de proceder, se le imputó a Pinzón un homicidio simplemente voluntario consumado en riña provocada por el mismo homicida.

"Así se sometió al jurado el cuestionario, incluyendo, sin ser el caso de hacerlo, las circunstancias genéricas de sevicia, indefensión, violencia y crueldad. El jurado contestó: 'Sí, pero sin sevicia.'

"Es claro que si a Pinzón se le declaró responsable de un homicidio cometido en riña, no podía obrar cogiendo a la víctima indefensa, porque la riña es un combate singular entre dos o más personas a virtud de mutua voluntariedad. Y el individuo que procede en el acto huracanado de la riña, tampoco cuenta los golpes que ha de descargar sobre la víctima, sino que los multiplica hasta lograr el vencimiento de ella. Por consiguiente, en estos casos, no es correcta la aplicación del concepto de crueldad.

"Y en el caso presente tampoco la hubo, porque de las seis heridas que recibió Rodríguez, apenas una era de carácter grave, por los vasos que lesionó y la hemorragia que produjo. Las otras heridas fueron leves, por su poca profundidad y no haber lastimado órganos importantes.

"En un caso semejante al presente, dijo la procuraduría lo siguiente, que la Corte acogió en reciente sentencia:

'Y si se estimó por el jurado que el homicidio era simplemente voluntario, hay que suponer que el acusado obró en el arrebato de la ira o la venganza. Luego un individuo así ofuscado, no cuenta los golpes que descarga su arma, ni mide las regiones anatómicas que ha de vulnerar; todo se sucede con vertiginosa rapidez y en forma hasta cierto punto mecánica o incontrolada. En tales circunstancias, el concepto de crueldad e indefensión desaparece, porque no es fruto de una mayor perversidad del agente, de una insensibilidad moral ante la situación y sufrimiento de la víctima.' (Casación por homicidio contra Manuel García, del tribunal de Medellín).

"Lo dicho es suficiente para que prospere la causal primera que se ha invocado.

"Como la sentencia aplicó oficiosamente la pena accesoria de condenación al pago de perjuicios, contra lo que dispone el art. 22 de la ley 104 de 1922, la honorable Corte, al casar el fallo del tribunal e imponer las penas, debe suprimir de ellas lo relativo a los perjuicios.

"En tal virtud, la procuraduría general de la nación pide respetuosamente a la Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia del tribunal superior de Ibagué, fechada el siete de marzo de este año, y con aplicación en tercer grado del art. 600 del Código Penal, imponga a Cuncio o Concepción Pinzón la pena de seis años de presidio y las accesorias consiguientes."

No está de acuerdo la Corte con las conclusiones a que llega el señor procurador:

Las circunstancias agravantes de indefensión y de crueldad que dedujo el tribunal para calificar la delincuencia del reo en segundo grado, no constituyen propiamente modalidades del delito; pues tal como éste se cometió, la riña, lejos de intervenir como factor de aminoración del hecho delictuoso y de la pena, podría haberse tenido en cuenta aun para deducir el cargo de premeditación, de conformidad con la parte final del art. 585 del Código Penal.

Ahora bien: Considerado el hecho en calidad de homicidio simplemente voluntario, y descartada la idea de estimar la indefensión de la víctima y la crueldad como elementos integrantes de aquella especie de delito, estas dos circunstancias, agravantes al tenor de los numerales 3º y 10º, art. 117 del Código Penal, podía el tribunal declararlas demostradas, siendo así que en relación con la prueba de ellas es soberano, según doctrina sentada por la Corte en múltiples fallos.

Y ante la concurrencia de dos circunstancias agravantes, no cabe censurar el fallo recurrido por la calificación de la delincuencia en segundo grado.

Respecto a la condenación al pago de perjuicios, la Corte ha dicho en varios fallos:

Considera la procuraduría que el art. 87 del Código Penal, en donde se establece la condenación oficiosa al pago de daños y perjuicios en el proceso criminal, quedó modificado por las disposiciones de la ley 104 de 1922, según las cuales debe entenderse suprimida la facultad que la ley 57 de 1887 daba al juez para condenar al pago de perjuicios, aun sin que el ofendido o sus representantes se hiciesen parte y así lo pidieran.

Y "como en el presente caso —dice la procuraduría— no han intentado la acción de perjuicios los interesados, y de oficio no puede hacerse la condenación correspondiente, el tribunal violó el art. 87 del Código Penal y el 22 de la ley 104 de 1922."

Con pena se aparta la Corte de esta tesis, y considera que el argumento, aunque inteligentemente propuesto, no es apto para fundar motivo de casación, como pasa a verse.

La sentencia no viola el art. 87 del Código Penal, y la tacha que contra ella propone la procuraduría, es cabalmente la de haber aplicado de modo indebido y oficioso tal artículo, siendo así que él fue modificado —en concepto del señor procurador— por el 22 de la ley 104 de 1922. En tal evento, lo violado sería este artículo, y no el 87 del Código Penal.

Ahora bien: el precitado art. 22 no es un precepto penal, sino procedimental, ya que estatuye sobre legitimidad de personería para intentar la acción de perjuicios causados por el delito; y suponiendo, dentro del orden de ideas del procurador, que este artículo de la ley 104 haya podido ser violado por la sentencia, ello no encajaría dentro de la causal 1ª de casación, puesto que no se trata de ley penal sustantiva; y ni siquiera dentro de la 2ª, porque de implicar violación de ley procedimental, no es de las violaciones que están erigidas en causal de nulidad, y que por consiguiente vicien el procedimiento de nulidad sustancial según la ley.

No significa lo dicho que sea regular ni jurídico que los jueces y tribunales, de manera oficiosa, profieran en sus sentencias condenación por perjuicios. Si lo hacen sin determinar la cuantía, la condenación es prácticamente írrita; y si la condenación se hace por cantidad líquida, hay en ese punto del fallo una extralimitación de funciones, cuyas consecuencias jurídicas invaden un campo distinto al de la nulidad del proceso.

Lo que ocurre es que no cualquiera ilegalidad de que adolezca una sentencia es motivo de casación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, sala de casación en lo criminal, en desacuerdo con la opinión del señor procurador general de la nación y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del tribunal superior de Ibagué, fechada el siete de marzo de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Cuncio o Concepción Pinzón la pena principal de nueve años de presidio como responsable de la muerte de Ruperto Rodríguez.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Haas, Srio. en pdad.

HOMICIDIO.—CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA.—FUNCIONARIO IMPEDIDO.

1.—Tratándose de funcionarios impedidos, sólo su actuación posterior a la declaratoria de impedimento puede ser susceptible de nulidad, pero la anterior es válida, ya que el funcionario únicamente queda separado del conocimiento por virtud de la calificación que se haga de la existencia del impedimento. 2.—La decisión del jurado no puede aceptarse como única base de la existencia de una agravante. 3.—Una sola circunstancia agravante no es suficiente para calificar la delincuencia en segundo grado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, mayo veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El señor procurador delegado en lo penal conceptúa que la sentencia definitiva del tribunal superior de Bucaramanga, reformatoria de la del juez 2º superior de ese distrito judicial y que impuso a Patricio Rojas la pena principal de ocho años de presidio como autor del delito de homicidio perpetrado en la persona de Roque Basto, ha de casarse.

Funda la casación en el numeral 2º del art. 3º de la ley 118 de 1931, por cuanto el fallo se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

Para presentar esta causal a la consideración de la Corte ejerce la facultad que le confiere el art. 6º de la ley 118 ya citada.

Cierto es que el defensor del procesado interpuso el recurso y que luégo ante la Corte lo sustentó por las causales de errónea aplicación de la ley y desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado, o sean la 1ª y la 4ª del art. 3º de la misma ley 118 de 1931. Pero la procuraduría estimando que el juicio está viciado de nulidad sustancial y que entonces la actuación debe reponerse para que venga un nuevo jurado y una nueva sentencia, prescinde del análisis de los motivos alegados por la parte para inhibir el fallo, y pasa a fundar la causal de nulidad en estos términos:

"SEGUNDA CAUSAL

"La sentencia del honorable tribunal de Bucaramanga es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley. (Numeral 2º del art. 3º de la ley 118).

"Tal nulidad es la prevista en la primera parte del numeral 4º del art. 265 de la ley 57 de 1887, por cuanto en la diligencia de sorteo de jurados intervino como agente del ministerio público quien estaba legalmente impedido para desempeñar ese cargo en la presente causa. En tales circunstancias, carecía él de facultad para recusar jurados, y de ahí que se incurriera en esa diligencia en equivocación tal, que hoy no es posible saber cuáles eran realmente los miembros que debían formar parte de ese cuerpo.

"En efecto, por auto de dos de marzo del año pasado (fs. 59 vta.), se declaró legal el impedimento manifestado por el señor fiscal del juzgado segundo superior de Bucaramanga, doctor Alfonso Orduz Suárez, para intervenir en este negocio. En ese mismo auto, se dispuso pasar el expediente al señor fiscal del juzgado primero superior, por estar vacantes las suplencias de la fiscalía del juzgado segundo.

"En la diligencia de sorteo de jurados actuó como fiscal el doctor Leonardo Martínez Collazos, y él hizo la recusación. Pero resulta que dicho doctor fue quien figuró como juez segundo superior en los momentos de calificar el mérito del sumario, y fue él quien profirió el auto de enjuiciamiento contra Patricio Rojas. (Fs. 44 y 51).

"Ahora bien: el art. 166 del Código Judicial dice que los agentes del ministerio público están impedidos para intervenir en los negocios cuando entre otros casos, ellos 'tengan interés.'

"Es indudable que el juez que pronuncia una pieza tan importante y trascendental como el auto de proceder, donde se debaten altas cuestiones de derecho y se puntualizan los cargos contra el acusado, tiene un interés científico y jurídico en el negocio. De tal suerte que, al intervenir más tarde como fiscal en ese mismo asunto, ya tiene formado su criterio, ya pierde en cierto modo su independencia de juzgador, porque es humano que siga sosteniendo sus puntos de vista concretados en el enjuiciamiento, como lo hizo aquí el doctor Martínez Collazos en el acto de la audiencia. Y precisamente lo que la ley quiere garantizar con las causales de impedimento es la libertad e independencia de los empleados que han de intervenir en el debate judicial.

"Por consiguiente, constituyendo causal de impedimento en los agentes del ministe-

rio público tener interés en el negocio; no distinguiendo la ley qué clase de interés es el que debe concurrir, si personal, económico o científico, pues se refiere a un interés genérico, y siendo esa causal de impedimento inallanable al tenor del art. 439 del Código Judicial, es incuestionable que el señor fiscal debió declararse impedido en esta causa, por haberlo tocado como juez dictar el auto de proceder.

"Es claro que si al señor fiscal doctor Martínez Collazos se le declara separado del conocimiento del asunto, habría intervenido en la diligencia de sorteo de jurados otra persona como representante del ministerio público, y esa persona hubiera podido recusar un jurado distinto del que tachó el doctor Martínez Collazos. Luego en esas circunstancias, la diligencia del sorteo resulta afectada de incertidumbre acerca de los miembros del jurado que actuaron aquí, y es principio indubitable que tal diligencia debe ser nítida y exenta de toda duda capaz de alterar la recta elección de los jueces de conciencia.

"Por tanto, la procuraduría estima probada la causal segunda y por eso solicita respetuosamente de la Corte Suprema de Justicia invalide la sentencia del tribunal superior de Bucaramanga, de fecha 26 de mayo del corriente año, y declare nulo lo actuado en esta causa a partir, inclusive, del auto que señaló día para el sorteo de jurados."

Para resolver, la Corte considera:

En cuanto a la causal 2ª, es decir, la nulidad pedida por el señor procurador, ocurre que, según lo ha dicho ya la Corte, aun prescindiendo de entrar en el examen de si el doctor Leonardo Martínez Collazos, fiscal 2º superior de Bucaramanga, estaba o no impedido para actuar en el proceso con tal carácter, resulta de autos que no se surtió en las instancias incidente alguno sobre impedimento o recusación del doctor Martínez Collazos; y por consiguiente, aquel empleado tenía que intervenir en los trámites del juicio en lo atañadero al ministerio público.

Tratándose de funcionarios impedidos, sólo su actuación posterior a la declaratoria de impedimento puede ser susceptible de nulidad, pero la anterior es válida, ya que el funcionario únicamente queda separado del conocimiento del negocio por virtud de la calificación que se haga de la existencia del impedimento.

No prospera, de consiguiente, el recurso por la causal 2ª que invoca el señor procurador.

Resta entonces analizar las dos causales aducidas por el recurrente.

Causal 4ª — Disconformidad entre el veredicto y la sentencia.

Al jurado le formuló el juez de la causa, una pregunta relativa a homicidio simplemente voluntario, otra sobre premeditación, y una tercera referente a circunstancias de asesinato. El jurado negó la premeditación, y contestó con la palabra "sí" los otros dos cuestionarios.

En estas condiciones, es decir, sobre un veredicto que de modo inequívoco declara la existencia de un homicidio simplemente voluntario, la sentencia que condenó al procesado por ese delito, mal puede tacharse de estar en desacuerdo con la declaración del jurado.

Causal 1ª—Indebida aplicación de la ley penal.

Consiste el cargo en que, según el recurrente, la calificación de la delincuencia ha debido hacerse en tercer grado, y no en segundo como lo hizo el tribunal.

Las razones que aduce el tribunal sobre este punto son las siguientes:

"El mismo carácter de la prueba en cuanto a las circunstancias antecedentes y concomitantes del delito, hacen intocable la apreciación que en conciencia ha hecho el jurado en cuanto al descarte de la premeditación y al sostenimiento de la agravante de la alevosía, que bien hubiera podido descartar el jurado sin incurrir en injusticia notoria, pero que hay que admitir porque está declarada en conciencia y no aparece prueba de evidencia en contrario que se le pueda oponer. La de la mayor malicia que deduce la fiscalía por haber ultimado a su cuñado, no es propiamente tal, aunque sí puede deducirse del grupo siguiente (4º del art. 117 del C. P.), 'sus mayores obligaciones para con la persona contra quien delinquió' y en tal concepto la acoge la sala.

"La tercera, o sea 'los móviles del delito' que también deduce la fiscalía, se opaca con lo antes dicho, pues Rojas en el incidente espectacular que se presentaba creyó de su deber hacer cesar un ultraje a su hermana y entonces procedió con un móvil que no se puede reputar 'como antisocial, ni consiguientemente obró a sangre fría. Y la cuarta, 'al respeto que se merece el lugar donde se cometió el delito', una fiesta o baile de familia, es circunstancia tan relativa que la misma Corte Suprema tiene sentado que esa mayor responsabilidad sólo la hay cuan-

do se trata de una iglesia, un teatro, una escuela, comunidad o asociación congregadas, sin que se extienda a estos bailes de campesinos o sitios donde, como en las tabernas, sus concurrentes gritan, beben desmedidamente y se permiten libertades que hacen desmerecer su respetabilidad hasta convertirse en lugares comunes donde no se produce la mayor alarma.

"Ahora bien, concurriendo en favor del reo las circunstancias atenuantes de su buena conducta anterior, su ignorancia y ser primer delito que se le imputa, con las dos agravantes de la alevosía y las mayores obligaciones para con su cuñado, se debe calificar su delincuencia en segundo grado, tal como lo tienen previsto los arts. 123 y 124 del Código Judicial, bien que con deducción de la sexta parte diferencial, por haber salido en defensa de su hermana, a quien creyó ultrajada en aquellos momentos. Así, pues, le corresponden ocho años de presidio como infractor de la ley penal en el caso del art. 600 de aquélla, y en tal sentido llevará reforma el fallo de que se trata. Con esta salvedad y en sentido afirmativo cabe hacer la tercera declaración del art. 163 de la ley 40 de 1907."

Se reducen, pues, a dos las circunstancias agravantes según el tribunal: alevosía, por cuanto la declaró el jurado, y mayores obligaciones del delincuente con la víctima por los vínculos entre el matador y el occiso.

No acepta la Corte como única base de la existencia de una agravante la decisión del jurado. Si el tribunal hubiese deducido aquella agravante de las pruebas del proceso, nada habría que objetar, de acuerdo con doctrina uniforme de la Corte en el sentido de que los tribunales son soberanos para apreciar las pruebas de los hechos constitutivos de circunstancias agravantes o atenuantes.

Así las cosas, sólo queda en pie la circunstancia agravante del parentesco entre Patricio Rojas y Roque Bastos; pero como también ha dicho la Corte que una circunstancia agravante no es suficiente para calificar la delincuencia en segundo grado, la calificación ha debido hacerse en el tercero, y el recurso prospera, pues, por este aspecto de la causal 1ª.

Como incumbe a la Corte en este caso dictar el fallo que debe reemplazar al recurrido, se procede a ello, calificando la delincuencia en tercer grado, pero aumentando la pena imponible con la sexta parte diferencal entre el máximo y el mínimo (art. 124 del Código Penal).

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, sala de casación en lo criminal, en desacuerdo con el parecer del señor procurador general de la nación y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del tribunal superior de Bucaramanga, fechada el veintiséis de mayo de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Patricio Rojas la pena principal de ocho años de presidio como responsable de la muerte de Roque Bastos; y en su lugar condena al mismo Patricio Rojas a la pena de siete años de presidio que sufrirá en el lugar de castigo que el gobierno designe, computándosele como parte cumplida de la pena el tiempo que haya estado en detención preventiva por este delito.

Condénase, además, a Patricio Rojas, a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión del tesoro, a perder en favor del Estado el arma con que cometió el delito y al pago de las costas procesales.

Por el juzgado de origen se dará cuenta de esta sentencia al jurado electoral del domicilio del reo para los efectos de su anotación en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo [illegible]ños, Srio. en pdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—DICTAMEN PERICIAL.—ESTAMPILLAS.—PERJUICIOS.

1.—El dictamen pericial debe ponerse en conocimiento de las partes. Una prueba pericial que se ha practicado sin citación de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales sobre peritos, no puede estimarse en la sentencia. 2.—Faltando en un acto o documento las estampillas correspondientes, debe previamente disponerse lo conducente a la revalidación fiscal, de conformidad con el art. 13 del decreto No. 92 de 1932, porque no es jurídico decretar las sanciones del art. 6.o, sino ante la renuencia del interesado a efectuar la revalidación fiscal del documento. 3.—Ni la nación, ni los departamentos están obligados a indemnizar perjuicios por causa de las investigaciones que se adelantan de acuerdo con los requisitos legales con relación a infracciones de la ley. Los órganos del poder público tienen la atribución de investigar los delitos y contravenciones a la ley, en defensa de los intereses sociales y para asegurar el orden en el país y la seguridad de los asociados. Ninguna responsabilidad civil puede caberles a las entidades de derecho público por razón de perjuicios ocasionados a los particulares en ejercicio del derecho de investigar y sancionar los quebrantos de la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo diez y ocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente **Dr. Pedro A. Gómez Naranjo**)

El 10 de junio de 1932, los guardas departamentales de la renta de licores del Magdalena tomaron varios elementos de contrabando de la casa del señor Emilio Sánchez, en Mamatoco. Igualmente decomisaron 173 bultos de panela, de propiedad del señor Enrique Panzer. Adelantado el sumario correspondiente contra los señores Sánchez y Panzer, el juzgado de rentas del departamento declaró que no había lugar a deducírsele responsabilidad de ninguna clase al último por tener en depósito la panela en casa del primero.

Fundado en estos antecedentes, el señor Enrique Panzer demandó en juicio ordinario al departamento del Magdalena por el valor de la panela que le fue quitada, la cual se consumió en la fábrica de licores del departamento; por el valor de los perjuicios ocasionados por el decomiso de la panela y por los gastos hechos para recuperar el valor del artículo. El fiscal del tribunal como representante del departamento, se opuso a la acción. El tribunal en sentencia de fecha quince de abril del año pasado, le puso fin al negocio, condenando al departamento a pagar al señor Panzer la suma de $ 865, valor de la panela decomisada, y absolviéndolo de los demás cargos de la demanda. El interesado apeló del fallo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente en la Corte, sin que se observen causales de nulidad, se pasa a resolver el asunto en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

De autos aparece plenamente comprobado que al señor Enrique Panzer le decomisaron los guardas de la renta de licores 173 bultos de panla, que fueron aprovechados en la fábrica del departamento. Igualmente aparece demostrado que a dicho señor se le declaró sin responsabilidad alguna por razón de infracciones a las ordenanzas sobre contrabando de licores. Es, pues, indudable que el demandante tiene derecho a que se le pague por el departamento el valor del artículo, como lo reconoció la gobernación en resolución N° 21 de 25 de febrero de 1934, copia de la cual se acompañó a la demanda.

El tribunal en la sentencia de primera instancia condenó al departamento a pagar al demandante la suma de $ 865, en atención a que en esa cantidad fue avaluada la panela por los peritos nombrados durante el término de prueba. Sobre este avalúo dice lo siguiente el señor procurador delegado en lo civil:

"Es bien singular el procedimiento acogido por el tribunal fallador, quien se limitó a posesionar a los referidos peritos, sin aceptar y poner en conocimiento de las partes la designación que de ellos se hizo, a fin de que ellas pudieran introducir las tachas a que hubiera lugar. Pero todavía hay más: el tribunal fallador, sin tomar en cuenta la

vigencia del ordinal 42 del art. 1º del decreto Nº 92 de 20 de enero de 1932, que grava los avalúos judiciales o extrajudiciales con la suma de un peso, por cada mil pesos o fracción de mil pesos de su valor, le dio validez y aceptación al avalúo de fs. 17 del cuaderno de pruebas del demandante, sin estar provisto de la estampilla o estampillas respectivas debidamente anuladas, incurriendo con tal motivo en la sanción establecida en el art. 8º del referido decreto."

Sobre el primer punto se observa:

El art. 708 del C. J. establece que los peritos son tachables como los testigos y el art. 709 de la misma obra dice que las tachas o recusaciones se proponen dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de nombramiento. Por tanto, si éste no se pone en conocimiento de las partes, se les priva de la oportunidad de tachar los peritos.

Una prueba pericial que se ha practicado sin citación de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales sobre peritos, no puede estimarse en la sentencia. Se funda esta doctrina en que si se dejan de cumplir las formalidades señaladas por la ley para el nombramiento, posesión y oportunidad para tachar los peritos, se omiten requisitos esenciales y se arrebata un derecho a las partes en el juicio.

La primera observación del señor procurador tiene, por consiguiente, fundamento, y ella sola basta para que no se aprecie la prueba referente al avalúo pericial practicado durante el término correspondiente de la primera instancia.

Sobre la sanción por la falta de estampillas en la diligencia de avalúo, de acuerdo con el art. 8º del decreto Nº 92 de 1932, la Corte ha resuelto que se debe previamente disponer lo conducente a la revalidación fiscal, de conformidad con el art. 13 de ese mismo decreto, porque no es jurídico decretar las sanciones del art. 6º sino ante la renuencia del interesado a efectuar la revalidación fiscal del documento. (Sentencia de 8 de julio de 1933, Gaceta Judicial, números 1914 y 1915, página 80).

En el presente caso no es procedente ordenar previamente la revalidación del documento, de acuerdo con lo resuelto por la Corte, porque hay otros motivos, como ya se ha visto, para desestimar la prueba de que se trata.

Por tanto, se debe modificar el fallo de primera instancia en el sentido de condenar al departamento del Magdalena a pagar al demandante el valor de los 173 bultos de panela que le fueron decomisados, de acuerdo con lo que pruebe el interesado en diligencias separadas.

El demandante pide que se condene al departamento a pagarle perjuicios tanto morales como materiales por el decomiso de la panela. Estos perjuicios los hace consistir en la pérdida del crédito como comerciante por causa de la prisión y en la pérdida de todas las utilidades que hubiera podido obtener.

Sobre el particular no aparece prueba alguna en el expediente. Además, ni la nación ni los departamentos están obligados a indemnizar perjuicios por causa de las investigaciones que se adelanten de acuerdo con los requisitos legales con relación a infracciones de la ley. Los órganos del poder público tienen la atribución de investigar los delitos y contravenciones a la ley, en defensa de los intereses sociales y para asegurar el orden en el país y la seguridad de los asociados. Ninguna responsabilidad civil puede caberles a las entidades de derecho público por razón de perjuicios ocasionados a los particulares en ejercicio del derecho de investigar y sancionar los quebrantos de la ley.

Tampoco es procedente la demanda en cuanto se pide que el departamento sea condenado a pagar los gastos del cobro del valor de la panela, porque los departamentos no pueden ser condenados en costas, conforme al art. 576 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, condena al departamento del Magdalena a pagar al señor Enrique Panzer el valor de ciento setenta y tres bultos de panela tomados a dicho señor y utilizados en la fábrica de licores del departamento, de acuerdo con el avalúo que se haga en diligencias separadas.

Se absuelve al departamento de los demás cargos de la demanda.

Queda en estos términos modificada la sentencia de primera instancia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCIONES EN JURISDICCION COACTIVA.—SE PUEDE DECLARAR LA EXCEPCION DE INEXISTENCIA PARCIAL DE UNA OBLIGACION. — LA PRESUNCION DE QUE UNA VENTA SE REPUTA DONACION PARA LOS EFECTOS FISCALES, SIN AFECTAR LO QUE CONSTE EN LA ESCRITURA PARA OTROS EFECTOS. (DECRETO-LEY No. 667 DE 1932).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Luis Carlos Copete, como apoderado de los señores Leonardo y Melva Campo, contra quienes se adelanta una ejecución por jurisdicción coactiva, propone las siguientes excepciones: Nulidad del instrumento ejecutivo e inexistencia de la obligación por falta de causa real, capaz de generarla.

Como fundamentos de hecho expresa los que siguen: Que el señor recaudador no tenía jurisdicción para desestimar una compraventa verificada por escritura pública y convertirla en una donación, sin oír previamente a las partes interesadas; que los arts. 33 y 34 del decreto legislativo N° 667 de 1932 se refieren directamente a los notarios y no a los recaudadores de hacienda nacional: que el art. 36 del mismo decreto estableció para los registradores la prohibición de inscribir en los libros respectivos actos o contratos de los mencionados en los arts. 33, 34 y 35 ibídem; que la donación no se presume sino en los casos expresamente previstos por las leyes.

De todo esto concluye el excepcionante que el título ejecutivo queda reducido a la consagración de una obligación que nunca ha existido y que el señor recaudador de hacienda, al arrogarse una facultad que legalmente no tenía en el momento de hacer la declaración de la deuda fiscal, realizó un acto que carece de valor.

Concluye así: "Las razones expuestas me sirven de apoyo para sostener que el acto es nulo y que consecuencialmente no existe la obligación que quiere hacerse efectiva a mis comitentes por medio de jurisdicción coactiva."

En la Corte se ha tramitado el negocio de acuerdo con los ritos legales, y es llegada la oportunidad de decidirlo.

El actor no presentó pruebas ni alegato de conclusión. En cambio, el señor procurador delegado en lo civil descorrió el traslado, alegando así:

"Este despacho observa que son los recaudadores de hacienda nacional y no los registradores los llamados a hacer efectivo por los medios legales el impuesto de sucesiones y donaciones.

"Por eso el art. 34 del decreto-ley N° 667 de 1932 estatuye lo siguiente:

'Los actos de enajenación tendientes a distribuir por causa o a título de herencia los bienes de una persona que no ha fallecido, en forma distinta de la donación entre vivos y con el objeto de defraudar el impuesto, deberán considerarse siempre como donaciones entre vivos, para el efecto de liquidarlo y de otorgar la escritura.'

"Y el art. 66 de la ley 63 de 1936, dice:

'Art. 66. Para los efectos de esta ley, se presumen donaciones entre vivos:

'1° Las enajenaciones tendientes a distribuir en un solo acto bienes de una persona entre sus parientes, dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad;

'2° Las enajenaciones tendientes a distribuir en varios actos o instrumentos bienes de una persona entre los parientes designados en el ordinal precedente;

'3° Las enajenaciones a favor de personas judicialmente declaradas en quiebra, hechas dentro del año siguiente a la declaratoria;

'4° Las enajenaciones de nuda propiedad con reserva de usufructo o habitación, y aquellas en que dichos elementos se distribuyan entre diversas personas;

'5° Las daciones en pago para cancelar servicios o deudas que no consten en documento de fecha cierta y auténtica, anterior en tres meses, por lo menos, a la fecha del acto o instrumento;

'6° Las daciones en pago para liquidar negocios, cuando no existe escritura social o documento de cuentas en participación de fecha cierta o auténtica, anterior al otorgamiento del instrumento o acto respectivo, o cuando no pertenecen a la sociedad los bienes materia de la convención;

'7° Las declaraciones de que un bien se adquirió para una persona con dinero y bienes de ella, si en el título de adquisición no se expresó esta circunstancia;

'8° Las enajenaciones hechas en virtud de encargos secretos, cuando en el testamento se ordenó dar cosa distinta.

'En todo caso, queda a los presuntos donantes o dontarios el derecho de probar administrativa o judicialmente la realidad de

la operación, a fin de que no se les exija el pago del impuesto.

"En los casos prescritos en los ordinales 1º, 3º y 4º de este artículo, los notarios se abstendrán de autorizar las respectivas escrituras sin que se les presente el comprobante del pago del impuesto establecido en la presente ley. En los demás casos, los notarios darán aviso del otorgamiento al respectivo síndico recaudador."

"Como la evasión de los impuestos es un fenómeno jurídico que se presenta frecuentemente en todos los pueblos, los legisladores se preocupan por buscar normas que vengan a contener en algo esta tendencia que degenera a veces en verdaderos fraudes al erario público. De allí que los artículos preinsertos hayan establecido la presunción de que los contratos de trasmisión del patrimonio o de parte de él a los herederos, se reputan como donaciones entre vivos, aun para el efecto de la liquidación y otorgamiento de la respectiva escritura. Pero ello no quiere decir que si los registradores y notarios olvidan este precepto, los recaudadores fiscales tengan que permanecer impasibles ante la renuencia de aquellos empleados en velar por el pago del impuesto de sucesiones y donaciones, cuando muy al contrario son tales recaudadores y no otros quienes están facultados para cobrar extrajudicial o judicialmente ese impuesto a los deudores morosos del fisco, para lo cual están investidos de una jurisdicción especial denominada "coactiva."

"Como consecuencia de lo expuesto, el recaudador de la hacienda nacional de Buga apenas ha sido en este caso un leal y genuino ejecutor del cumplimiento de los deberes que la ley le impone.

"No es que aquel empleado haya declarado por sí y ante sí que el referido contrato de compraventa sea una donación, sino que es el art. 34 ya citado del decreto-ley Nº 667 de 1932, el que así lo dispone.

"Y si los simples contratos de compraventa que se celebran entre presuntos causantes y sus herederos se reputan como donaciones, cuando quiera que ellos conciernen a la distribución de los bienes que a éstos pudieran corresponderles en caso de muerte de aquél, ¿qué podría decirse de un contrato de compraventa como el que dio origen a este juicio, en que el padre vende a sus dos hijos la mayor parte de sus bienes o todos ellos, sin transferirles la tenencia sino conservándola en su calidad de arrendatario, por un lapso que es inusitado en las negociaciones usuales de esta índole, pues un contrato de arrendamiento durante veinte años y con derecho para el arrendatario vendedor de prorrogarlo a su antojo, es un contrato sui géneris, que revela claramente la intención de distribuir tales bienes entre sus herederos para evitar el pago del impuesto fiscal de sucesiones y donaciones?

"Esta tradición brevi manu, establecida por el ordinal 5º del art. 754 del C. C. para los bienes muebles, y que los romanos llamaban constituto posesorio y que en derecho civil moderno debería denominarse constituto de tenencia, ya que se hizo dejación de la antigua teoría de que los tenedores son poseedores corporales, se trajo en el contrato en referencia en forma de mera tradición, por tratarse de bienes inmuebles, con el objeto de que éstos permanecieran en poder del padre vendedor durante un lapso máximo que comprendiera los años que le pudieran restar de vida."

Para resolver se considera:

El reconocimiento verificado por el recaudador, quien es competente para ello, reúne en sí las formalidades externas requeridas.

Los reparos que en el caso ocurrente formula el excepcionante contra el instrumento ejecutivo, para tildarlo de nulo, no se refieren a los elementos constitutivos de éste, sino que van contra los actos mediatos que cimientan el juicio. Tales reparos no fundamentan propiamente una nulidad del instrumento, sino que atacan su contenido, o sea el fondo de la obligación que él expresa, lo cual sería basamento de una excepción distinta de la de nulidad del instrumento.

El señor apoderado de los Campos impugna la facultad que tuviera el recaudador para aplicar el decreto, y a la vez niega que este funcionario pueda considerar como donación lo que —según las voces de la escritura— es una compraventa. Como se ve fácilmente, sus objeciones van contra el objeto del reconocimiento, o sea, ponen en tela de juicio la existencia de la obligación, por lo cual ha formulado también la excepción correspondiente.

A ser verdad lo que el excepcionante asevera al respecto, la obligación carecería de base, y, por consiguiente, no existiría.

La finalidad de los artículos del decreto-ley tendía a evitar fraudes al impuesto. Y, es claro, que si esa era la finalidad de ellos, a los notarios y registradores se les imponían deberes de vigilancia; pero, para que la susodicha finalidad tuviese su lógico y completo cumplimiento, a los recaudores debía dárseles también facultad para que con posterioridad pudiesen hacer efectivos aquellos impuestos, cuyo pago parecía se trataba de evadir.

Era esta una intervención meramente fiscal. Quiere decir que al considerarse las

ventas como donaciones, los contratos constantes en las respectivas escrituras conservaban su valor jurídico en la forma en que estaban descritos en el instrumento público.

Si las cosas no fueran así, se llegaría a la conclusión de que una declaración de prevalencia de un acto oculto sobre uno aparente, se habría pronunciado sin audiencia de las partes contratantes y por un funcionario que carece de competencia para esta clase de pronunciamientos.

A este respecto, el magistrado doctor Antonio Rocha ha escrito el siguiente concepto doctrinal de honda penetración jurídica:

"Tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el contrato simulado. Los herederos del que celebró el contrato pueden ejercitar la misma acción puesto que ocupan el mismo lugar que aquél.

"También puede ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible.

"Para el efecto, pues, de tener la acción y de poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros...."

El señor recaudador de hacienda nacional de Buga en vista de la escritura Nº 185 de 20 de abril de 1934, otorgada en la notaría Nº 1º de ese circuito, dictó una resolución motivada, con estos considerandos:

"Según las cláusulas segunda y tercera de este instrumento, la venta la hizo el señor Campo a los citados Leonardo y Melva Campo por el precio total de cuarenta y ocho mil cuatrocientos pesos ($ 48,400.00), por partes iguales, y a la señora Campo de Tobón le hizo venta especial de los bienes clasificados en las letras a) y b) de la cláusula primera por la suma de doce mil seiscientos pesos ($ 12,600.00), o sea un total de la venta de sesenta y un mil pesos ($ 61,000.00).

"La cláusula sexta de la escritura contiene la condición de que los compradores dejan todos los bienes especificados, en poder del vendedor, en calidad de arrendamiento, por el término de veinte años, al canon de seiscientos pesos anuales ($ 600.00). Las cláusulas séptima a décimacuarta contienen condiciones en favor del vendedor-arrendatario, a fin de que éste pudiera tener la libre administración de los bienes materia de la venta, en el término estipulado en el contrato.

"Es un hecho público y notorio en esta ciudad que el señor José María Campo falleció el 3 de agosto del corriente año en la hacienda de Monserrate, municipio de Guacarí, y fue sepultado en el cementerio católico de esta ciudad, y también que sus únicos herederos son sus dos hijos legítimos Leonardo y Melva Campo, en cuyo favor otorgó la escritura de venta por lo cual les distribuyó, por iguales partes, la mayor parte de sus bienes y otra parte de ellos la vendió únicamente a su hija Melva, lo que se comprueba con la citada escritura y con el hecho de que hasta la fecha y habiendo corrido más de sesenta días no se ha promovido el juicio de sucesión, como le consta al recaudador.

"El art. 34 del decreto-ley número 667 de 1932, dice textualmente lo siguiente: (Se transcribe el que quedó copiado arriba en la cita de lo que dice el señor procurador).

"Tal disposición es la misma contenida en el art. 18 de la ley 14 de 1907.

"Por tanto, en el presente caso se ve claramente que la intención del vendedor señor Campo fue la de distribuir sus bienes antes de su muerte entre sus dos únicos herederos a fin de evitarse el juicio mortuorio, defraudando el impuesto de lazaretos; pero es el caso que conforme a la disposición transcrita tal forma de enajenación está sujeta al pago de dicho impuesto, y no consta en la escritura, ni en el protocolo de la notaría que el otorgante hubiera presentado el recibo oficial expedido por la oficina de hacienda nacional para comprobar dicho pago."

En estas circunstancias se hizo el reconocimiento y se profirió el auto ejecutivo que fue confirmado por la Corte, en virtud de estas consideraciones:

"Según el art. 1059 del C. J., en el procedimiento por jurisdicción coactiva prestan mérito ejecutivo 'las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuestos.'

"En esta disposición quedan, claro está, comprendidos los reconocimientos originales, porque si la copia es suficiente recaudo, a fortiori debe serlo el original. La ley atribuye a esta clase de documentos fuerza bastante para librar la ejecución, cuando han sido confeccionados por un funcionario competente y aparecen bien confeccionados. Las cuestiones referentes al fondo de la obligación, la existencia de ésta y otras del mismo jaez, son puntos que exigen controversia en otro estado del juicio en el cual puedan debatirse más ampliamente."

Pendiente aún la decisión sobre las excepciones, entró a regir la ley 63 de 1936, la cual, por medio del art. 94, derogó expresamente el decreto-ley Nº 667 de 1932. Planteada, en virtud de esta derogación, la cues-

tión sobre cuáles debían ser las disposiciones que el juzgador ha de tener en cuenta para decidir las excepciones pendientes, la misma ley 63 estableció normas respecto de las leyes anteriores.

En efecto, el art. 89 dice: "El impuesto sobre asignaciones y donaciones y el régimen de exenciones debe hacerse efectivo conforme a la ley vigente en el momento de deferirse la asignación."

En el art. 96 estatuye: "Esta ley principiará a regir el 1º de mayo de 1936, sus disposiciones se aplicarán a todas las mortuorias causadas y a todos los juicios de sucesión pendientes en el momento de entrar en vigencia, y a todas las herencias que se causen, asignaciones que se defieran y donaciones que se otorguen de esa fecha en adelante."

De las disposiciones transcritas se infiere que el legislador quiso que las donaciones realizadas antes del 1º de mayo de 1936 debían regirse por la ley vigente.

Ello es justo, pues la transmisión gratuita de los bienes del donante al donatario es la causa generadora del impuesto. Luego, para este impuesto, lo más equitativo es dar aplicación a las leyes bajo cuyo imperio se verificó la operación generadora del gravamen.

Además, las leyes que establecen presunciones parten de ciertos antecedentes que una vez verificados producen determinadas consecuencias en relación con la prueba. Tales efectos jurídicos, una vez producidos, constituyen ya un derecho del cual no se puede hacer tabla rasa. La simple equidad se opondría a ello. De acuerdo con estas premisas, el impuesto que liquidó el recaudador de Buga, imperando el decreto 667, produjo sus efectos, dio derecho al fisco, si los hechos en que la presunción se basó se realizaron verdaderamente.

Consecuencialmente, el punto que debe avocarse en el incidente de excepciones es determinar si el contrato celebrado por el señor José Manuel Campo con sus hijos puede o no reputarse como una donación en consonancia con el decreto vigente en el momento de esa trasmisión.

¿Fue dicho contrato un acto de enajenación tendiente a distribuír los bienes del señor Campo a título de herencia, con el objeto de defraudar el impuesto?

Se trata de una trasmisión entre padre e hijos; esta venta comprende todos o la mayor parte de los bienes del vendedor; en la escritura consta un inusitado arrendamiento por veinte años; el precio de éste a razón de $ 600.00 anuales se declara recibido por los arrendadores durante los veinte años; este arrendamiento pueda prorogarse a voluntad del arrendatario por quince años más, sin derecho a reclamo por parte de los arrendadores.

Hay en el contrato una cláusula muy significativa: "En el arrendamiento entran todos los semovimientos que los arrendadores han comprado al arrendatario, o sean los expresados en la letra N) de la cláusula 1ª. Los arrendadores no podrán en manera alguna, disponer de ellos porque seguirán perteneciendo al arrendatario así como también todos sus productos y todas sus utilidades, pues su obligación se limita únicamente a restituír, al fin del arrendamiento, igual número de cabezas de las comprendidas en el arrendamiento, pero con esta salvedad: si existiere un número menor no será responsable por el defecto, y si apareciere un número mayor, el exceso irá a favor de los arrendadores."

Todos estos hechos precisos, graves y conexos, producen la convicción de que se verificó una operación en las circunstancias del art. 34 del decreto.

Luego esa operación, únicamente para los efectos del impuesto, se reputa donación, pues la presunción de que trata dicho decreto no tiene influencia distinta de la defensa del impuesto.

Dice el señor procurador: "Por otra parte, es bien singular la circunstancia de que los ejecutados no hubieran hecho el menor esfuerzo durante el lapso probatorio para desvirtuar la presunción legal de que se habló, en el sentido de acreditar el contrato de compraventa celebrado con su padre, con la numerata pecunia, consistente en el desembolso que hicieron de la suma de $ 48,000 que disminuyó su patrimonio con deducción del precio del arriendo, y el aumento de patrimonio que por este aspecto obtuvo el señor José Manuel Campo C. en su carácter de vendedor arrendatario."

Pero el apoderado de los deudores discutió en la apelación del auto ejecutivo que "no está establecido que los ejecutados sean herederos del vendedor."

Ciertamente, se echa de menos la partida de matrimonio del señor José Manuel Campo, prueba que sería indispensable si se tratase de un juicio en que se controvirtiera la calidad de herederos, como hijos legítimos, de Melva y Leonardo Campo.

En cambio, en la partida de nacimiento se dice que ellos son hijos legítimos de Licenia Monedero y Manuel Campo, y en la partida de defunción de éste se afirma que éste fue casado con Licenia Monedero. Con estos fundamentos, y también por ser un hecho público y notorio, consideró el señor

recaudador que entre el señor Manuel Campo y los señores Leonardo y Melva había relaciones de parentesco que le permitían presumir, dadas las circunstancias del negocio, que se trataba de una operación en que se pretendía distribuír los bienes a título de herencia. El artículo del decreto no exige que se compruebe que los compradores, en el caso de autos, sean herederos legítimos. Basta el parentesco cercano que con el vendedor existe, como es fácil deducirlo de las constancias del expediente.

Los excepcionantes pudieron demostrar durante la dilación probatoria que no tenían tales vínculos de sangre con el señor Manuel Campo. Y como nada hicieron al respecto, esta cuestión ya no puede tocarse.

De todo lo anterior se desprende que la excepción de inexistencia total de la obligación no está demostrada.

Expone, además, el señor procurador:

"Este despacho, al estudiar la liquidación del impuesto de lazareto basada en la citada resolución Nº 4 de 29 de octubre de 1935, encuentra entre otros un error aritmético de doscientos pesos ($ 200.00), que es necesario enmendar.

"En efecto, se ve allí que el avalúo de los bienes de José Manuel Campo a que se refiere la escritura Nº 185 de 20 de abril de 1934 fue de ciento veinticuatro mil doscientos catorce pesos y sesenta y dos centavos ($ 124,214.62), de los cuales les corresponde a cada uno de los ejecutados sesenta y dos mil ciento siete pesos y treinta y un centavos ($ 62,107.31).

"Como Campo no distribuyó por partes iguales sus bienes entre los ejecutados en el contrato de compraventa de que se habló, sino que mejoró a su hija Melva, a ésta debe corresponderlo en la deuda algo más de la mitad, y a su turno a Leonardo Campo debe corresponderlo menos.

"Suponiendo, como lo hizo el recaudador de Buga, que a cada uno de los ejecutados le hubiera correspondido la suma de sesenta y dos mil ciento siete pesos con treinta y un centavos ($ 62,107.31), tendríamos que como el impuesto que estableció el decreto-ley Nº 667 es progresivo, no se grava con un porcentaje o rata igual a la asignación total, sino que se aplican distintas ratas a las diferentes categorías en que la asignación se divide, de acuerdo con el ejemplo traído por el decreto, que es el siguiente:

"Un hijo legítimo recoge $ 51,325.42 líquidos, La tarifa del decreto se aplica en la forma siguiente:

Impuesto sobre los primeros $ 5,000 1%..$	50,00
Impuesto sobre los $ 5,000 siguientes, 2%..	100,00
Impuesto sobre los $ 10,000 siguientes, 3%	300,00
Impuesto sobre los $ 30,000 siguientes, 4%	1,200,00
Impuesto sobre los $ 1,325.42 siguientes, 5%	66,27

"A folios 2 del cuaderno Nº 1º se lee lo siguiente:

'Asignación de Leonardo Campo.....$	62,107.31
Impuesto del 1% sobre $ 5,000.....	50.00
Impuesto del 2% sobre $ 5,000.....	100.00
Impuesto del 3% sobre $ 10,000.....	300.00
Impuesto del 4% sobre $ 20,000.....	800.00
Impuesto del 5% sobre $ 22,107.31.....	1,105.37
Total del impuesto que le obliga a pagar a Leonardo Campo .....$	2,355.37'

"Análoga a la liquidación anterior es la que aparece hecha a cargo de Melva Campo de Tobón.

"De la comparación de esta última liquidación con la base estatuída en el decreto citado, resulta que las dos últimas cifras deducidas por el recaudador de Buga están erradas, pues donde dice:

'Impuesto del 4% sobre $ 20,000.....$ 800,00

Debería haberse escrito:

'Impuesto del 4% sobre $ 30,000.....$ 1,200.00'

"Y donde se escribió:

'Impuesto del 5% sobre $ 22,107.31.....$ 1,105.37'

"Debía haberse dicho:

'Impuesto del 5% sobre $ 12,107.31....$ 605.37'

"Lo cual arroja un total de $ 2,255.37 en cada una de las liquidaciones de que se habló, produciéndose una diferencia de $ 100 más asignados a Leonardo Campo y $ 100 más fijados a Melva Campo de Tobón, o sea un error que asciende en total a la suma de doscientos pesos ($ 200.00)."

Es oportuno relievar aquí la doctrina de la Corte acerca de la interpretación del art. 483 del Código Judicial:

"Ante todo observa la Corte que, como lo ha expuesto en repetidas sentencias, el error numérico a que se refieren las leyes es el que resulta de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que ha servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; habría error numérico en una suma de 5, formado por los sumandos 3, 2 y 4." (Auto de 11 de febrero de 1937. Sala de Casación Civil).

En el caso de autos, lo que sucede es que la obligación no existe en relación con $ 200,00, porque el recaudador, al hacer uso de sus atribuciones, se equivocó. Y como de la demanda de excepciones, en que se ataca el fondo de la obligación, se puede deducir que el excepcionante impugna ésta por cualquier extralimitación del funcionario recaudador, la sala opta por declarar parcialmen-

te probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Es verdad, como lo anota el señor procurador, que el señor Campo no distribuyó por partes iguales sus bienes, lo que daría base para estimar que la deuda no debió repartirse por partes iguales. Pero como en las excepciones no se atacó la liquidación así verificada, la Corte no puede oficiosamente entrar a buscar excepciones que no se propusieron. Campo le queda al funcionario de la jurisdicción coactiva, que es a la vez ejecutante, para subsanar este yerro.

Por las consideraciones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

Decide:

1º No se declaran probadas las excepciones de nulidad del instrumento ejecutivo y de inexistencia total de la obligación.

2º Declárase probada la excepción de inexistencia parcial de la obligación por la suma de doscientos pesos ($ 200.00).

Continúe la ejecución por la cantidad restante, o sea, por cuatro mil quinientos diez pesos setenta y cuatro centavos ($4.510.74).

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el negocio.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

La recaudación del impuesto sobre la renta de Baraya, libró mandamiento ejecutivo contra el señor Jorge R. Cardoso, por la cantidad de $ 64,51, provenientes del impuesto sobre la renta en el año de 1927, por los intereses y por las costas.

Oportunamente el ejecutado propuso las excepciones de falsedad e inexistencia de la obligación. El incidente fue fallado por el señor juez municipal de Baraya y posteriormente anulado lo actuado por falta de jurisdicción. Enviado a la Corte, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Por haberse declarado impedido el h. magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, interviene en este fallo como conjuez el doctor Luis Eduardo Gacharná, en virtud de sorteo.

El señor Cardoso apoya las excepciones propuestas en el hecho de haber presentado en oportunidad el denuncio sobre la renta referente al año de 1927 y no haber sido objetado por la junta municipal.

Durante el término de prueba se trajo a los autos copia del denuncio presentado por el señor Jorge R. Cardoso, ante la junta municipal del impuesto sobre la renta de Baraya, bajo su palabra de honor. Es una relación detallada de los productos de sus bienes y de los gastos de administración de ellos. Como resumen denunció una renta líquida de $ 962.81, para llegar a la conclusión de que en vista de la exención de $ 1,200 que establecía la ley, no debía figurar en las listas de contribuyentes.

Obra también en autos copia de la resolución de la junta por medio de la cual se calificó la renta del señor Cardoso. En ella dijo la entidad expresada que tomaba la relación hecha no como un denuncio formal por sus muchas irregularidades, sino como una información. Desechado el denuncio, la junta procedió a calificar la renta gravable en la suma de $ 3,415, sobre la cual liquidó un impuesto de $ 41,83, cantidad ésta que con los intereses liquidados sobre ella, constituye el monto de la ejecución.

La junta no expresó los motivos que tuviera para desestimar el denuncio dado bajo juramento por el señor Cardoso, ni aparecen las pruebas en que apoyó su determinación.

En la época a que se refiere el impuesto, regía la ley 64 de 1927. El art. 8º de dicha ley, establecía lo siguiente:

"Las declaraciones que los contribuyentes hagan de su renta gravable dentro del término legal, serán consideradas como verídicas mientras no se compruebe lo contrario, pero si se demostrare que la declaración ha sido inferior a la verdadera renta, el contribuyente pagará el doble del impuesto sin perjuicio de las demás responsabilidades le-

gales. Cuando el contribuyente no hiciere la declaración de su renta dentro de los términos que se le señalen, los agentes del gobierno harán la estimación de esa renta mediante el estudio de los antecedentes que puedan reunir y con un criterio de la más absoluta equidad y justicia, procurando ante todo llegar a una estimación exacta. Los aforos así hechos por los agentes del gobierno se tendrán como válidos mientras no se demuestre que son inexactos."

El denuncio fue presentado por el señor Cardoso el 30 de enero de 1928, es decir, dentro del término legal que era de sesenta días.

La junta estaba en la obligación de considerar verídico el denuncio del señor Cardoso, mientras no se comprobara lo contrario. La disposición que regía sobre el particular es suficientemente clara y en ella tiene apoyo la excepción de inexistencia de la obligación presentada por el actor. La declaración del impuesto sobre la renta conforme a la disposición mencionada, tiene su fundamento en la confianza otorgada a la palabra del contribuyente; si se comprobaba que la declaración era inexacta, la ley establecía sanciones determinadas; pero si la junta respectiva no allegaba los comprobantes necesarios, no podía desestimar el denuncio y la calificación debía hacerse de conformidad con él.

En el caso que se estudia, la junta no tuvo en cuenta pruebas de ninguna naturaleza para desatender la declaración de la renta hecha por el señor Cardoso y se limitó a expresar que adolecía de muchas irregularidades. Este proceder es ilegal, y por tanto, la obligación de pagar el impuesto sobre la renta no existe, ya que la renta denunciada no daba lugar a impuesto, por causa de la exención.

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 inexistencia de la obligación, propuesta por el señor Jorge R. Cardoso en este juicio. En consecuencia, se ordena suspender la ejecución y levantar el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Luis Eduardo Gacharná. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en pdad.

SALA PLENA EN LO CIVIL

DESISTIMIENTO

Corte Suprema de Justicia.—Sala plena en lo civil.—Bogotá, junio tres de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Hechos

Primero.—El ministerio de industrias y trabajo dictó la resolución de trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco, cuya parte dispositiva dice: "1º La Tropical Oil Company está obligada a vender los productos de la refinería entregándolos libres a bordo en el vehículo del comprador y sin cobrar suma alguna por concepto de trasegamiento. Esa entrega deberá hacerse en el puerto de Galán, en tanto que la compañía no establezca sobre el río Magdalena un terminal fluvial para cumplir con la obligación que impone la cláusula segunda de su contrato. 2º Hágase saber al señor gerente del Banco de Bogotá que la sucursal

de éste en Barrancabermeja debe poner a disposición de los depositarios que hubieren hecho abonos en la cuenta especial allí abierta por concepto de compra de gasolina al por mayor, de acuerdo con el oficio número 216 de cinco de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, las sumas por cada uno de ellos consignadas."

Segundo.—La Tropical Oil Company por medio de su representante, pidió reconsideración y revocatoria de la resolución que se acaba de mencionar, revocatoria que le fue negada por resolución de veinticinco de julio de mil novecientos treinta y cinco del ministerio de industrias y trabajo.

Tercero.—Agotada la actuación administrativa sobre este particular el apoderado de la Tropical Oil Company, doctor Francisco de Paula Pérez, en virtud de lo dispuesto por el art. 8º de la ley 37 de mil novecientos treinta y uno, que dispone que corresponde a la sala plena en lo civil de la Corte Suprema de Justicia decidir de modo definitivo y en una sola instancia toda discrepancia entre los contratantes acerca de la interpretación de los contratos sobre petróleos y toda diferencia o controversia sobre su ejecución, resolución, rescisión o caducidad, que no sea dirimible por medio de peritos en los casos previstos en el art. 9º de la misma ley, presentó ante la Corte el libelo de fecha catorce de noviembre de mil novecientos treinta y cinco y pidió que con audiencia de la nación, representada por el procurador general, se hicieran las siguientes declaraciones: "1ª Que la Tropical Oil Company no está obligada a vender la gasolina y demás productos derivados del petróleo en el puerto de Galán, a los precios que tengan esos mismos productos en la ciudad de Nueva York, o sea sin cobrar suma alguna por concepto de trasegamiento; y 2ª Que en consecuencia no es legal la resolución del ministerio de industrias y trabajo, de trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco, que impuso esa obligación a la Tropical Oil Company."

Cuarto. — La demanda fue admitida el treinta y uno de enero de mil novecientos treinta y seis y se ordenó correrle el respectivo traslado al señor procurador general de la nación, quien la contestó el veinticinco de febrero de dicho año oponiéndose a las pretensiones de la parte actora, o sea de The Tropical Oil Company. El magistrado a quien correspondió por reparto la demanda, doctor Aníbal Cardoso Gaitán, se declaró impedido para conocer del negocio por haber rendido dos informes al ministerio de industrias y trabajo en su calidad de jefe del departamento de minas y petróleos, que posiblemente pudieran tener relación con la demanda sobre que versa este pleito. Tramitado el impedimento, la sala plena en lo civil, previo detenido estudio, decidió que efectivamente dicho magistrado se hallaba impedido para conocer del negocio por estar comprendido dentro de la causal novena del artículo 435 del C. J. En consecuencia lo declaró separado del asunto y dispuso que siguiera conociendo el negocio como ponente, el magistrado doctor Liborio Escallón, quien le seguía en turno. Habiendo quedado, en virtud de la separación del doctor Cardoso desintegrada la sala, el nuevo magistrado sustanciador señaló día para el sorteo del conjuez y resultó sorteado el doctor Valerio Botero Isaza, quien tomó posesión de su cargo, quedando por lo tanto integrada la sala plena en lo civil.

Quinto.—De ahí para adelante se continuó la tramitación legal del juicio, abriéndolo a prueba y practicando todas las que las dos partes solicitaron.

Sexto.—Agotado el término probatorio y surtidas las pruebas entró el asunto al despacho para dar traslado a las partes con el objeto de que alegaran, no sin que antes se hubieran resuelto dos incidentes de oposición a la demanda y coadyuvancia en pro de la nación suscitados por el señor Tomás Norberto Cerón Camargo, incidentes fallados desfavorablemente a las pretensiones de éste y en virtud de lo cual quedaron como partes en el juicio únicamente la Tropical Oil Company como demandante y la nación como demandada.

Desistimiento

Estando, como se ha dicho, el negocio al despacho para dar traslado a las partes con el fin de que alegaran, los señores Raymond I. Dodson, apoderado general de la Tropical Oil Company y Francisco de P. Pérez, apoderado especial de dicha sociedad en este litigio, presentaron personalmente en la secretaría de la Corte el memorial de veintiuno de mayo de mil novecientos treinta y siete, en el cual manifiestan que desisten pura y simplemente, o sea sin condición alguna, del juicio a que se ha hecho mérito y piden en consecuencia a la Corte que lo declare terminado y ordene al archivo del expediente.

Con el memorial de desistimiento se presentaron los siguientes documentos:

a) El extracto de la Cámara de Comercio de Bogotá, suscrito por el presidente y secretario de dicha entidad, del cual aparece que ante el notario tercero del circuito de

Bogotá y por instrumento público número 93 de veintiuno de enero de mil novecientos treinta y siete, se protocolizó en esa notaría debidamente autenticado y legalizado, el poder conferido por la Tropical Oil Company, sociedad organizada de acuerdo con las leyes del estado de Delaware, Estados Unidos de América, al señor Raymond I. Podson. Consta de ese poder que este señor tiene facultad para "desistir de acciones o juicios."

b) Copia debidamente autenticada de la resolución ejecutiva número 81 de mil novecientos treinta y siete, de diez y siete de mayo, en virtud de la cual se autoriza al señor procurador general de la nación para aceptar el desistimiento y manifestarlo así a la Corte a fin de que no se produzcan costas. En el último de los considerandos de dicha resolución se expresa "que el desistimiento se hará sin condición alguna y que con él se terminará en forma amigable la controversia de que se trata, hecho éste que deja en firme la resolución de trece de febrero ya mencionada y por consiguiente los puntos de vista sostenidos en ella por el gobierno."

c) Memorial del señor procurador delegado en lo civil, en el cual manifiesta que acepta que no se produzcan costas en el desistimiento que hace la Tropical Oil Company, teniendo en cuenta las razones que ella expone, su anhelo de cordialidad con el gobierno y de sostenimiento y respeto a la resolución del ministerio de industrias, de trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco, que originó la respectiva demanda. Este memorial fue presentado personalmente y dice: "Señores magistrados de la Corte Suprema de Justicia. — Sala civil de única instancia.—Hablo en el juicio ordinario que agita The Tropical Oil Company con el Estado de Colombia y os manifiesto de la manera más comedida que en virtud de la resolución ejecutiva fechada el 17 de los corrientes, y que acompaño en copia auténtica, acepto para que no se produzcan costas, el desistimiento que hace del juicio dicha compañía teniendo en cuenta, de las razones que ella expone, su anhelo de cordialidad con el gobierno y de sostenimiento y respeto a la resolución del ministerio de industrias, de 13 de febrero de 1935, que originó la respectiva demanda. Señores magistrados. (Fdo.) Milciades Cortés A., procurador delegado en lo civil. Bogotá, 21 de mayo de 1937."

Considerandos

De acuerdo con el art. 461 del C. C. las partes pueden separada o conjuntamente desistir del pleito, reconvención, incidente o recurso que hayan interpuesto en él; y, para ello deben presentar personalmente ante el secretario un escrito en que así lo manifiesten.

La Tropical Oil Company se ha presentado ante la Corte desistiendo incondicionalmente del juicio incoado contra la nación sobre nulidad de la resolución del ministerio de industrias de trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco.

La desistencia de una demanda, según el art. 462 ibídem, repone las cosas al estado que tenían antes de ser intentada; y no se puede proponer nuevamente por la misma parte y en la misma vía, salvo lo convenido expresamente en el escrito de desistimiento. La Tropical Oil Company ha desistido sin condición de la demanda iniciada contra la nación sobre ilegalidad de la resolución ya citada el trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco, la cual queda por lo tanto en firme, sin que la Tropical Oil Company pueda volver a ejercitar ninguna acción contra la validez de dicha resolución, tanto por imperio del art. 462, como porque así lo ha declarado expresamente la Tropical y así lo ha aceptado el representante de la nación. No puede haber costas por cuanto la parte demandada aceptó el desistimiento para que éstas no se produjeran.

Resolución

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, sala plena en lo civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, admite el desistimiento incondicional del juicio ordinario iniciado por The Tropical Oil Company contra la nación para que se declarase que no es legal la resolución del ministerio de industrias y trabajo de fecha trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco, la cual por lo tanto queda en firme. Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Liborio Escallón, Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J. El conjuez, Valerio Botero Isaza, Antonio Rocha, Juan Francisco Mújica, Arturo Tapias Pilonieta, Eleuterio Serna R.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

Págs.

EDITORIAL.—La cláusula oro en los contratos.—Antecedentes.—La nueva ley francesa.—Lo que dice la jurisprudencia.—En Estados Unidos se planteó la cuestión.—Opinión del profesor Jéze.—De la «Nueva Economía».—(«Seguros y Bancos», No. 276, enero de 1937. Buenos Aires) 201

COLABORACION JURIDICA.—Régimen legal de aguas en Colombia. (Miguel Moreno Jaramillo) 207

CORTE PLENA. Decreto acusado No. 685 de 4 de abril de 1934, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 209

SALVAMENTO DE VOTO a la anterior sentencia, de los magistrados doctores Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, Juan Francisco Mújica y Pedro Alejo Rodríguez 218

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE RESOLUCION DE UN CONTRATO CON INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.—CONTRATOS PARCIARIOS. No se casa la sentencia del tribunal superior de Medellín en el ordinario de Gastón Klugé contra Eugenio Vasseur.—Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica..... 221

REIVINDICACION. — MEDIOS NUEVOS.—CONTROVERSIAS ENTRE COLONOS. — REIVINDICACION DE MEJORAS ENTRE COLONOS. INSPECCION OCULAR. — APRECIACION DE PRUEBAS.—No se infirma la sentencia del tribunal superior de Buga en el ordinario de Alfonso Aulestia como apoderado de Luis María Osorio y otras contra Emigdio Osorio y Juvenal García.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 224

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS Y SOBRE PERJUICIOS.—Se casa la sentencia del tribunal superior de Santa Marta en el ordinario de Juan B. Calderón contra la United Fruit Company.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 234

OPOSICION AL DENUNCIO DE UNA MINA.—No se infirma la sentencia del tribunal superior de Bucaramanga en el ordinario de Humberto Gómez Naranjo contra The Bucaramanga Gold and General Mining.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta.. 240

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—CREDITO ADQUIRIDO DURANTE EL MATRIMONIO—CESIONARIO DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE.—No se casa la sentencia del tribunal superior de Santa Rosa de Viterbo en el ordinario de Romualdo Torres contra José Isaac Carreño.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 247

DEMANDA DE NULIDAD POR SIMULACION.—ACCION DE SIMULACION.—ESTADO CIVIL DE MATRIMONIO.—PRUEBA LEGAL DE ESTE ESTADO CIVIL.—PARTIDAS DE ESTADO CIVIL DE ORIGEN ECLESIASTICO—PRUEBAS SUPLETORIAS DEL ESTADO CIVIL. — APRECIACION DE PRUEBAS POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR. — APERTURA DE LA SUCESION Y DEL JUICIO DE SUCESION. — TERCEROS ADQUIRENTES DE BIENES VENDIDOS SIMULADAMENTE. Se casa parcialmente la sentencia del tribunal superior de Pamplona en el ordinario de Eloy Sanjuán contra Fernando Sanjuán.—

Págs.

Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón.... 256

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.—ALEVOSIA.—CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA.—Se casa la sentencia del tribunal superior de Bucaramanga en la causa contra Miguel Antonio Mejía por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 270

VEREDICTO CONTRADICTORIO.—Se invalida la sentencia del tribunal superior de Pamplona en la causa contra Raúl Humberto Mantilla, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias..... 272

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL POR NO HABER INTERVENIDO EN EL EL MINISTERIO PUBLICO. — Se invalida la sentencia del tribunal superior de Ibagué en la causa contra Ignacio Molina, por los delitos de heridas y resistencia a la autoridad. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias.. 276

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL POR RECUSACION EN EL SORTEO DE JURADOS HECHA POR EL DEFENSOR Y NO POR EL ACUSADO MISMO.—Se invalida la sentencia del tribunal superior de Neiva en la causa contra Jesús Antonio Parra, por el delito de asesinato.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias..... 277

CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA. CONDENACION AL PAGO DE PERJUICIOS.—No se infirma la sentencia del tribunal superior de Ibagué en la causa contra Cuncio o Concepción Pinzón, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 280

HOMICIDIO.—CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA. — FUNCIONARIO IMPEDIDO.—Se casa la sentencia del tribunal superior de Bucaramanga en la causa contra Patricio Rojas, por el delito de homicidio..... 283

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — DICTAMEN PERICIAL.—ESTAMPILLAS.—PERJUICIOS.—Se condena al departamento del Magdalena a pagar al señor Panzer el valor de ciento setenta y tres bultos de panela de acuerdo con avalúo que se haga en diligencias separadas.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 286

EXCEPCIONES EN JURISDICCION COACTIVA.—Se declaran no probadas las excepciones de nulidad del instrumento ejecutivo y de inexistencia total de la obligación y probada la excepción de inexistencia parcial de la obligación en el ejecutivo seguido por la nación contra los señores Leonardo y Melva Campo.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 287

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación en el juicio de la nación contra el señor Jorge R. Cardoso.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.... 293

SALA PLENA EN LO CIVIL

DESISTIMIENTO.—Se decreta el presentado por los apoderados de la Tropical Oil Company en la demanda contra la nación para que se declarase que no es legal la resolución del ministerio de industrias y trabajo de fecha trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 293

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLV BOGOTA — AGOSTO DE 1937 NUMERO 1923

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

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

RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE CHEQUE FALSO.

CARLOS MEDEIROS SILVA

Por la importancia práctica que comporta esta tesis, ha preocupado la atención de los doctos y, cuando ella se encuentra sub judice, exige del juzgador el más cuidadoso examen.

Ningún criterio decisivo domina una materia tal que se preste a generalización. A falta de textos legales la exponen los autores con prudente reserva, y para la mayoría la cuestión se desdobla en otra, que es la de averiguar a quién debe atribuirse la culpa del acto lesivo (1).

Las codificaciones que se ocupan del asunto son la austriaca, la mexicana, la uruguaya y la argentina, pero el proyecto elaborado por la comisión internacional de La Haya no quiso hacerle frente; tales fueron las dificultades que encontró.

Solamente por los principios de derecho común relativos a culpa se podrá llegar a una solución equitativa, y esto es importante para los tribunales en la tarea que tienen de examinar detenidamente los casos concretos, huyendo las generalizaciones, y de decretar en cada especie a quién cabe soportar la carga de fraude.

Esta doctrina de maestros italianos es la que más de cerca consulta los intereses en juego y encuentra adeptos, los más autorizados, en todos los países, con excepción de los autores ingleses y americanos, cuya tendencia es la de hacer responsables a los Bancos (2).

Las disposiciones del Código de Comercio Argentino (809, 810) que más detalladamente tratan del asunto obedecen a esa misma orientación: "En caso de falsificación de un cheque el Banco sufrirá las consecuencias: 1º Si la firma del librador está visiblemente falsificada; 2º Si el cheque contiene las enmiendas enumeradas en el artículo anterior (alteración, raspadura, interlínea o borrón en su final, número de orden, cantidad, especie de moneda, nombre del portador, firma del librador); 3º Si el cheque no es de los entregados al librador de acuerdo con el artículo 801 (del cuaderno de cheques). "El

(1) Supino, II Cod. Com. Com. (1931), vol. 5, pág. 541.

(2) G. BONELLI, Della Cambiale, d'assegno bancario, etc. (1930). n. 419.

librarios responde por los perjuicios en caso de falsificación: 1º Si su firma está falsificada en uno o varios de los cheques que recibió del Banco y la falsificación no es visiblemente manifiesta; 2º Si está firmado por dependiente o persona que use de su firma en los cheques verdaderos" (3).

Esta enumeración es por vía de ejemplo y no excluye otras hipótesis, pues aparece trata de orientar al intérprete en el examen de cada caso concreto. Los indicios de culpa son múltiples y de su balance podrá inducirse a quién cabe el perjuicio.

En este orden de ideas se refieren los autores a las providencias que, no solamente los Bancos sino también los depositantes, deben observar para impedir la falsificación. Por parte del emitente: guarda personal del talón de cheques; emisión y cuidados nominativos y el cruzamiento, en tratándose de crecidas cuantías; firmas por extenso; comunicación inmediatada del hurto o extravío de los talones. Por parte del Banco: investigación de la numeración, firma y de todo el aspecto formal del cheque, rechazando los que tienen indicios de adulteración en la cuantía, fecha, etc.; exigencia de recibo del portador con referencia a su identidad y residencia.

La rápida circulación del cheque no permite, máxime en los casos de falsificación de firma, que son los más frecuentes, un examen que no sea susceptible de equivocaciones. El Banco debe emplear la diligencia ordinaria al pagar un cheque presentado en sus "guichets". Un examen de conjunto que

---

(3) CARVALHO DE MENDONÇA (J. X.). Tratado, vol. 5, parte II, pág. 588, nota 3.

Por su importancia, trascribimos aquí los siguientes comentarios del profesor Carlos C. Malagarriga a los artículos citados del Código de Comercio argentino, tomados de su obra titulada DERECHO COMERCIAL ARGENTINO: "Quién debe soportar las consecuencias del pago de un cheque falso.—*El problema en las conferencias de La Haya.* La cuestión de quién debe soportar las consecuencias ha suscitado en todos los países especiales dificultades, sobre todo en cuanto al establecimiento al respecto de reglas legales. Se relaciona, en efecto, esta cuestión con elementos de hecho que hacen muy difícil una solución absoluta. Así, en las respuestas al cuestionario de 1910, la mayor parte de los Estados opinaban que en la ley uniforme del cheque no debía tratarse esta materia, sino dejarse su solución a las leyes nacionales o a los tribunales de justicia; pero Hungría, España, Italia, Serbia, Suiza, Turquía, Argentina, Brasil, Haití, Japón y Siam opinaron en el sentido de que el problema debía ser resuelto por la ley uniforme, proponiendo al efecto soluciones diversas. Hungría, por su parte, proponía, conforme lo dispuesto en las leyes austriaca y húngara y a la doctrina y jurisprudencia más generalizada, establecer en principio que el Banco girado debe soportar el daño y no podrá exigir reembolso al librador de lo pagado más que en el caso de que aquél o las personas a quienes tuviese encargadas del manejo de los libros de cheques hubiesen omitido el tomar las precauciones necesarias. El pago de cheques falsificados —decía la respuesta húngara— debe contarse entre los riesgos y peligros anejos a los negocios bancarios, y este principio presenta ventajas en cuanto aparta de la explotación de dichos negocios a los elementos débiles y no suficientemente organizados. A su vez Italia entendía que debe partirse del principio de que soportará los daños el librador o el girado, según de parte de quien esté la culpa y que sólo si no se puede establecer quién es el culpable responderá el girado. Suiza opinaba que debe declararse responsable a éste cuando no se pueda imputar falta alguna al librador; y a la inversa, el Japón entendía que el responsable es el librador, salvo culpa grave del girado. La respuesta del Brasil distinguía tres casos. En primer lugar establecía que si un cheque auténtico es substraído y presentado al pago, el librador debe soportar éste a menos que el girado haya obrado con ligereza manifiesta, sea por la condición de la persona que se presenta a cobrar, sea por otra razón cualquiera. Aconsejaba la misma solución para el caso de que se tratara de un cheque auténtico pero falsificado, sea en el nombre del beneficiario, sea en la cifra del monto a pagar, a menos, decía, que el pago hubiera sido hecho sin la atención ordinaria en relación a la forma material de la falsificación. Ahora, concluía, si se trata de un cheque originariamente falsificado, el que figura como librador no podrá nunca ser considerado responsable. De las secciones de la Conferencia de 1912 la primera entendió que se trataba de cuestiones de hecho que los tribunales deben resolver según las circunstancias, la tercera que había lugar a establecer que el daño debe soportarlo el librado si no prueba culpa del librador o de sus empleados, y las otras tres secciones que era materia a reservarse a las legislaciones nacionales. En definitiva, esta última solución fue la que se adoptó y en el proyecto se limitó a referirse a los arts. 68 y 69 del reglamento uniforme de la letra de cambio.—*El sistema de nuestro Código.* Entre nosotros, la Comisión autora del Código de 1889 no acudió al respecto a 'la experiencia de las leyes inglesas desde 1856 hasta 1882' ni a 'las sabias lecciones de los largos debates judiciales' de Inglaterra y de los Estados Unidos. Se limitó a copiar los arts. 627 y 628 del proyecto del doctor Segovia, quien los había tomado a su vez de los arts. 696 y 697 del proyecto de reformas de 1873. El sistema adoptado parte, al parecer, del principio de que entre el librador del cheque y el Banco, debe soportar las consecuencias del pago de un cheque falso el culpable, o, en caso de culpa de ambos, el que incurrió en mayor descuido. Pero no se establecen estas reglas expresamente sino que se hace su aplicación a varios casos en los que se presume *juris et de jure*, es decir, sin admitir prueba en contrario, quién de las dos partes es la culpable o la más culpable. Así, en nuestro artículo se establecen tres situaciones en las que es el Banco girado el responsable por presumir la ley *juris et de jure* que se trata de casos en que al pagar el cheque incurrió en negligencia culpable. Esa presunción legal es justa en los tres casos. En el primero, es decir, cuando la firma del librador es visiblemente falsificada, la presunción de culpa se basa en que los Bancos tienen registradas las firmas de sus clien-

tes y en que así, si la falsificación es visible, fue fácil al Banco constatarla antes de pagar. En el caso de cheque con enmendaduras, la presunción legal es una consecuencia de la prohibición contenida en el número tres del artículo anterior. Finalmente, se presume la culpa del Banco cuando el cheque falso pagado no era de los del libro de cheques del librador, porque precisamente se obliga a entregar dicho libro con la numeración correspondiente como una garantía contra las falsificaciones. Si es necesario que las diversas circunstancias concurran.—No es necesario que las tres circunstancias se encuentren reunidas, es decir, bastará, por ejemplo, que la falsificación de la firma del librador sea visible, sin que sea necesario que el cheque falsificado no pertenezca a la libreta del librador (Jurisprudencia Nº 1).—Concepto de la falsificación visiblemente manifiesta.—Nuestro artículo se refiere a la falsificación 'visiblemente manifiesta'. A este respecto la jurisprudencia ha establecido sabiamente que el parecido que pueda existir entre la firma falsa y las auténticas no impide calificar de visible la falsificación (Jurisprudencia Nº 2). También se ha establecido que lo que la ley exige es solamente que la falsedad no pueda escapar al simple cotejo con las firmas registradas, porque no es posible exigir que cada empleado de Banco sea un calígrafo consumado (Jurisprudencia, art. 810, Nº 4).—Firma que debe ser falsa.—La falsificación debe ser de la firma del librador. Otra falsificación, aun visible y manifiesta, no obliga a responder al Banco, salvo, naturalmente, que no se reuniese alguna otra de las circunstancias que el artículo prevé.—Concurrencia de culpas.—El Banco responde en los casos del texto que comentamos, independientemente de la negligencia en que hubiera podido incurrir el librador. El Código, en efecto, presume, como ya dijimos, que cuando se presenta cualquiera de las situaciones que prevé en este artículo, la culpa mayor es del Banco y debe en consecuencia imputársele el daño producido. En este sentido se expresa uno de los fallos que extractamos (Jurisprudencia Nº 3)".

Nuestra Suprema Corte de Justicia sentó doctrina sobre el punto, en sentencia de fecha nueve de diciembre de 1936, publicada en los números 1918 y 1919 de la Gaceta Judicial. Hacemos notar que las exposiciones brasilera y argentina deben leerse con las reservas que impongan las diferencias de legislaciones.—(Nota del Relator).

[illegible]aga esos requisitos lo exonerará de [illegible]uier responsabilidad (4). Solamente la [illegible] grave lo hace responsable ante el gi[illegible]or (5).

No se podría exigir que los Bancos sometiesen los cheques a un examen pericial gráfico con microscopios y agentes químicos porque, además de falible, esa providencia consumiría mucho tiempo y sería vejatoria y contraria a la naturaleza del título.

Cuando hubiere concurrencia o ausencia de culpa, la responsabilidad recaerá sobre ami[illegible] (6).

[illegible]rudencia ha acogido esos princi[illegible] mutiplicidad de hipótesis juzgadas apa[illegible], por inicuo, el establecimiento de presunciones en contra o a favor de los Bancos (7). Colocada la cuestión en estos términos, el interés en cohibir el fraude será recíproco.

La doctrina contraria es extremadamente peligrosa para los intereses sociales. Torna al depositante moralmente cómplice, por omisión y negligencia, de los fraudes contra los establecimientos bancarios.

Como se ve, toda la cuestión se resume en la investigación de la culpa, que se hará de acuerdo con las normas generales del proceso.

(Traducción de la "Revista Forense", de Río de Janeiro, Dezembro de 1936, por Julián Motta Salas).

---

(4) Rivista del Dir. Com. vol. 24, parte II, pág. 63.

(5) J. BOUTERON, "Le Droit Nouveau du cheque" (1928), pág. 96.

(6) BONELLI, ob. cit., pág. 797, n. 3.

(7) Riv. cit., vol. 27, parte II, pág. 561; Rivista de Diritto, vol. 50, pág. 269; Archivo Judiciario, vol. 14, pág. 144, vol. 18, pág. 198.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

RESTITUCION DE UNA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO Y PAGO DE PERJUICIOS.—CONSTITUCION DE UNA SERVIDUMBRE

1. Pueden reivindicarse las servidumbres de la misma manera que todos los derechos reales, siendo la servidumbre activa uno de ellos. 2. El demandante no tiene obligación de entrar a calificar la acción que intenta para hacer efectivo su derecho, puesto que sólo se le exige que anuncie con precisión lo que demanda, indicando los hechos en que apoya sus pedimentos. 3. Si la voluntad del dueño de dos predios que establece entre ellos durante la consolidación del dominio un servicio continuo y aparente es título impositivo de servidumbre, cuando se cumplen los requisitos de que habla el artículo 938 del C. C., con igual o con mayor razón debe subsistir con la misma calidad de servidumbre el servicio anterior establecido por el propietario de una finca que después se divide entre sus herederos sin modificar el estado anterior, es decir, sin indicar un modo distinto de aprovechamiento, porque la razón esencial de la destinación anterior es la voluntad del dueño de una unidad jurídica, ya esté constituída por una sola finca o por la agrupación de varias, circunstancia perfectamente indiferente, porque la servidumbre en tal caso inicia su existencia legal en el momento de la enajenación de una porción material de la totalidad jurídica. 4. Lo atañedero a costas, por referirse a las reglas del procedimiento, no da lugar al recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, treinta de junio de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Copete)

La finca rural denominada La Capilla, ubicada en jurisdicción del Municipio de Nemocón, que perteneció a Cayetano Torres, limitaba por el costado norte con el arroyo El Pedregal, del cual se derivaba un canal o acequia destinado a tomar el agua necesaria para el riego del fundo y usos domésticos de la heredad.

Por muerte de Cayetano Torres la finca en referencia se dividió entre sus herederos en siete predios distintos, de los cuales sólo cuatro quedaron lindando con el mencionado arroyo, adjudicados de occidente a oriente, así: los dos primeros a Rufino Torres; el tercero, a José María Torres, y el cuarto, a Clímaco Torres. Los tres restantes, no lindantes con la quebrada, fueron adjudicados a Angela Guerra de Torres, Bárbara Torres y Eloísa Torres. El plano de la finca, tal como quedó distribuída entre los herederos de Cayetano Torres, fue protocolado con la causa mortuoria en la Notaría de Zipaquirá por escritura número 585 de 16 de octubre de 1897.

El partidor, que al mismo tiempo fue el representante de todos los interesados en el referido juicio sucesorio, hizo constar en la partición lo siguiente:

"Advertencia a las hijuelas segunda, tercera y sexta: los lotes de terreno que por estas hijuelas se adjudican, están provistos de agua conducida de la quebrada de El Pedregal por una cañería que atraviesa los lotes por su costado occidental. De esta agua pueden usar cada uno de los respectivos adjudicatarios en los términos que indica la ley".

La "cañería" de que da testimonio la partición reconocida en diligencia de inspección ocular, es la acequia que, partiendo del extremo noroeste de la antigua finca de Cayetano Torres, conduce el agua que se toma del arroyo citado, atraviesa de norte a sur, por el costado occidental, el predio que fue de Rufino Torres, hoy de los demandados, y que, siguiendo la misma dirección, atraviesa los predios adjudicados a Angela Guerra de Torres y Bárbara Torres, hoy del demandante, proveyéndolos de agua. Vino a ser así el lote de Rufino Torres, que es ribereño del riachuelo de El Pedregal, predio sirviente con relación a los otros dos.

Francisco de P. Lora, adquirente de los lotes de Angela de Torres y Bárbara Torres, afirma que él y sus antecesores en el dominio de tales predios poseyeron quieta y pací-

ficamente la servidumbre de acueducto hasta el 19 de septiembre de 1929, fecha en que empezaron a perturbarlo en el servicio de las aguas así conducidas los cónyuges Antonio María Cuevas y Virginia Nieto de Cuevas, quienes después de varias transmisiones sucesivas del dominio vinieron a ser dueños del predio de Rufino Torres. Agrega que a principios de 1933 quedó definitivamente privado del agua por haberle tapado y obstruído la acequia los cónyuges Cuevas-Nieto y Rafael Reyes Daza, a consecuencia de los cuales actos ha recibido perjuicios por la falta de agua, que pide se le paguen, y que además se restablezcan las cosas al estado anterior.

Las pruebas aportadas al juicio dan clara idea de la situación de hecho que se deja relatada.

Aunque los cónyuges Cuevas-Nieto aparecen vendiéndole su finca a Rafael Reyes Daza por escritura número 1,690 de 4 de diciembre de 1931, corrida en la Notaría 5ª de Bogotá, el demandante afirma que los presuntos vendedores continúan poseyendo el predio por tratarse de un contrato simulado. De ahí que su acción la dirija contra los vendedores y el comprador, a los primeros como poseedores materiales, y al segundo como poseedor inscrito.

Los demandados convienen en la historia del dominio de los lotes pero no en la existencia de la servidumbre. En cuanto al derecho a la restitución de la servidumbre y al pago de perjuicios, lo negaron rotundamente.

Es de advertirse que también se demandó el reconocimiento de una servidumbre de tránsito, pero como tal cuestión no es objeto del recurso de casación, no hay para qué tratarla.

El juez de primera instancia absolvió a los demandados y no condenó en costas al actor. Ambas partes litigantes apelaron. El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 19 de mayo de 1936, falló así el negocio:

"Primero—Se declara que de las excepciones y defensas perentorias propuestas y alegadas por los demandados, son infundadas unas y las otras no fueron probadas en el presente juicio.

"Segundo—Se condena a los demandados, Antonio María Cuevas, Virginia Nieto de Cuevas y Rafael Reyes Daza, a restituír al demandante Francisco de P. Lora la parte proporcional que tiene en el dominio, posesión uso y goce de la servidumbre activa de acueducto que, partiendo o derivándose del río o quebrada de El Pedregal en la vereda de Casablanca, del municipio de Nemocón, en el punto donde ha existido un tambre o represa para el efecto, sigue por una acequia o zanja que atraviesa por el costado occidental, un lote de terreno conocido con el nombre de La Quinta, que formó parte del predio denominado La Capilla, situado en El Pedregal, vereda de Casablanca del mismo municipio, alinderado de acuerdo con el plano de partición levantado por el doctor Fabián González B. en el juicio de sucesión de Cayetano Torres, y de acuerdo con los actuales colindantes, así.....; servidumbre que grava el predio sirviente que se acaba de deslindar..... y que va a beneficiar el predio contiguo, dominante, compuesto del lote ..... alinderado según el plano mencionado y de acuerdo con los colindantes actuales, así: .....

"Tercero—Se condena a los demandados Antonio María Cuevas y Virginia Nieto de Cuevas, como poseedores o tenedores del lote sirviente y autores de la perturbación, a verificar la restitución a su costa, por la misma acequia o cauce artificial por donde había estado establecida, a reconstruir el tambre, a reabrir y limpiar el canal y a derribar los árboles plantados a orillas del mismo en el espacio de un metro a cada lado;

"Cuarto—Se absuelve al demandado doctor Rafael Reyes Daza de las prestaciones de que trata el punto inmediato anterior;

"Quinto—Se condena a todos los tres demandados, en su carácter de poseedores materiales e inscritos del lote sirviente denominado La Quinta, a permitir que el demandante Lora y sus trabajadores penetren al predio dicho, con el fin de captar de la quebrada aludida y hacer correr regularmente hacia el predio dominante, por la acequia dicha, la cantidad de agua requerida para el uso conveniente de sementeras, plantaciones, pastos, regadíos, abrevaderos y usos domésticos del predio dominante, y con el fin de mantener el cauce artificial en condiciones de prestar el servicio permanente de acueducto cuyo derecho se reconoce al demandante Lora en el ordinal segundo de esta resolución. Es entendido que el demandante Lora se sujetará a las limitaciones legales en el aprovechamiento de las aguas;

"Sexto—Se condena a los demandados Antonio María Cuevas y Virginia Nieto de Cuevas a pagar al mismo demandante señor Lora el valor de los perjuicios que le han causado y le sigan causando con la privación de su derecho de servidumbre activa de acueducto, perjuicios cuyo monto líquido se fijará en juicio separado con arreglo a las

bases que se indican en la parte motiva correspondiente de este fallo, pago que harán de manera solidaria;

"Séptimo—Se declara no probada la acción sobre restitución en el dominio, posesión, uso y goce de una servidumbre de tránsito, incoada en el pedimento cuarto del libelo de demanda, y en consecuencia, se absuelve a todos los demandados de la declaración que allí se pide;

"Octavo—Se condena a los demandados a pagar solidariamente al demandante las costas del presente juicio, tanto en la primera como en la segunda instancia".

Los tres demandados interpusieron y obtuvieron la concesión del recurso de casación contra el fallo descrito. El demandante no recurrió. Aquéllos lo acusan por los motivos y aspectos legales que la Sala sintetiza a continuación, a saber:

a) Violación de los artículos 946 y 952 del Código Civil, por errónea interpretación.

Sostiene el recurrente que no habiendo respecto de servidumbres posesión completa, y dirigiéndose la acción de dominio a recuperar por parte del dueño la posesión de una cosa singular de que ha sido despojado, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela, no procede jurídicamente la acción reivindicatoria para obtener la restitución de una servidumbre de acueducto.

La Corte considera:

Servidumbre, al tenor del artículo 879 del Código Civil, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño. Según la definición legal de servidumbre, que responde a la idea preponderante y generalizada de la misma, el dueño del predio sirviente sufre una restricción en el ejercicio de su derecho de dominio, viéndose obligado a tolerar que el dueño del fundo dominante se aproveche del suyo en una u otra forma, o a no hacer dentro de su finca algo que podría ejecutar libremente, si no se lo impidiera la limitación que la servidumbre le impone. Gravamen sobre un inmueble y beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, son, pues, los dos elementos cardinales de las servidumbres, y de ahí que, como lo estatuye el artículo 883 del Código Civil, sean éstas inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen. Este concepto de inseparabilidad implica la imposibilidad de considerar la servidumbre como subsistente por sí misma o con independencia del fundo que grava y de aquel en cuyo favor se halla establecida. Por consiguiente, el propietario del predio dominante ejerce o puede dejar de ejercer la posesión de su derecho real de servidumbre. El artículo 336 del Código Civil clasifica las servidumbres activas entre los derechos reales; el 670 enseña que sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad; el 776 preceptúa que la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal; el 941 dice que el título o la posesión de la servidumbre por el término legal, determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente; y, por último, el 948 estatuye que con excepción del derecho de herencia, pueden reivindicarse como el de dominio todos los otros derechos reales. Si todo lo anterior lo determina y fija de manera indubitable el Código Civil colombiano, a diferencia de algunos códigos extranjeros, el Tribunal sentenciador se ciñó estrictamente a la legislación patria al reconocerle la acción reivindicatoria al demandante, que alega un derecho de servidumbre activa del que no está en posesión. Quedaría pendiente lo atañedero a si puede entenderse como poseedor el demandado en este caso, en que es el dueño del predio sirviente, ya que la acción reivindicatoria ha de dirigirse contra el poseedor (artículo 952 del Código Civil). Pero el fallo del presente recurso no requiere la solución de este problema que, en realidad, dada la forma de seguirse la contienda y dadas sus causas, sería simplemente de nomenclatura. El procedimiento civil no le exige al demandante que califique la acción que intenta para hacer efectivo un derecho. Le dice simplemente que enuncie con claridad y precisión lo que demanda; que exprese los hechos en que se apoyan sus peticiones, debidamente clasificados y numerados; que indique los fundamentos de derecho de la súplica, y la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia (artículos 205, 737 y 872 del C. J.). Por consiguiente, el dueño o poseedor del predio en cuyo favor se considere constituída la servidumbre, si el ejercicio de ésta se le niega o se le estorba, puede utilizar la acción encaminada a comprobar su existencia para derivar los beneficios que de ella se desprenden, sin calificación de ningún género. En el caso de autos, el actor dijo que "en ejercicio de la acción reivindicatoria y de la acción ordinaria" pedía se condenase a los demandados a que le restituyan en el dominio, posesión, uso y goce de la servidumbre de acueducto, que luégo entró a determinar. De modo que aun admitiendo la denominación de acción confesoria en nuestra legislación,

no podría afirmarse que el demandante hubiera dejado de incoarla.

Tampoco se opone el reconocimiento de la acción reivindicatoria en el presente juicio al principio de que las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público, según el artículo 677 del Código Civil, porque de lo que aquí se trata es de averiguar si los demandados, en razón de ser dueños del predio sirviente, están o no obligados a respetar el estado jurídico creado por la servidumbre de que se viene hablando, esto es, si tienen que consentirlo y no oponer obstáculos a su ejercicio. Es decir, que no se controvierte si el uso de los bienes públicos del Estado es o no constitutivo de servidumbre. Se contempla, en otros términos, un litigio judicial entre particulares, y no una cuestión de índole filosófica y general para afirmar que el uso público o social de los bienes comunes del Estado no cabe reputarlo como servidumbre.

En consecuencia, se desecha el cargo.

b) Violación del artículo 947 del Código Civil, por errónea interpretación. Se hace consistir en el argumento de que si la reivindicación pudiera extenderse a las servidumbres, dicha acción sólo podría proteger las servidumbres prescriptibles.

Se observa:

En el punto anterior se dijo que, de acuerdo con nuestro Código de procedimiento civil, el demandante no tiene obligación de entrar a calificar la acción que intenta para hacer efectivo su derecho, puesto que sólo se le exige que enuncie con precisión lo que demanda, indicando los hechos en que apoya sus pedimentos. La ley, al otorgar los medios conducentes a demostrar en juicio la existencia de una servidumbre, no hace diferencia alguna entre prescriptibles e imprescriptibles. Como en toda servidumbre se distinguen tres elementos: el derecho, la forma y el ejercicio, el Código Civil las clasifica en continuas y discontinuas, positivas y negativas, aparentes e inaparentes (arts. 881 y 882).

Son continuas las que se ejercen o se pueden ejercer constantemente, sin necesidad de un hecho actual del hombre; discontinuas, las que se ejercen con intermitencia, por depender su ejercicio de un hecho actual del hombre. Tal diferencia indica claramente que ella concierne al ejercicio de la servidumbre.

Son aparentes las que están continuamente a la vista, e inaparentes las que no presentan signo exterior de su existencia. Refiérese esta clasificación al modo o forma de la servidumbre.

La división entre positivas y negativas atañe al derecho de la servidumbre, o sea a lo que constituye su contenido, y de ahí que se definan según la naturaleza de los actos que las integran.

Por otra parte, la presente controversia versa sobre una servidumbre continua y aparente, es decir, de aquellas que pueden adquirirse por el modo de la prescripción, según el artículo 9º de la ley 95 de 1890.

La distinción entre servidumbres prescriptibles e imprescriptibles alude a su modo de adquisición, no a la acción encaminada a demostrar en juicio su existencia.

No es fundado el cargo.

c) Violación directa del artículo 952 del C. C.

Se expresan así los recurrentes:

"En varios pasajes de la sentencia del Tribunal se acepta que los suscritos demandados Cuevas y Nieto de Cuevas son arrendatarios; como tales, simples tenedores; luego al reputarlos la sentencia de segunda instancia como poseedores, ha infrigido o violado el artículo 952 del Código Civil".

Para afirmar la improcedencia de este cargo, basta hacer notar que el hecho cuarto de la demanda está concebido así: "Son poseedores del mencionado predio sirviente el doctor Rafael Reyes Daza, la señora Virginia Nieto de Cuevas y el señor Antonio María Cuevas J."; que los demandados lo contestaron pura y simplemente así: "Es cierto", y que el Tribunal, lejos de considerar a los cónyuges Cuevas-Nieto como arrendatarios del doctor Reyes Daza, los tuvo como poseedores materiales, como se ve por el siguiente pasaje del fallo: "Se estima por el demandante que los esposos Cuevas-Nieto son arrendatarios o administradores del doctor Reyes Daza en el lote sirviente tántas veces citado, mas esta prueba no se produjo en el juicio, al través del cual se induce que estos señores son poseedores materiales del lote más bien propio nomine".

d) Violación del artículo 938 del Código Civil por errónea interpretación.

Argumentan así los recurrentes:

"El artículo 938 del C. C. se refiere a dos predios, no a dos partes de una misma heredad, y por tanto no es admisible que se trate de servidumbre por destinación anterior".

La Sala considera:

El primitivo propietario del fundo rústico denominado La Capilla, señor Cayetano Torres, tenía derecho, en su condición de ri-

berano de la quebrada de El Pedregal, a servirse de esas aguas de uso público, de conformidad con los artículos 677 y 894 del Código Civil. Para el aprovechamiento económico del agua construyó una acequia que atravesaba totalmente la heredad por el costado occidental, en dirección norte-sur, quedando así establecido el servicio continuo y aparente de acueducto para el riego de las partes de la finca que no lindaban con las aguas del riachuelo. Para que el servicio así establecido entre las diversas partes de La Capilla por el antiguo propietario no se considerase subsistente después de la división del predio, habría sido indispensable que en el acto de la partición así se expresara. Por consiguiente, esta destinación anterior sería título bastante para la constitución de la servidumbre en favor del fundo que hoy pertenece al actor Francisco de P. Lora, porque si la voluntad del dueño de dos predios que establece entre ellos durante la consolidación del dominio un servicio continuo y aparente es título impositivo de servidumbre, cuando se cumplen los requisitos de que habla el artículo 938 del C. C., con igual o con mayor razón debe subsistir con la misma calidad de servidumbre el servicio anterior establecido por el propietario de una finca que después se divide entre sus herederos sin modificar el estado anterior, es decir, sin indicar un modo distinto de aprovechamiento, porque la razón esencial de la destinación anterior es la voluntad del dueño de una unidad jurídica, ya esté constituída por una sola finca o por la agrupación de varias, circunstancia perfectamente indiferente, porque la servidumbre en tal caso inicia su existencia legal en el momento de la enajenación de una porción material de la totalidad jurídica. Lo esencial es la presencia de dos fundos separados de distinto dueño, cosa que se cumple en el fraccionamiento de una misma finca, puesto que la parte separada del todo viene a formar una finca distinta desde el momento de la división. La separación del dominio por la enajenación de uno de los predios, si de más de uno se trata, o por la división material de la finca, si el caso se refiere a una sola, es lo capital, lo decisivo, para los efectos de la imposición de la servidumbre por destinación anterior.

En el caso de autos no sólo no se dijo nada que contradijera el estado anterior de disfrute del predio y del aprovechamiento económico del agua, sino que, por el contrario, en el título de la partición se constituyó de modo expreso la servidumbre de acueducto que ahora se discute.

No se ve por qué aspecto pudo el Tribunal violar el artículo 938 del C. C., y por consiguiente resulta injustificado el cargo.

e) Error de derecho en la apreciación de las pruebas acreditativas de la existencia de la servidumbre, consistentes en el título constitutivo de la partición, declaraciones de testigos y diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia, y consiguiente violación de los artículos 946, 947 y 950 del C. C.

En el punto que procede expresó la Corte su concepto de que para la subsistencia de la servidumbre habría bastado la destinación anterior del primitivo propietario de La Capilla, y se vio que además de ésta existe un título expreso de su constitución. Con todo, la Sala procede a analizar el cargo.

Con relación al título expreso que se origina de la partición, manifiestan los recurrentes que carece de valor legal, porque el partidor no representaba al causante Cayetano Torres, ni a nadie.

La Corte observa:

Como el partidor en el caso de autos, además de su calidad de tal para los efectos de la distribución de los bienes que pertenecieron al de cujus, ostentaba el cargo del representante de todos los herederos de Cayetano Torres, síguese que la servidumbre quedó establecida, además, con la plena voluntad de los dueños de los predios sirviente y dominante, con cuyos títulos adquisitivos de dominio quedó debidamente registrada.

Los testigos Isidro Nieto, Elías Fandiño, Benito Castillo, Nepomuceno Ospina, Marcos Castro y Luis Felipe Ballesteros, declaran conocer los fundos del actor y de los demandados; afirman que Lora estuvo durante muchos años en quieta y pacífica posesión de la servidumbre de acueducto, que partiendo de la quebrada de El Pedregal, en el punto donde ha existido un tambre, atraviesa el predio de los reos y va a beneficiar el del demandante Lora. Sostienen los recurrentes que ésos no son hechos sobre los cuales puedan deponer los testigos; que son apreciaciones que no les competen.

Con las atestaciones consignadas en la diligencia de inspección ocular aparece comprobada la existencia del cauce artificial antiguo que conducía el agua al predio que pertenece al demandante Lora; se comprobó que hoy ese cauce sólo presta servicio hasta la casa de los demandados, etc., todo lo cual es suficiente para poner de resalto su eficacia como elemento probatorio.

Como se ve, no incurrió el Tribunal en error de derecho en la apreciación de las pruebas. Por tanto, no se justifica el cargo.

f) Violación de los artículos 2341, 2343 y 2344 del C. C., por indebida aplicación.

Se alega que no siendo pertinente la reivindicación para el caso del pleito, el Tribunal debió desechar la acción de perjuicios. Por lo expuesto en los puntos que anteceden, se declara infundado el cargo.

g) Violación de los arts. 1568 y 1569 del C. C., por indebida aplicación.

Arguyen así los recurrentes:

"En el punto cuarto de la sentencia se absuelve al suscrito Reyes Daza de las prestaciones del punto tercero, y luégo, no obstante esto, se le condena solidariamente en el punto octavo al pago de las costas procesales en la primera y en la segunda instancias.

De la intención del cargo se infiere que lo que se ha querido expresar es lo siguiente:

Si al doctor Reyes Daza se le absuelve de una de las súplicas de la demanda, su defensa no fue temeraria y por consiguiente no debió condenársele al pago de las costas.

El cargo sería fundado si lo atañedero a costas no se refiriera a las reglas del procedimiento, cuya infracción no da lugar al recurso extraordinario.

En sentencia de casación fechada el 19 de agosto de 1935, dijo la Corte, refiriéndose a la condena en costas:

"Siendo la institución de la condena en costas, ya un complemento del derecho deducido en juicio, que se decretan para no menguar el contenido de éste, ya una parte de los daños ocasionados por la culpa del que temeraria o maliciosamente se opone a su declaración, tienen siempre la calidad de accesorias del derecho principalmente deducido en juicio, y su falta de reconocimiento, o su reconocimiento indebido, no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, por no poderse llegar a éste mediante lo accesorio. Y la segunda razón para no constituir un motivo de casación es que la condena en costas se subordina a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción, de manera que es aquel derecho el que debe atacarse y no la represión o la temeridad con que se ejercitó, que es lo que las costas sancionan..... Y por último, para apreciar la temeridad o malicia tienen los tribunales una absoluta libertad de criterio, por no haber, ni poderlas haber, en lo general, reglas precisas que la determinen, y envuelven por tanto cuestiones de hecho extrañas al recurso de casación". (Gaceta Judicial números 1901 y 1902, página 459).

Por tanto no se admite el cargo.

En mérito de las razones que preceden, 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, declara que no es el caso de infirmar, como no infirma, la sentencia recurrida.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Juan Francisco Mújica, Hernán Copete, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrasa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Secretario en ppd.

REIVINDICACION.—INTERPRETACION DE LA DEMANDA

1. Una demanda es susceptible de interpretación, siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del libelo, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que las apoya. Es el estudio del derecho impetrado el que debe guiar al juzgador. Enfrentadas las partes en un litigio, el juzgador tiene el deber de reconocer el derecho hasta donde se haya probado o de absolver si esa demostración no ha sido suficiente en los autos. No existe ni puede existir disposición que ordene que la sentencia se ajuste a los términos precisos de la demanda; si así fuera, se llegaría a la conclusión absurda de que el fallo tiene que ser adverso al actor, desde que no demuestre el derecho a la totalidad de lo que pide, aunque resulte fehacientemente acreditado respecto de parte de lo que demanda. 2. Aunque la Corte ha sostenido y sostiene que, cuando se ejercita la acción reivindicatoria deben expresarse los linderos del inmueble, eso no obsta para que si el actor singulariza de esa manera al inmueble y no demuestra la posesión de su demandado sino en una parte singular de él, se admita la acción. En esto caso, sobre el inmueble delimitado se le reconoce el derecho al actor según lo que haya demostrado. Así, por ejemplo, si se demanda por alguien la mitad proindiviso de una cosa singular (C. C., artículo 399) y el demandado no resulta poseedor sino de una quinta parte, esto no conducirá a total absolución, sino a reducir la condena a esta quinta, si es que el demandante demuestra su dominio. Y si se demandara un cuerpo cierto y el actor no demostrare ser dueño sino de una cuota, la absolución total se impondría porque condenar a la cuota sí sería cambiar el objeto de lo demandado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

Antecedentes

1º María Josefa Caicedo demandó a Rosario Caicedo A. para que se la condenara a restituírle los siguientes bienes: a) Una tienda con piso alto y bajo juntamente con una casa en estado de ruinas, situada en la carrera 5ª de la ciudad de Pasto y deslindada en la demanda; b) Un solar situado en la ciudad de Pasto, en la calle 4ª, antigua de Barbacoas, delimitado también en la demanda.

2º El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en sentencia de veintidós de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, aun cuando encontró probado el dominio de la actora, respecto de los bienes materia de la reivindicación, absolvió a la demandada de los cargos de la demanda, por encontrar, en su concepto, acreditada la petición de un modo indebido. El Magistrado doctor Campo Elías Burbano salvó su voto por no estar de acuerdo con la manera de pensar de la mayoría de la Sala, en lo referente a la excepción deducida.

3º La demandante, por medio de su apoderado, interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

Sentencia acusada

El fundamento del fallo es el siguiente: "Con efecto, dice el Tribunal, según se deduce de los linderos expresados en la demanda, en relación al plano o croquis, aquéllos comprenden no sólo el solar reivindicado, sino también dos huertos, ubicados a los extremos de los cuales está en posesión la actora: por lo tanto, no puede condenarse a doña Rosario Caicedo a restituír lo que está en poder de su demandante; ni puede el Tribunal restringir la restitución a la parte de cuya posesión está privada, porque ello equivaldría a variar el objeto de la demanda, atribución de la cual carece el juzgador. El artículo 210 del C. J. no puede aplicarse sino cuando se refiere a cosas de género, pero no procede cuando atañe a una cosa singular. De ahí que el artículo 222 del mismo código disponga que los bienes raíces, objeto de la demanda, deben especificarse por los linderos, esto es, que la demandante debió indicar los linderos del solar objeto de la reivindicación".

Adelante se expresa así el Tribunal, al referirse a la tienda y casa en ruinas: "Correspondía a la actora demostrar que está en posesión de todo el inmueble reivindicado, una vez que en la contestación se negó la

posesión en la totalidad, según el siguiente aparte: Advierto que la tienda con alto y bajo de la casa que es objeto de la reivindicación la posee la demandante, con un pequeño patio y otro aposento... Consta en el acta de la inspección ocular, practicada por el juez a quo, que en efecto una parte del inmueble se halla ocupada por la demandante. Por esto, pues, este capítulo de la demanda adolece del mismo defecto del anterior, o sea, no se determinó por sus linderos la parte ocupada por la demandada, comoquiera que no es dable condenarla a entregar todo el inmueble, cuando sólo posee una parte, que no se ha determinado en forma alguna..... Está, pues, probada la excepción de petición de un modo indebido".

La demanda de casación

El recurrente alega los siguientes motivos: Violación del artículo 946 del C. C. y del artículo 210 del C. J. (artículo 272 del C. J. antiguo). Sostiene el recurrente que no aparece del contenido del artículo 210 citado, que esta disposición sea exclusivamente aplicable cuando se trate de cosas de género, de suerte que lo que sostiene el Tribunal es arbitrario e inmotivado, en relación con el genuino alcance de tal disposición legal.

Esta alegación, que la hace respecto del solar reivindicado, la extiende en el capítulo segundo de la demanda a la tienda de alto y bajo y la casa en ruinas.

En el capítulo tercero señala el recurrente como violados los artículos 238 y 239 del C. J. (artículos 462 del Código Judicial antiguo y 52 de la ley 105 de 1890), que hacen la separación jurídica entre excepciones perentorias y dilatorias. A juicio del recurrente, ha debido sustanciarse una excepción dilatoria respecto del extremo de que la demandada no estaba en posesión de todo lo reivindicado, pero no fallar tal extremo como si se tratara de una excepción perentoria.

En el capítulo 4º acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 669, 914 y 762 del C. C., por cuanto sostiene que el dueño que no es poseedor exclusivo tiene derecho a conseguir una posesión perfecta y plena y por ello se justifica su acción en reivindicación.

Finalmente observa el abogado recurrente que al casar la sentencia y dictar la correspondiente de instancia se debe respetar el reconocimiento de dominio hecho por el Tribunal.

Estudio de los cargos

Sobre la base del artículo 205 del C. J., el legislador da ciertas normas dentro de las cuales pueden moverse tanto las partes como el juzgador, por lo que atañe a las primeras, corrigiendo la demanda, aclarándola, enmendándola, ejercitando varias acciones en un mismo libelo, proponiendo demanda de reconvención, etc.; por lo que se refiere al segundo, declarando sólo lo que resulte de autos, condenando en menos cuando las pretensiones del actor se extralimiten de lo justamente debido y probado, deduciendo de oficio las excepciones perentorias que aparezcan comprobadas, salvo la prescripción.

Todo lo anterior significa que no es una regla rígida e intocable la que se da al juzgador en la demanda, como base de un juicio, como tampoco que sea un criterio mecánico el que debe guiar al juez no sólo en la aplicación de la ley, sino en la interpretación de la demanda; por eso en muchos fallos ha dicho esta Corte que una demanda es susceptible de interpretación, siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del libelo, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que las apoya. Es el estudio del derecho impetrado, dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro modo, el más simple error de detalle en una demanda, prevalecería sobre un derecho demostrado en el juicio.

Enfrentadas las partes en un litigio, el juzgador tiene el deber de reconocer el derecho hasta donde se haya probado o de absolver si esa demostración no ha sido suficiente en los autos. La única limitación que existe al respecto es la línea señalada por el actor, lo cual quiere decir que aun cuando aparezca por ejemplo que le asiste un mayor derecho en el cuantum, el juez no puede pasar de la petición o intención expresada en la demanda y fijada por el mismo actor. Por el contrario, cuando ese derecho o ese cuantum es menor que el señalado por el demandante, el reconocimiento se impone, porque de no ser así equivaldría a imponerle al actor una sanción, la pérdida del pleito, por haber demandado en más, lo cual no se justifica ni ante los textos de la ley, ni ante los principios de equidad.

El artículo 210 del C. J. es muy claro al respecto: se funda en los principios que aca-

ban de expresarse y en él el legislador no hizo, como no podía hacer, ninguna diferencia entre obligaciones de género y de especie, diferencia, además, que no está autorizada por ningún texto y a la que no puede llegarse por vía de interpretación.

En esta materia no ha habido nunca la menor vacilación en la doctrina y por eso, al referirse la Corte, en sentencia de cinco de mayo de mil novecientos veintiséis, al artículo 273 del antiguo Código Judicial, exactamente igual al 210 del Código de Procedimiento hoy vigente, dijo: "No existe ni puede existir disposición que ordene que la sentencia se ajuste a los términos precisos de la demanda; si así fuera, se llegaría a la conclusión absurda de que el fallo tiene que ser adverso al actor, desde que no demuestre el derecho a la totalidad de lo que pide, aunque resulte fehacientemente acreditado respecto de parte de lo que demanda".

La misma doctrina sentó la Corte en sentencias de fechas 13 de mayo de 1915 y 16 de octubre de 1920, por no citar otras.

Si, pues, el Tribunal de Pasto, al interpretar el artículo 210 del C. J., sostuvo que no era aplicable a este juicio, en virtud de la distinción de que se ha hecho mérito y dedujo la excepción de petición de un modo indebido y como consecuencia absolvió a la demandada, no obstante que el mismo Tribunal reconoció que la demandante comprobó el derecho de dominio sobre los bienes materia de la reivindicación, esa mala interpretación del precitado artículo lo llevó a la violación de los artículos 946 y 669 del C. C. Por lo tanto, prosperan los tres primeros cargos del recurso y la sentencia debe ser casada.

Antes de entrar en instancia, la Corte cree del caso hacer las siguientes observaciones: no se ve por qué pueda entenderse que hay cambio de objeto en reconocer menos de lo pedido, como cosa divisible, si el fallo recae únicamente sobre parte de lo pedido; el más o el menos no cambia el objeto en la sustancia sino en el cuantum. Es cierto que la Corte ha sostenido y sostiene que cuando se ejercita la acción reivindicatoria deben expresarse los linderos del inmueble que se demanda, pero esto no obsta para que si singularizado de esa manera el inmueble, el actor no demuestra la posesión de su demandado sino en una parte singular de él, se admita la acción. En este caso, sobre el inmueble delimitado se le reconoce el derecho al actor, según lo que haya demostrado.

De otro lado y por vía de ejemplo, si se demanda por alguien la mitad proindiviso de una cosa singular (C. C., artículo 949), y el demandado no resulta poseedor sino de una quinta parte, esto no conducirá a total absolución, sino a reducir la condena a esta quinta, si es que el demandante demuestra su dominio. Y si se demandara un cuerpo cierto y el actor no demostrara ser dueño sino de una cuota, la absolución total se impondría porque condenar a la cuota sí sería cambiar el objeto de la demanda; lo mismo que si se demanda una cuota proindiviso de un cuerpo cierto y lo que se demuestra no es tener el dominio de esa cuota sino materialmente algo que de suyo es un cuerpo singular, la demanda de cuota no prospera, aunque en tiempo anterior éste hubiera hecho parte de aquello y aunque equivalga la cuota y la parte material de que acaba de hablarse.

Sentencia de instancia

Tres postulados configuran la acción reivindicatoria:

a) Dominio por parte del demandante; b) posesión por parte del demandado, y c) cosa singular, derecho real o cuota determinada proindiviso de una cosa singular, siempre que la cosa sea materia de reivindicación (artículos 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del C. C.

La posesión material es un estado de hecho generador de derechos concretos para el poseedor; la posesión material producto de una situación estable, por lo mismo que engendra en favor del poseedor la presunción de dueño, merece la protección de la ley. Por eso al reivindicante, a quien corresponde demostrar su derecho de dominio, le compete hacerlo de tal manera que su título desvirtúe la presunción legal que favorece al poseedor y por eso tal título debe abarcar un período más amplio que el de la posesión. En lo que respecta a la cosa objeto de la reivindicación, puede ser raíz o mueble, individualizada, o una cuota determinada en una cosa singular.

Cumplidos los postulados de que se ha hecho mérito, la acción reivindicatoria prospera, a menos que se le enfrenten y triunfen excepciones perentorias.

A la luz de los principios anteriores entra la Corte a estudiar el asunto materia del presente pleito.

Como cuestión previa vale la pena observar que de autos resulta que los familiares de María Josefa Caicedo y Rosario Caicedo, perientas entre sí, tuvieron una especie de comunidad en la tienda y casa materia de

la reivindicación, la cual terminó cuando se liquidaron las sucesiones de Primitivo Caicedo, padre de la demandada, y de José Caicedo Chávez y María Josefa Astorquiza, padres de la demandada, hermana ésta de Primitivo Caicedo y de Miguel Caicedo, de quien fue heredera lo mismo que Primitivo.

Solar reivindicado

En la sucesión del doctor Primitivo Caicedo se adjudicaron a la demandante María Josefa Caicedo los inmuebles objeto de la reivindicación, según se ve de la escritura 230 de 10 de junio de 1930, corrida ante el notario 1º del circuito de Pasto (folios 58 a 60 vuelta del cuaderno principal).

Del solar o huerto que se reivindica vino a ser el doctor Caicedo dueño en virtud de compras sucesivas, según se ve y consta de las escrituras 112 de 29 de agosto de 1882; 182 de 13 de marzo de 1896, 119 de 20 de febrero de 1904, 250 de 25 de abril de 1911, 284 de 20 de mayo de 1911 y 132 de febrero de 1912.

La eficacia y validez de estos títulos de dominio reconocidas en la misma sentencia no ha sido impugnada por la demandada, sino que su defensa se ha circunscrito a lo siguiente: a) a sostener que el solar reivindicado es parte de su casa que colinda con tal solar, y b) a alegar la prescripción adquisitiva.

Consta de la escritura número 62 de 10 de marzo de 1927, otorgada ante el notario de Sandoná, que Primitivo, Luvino y Rosario Caicedo efectuaron la partición extrajudicial de los bienes de su padre el señor José Caicedo Chaves, y que en ella se adjudicó a Rosario Caicedo la casa ubicada en la ciudad de Pasto, en la carrera 5ª, antiguamente llamada de Santander; al mencionar los linderos, que corresponden a dos costados, se indica que dicha casa limita con tiendas y solar del doctor Primitivo Caicedo, de suerte que entre la casa de la demandada y la calle de Barbacoas, hoy calle 4ª, se interpone un solar, que fue de propiedad de Primitivo Caicedo y que luégo, por herencia, correspondió a su hija la demandante.

Lo anterior, que se ve muy claro de la simple comparación de los títulos, fue materia de una minuciosa inspección ocular, practicada en 2ª instancia, de la cual resultó lo siguiente: a) Se identificó el solar materia de la disputa, y se levantó un croquis no sólo de éste sino de las propiedades colindantes; b) Según el concepto pericial se estableció que el solar materia de la reivindicación está ubicado en la calle 4ª, antigua de Barbacoas, y se estableció también que el predio colindante de que es dueña la demandada no linda ni ha lindado jamás con esa calle; c) Porque estando establecido que tal calle, abierta en 1850, lo estaba por tanto al otorgarse la escritura 47 de 15 de mayo de 1856, en que consta la compraventa de una casa llevada a cabo entre Francisco e Hipólito Enríquez de una parte y José Caicedo y Josefa Astorquiza de otra, si el solar en disputa formaba parte de esa casa, ha debido indicarse necesariamente como lindero la calle de Barbacoas, pues de otro modo la solución de continuidad que hubiera quedado entre las casas y el solar sería inexplicable; d) Porque la casa de Juan E. Moncayo y la calle de Barbacoas, con los límites actuales que describen por el frente el solar que se reivindica y éstos son los mismos linderos que aparecen en la escritura número 112 de 29 de agosto de 1882; e) Porque la escritura 47 de 15 de mayo de 1856 de que ya se habló y que presenta en su defensa la demandada, no menciona ni la calle de Barbacoas ni la propiedad de Juan E. Moncayo; f) Porque ni el dictamen pericial ni el croquis levantado por los peritos, del cual se ve claramente que el predio de la demandada es muy distinto del solar en disputa y no comprende a éste, no fueron objetados ni redargüidos en manera alguna, y claramente se ve no sólo de la inspección sino del croquis, que la casa de la demandada no puede tener por el frente los linderos que tiene el solar en disputa. Por eso, con razón se expresó así el Tribunal en la sentencia recurrida. En resumen, pues, de acuerdo con los títulos de la demandante, el solar reivindicado está comprendido dentro de los linderos señalados en la demanda, y, por consiguiente, no ha formado parte de la casa de habitación de la demandada, puesto que los títulos de las partes, en lo que atañe al lindero con la calle de Barbacoas, hoy calle 4ª, están en armonía, es decir, de unos y otros se deduce que la casa de la señorita Caicedo A. no tiene acceso a dicha calle.

Aparece de autos (fojas 198 v. del cuaderno principal) que en la sucesión del doctor Miguel Caicedo, en la cual fue declarada heredera la demandada Rosario Caicedo, juntamente con sus hermanos Primitivo y Luvino, se verificó la diligencia de inventarios y avalúos, el día 24 de enero de 1924, y en ese día, en la partida primera de los inventarios, se inventarió la casa de que hoy es dueño la demandada Rosario Caicedo, casa que es la que colinda con el solar en disputa,

y éste no fue inventariado ni como parte integrante de tal casa ni como perteneciente a la sucesión del señor Miguel Caicedo.

Los señores Hermógenes Guerrero y Pedro Pablo Santacruz, peritos evaluadores en esa sucesión, declararon en este juicio que el solar en disputa no fue inventariado. Se viene, pues, en conocimiento de lo siguiente: 1º Una nueva comprobación, de que el solar no forma parte de la casa de la demandada, y 2º Que en 1924 la demandada, en cuya casa se situó el personal de la diligencia, no estaba en posesión del solar ni hizo ninguna reclamación sobre el particular, lo cual quita todo fundamento a la excepción de prescripción que ha propuesto. Además, de los testigos presentados por la demandada para demostrar esa defensa, se deduce que parten en sus declaraciones del concepto de que el solar forma parte integrante de la casa de la demandada, lo cual está contradicho en los autos.

Resulta entonces que la acción reivindicatoria debe prosperar respecto del solar, por la alinderación expresada en el croquis levantado en la diligencia de inspección ocular en segunda instancia, y no se opone a que esa acción prospere el hecho de que la demandante esté en posesión de los dos huertos ubicados a los extremos del solar, por lo que ya se expresó al estudiar el primer motivo de casación alegado, que encontró fundado la Corte.

Tienda de alto y bajo y casa en estado de ruina

No hay disputa respecto de la indentificación de estos inmuebles, cuyo origen es el siguiente: en agosto de mil novecientos doce y por escritura 413 corrida ante el notario de Pasto, Primitivo, Miguel y Luvino Caicedo vendieron varias cuotas radicadas sobre inmuebles a la señorita Rosario Caicedo; en la cláusula 3ª de esta escritura (folio 76 del cuaderno 1º), aparece que Luvino Caicedo le enajenó a esta señorita el derecho proindiviso que le correspondía en la casa y tienda, como heredero de María Josefa Astorquiza, antigua dueña. Ese inmueble, según la declaración de la cláusula 7ª de la mencionada escritura, quedó en común entre Primitivo, Miguel y Rosario Caicedo.

Dueños éstos de los derechos sobre la totalidad de la casa, por medio de la escritura número 32 de 10 de marzo de 1927, otorgada en Sandoná, hicieron la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión de José Caicedo Chaves, antecesor en el dominio de dicha tienda y casa y se la adjudicó al doctor Primitivo Caicedo el dominio totalmente de este inmueble, en cuya sucesión fue adjudicado a la demandante.

La demandada no niega nada de esto, sino que afirma que tiene un derecho en dicho inmueble y esta afirmación no está comprobada.

El Tribunal vio muy claramente lo anterior; pero negó la reivindicación por cuanto aparece que la demandante está en posesión de una parte del inmueble.

Al estudiar el primer motivo de casación y hallarse fundado, se concluyó que ese factor no es óbice para decretar la reivindicación impetrada; en casos como el presente, como el poseedor vencido no puede devolver sino lo que posea, la sentencia condenatoria debe entenderse en esta forma y así debe hacerse en este litigio.

Cuanto a costas, se observa: es verdad que se condena en menos de lo pedido y que el artículo 210 del C. J. habla de las costas en la forma atrás recordada; pero no se halla que el presente caso sea el de esa disposición, porque la demandada no se defendió por obra de ese exceso o con relación a él, sino negando en absoluto el dominio de la actora, posición que hace ver cómo habría aquélla afrontado el litigio, aunque la demanda se hubiese limitado a lo que esa sentencia reconoce.

Respecto de las demás excepciones propuestas por la demandada no se encuentran justificadas en el proceso.

Fallo

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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha veintidós de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, revoca la de los jueces de primera instancia y resuelve:

1º No están probadas las excepciones propuestas.

2º Condénase a la señorita Rosario Caicedo a restituir a la señora María Josefa Caicedo de Mosquera, seis días después de la notificación de esta sentencia, los siguientes inmuebles: a) Un solar situado en la ciudad de Pasto y delimitado así: por el frente, con casa y huerto de los herederos del señor Juan E. Moncayo y Pastor Ibarra, la calle 4ª o de Barbacoas de por medio; por el costado derecho, al entrar, con tienda que fue-

ron del doctor Primitivo Caicedo, hoy de la demandante, tapias de por medio; por el respaldo, con huerto de la demandada Rosario Caicedo A. y casa de Floresmilo Ocaña, pared de por medio; y por el costado izquierdo, con casa y huerto de los herederos de Pantaleón Delgado, pared de por medio. Esta restitución se hará teniendo en cuenta el croquis levantado por los peritos en la segunda instancia, croquis en que quedó identificado dicho solar; b) Una tienda de alto y bajo y una casa en estado de ruinas situadas en la ciudad de Pasto y comprendido todo dentro de los siguientes linderos: por el frente, la carrera 5ª, que separa la casa de doña Rosario Caicedo A. y tiendas del doctor Primitivo Caicedo, hoy de la demandante; por el lado derecho, al entrar, con la calle 4ª, antigua de Barbacoas, que separa la casa del señor Manuel José Luna; por el lado izquierdo, con casa de José Colunge, pared de por medio; y por el respaldo, con casa y solar de Antonia Gálvez viuda de Troya, hoy de sus herederos, pared de por medio.

3º Condénase a la demandada Rosario Caicedo a pagar a la demandante María Josefa Caicedo de Mosquera los frutos naturales y civiles de los inmuebles determinados en el numeral anterior, desde que está en posesión de ellos hasta que haga la restitución.

4º Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE CONDENA PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—CAPACIDAD PARA COMPARECER EN JUICIO DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS.—FACULTAD DE DISPOSICION PROCESAL

1. Desestimada por el Tribunal en la sentencia la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, no existe incongruencia alguna entre esa pretensión que oportunamente dedujo el demandado y los términos del fallo. 2. De acuerdo con nuestro sistema de derecho internacional privado, las sociedades extranjeras tienen capacidad para ser parte, tanto activa como pasiva, aun cuando su modo de constitución sea diferente del de las colombianas y su forma no corresponda a ninguna de las autorizadas por nuestro derecho positivo. Es suficiente que la ley nacional de su país de origen reconozca esas sociedades. Las que establecen empresas de carácter permanente en el territorio de la República deben cumplir lo dispuesto en los arts. 1º y 5º del Decreto Legislativo número 2 de 1906. 3. En la doctrina del derecho comercial no se considera obligación por parte del comprador la de examinar las mercaderías que le son entregadas en fardos o bajo cubierta y de noticiar de ello al vendedor en tiempo oportuno, pero sí es ésa una condición necesaria a la conservación de sus derechos. La falta del reconocimiento de la mercancía o la demora en la noticia de su estado, tiene como consecuencia la de que el comprador pierda las acciones que al respecto le concede el Código de Comercio. 4. Es improcedente fijar en la sentencia la cuantía de los honorarios del abogado en el juicio, pretermitiendo de esa inaudita manera lo dispuesto sobre liquidación de costas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica).

Materia del pleito

La sociedad J. Kridel Sons & Cía., de Nueva York, demandó con acción de condena a Elías M. Muvdi ante el Juzgado 2º del Circuito de Barranquilla.

De las afirmaciones comprobadas en el pleito, aparece lo siguiente: el 31 de diciembre de 1919 Muvdi, por conducto de Alex Salay, representante de la actora, formuló un pedido de treinta mil (30,000) yardas de tela poplin, cuyo precio se estipuló en nueve mil setecientos pesos ochenta y ocho centavos oro americano ($ 9,700.88), pagaderos al vencimiento de los sesenta (60) días de la fecha del recibo de la mercancía. Fabricante de la mercancía era la firma de Hecht, Méndez & Mandel, también de Nueva York.

El 30 de julio y el 31 de agosto de 1920 Muvdi recibió esa mercancía, embalada en catorce fardos.

El 10 de agosto de 1920, el demandado, quien según su carta del 17 de julio anterior, había cancelado el pedido por la demora en el despacho, se dirigió a la actora aceptando la mercancía, "a condición de hacer una variación en el plazo para el pago" (180 días vista). En esa carta, Muvdi, para lograr su objeto, alega las circunstancias de que los colores de las telas no son iguales a los convenidos, la paralización en las ventas y los perjuicios que tanto por esos dos motivos como por el de la tardanza en la ejecución del pedido sufrirá, puesto que tiene que almacenar por mucho tiempo ese artículo.

Muvdi no ha pagado la mercancía.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Barranquilla confirmó, en sentencia del 17 de febrero de 1936, la del juzgado que había condenado a Muvdi al pago de la suma estipulada como precio, junto con sus intereses moratorios a la rata bancaria usual, y modificó ese fallo en el sentido de que los tres mil pesos ($ 3,000) de las costas serían en moneda colombiana y no en oro americano. Además, condenó a otros $ 3,000 por razón de los honorarios del abogado en la segunda instancia.

Consideró el Tribunal que de las cartas escritas por Muvdi y que éste reconoció en posiciones, resulta evidente que el demandado contrató con Kridel Sons & Co., recibió la mercancía y no ha pagado su precio.

Para el Tribunal, el vendedor cumplió sus obligaciones. No así el comprador.

La objeción que el demandado presenta, consistente en que la mercancía llegó averiada, la cual formuló por primera vez el 19 de noviembre de 1920, es improcedente, porque Muvdi no usó de su derecho dentro del término concedido por el art. 251 del C. de C., y, además, tampoco hizo reconocer esa mercancía como lo previene el art. 307 ibídem. Esa improcedencia se deduce también de que en la citada carta del 10 de agosto de 1920 convino en pagar el precio estipulado, solicitando únicamente prórroga del plazo para ello.

Por último, la discusión al rededor de la cláusula as soon as possible (tan pronto como sea posible), no es pertinente en este caso porque no se trata de decidir si Muvdi estaba o no obligado a recibir la mercancía como comprador. La cuestión de hecho consiste en que Muvdi aceptó la mercancía en los términos a que se refiere su carta, la vendió hace muchos años y a su patrimonio ingresó el producto de esta venta.

En cuanto a las excepciones propuestas por el demandado, no prosperan: la de falta de personería substantiva en la actora, a causa de que, tanto en las posiciones como en las cartas del 19 de noviembre de 1920, 2 de abril de 1921 y 13 de enero de 1923, Muvdi confesó y reconoció como su acreedora a J. Kridel Sons & Co. La personería adjetiva "fue artículo de previo y especial pronunciamiento fallado oportunamente".

Materia del recurso

La sentencia fue acusada con base en las causales 2ª y 1ª del art. 520 del C. J.

Antes de contestarse la demanda, el demandado propuso la excepción de carencia de personería substantiva de la sociedad actora, porque no se ha demostrado su existencia.

El Tribunal no falló esa excepción perentoria, porque en sus considerandos sólo dijo que al reconocer Muvdi, como lo hizo, a J. Kridel Sons & Co. como sus vendedores, "mal podía, más tarde, oponer como excepción perentoria la ilegitimidad de la personería substantiva de ellos".

Para acreditar la existencia de los contratos solemnes, entre los cuales figuran las sociedades mercantiles, deben exhibirse los documentos correspondientes a su formación, lo cual no se hizo en este pleito.

El Tribunal niega la procedencia de la excepción porque Muvdi se reconoció deudor de la sociedad, pero olvida que éste lo que ataca es la existencia de aquélla, sin consideración a la circunstancia de que esté o no el demandado vinculado a ella por un contrato.

"El vicio de incongruencia es evidente", porque, "a pesar de haber impugnado el demandado la personería substantiva del demandante, el Tribunal hizo caso omiso de esto y ni siquiera la consideró en principio".

En la hipótesis de que el Tribunal decidió acerca de la excepción perentoria de falta de personería de la actora, incurrió en error de hecho evidente y en error de derecho en la apreciación de las cartas que Muvdi escribió y de las posiciones que absolvió, porque esas pruebas no son procedentes para demostrar la existencia de la sociedad. De ahí que el Tribunal violara los arts. 465 del C. de C., 553 y 571 del C. J. derogado, 601 y 605 del vigente.

En efecto, las sociedades mercantiles "deben acreditarse con la respectiva escritura pública debidamente registrada", lo cual no se hizo en este pleito.

El poder conferido por la sociedad para actuar en este juicio es insuficiente, porque no aparece acreditada en debida forma la existencia de la sociedad "que es un hecho preexistente que depende de la voluntad ajena". "De lo contrario, sería muy fácil que cualquier persona se tomara atribuciones en representaciones enteramente falsas para explotar y engañar a su antojo".

Este error de hecho en la apreciación del poder produjo el de derecho en la interpretación de los arts. 13 de la ley 124 de 1890 y 271 y 657 del C. J.

El Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas referentes: a) A establecer que el demandado recibió la mercancía, aceptándola; b) A la interpretación de la cláusula as soon as possible, porque los testimonios aducidos al respecto por el demandado establecen que Muvdi entendió con ella la ejecución sin demora del pedido. c) A las cartas suscritas por Muvdi, que figuran en el proceso, porque ellas deben ser tomadas en su integridad. Muvdi, en la fecha 17 de julio de 1920, canceló el pedido, a causa de la tardanza en el despacho. Y en las del 2 de abril de 1921 y 13 de enero de 1923 informó a la casa vendedora que las mercancías, por no haber resultado de conformidad con las pedidas, estaban en los depósitos del demandado a su disposición.

En la orden de pedido aparece estipulado lo siguiente: "Todo reclamo por daños o deficiencias deberá hacerse dentro del término de diez días, contados desde el recibo de las mercancías". Dentro de este plazo formuló Muvdi el reclamo correspondiente por

haber llegado averiada la mercancía, a consecuencia de la humedad y el comején. El Tribunal desatendió las pruebas al respecto. Como consecuencia de esos errores de hecho, el Tribunal violó los arts. 597, 601, 603, 609, 637, 697 del C. J. y por ende los arts. 224, 225, 232 en su última parte, 234, 246 y 248 del C. de C.".

Motivos

Desestimada por el Tribunal en la sentencia la excepción de ilegitimidad de la personería substantiva de la actora, no existe incongruencia alguna entre esa pretensión que oportunamente dedujo el demandado y los términos del fallo, los cuales estudian, especifican y resuelven, por diversos fundamentos, las cuestiones planteadas, en perfecta concordancia con las respectivas situaciones procesales de las partes.

2. Con el nombre de personería substantiva, ha venido resolviendo nuestro foro, de manera casuísta y con criterio empírico, ciertas cuestiones referentes al sistema científico procedimental de los presupuestos procesales.

En el proceso, para que sus sujetos puedan provocar con eficacia la subsunción (colocar, sin silogismo, un hecho o concepto bajo un concepto de mayor amplitud) que el órgano judicial debe efectuar en determinadas normas jurídicas de los hechos cuya existencia aparezca evidente, es necesario que reúnan estas tres condiciones: 1ª Capacidad para ser parte; 2ª Capacidad para comparecer en juicio, o capacidad procesal; 3ª Facultad de disposición procesal, o legitimación en la causa, o derecho de gestión procesal.

Estas tres categorías son paralelas, pero no subordinadas, a las siguientes del derecho substantivo: a) Capacidad jurídica; b) Capacidad de obrar; c) Poder de disposición.

La capacidad para ser parte en el proceso corresponde a las personas naturales y jurídicas. Excepcionalmente, en opinión de muy autorizados doctrinantes, esa capacidad la tienen también los llamados patrimonios autónomos o masas de bienes, que no son personas jurídicas, tales como las sociedades de hecho, la herencia, el patrimonio del concursado, la sociedad conyugal.

De acuerdo con nuestro sistema de derecho internacional privado, las sociedades extranjeras tienen capacidad para ser parte, tanto activa como pasiva, aun cuando su modo de constitución sea diferente del de las colombianas y su forma no corresponda a ninguna de las autorizadas por nuestro derecho positivo. Es suficiente que la ley nacional de su país de origen reconozca esas sociedades.

Con apoyo en el principio jurisprudencial de que "no puede impugnar en juicio la personalidad de su contrario, quien dentro o fuera de él la tuviera previamente reconocida", Muvdi se halla impedido para objetar la existencia de J. Kridel Sons & Cº, porque él negoció las mercancías por medio de Alexander Salay, previa la exhibición del poder notarial debidamente legalizado en Colombia, que a éste confirió aquella sociedad. Poder en donde consta que J. Kridel Sons & Cº está formada por tres personas naturales y su domicilio es el Distrito de Manhattan.

La actora no ha establecido empresas de carácter permanente en territorio de la República, motivo por el cual no es procedente lo dispuesto en los arts. 1º y 5º del Decreto Legislativo número 2 de 1963.

Desde otro punto de vista, y teniendo en cuenta que lo que la legitimación en la causa suscita es propiamente el problema de si quienes pretender ser tenidos por parte son precisamente aquellos sujetos entre los cuales puede jurídicamente plantearse y resolverse con eficacia la cuestión objeto del proceso, J. Kridel Sons & Cº tiene la facultad de disposición procesal.

En efecto, tres situaciones distintas pueden dar origen al derecho de gestión procesal: 1º Que los sujetos del proceso sean los titulares del acto jurídico materia del pleito; 2ª Que la titularidad del sujeto del proceso provenga de una relación o situación jurídica conexionada o dependiente de la del derecho objeto del juicio; 3ª Que los sujetos del proceso obtengan su titularidad por tratarse de un interés jurídico que de ese modo protege la ley.

Todos estos supuestos pueden coincidir o mezclarse en un pleito, porque los unos no excluyen a los otros y el derecho de gestión procesal, por lo tanto, tener su fuente simultáneamente en varios de ellos.

Por consiguiente, la facultad de disposición procesal puede darse para las partes en estas cuatro hipótesis genéricas: a) Cuando comparecen al juicio en nombre propio y como titulares originarios del derecho substantivo que se controvierte; b) Cuando obran en el pleito en nombre propio y como titulares, a título derivado, del derecho deducido en juicio; c) Cuando se presentan en nombre propio y como no titulares del derecho objeto del pleito; d) Cuando actúan en nombre ajeno en su calidad de apoderados o representantes de los sujetos del proceso.

Considerando, ante lo dicho, que lo relativo al derecho de gestión procesal se regula exclusivamente por la ley colombiana, la legitimación en la causa de J. Kridel Sons & Cº viene reconocida por el art. 479 del C. Cº, como consecuencia de que Muvdi no puede substraerse al cumplimiento de sus obligaciones por la razón de que la sociedad actora no haya sido legalmente constituída, o lo que equivale a lo mismo, no haya probado en este pleito su existencia legal, conforme a las normas del Estado de New York.

Para quienes niegan capacidad para ser parte a las personas que carecen de individualidad jurídica, la solución de la cuestión planteada en este recurso es la misma que acaba de darse, porque para ello basta aplicar a los supuestos reales los hipotéticos mencionados en la teoría de la facultad de disposición procesal.

Para Muvdi no existe interés, como deudor social, en que en lugar de la actora sus acreedores sean los socios de ésta personalmente.

La compraventa celebrada con J. Kridel Sons & Cº, produjo a Muvdi ventajas que corresponden a las obligaciones contraídas y pagadas por la sociedad, para obtener las cuales no fue obstáculo la naturaleza regular o irregular de ella.

La demandante, desde luego que cumplió sus prestaciones, ha tenido una existencia real y Muvdi mal puede pretender haber contratado con un fantasma.

3. En cuanto a la mal llamada entre nosotros personería adjetiva, que corresponde al presupuesto conocido en la ciencia procesal con el nombre de capacidad para comparecer en juicio, o capacidad procesal, se observa que la cuestión fue resuelta, por medio de una sentencia incidental, en el sentido del art. 337 del C. J. y esa decisión, dada su naturaleza de auto interlocutorio, no es susceptible de casación. Sin embargo de ello, no está demás advertir que como las personas jurídicas carecen de capacidad procesal porque no pueden comparecer por sí mismas al juicio, en el poder conferido por J. Kridel Sons & Cº, a que ya se aludió, el Notario de Nueva York que lo instrumentó, certifica la calidad de socio debidamente autorizado de la persona física que otorgó la escritura.

4. No aparece demostrado el error evidente de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas del proceso.

Es cierto que nuestro Código de Comercio, en su art. 225, sienta el principio de que cuando se trata de mercancías compradas sobre muestras, las cualidades de estas muestras se entienden garantizadas por el vendedor, esto es, responde al comprador de que todos los artículos que entregue serán iguales a aquéllas. Pero tal pretensión de garantía puede ser renunciada por el comprador, expresa o tácitamente. En este caso, Muvdi recibió la mercancía no obstante no ser conforme a los colores ordenados, según él mismo lo expresa en su carta del 10 de agosto de 1920.

En este recurso de casación no se enfocó la cuestión relativa a los efectos jurídicos producidos con motivo de las cartas del 17 de julio de 1920, en que Muvdi canceló el pedido, y del 10 de agosto del mismo año, en que aceptó la mercancía despachada.

El reconocimiento de los fardos números 136/143, únicos respecto de los cuales se alega avería, se hizo por la aduana el 30 de julio de 1920 y dentro del plazo de diez días convenido con la sociedad vendedora para examinarlos. Muvdi aceptó la mercancía despachada sin ninguna observación relativa al deterioro de que ahora se queja.

Es sabido que en la doctrina del derecho comercial no se considera obligación por parte del comprador la de examinar las mercaderías que le son entregadas en fardos o bajo cubierta y de noticiar de ello al vendedor en tiempo oportuno, pero sí es ésa una condición necesaria a la conservación de sus derechos. La falta del reconocimiento de la mercancía o la demora en la noticia de su estado, tiene como consecuencia la de que el comprador pierda las acciones que al respecto le concede el Código de Comercio. Por otra parte, Muvdi no acreditó dolo de la vendedora, en el sentido de que las averías y defectos que alega fueran conocidos por ella y culposamente disimulados.

El Tribunal estimó jurídicamente que la interpretación de la cláusula as soon as possible no es procedente, dado que no se trata del derecho de Muvdi a resolver el contrato por falta de entrega, dentro del plazo estipulado de los efectos vendidos, puesto que él convino en aceptar las mercancías con la sola condición del aumento a 180 días vista del término para su pago.

Aun cuando no es materia del recurso, la Corte observa que es improcedente fijar en la sentencia, como lo hicieron el Juzgado y el Tribunal, la cuantía de los honorarios del abogado en el juicio, pretermitiendo de esa inaudita manera lo dispuesto sobre liquidación de costas en el Capítulo II del Título XVI del Libro II del Código Judicial. Por consiguiente, no obstante el carácter de irrevocable e irreformable de la sentencia, la Corte considera que por ser legalmente ex-

traña al fallo la determinación en él de la cuantía de las costas, debe darse aplicación al art. 581 del C. J. y las partes pueden hacer uso del derecho que les confiere el art. 582 ibídem.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia del 17 de febrero de 1936, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en este juicio ordinario.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de este fallo en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd. ..

DEMANDA SOBRE DISOLUCION Y LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD.—SOCIEDAD DE HECHO.—SOCIEDAD CIVIL.—REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE UNA Y OTRA

1.—Todo contrato de sociedad presupone la reunión de cinco elementos esenciales, a saber: 1º Un grupo de dos o más personas; 2º Un aporte de cada una de ellas; 3º La persecución de ganancias para dividirlas; 4º La participación de todos los asociados en los beneficios y su contribución, en caso de insuceso, en las pérdidas, y 5º La AFFECTIO SOCIETATIS, de colaboración económica en el objeto materia de la sociedad. Cuando se reúnen los cinco elementos citados surge una sociedad muy distinta de la de hecho, que es aquella que no puede subsistir legalmente como sociedad, precisamente por faltarle alguno de los elementos establecidos por la ley. 2. El artículo 2083 del Código Civil no tiene aplicación cuando aparece claramente la AFFECTIO SOCIETATIS, el objeto y fines de la sociedad, la estipulación del capital en común, tal como aparece del contrato que figura en autos; pero en este caso sí tiene aplicación el artículo 2141 del mismo Código, por tratarse de una sociedad civil colectiva, artículo citado por el actor.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Sacramento Ramírez, mayor de edad y vecino de Puerto Berrío, por medio de apoderado demandó a Ignacio Cabo L., vecino de Bogotá, para que con su citación y audiencia se hicieran estos pronunciamientos: 1º Declarar disuelta la sociedad de hecho constituída entre Cabo L. y Ramírez y que consta en el documento de cuatro de julio de mil novecientos veintisiete, otorgado en Puerto Berrío; 2º Decretar la facción de inventarios y avalúos de los bienes que constituyen el haber social; 3º Reconocer a Ramírez su carácter de socio en todo lo relacionado con el negocio de suministro de pilotes a la casa Julius Berger Konsortium; 4º Radicar en el despacho del juez ante quien se presentó la súplica el respectivo juicio de liquidación de la sociedad; 5º Prevenir a los socios o a sus causahabientes que deben nombrar liquidador dentro del término de 3 días, y si no que lo haga el juzgado, y 6º La condenación en costas al demandado si se opusiere o tratare de retardar la liquidación.

Todas estas declaraciones, excepto la última, fueron decretadas por el juez 6º del Circuito de Bogotá, en sentencia de veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y cinco, que apelada por el actor fue confirmada por el Tribunal Superior en fallo de veintinueve de abril de mil novecientos treinta y seis, contra el cual recurrió en casación el apoderado del demandante.

Pasa a decidirse el recurso.

La base de este litigio es el documento privado de cuatro de julio de mil novecientos veintisiete, suscrito por Ignacio Cabo y Sacramento Ramírez en Puerto Berrío, del cual aparecen las siguientes declaraciones: 1ª Que Ignacio Cabo tiene celebrado con la casa Julius Berger Konsortium un contrato para suministrarle hasta cinco mil pilotes de los montes del Magdalena y de los cuales hay ya fuéra de dicho contrato 955 pilotes,

por lo cual el número de ellos queda reducido a la cantidad de 4045; 2ª Ignacio Cabo cede y reconoce a Sacramento Ramírez la mitad en el contrato referido de pilotes, para lo cual le entregará una carta de presentación para la casa Julius Berger Konsortium, a fin de que ella lo reconozca, hasta la terminación del contrato, como socio y administrador de ella. 3ª Ramírez se compromete a administrar de manera eficiente los trabajos de recolección de pilotes y a administrar el contrato, en un todo de acuerdo con Cabo, de tal manera que todo contrato, bien sea de corte, trochas, arrastre de pilotes, será antes convenido de común acuerdo. Además, se compromete Ramírez a aportar en iguales condiciones que Cabo cuatro mulas para dicho trabajo, lo mismo que ir haciendo por su cuenta los pagos de dinero de pilotes, apertura de trochas y arrastre y a administrar el negocio hasta su terminación definitiva. 4ª La entrega de pilotes y recibo de su valor será hecha de acuerdo entre Cabo y Ramírez y se liquidará cada entrega por el gasto que le corresponde, a fin de indemnizar a Ramírez de los valores invertidos en cada lote que se entregue y repartir las utilidades que resulten entre ambos, todo lo cual debe estar comprobado con los recibos y cuadros que al efecto llevará Ramírez.

El demandado Cabo, al absolver posiciones extrajuicio, confesó que es cierto que firmó el contrato y que es verdadero su contenido y la firma. Al contestar el hecho primero de la demanda manifestó ser cierto que celebró con Ramírez el contrato de 4 de julio de 1927 ya mencionado.

De modo, pues, que sobre la existencia de dicho contrato y la prueba de éste no existe debate; éste se ha planteado sobre una interpretación de la cual se hará mérito adelante.

Surgieron dificultades entre la casa Julius Berger Konsortium, agente del Gobierno nacional, y el señor Ignacio Cabo L., las cuales fueron definidas por medio de un Tribunal de arbitramento, que condenó a la República de Colombia a pagar a Ignacio Cabo la suma de $ 12,130 oro colombiano como única retribución por el incumplimiento de un contrato sobre suministro de cinco mil pilotes.

En virtud de este fallo se pagó al señor Cabo L. por la Nación una parte de la cantidad a que fue condenada ésta.

Estos son extremos que, además de estar comprobados, no se discuten.

Sentencia acusada

La sentencia recurrida se funda, en síntesis, en lo siguiente: que no pudiendo considerarse ni como sociedad comercial, ni civil, la formada en el contrato celebrado entre Cabo y Ramírez y de que se ha hecho mérito, debe aplicarse el artículo 2088 del C. C., que dispone que si se formare de hecho una sociedad que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, y de sacar lo que se hubiera aportado; que el contrato de que se ha hecho mérito no estaba sujeto para que produjera efectos jurídicos a la condición de que la casa Julius Berger Konsortium reconociera a Ramírez como socio en el que había celebrado con Cabo. Que Cabo cedió la mitad de su contrato a Ramírez; y que las cartas que figuran en el proceso corroboran el contrato de sociedad celebrado entre demandante y demandado.

Demanda de casación

Acusa el recurrente la sentencia en el primer capítulo de su demanda por violación de los artículos 1530, 1542, 1620 y 1624 y concordantes del C. C. Esta acusación la hace consistir en que, según asevera él, el Tribunal partió de la base de que en el contrato celebrado entre Ramírez y Cabo se establecía una obligación pura y simple y no una condicional, la cual era que la casa Julius Berger Konsortium reconociera a Ramírez como socio en el contrato que ella había celebrado con Cabo. En el segundo capítulo acusa la sentencia por violación del artículo 2079 del C. C. y al respecto y en definitiva se expresa así: "Si, pues, teniendo elementos el documento para concluir que es una sociedad civil perfecta, se dijo que era una sociedad de hecho, se apreció erróneamente la prueba y se violó el artículo 2079 del C. C.". Finalmente, está acusada la sentencia por falta de apreciación de la prueba, porque en concepto del recurrente "faltó apreciar las pruebas que se llevaron a segunda instancia y que establecen de una manera indubitable la forma como se ha de verificar ese reparto", o sea que se sabe cómo se han de repartir las pérdidas y ganancias.

Estudio de los cargos

El contrato celebrado entre Julius Berger Konsortium e Ignacio Cabo L. no es materia de este debate, ni sus estipulaciones se

conocen en este juicio, pero cualesquiera que ellas fueran, regían ciertas relaciones entre dicha casa y el demandado Cabo Londoño L. A esas relaciones era ajeno Sacramento Ramírez, porque ni él contrató con la casa mencionada ni ésta lo admitió como socio, en su contrato con el señor Cabo Londoño. El documento de 4 de julio de 1927 en su cláusula 1ª, parte de la existencia del contrato entre Julius Berger Konsortium e Ignacio Cabo Londoño. Establecido este hecho, la existencia de ese contrato, en la cláusula 2ª Ignacio Cabo cede y reconoce a Sacramento Ramírez la mitad de tal contrato hasta su terminación, como socio y administrador de él. No existe en tal convención ninguna cláusula que diga o de la cual se desprenda que la calidad de socio y administrador de Ramírez quedaba subordinada, conditio sine quam non, a que la casa Julius Berger aceptara como socio de Cabo al demandante Ramírez. Apenas se dice en el contrato que Cabo le dirigirá una carta de presentación a dicha casa a fin de que ella lo reconozca como socio; pero si por una parte y a juicio de la Corte, esa expresión no establece una condición para que Ramírez quedara como socio de Cabo en el contrato, por la otra Cabo podía valerse de las personas y medios que estimase adecuados para llenar con esa casa sus obligaciones, sin necesidad de que ésta lo aprobara.

Pero sobre todas estas consideraciones existe la siguiente: el mismo demandado señor Cabo interpretó su contrato con Ramírez como independiente del celebrado por él con Julius Berger y no estimó que la existencia de aquél estuviera condicionada a que dicha casa aceptara a Ramírez y la convención celebrada entre éste y Cabo.

No de otra manera pueden interpretarse las cartas de 10 de junio y 19 de diciembre de 1927, 4 de enero de 1928, 1º y 21 de diciembre de 1927, suscritas por Cabo y dirigidas a Ramírez y a Julius Berger, en la que habla del negocio, cuenta de la marcha de él y entera a Ramírez no como a simple administrador sino como a un socio, y le habla de contrato. Es de mucha importancia la carta de 21 de diciembre dirigida por Cabo a Julius Berger Konsortium y que dice así: "Aunque ustedes no aceptaron o no quisieron reconocer el traspaso de parte de mi contrato al señor Sacramento Ramírez, según me lo expresaron en carta cuya fecha no cito, por no tener aquí mi archivo, pero que yo sí he cumplido y aceptado por un elemental deber de honradez, y aunque también según los términos de ese contrato yo sólo podría resolver cuestiones que a él atañen, tengo muchísimo gusto en incluirle la aceptación que ambos hacemos del arreglo con los señores Holguín de Bogotá.

Así, pues, no existe en autos ningún elemento que demuestre que el contrato celebrado entre Cabo y Ramírez estuviera sujeto a la condición de que ya se ha hecho mérito, como tampoco ningún elemento que infirme las cartas presentadas por Ramírez y lo expresado en el contrato de 4 de julio de 1927.

De todo lo anterior se deduce que no hubo una apreciación errónea por parte del Tribunal en la interpretación del contrato que hubiera llevado al fallador a la violación de los artículos citados en el primer capítulo de la demanda de casación. Se rechazan, pues, esos cargos.

Respecto del segundo cargo, la Corte observa:

Como muy bien lo expresan los expositores Hupin y Bosvieux (Traité Général Théorique et Practique des Societés Civiles et Commerciales, edición de 1935) todo contrato de sociedad presupone la reunión de cinco elementos esenciales, a saber: 1º Un grupo de dos o más personas; 2º Un aporte de cada una de ellas; 3º La persecución de ganancias para dividirlas; 4º La participación de todos los asociados en los beneficios y su contribución en caso de insuceso en las pérdidas, y 5º La affectio societatis, de colaboración económica en el objeto materia de la sociedad. Es claro que independiente de estos caracteres particulares el contrato de sociedad contiene como todo contrato el consentimiento y la capacidad de cada uno de los asociados y un objeto y causa lícitos.

Las características anteriores, que están contenidas en los artículos 1832 y 1855 del código civil francés, informan los artículos 2079 y 2081 del C. C. colombiano.

El recurrente asevera que el contrato celebrado entre Cabo y Ramírez constituye una sociedad civil y no una sociedad de hecho, como lo sostiene el Tribunal, quien por considerar así las cosas aplicó el artículo 2083 del C. C.

El recurrente tiene toda la razón por lo siguiente: a) Porque del contrato precitado y de todos los elementos que obran en autos se desprende que en él están comprendidos los cinco elementos de que se ha hecho mención; b) Porque especialmente la affectio societatis surge del contrato y está corroborada en el mismo cargo que se estudia; c) Porque la sociedad civil no requiere escritura pública.

En sentencia de 30 de noviembre de 1935 fijó nuevamente esta Corte la naturaleza de

las sociedades de hecho y dijo lo siguiente: "Las sociedades de hecho se dividen en dos clases: 1ª Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcancen a la categoría de tales. 2ª Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito".

A la luz de esta doctrina sostenida por todos los expositores, el contrato celebrado entre Cabo y Ramírez no cabe dentro de ninguna de las dos categorías que acaban de expresarse. No cabe dentro de la primera porque dicho pacto no carece de los requisitos exigidos por la ley para la existencia de las sociedades civiles. El hecho de que se hubiera omitido la estipulación sobre reparto de las pérdidas no alcanza a quitarle la categoría de sociedad civil y se comprende que si las hubiera habido deben repartirse de la misma manera que las ganancias, es decir, por mitad entre los socios, y ésta debe ser una norma en la liquidación que ha de efectuarse de la mencionada sociedad. Mucho menos cabe dentro de la segunda categoría, porque la sociedad pactada entre Cabo y Ramírez no fue "creada por los hechos" que inducen a un consentimiento implícito, siendo así que explícitamente Cabo y Ramírez establecieron una sociedad.

No tratándose de un negocio de comercio, no estaban obligados a solemnizar su contrato cual si fuese sociedad comercial, de suerte que hubiera resultado nula entre ellos, por omisión de las solemnidades que la ley requiere para este caso y hubieran tenido que liquidar inmediatamente operaciones.

El Tribunal, lo mismo que el juez, estimó que el contrato celebrado entre Cabo y Ramírez debe considerarse a la luz del artículo 2083 del C. C., como una sociedad de hecho y no como una sociedad regular, al tenor del artículo 2079 ibídem, por cuanto en el contrato no se habló del modo de repartir las pérdidas del negocio. Pero esta conclusión no la admite la Corte, porque la falta de estipulación al respecto la llena de suyo la ley, artículo 2094 del C. C., muy claro sobre el particular, y porque cuando se reúnen los cinco elementos de que se ha hecho mérito, surge una sociedad muy distinta de la de hecho, que es aquella que no puede subsistir legalmente como sociedad, precisamente por faltarle alguno de los elementos de los establecidos por la ley. En vista de un estado irregular, en que dos o más personas por una u otra razón han resultado asociadas con un fin común, sin que antes hubieran pactado sociedad legalmente, la ley, en el artículo que acaba de citarse (2083) da la norma para terminar esa situación irregular liquidando las operaciones que se hubieran llevado a cabo. Pero este artículo no tiene aplicación cuando aparece claramente la affectio societatis, el objeto y fines de la sociedad, la estipulación del capital en común, tal como resulta del contrato celebrado entre Cabo y Ramírez, en el que, por otra parte, no se encuentra defecto de forma. El hecho de que en ese pacto no se haya hablado de la distribución de las pérdidas, no le quita su carácter de sociedad, porque ésta tiene por objeto que se repartan entre los socios las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación y porque no aparece que el demandado haya negado este extremo y además, porque el citado artículo 2094 establece lo ya dicho.

El actor ha sostenido que existe una sociedad entre Cabo y él, que terminó y ha pedido su liquidación fundándose en el artículo 2141 del C. C.

No importa la calificación que haya dado a esa sociedad llamándola de hecho, así como tampoco importa la calificación de la acción, porque éstas son cuestiones de derecho que atañen al juzgador, el cual, ante los factores del proceso, aplica las disposiciones que sean pertinentes.

De modo que si la sentencia no puede apoyarse, por lo que se ha dicho, en el artículo 2083 del C. C., sí tiene un apoyo firme en el artículo 2141 de la misma obra, citado por el demandante, puesto que está comprobado en autos que ni siquiera es materia del debate que la sociedad pactada entre Cabo y Ramírez expiró, al tenor del artículo 2125 del C. C., por la finalización del negocio para que fue contraída, siendo así que habiendo dictado su fallo el Tribunal de arbitramento, el negocio o empresa en que estaban interesados Cabo y Ramírez terminó.

La acusación que se estudia prospera y ha servido para rectificar la tesis del Tribunal, pero no lleva a la absolución del demandado, sino a suprimir la calificación de sociedad de hecho y variarla por la de sociedad civil colectiva, quedando en todo lo demás subsistente la sentencia.

El último motivo del recurso queda resuelto al estudiar el que acaba de analizarse, porque aquél no es sino un corolario de éste.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando

justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintiuno de abril de mil novecientos treinta y seis, y reformando la de primera instancia dictada por el juez sexto del Circuito de Bogotá, con fecha veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y cinco, falla así este pleito:

1º Declárase disuelta la sociedad civil colectiva constituída entre los señores Ignacio Cabon L. y Sacramento Ramírez, al tenor del documento privado suscrito por ellos en Puerto Berrío el cuatro de julio de mil novecientos veintisiete y se reconoce a Sacramento Ramírez su carácter de socio en dicha compañía, al tenor del documento privado de que se ha hecho mérito.

2º En consecuencia, se ordena proceder a la división de los bienes que forman el haber de dicha sociedad, de acuerdo con el artículo 2141 del C. C.

3º Queda en pie la radicación de esa liquidación en el juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá.

4º Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACION

1. Propuesto como excepción dilatoria el presupuesto procesal a que alude el ordinal segundo del art. 333 del C. J., ya no le era dable al juzgador, en la sentencia, decidir de nuevo sobre el punto que fue materia del auto interlocutorio con que se finalizó el incidente de excepciones. 2. El heredero, que antes del decreto de posesión efectiva de la herencia, es demandado en juicio de reivindicación por tener materialmente la cosa reivindicada, no puede sustraerse a la acción. La herencia, salvo la yacente, no es poseedor material.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica).

Materia del pleito

Mercedes Salazar demandó en acción de condena, ejercitando la pretensión de reivindicación, a Eduvigis Finilla y Martín Vargas, para la devolución de dos lotes ubicados en la vereda del Cardenal, en jurisdicción del municipio de Leiva, así como la de los frutos naturales y civiles, como poseedores de mala fe.

Los hechos son estos: La actora es dueña de los terrenos cuyos linderos aparecen en la demanda, porque los obtuvo, a título de compra, de Antonio Pinzón, según consta de la escritura Nº 25 del 17 de marzo de 1931, pasada ante el Notario de Tocaima. A su vez, Antonio Pinzón los hubo por venta que de ellos le hizo Francisco Buitrago, conforme reza la escritura Nº 116, pasada ante el Notario de Agua de Dios el 15 de marzo de 1927.

Pinzón poseyó esos lotes hasta cuando transfirió el derecho de dominio sobre ellos, lapso durante el cual él los arrendó a varias personas.

Tan pronto como los demandados supieron la adquisición hecha por Mercedes Salazar, y aprovechando la ausencia de ésta, se apoderaron de los lotes "sin título ni derecho alguno".

Ahora los demandados están en posesión de aquellas fincas y "las aprovechan como si fueran dueños de ellas, contra mi voluntad y contra los títulos que me acreditan dueña exclusiva y única".

Los demandados, al contestar el libelo, negaron el derecho invocado en la demanda, porque ella "no ha sido dirigida contra personas directamente obligadas y en la forma que las leyes determinan". Negaron los hechos y afirmaron que "en su calidad personal y particular no están en posesión de los lotes que se pretende reivindicar, pues si están en posesión lo están en su calidad de herederos y como representantes de la sucesión de Francisco Buitrago". "Dichos herederos o representantes de la sucesión son:

Eduvigis Pinilla, esposa de Francisco Buitrago; Pascual Buitrago, Clara Buitrago, casada con Martín Vargas; Dulcelina Buitrago y Marta Buitrago".

El procurador de los demandados contrademandó a Antonio Pinzón y a Mercedes Salazar, obrando "a nombre y representación de Martín Vargas, como esposo de Clara Buitrago, y ésta, en su calidad de heredera de Francisco Buitrago; Eduvigis Pinilla, en nombre y representación de Francisco Buitrago y en su calidad de parte en el juicio sucesorio de Francisco Buitrago y en su carácter de continuadora del de cujus"; "todo tendiente a que las declaraciones que pido se hagan por el juzgado, lo sean para la sucesión del señor Francisco Buitrago".

Suplicó la nulidad de los contratos que constan en las citadas escrituras Nos. 116 y 25, porque son esencialmente simulados. "En ninguna de las partes que allí figuran existieron ni intención de vender ni de comprar". El precio estipulado en apariencia no fue real. El vendedor no lo recibió ni el comprador lo entregó.

Que como consecuencia de tal nulidad por simulación, se decida que los lotes pertenecen a la sucesión de Francisco Buitrago, representada por su mujer, Eduvigis Pinilla, y los hijos de éstos, Clara, Marta, Dulcelina y Pascual, lotes que no han salido, por lo tanto, de su haber herencial.

Los fundamentos de hecho son los de este relato: Francisco Buitrago hasta su muerte estuvo en posesión de los inmuebles a que se refieren las escrituras Nos. 116 y 25, por un lapso de más de treinta años. Nunca dejó de manejar y usufructuar las fincas, como dueño y señor. Francisco Buitrago vendió a Próspero Jiménez, simuladamente, esos inmuebles, y éste en su testamento ordenó la devolución de ellos a su verdadero dueño. Los herederos de Jiménez ejecutaron la voluntad del testador. En cabeza de nuevo de Francisco Buitrago el dominio sobre las fincas, Antonio Pinzón se insinuó como la persona indicada para servir de dueño aparente, con la promesa de que en caso de morir Buitrago, él transferiría la propiedad de los dos lotes a los herederos de aquél. Buitrago recabó de Pinzón en las postrimerías de su vida y ante testigos, el cumplimiento de esa promesa. Muerto Buitrago, Pinzón llamó a los herederos e hizo extender en la Notaría la escritura de venta a ellos de los inmuebles, pero antes de firmarla exigió, por consejo de extraños, el pago en dinero del precio. Los herederos convinieron en ello y al efecto entregaron una suma a Pinzón y a Ulloa, sin embargo de lo cual aquél se negó a firmar la escritura, por cuyo motivo se recurrió a la autoridad, a fin de que ésta obligara a Pinzón, como aconteció, a devolver ese dinero.

Después Antonio Pinzón y su suegra, Mercedes Salazar, con el fin de desposeer de las fincas a los herederos de Buitrago, acordaron la compraventa de ellas, porque en esa forma la Salazar, que residía en Leiva, quedaba plenamente capacitada para lograr el resultado dicho.

Tanto el Juzgado como el Tribunal que en apelación conoció el punto, negaron la admisión de la demanda de reconvención contra Antonio Pinzón, en lo que se relaciona con éste.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Tunja condenó a Eduvigis Pinilla y a Martín Vargas a la restitución de los referidos lotes, junto con sus frutos naturales y civiles, desde la contestación de la demanda; absolvió a Mercedes Salazar de los cargos de la contrademanda y condenó a los demandados en las costas del juicio.

Consideró el Tribunal que Mercedes Salazar es extraña en lo referente al contrato de compraventa realizado entre Buitrago y Pinzón, por cuyo motivo la simulación en el supuesto de que existiera no podría perjudicarla.

No se adujo prueba de ninguna clase respecto de que la venta hecha por Pinzón a la Salazar fuera simulada.

El demandante debe acreditar, cuando reivindica, cuatro elementos; "Que es dueño de la cosa que reclama o que persigue; que la cosa sobre que versa la acción sea singular o determinada; que no está en posesión de ella, y que el poseedor sea el demandado".

El primer elemento se comprobó con las escrituras Nos. 116 y 25 ya citadas, y con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Leiva, referente a la mutación del derecho de dominio sobre los inmuebles del pleito, en un período de diez años. El segundo elemento aparece acreditado en la demanda misma, porque las fincas singularizadas allí corresponden a las de los títulos dichos.

Los últimos dos elementos se demuestran "con la confesión que hizo el apoderado de los demandados al contestar la demanda, al decir que 'los demandados en su calidad personal y particular no están en posesión de los lotes que se pretende reivindicar, pues si están en posesión lo están en su calidad de herederos y como representantes de la

sucesión de Francisco Buitrago'. Lo que importa para el caso es el hecho de la posesión, no el concepto por el cual se tenga dicha posesión. Además, este punto fue objeto de las excepciones dilatorias, pues como atrás se anotó, no prosperaron".

Materia del recurso

El recurrente acusó la sentencia por las causales 6ª, 2ª y 1ª del art. 520 del C. J.

"La personería es un concepto tan claro que por su misma claridad confunde y oscurece; es el concepto que determina en el sujeto la concretación de derechos y deberes, ya para hacerlos efectivos, ya para hacerse capaz de poder exigirle los segundos, es decir, es la capacidad legal para poder existir en las relaciones jurídicas de los hombres entre sí, o de éstos en la sociedad civil en que viven".

Por esa razón la ley sanciona con la nulidad la falta de personería, cuando ella "entraña una ilegitimidad, una negación de la capacidad legal de que se ha tratado".

Las dos clases de personería, substantiva y adjetiva, son de diferente trascendencia, porque la primera se refiere al derecho substantivo mismo y la segunda a una cuestión rituaria. La excepción dilatoria no se da sino para esta última.

El Tribunal, por lo tanto, estableció una jurisprudencia "demoledora de las disposiciones substantivas" de nuestros códigos cuando afirmó que el punto de la posesión fue objeto dilucidado en el auto interlocutorio que falló las excepciones dilatorias propuestas.

No siendo Eduvigis Pinilla y Martín Vargas poseedores de las fincas sino la herencia y sociedad conyugal de Francisco Buitrago, carecían los demandados del deber jurídico de responder de la obligación que se les deduce en este pleito, y, por lo tanto, no existía el sujeto pasivo de la relación de derecho, objeto del juicio.

Ahora bien. Como el art. 448 del C. J. obliga al fallador a examinar de oficio la personería de las partes sancionando con la nulidad del juicio la falta de ella, el Tribunal, al desconocer, como lo hizo, ese vicio y no disponer su saneamiento conforme a la ley, dio motivo para que proceda la casación por la causal 6ª del art. 520 ibídem.

El art. 946 del C. C. está indicando que la titularidad de la acción sólo existe para el que haya poseído la cosa y luégo haya perdido su posesión.

La falta de entrega material, por parte del vendedor al comprador, del inmueble vendido, no da a éste la facultad de reivindicar la cosa contra un tercero. Unicamente tiene acción contra él el vendedor para que le entregue el bien.

Los demandados afirmaron poseer el inmueble en su calidad de representantes de la sucesión de Buitrago, a causa de lo cual no son ellos los poseedores sino la herencia. Al desconocer esta circunstancia violó el Tribunal, por lo tanto, los arts. 946, 952 y 953 del Código Civil.

La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, debido a que el Tribunal desconoció la excepción perentoria de petición de modo indebido, que aparece de la circunstancia suficientemente acreditada en el pleito de que los demandados, "en su calidad personal y particular, no están en posesión de los lotes que se pretende reivindicar".

El Tribunal violó los artículos 1008 y 1013 del C. C., a consecuencia del error de hecho en que incurrió, al desconocer, como lo hizo, la representación de los herederos en las obligaciones transmisibles de Francisco Buitrago.

Motivos

De los presupuestos procesales, la facultad de disposición procesal en el caso del ordinal segundo del art. 333 del C. J., puede ser propuesta como excepción dilatoria y así lo fue en este pleito. Por lo tanto, ya no le era dable al juzgador, en la sentencia, decidir de nuevo sobre el punto que fue materia del auto interlocutorio con que se finalizó el incidente correspondiente.

No es, pues, motivo de nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería de los demandados, la circunstancia de que el Tribunal se limitara a analizar el hecho de la posesión de éstos en consideración a que el concepto por el cual ellos ocupaban la cosa fue objeto de la excepción dilatoria que no prosperó.

2. La acción real es distinta del derecho absoluto a que inhiere. La esfera que forma el sistema de los derechos absolutos, se mide por un círculo tan grande, que ellos son oponibles, en su ocasión, a todo el mundo; en tanto que la acción real sólo se dirige contra el infractor. Igualmente, el contenido de uno y otra no es idéntico: el derecho real lo ejercita su titular directamente sobre la cosa, sin intervención de nadie; y esto se concibe sin necesidad de preestablecer la existencia de una red obligatoria permanente y negativa en el sentido de una prohibi-

ción contra todos frente a tal derecho. La acción real, en cambio, obliga a un acto positivo porque vincula al poseedor a la entrega. De ahí que ésta, desde el punto de vista de su ejercicio, no nace con el derecho real, sino que brota de la conducta de la persona que viola el contenido de ese derecho.

Débese a Ihering, quien modeló sobre el de la propiedad el concepto de la posesión, el hacerse inteligible la existencia de la coposesión, allí donde la ley permite la comunión del dominio. Según ese autor, el animus, que sólo es la voluntad encaminada a un fin de señorío, permite concebir la del coposeedor de poseer con sus copartícipes, en tanto que el corpus continúa siendo idéntico al del ocupante único.

La coposesión, por lo tanto, no es una pluralidad de posesiones individuales, en el sentido de que aquélla aparezca como una división cuantitativa de éstas, sino que la diferencia entre la posesión única y la coposesión es cualitativa.

La coposesión, pues, se modela de acuerdo con los diversos regímenes de la propiedad, como que la posesión es la manifestación concreta del dominio.

La posesión hereditaria tiene de característico, —que la distingue de las otras posesiones—, la singularidad de que se confiere automáticamente al heredero en el momento de deferirse la herencia y sin ninguna aprehensión material. (Art. 757 del C. C.).

El coheredero, a título exclusivamente de tal, viene a tener una coposesión ficticia, porque la posesión material puede estar de hecho en uno solo de los cosucesores. Posesiones equívocas, por consiguiente, pero no viciosas. El equívoco consiste en que el coheredero que posee materialmente un objeto de la sucesión contradice la ficción legal, porque no obstante este hecho, sus copartícipes a título universal poseen al mismo tiempo que él, en virtud de la ley. Sin embargo, este equívoco no está tachado de precariedad, porque no existe a cargo de los cosucesores ninguna obligación convencional de devolución.

Esta posesión equívoca desaparece tan pronto como se inscriba el decreto sobre posesión efectiva de la herencia, el cual extingue la comunidad hereditaria en los inmuebles, y da nacimiento al mismo tiempo a la comunidad ordinaria en éstos. En esta nueva comunidad, a causa de que el comunero debe sufrir la partición, su posesión, en cuanto sea exclusiva, tiene el carácter de precaria ante los otros comuneros.

La posesión equívoca, propia únicamente de la comunidad hereditaria, además de ser susceptible de transfromarse en posesión ordinaria por una intervención de hecho del título, tiene distintos efectos respecto de terceros, a saber: a) El coheredero, poseedor material, puede traspasar válidamente esta posesión a un tercero; b) El coheredero que sólo tiene la posesión legal reúne en su cabeza los presupuestos procesales para demandar en reivindicación a favor de la sucesión; c) El tercero demandará precisamente, en reivindicación, al heredero o herederos poseedores de hecho de la cosa, si lo hace antes de la inscripción del decreto sobre posesión efectiva de la herencia, lo cual no obsta para que pueda extender su demanda al mismo tiempo contra todos los demás sucesores del poseedor difunto; d) Si la demanda reivindicatoria es posterior al referido decreto inscrito, debe dirigirse contra todos los comuneros comprendidos en él y en los que lo hayan adicionado.

En efecto, ya se dijo cómo nace la pretensión reivindicatoria que inhiere al derecho de dominio. Por consiguiente, la simple ficción de posesión legal, originada por la muerte del de cujus, no implica la expresión de una conducta posesoria violadora del dominio. El heredero que, antes del registro del citado decreto, sea perseguido por el todo en razón de la tenencia efectiva de la cosa, no puede substraerse a la condena de ese todo, por el hecho de poner en causa a sus coherederos, lo cual no es obstáculo para que oportunamente les denuncie el pleito.

Ello débese también a la naturaleza indivisible de la pretensión reivindicatoria. Esta no se configura como una acción procesal declarativa de reconocimiento del título de dominio, sino que es de condena, y tiene por fin único la restitución de la posesión del objeto que se reivindica.

Se infiere de lo dicho que la herencia, salvo la yacente, no es poseedor material.

En este pleito los demandados reúnen los presupuestos procesales porque se halla acreditada su calidad de coposeedores efectivos de los fundos que se reivindican. La defensa de éstos, basada en su carácter de sucesores a título universal de Buitrago en unión de otros que no fueron demandados, no es suficiente para paralizar la acción de la actora, dado que los reos no probaron, presentando el título inscrito del decreto sobre posesión efectiva de la herencia, que ellos ya eran comuneros ordinarios con la personas no demandadas.

La pretensión del comprador para que el vendedor le entregue la cosa vendida es personal, y la del dueño reivindicante contra el tercero poseedor es real. En la hipótesis afir-

mada por el recurrente, se tendría que en cabeza de la actora se fijaron dos acciones distintas y extrañas entre sí: la primera, que es personal, nacida del contrato de compraventa, para obligar a su vendedor a cumplirlo entregándole las fincas; y la segunda, que es real, dirigida contra los poseedores de ellas, terceros en aquel contrato. Efectuada válidamente a favor de la actora la tradición del dominio sobre los fundos, ella, en su calidad de dueña, no necesitaba haberlos poseído para reivindicarlos de quienes los poseen.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Tunja, en este juicio ordinario, con fecha 11 de abril de 1935.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACION.—POSESION PARA LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

La posesión puede trasmitirse, sea mediante una convención, o bien por medio de una entrega real o simbólica de la cosa. Se trata en este último caso de un simple acto real que no tiene los supuestos de un acto jurídico bilateral. En tal hipótesis es indiferente que el poseedor anterior, para los efectos de la sucesión jurídica, entregue la cosa o solamente permita o acepte que su sucesor la ocupe. En ese acto real de la trasmisión de la posesión no hay lugar a nulidad por vicios de la voluntad: el niño puede entregar al niño. No debe confundirse la transferencia de la propiedad por medio de la tradición, con la trasmisión de la posesión por medio de la entrega real o simbólica de la cosa, porque la primera se refiere al derecho de dominio, y la segunda al hecho de la posesión. Nadie pone en duda que la entrega de una cosa puede producir el traslado de la propiedad, o el traspaso de la posesión, o ninguno de estos efectos, según sea el propósito y las declaraciones de las partes o las circunstancias del caso. De ahí que establecida la continuidad en las posesiones, se presume, con presunción de hombre, la sucesión de ellas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Ismael Alberto Noguera, Eduardo Noguera y Guillermo Noguera demandaron, ante el Juzgado del Circuito de Manzanares, a Florentino Rodríguez N., ejercitando sucesivamente en el mismo libelo las acciones procesales declarativa y de condena, basada la primera en la pretensión civil de propiedad privada sobre el inmueble, y la segunda en la reivindicatoria que dimana del art. 950 del C. C. En consecuencia, suplicaron los demandantes: a) Que el inmueble ubicado en jurisdicción del municipio de La Dorada, que Rodríguez N. denunció "ante la Gobernación del Departamento de Caldas con el nombre de San Javier o Primavera", con la cabida y por los linderos que en el libelo se expresan", no tiene el carácter de baldío que le ha dado el demandado" y, por lo tanto, "no es adjudicable por el Estado"; b) Que ese inmueble es parte integrante de la antigua hacienda de "La Egipciaca", "cuyo dominio y posesión se ha venido trasmitiendo en forma legal desde hace más de un siglo"; c) Que "las mejoras que el demandado Rodríguez dice haber puesto" se hallan dentro del área del lote Nº 3, el cual pertenece, en virtud de partición material que sus dueños hicieron de "La Egipciaca", a la comunidad de que hacen parte los actores; d) Que el demandado debe restituir a los actores, o,

en subsidio, a la referida comunidad, el fundo poseído por él, junto con los frutos naturales y civiles, la estimación de los cuales debe hacerse sobre la base de que Rodríguez es poseedor de mala fe.

De las afirmaciones de la demanda, sea porque el demandado insistió en algunas de ellas, o ya porque se probaron, tanto algunos de los hechos relatados en el libelo como de los opuestos por Rodríguez, aparece lo siguiente: la primitiva hacienda de "La Egipciaca" era de propiedad de los jesuítas cuando, con motivo de la pragmática del rey Carlos III de España, fue confiscada. En seguida, Manuel Ortiz adquirió de la Corona el dominio sobre ella. Sucesivas tradiciones del derecho de dominio, entre las cuales se cuentan varias particiones materiales de la finca, convergen, por último, a radicar en cabeza de los actores sendas cuotas de aquel derecho sobre el área que cuando la postrera división de una comunidad mayor constituyó el lote N° 3, una de cuyas partes integrantes es el suelo materia del actual litigio.

Rodríguez, invocando el título de colono, por haber cultivado la finca "desde hace más de diez años", solicitó del Estado la adjudicación del dominio sobre el suelo. Tramitado el negocio administrativo conforme a lo dispuesto por el C. F., el funcionario lo envió al poder judicial para que se decidiera la oposición formulada por los Nogueras.

Durante más de treinta años esa finca ha estado poseída constantemente por el demandado y sus antecesores en la posesión, Jesús Gallego, Eleuterio y Vicente Valdés.

De la acción declarativa (existencia de propiedad privada) se prescindió de hecho, puesto que, debido a la manera como se contestó la demanda, la litis se circunscribió a la acción de condena, o sea, se situaron las partes en el simple terreno de la reivindicación entre sujetos de derecho privado.

Sentencia recurrida

El 25 de febrero de 1935 el Tribunal Superior de Manizales falló en el sentido de estimar ambas acciones. Esto es, que la finca no tiene el carácter de baldío y que el demandado está en la obligación de restituír a la comunidad de que los actores hacen parte, el fundo que él posee de buena fe y que forma parte de la antigua hacienda de "La Egipciaca", por ser dicha comunidad dueña de todo el lote N° 3.

Consideró el Tribunal que se trata "de una reivindicación o acción de dominio" regulada por los arts. 946, 950 y 952 del C. C.

Con las pruebas aducidas por los demandantes, éstos acreditaron su propiedad sobre "aquella zona por medio de títulos legales y medios legítimos exentos de fraudes y de otro vicio de buena fe que supone la presunción" contenida en el art. 768 del C. C.

La excepción de prescripción extraordinaria propuesta por el demandado, se acreditó suficientemente en el sentido de que Rodríguez N. y sus predecesores "han tenido una ocupación no interrumpida desde hace más de treinta años". Pero como ninguno de los poseedores ha tenido título inscrito del dominio sobre la finca, el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva de bienes raíces no ha empezado a correr, según el art. 2526 del C. C.

La doctrina del art. 789 del C. C., en relación con los arts. 787, 2526 y 2531 de la misma obra, es la de que para adquirir la posesión y poner fin a la existente es necesario cancelar la inscripción.

Materia del recurso

La sentencia fue acusada por las causales 1ª y 2ª del art. 520 del Código Judicial.

Entre los motivos alegados de la 1ª causal, se acoge éste: error de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas para acreditar la posesión de la finca durante un lapso mayor de treinta años.

El Tribunal no desconoce ese hecho sino que, "al contrario, lo afirma".

El Tribunal, no obstante aceptar como comprobados los hechos sustantivos de la prescripción extraordinaria, dejó de aplicar el art. 2531 del C. C., declarándola, porque prescinde de tal disposición para exigir títulos, con apoyo en el art. 2526 ibídem.

Los arts. 789 y 2526 del C. C. sólo se refieren a la prescripción ordinaria, porque si se aplicaran a la extraordinaria, estas mismas normas, sería necesario derogar previamente los arts. 753, 1871 y 2531 del mismo código.

Los demandantes sólo presentaron títulos de dominio, y en cambio el demandado probó, al establecer su propia posesión y la de sus antecesores, que los actores ni siquiera un minuto tuvieron la posesión material. "No obstante esto, el Tribunal, de la comparación de las dos clases de prueba, prefirió inconsultamente las de los actores".

A pesar del reconocimiento que de la posesión del demandado hace el Tribunal, "con la soberanía de que disfruta para la apreciación de las pruebas, apreciación que por lo tanto no se podría variar en casación aún en el caso de que fuera la otra parte la re-

corriente", se negó a conceder a tal fenómeno su efecto legal, basado en la falsa creencia de la necesidad de un título inscrito por parte de los poseedores materiales.

Ese manifiesto error de derecho condujo al fallador a violar, por aplicación indebida, los artículos 753, 778, 2521 y 2528 del C. C. y el art. 2531 ibídem, "por haber dejado de aplicarlo siendo el caso".

Motivos

Antes de proceder a la valoración de la causal que en virtud de lo dispuesto en el art. 538 del C. J. se ha acogido, es necesario, debido a la peculiaridad de este caso, considerar los razonamientos pertinentes hechos por la parte opositora.

La equivocación del Tribunal, dice ella, en atribuir a las declaraciones rendidas por varios testigos durante la diligencia de inspección ocular, el mérito suficiente para considerar probada la posesión por parte del demandado y sus antecesores, no puede ser recurrida por los demandantes, "porque es sabido que los errores en que incurra el juzgador en la parte motiva de la sentencia, no son materia de casación, si por otra parte, como en este caso sucede, la parte resolutiva del fallo reconoce y declara el derecho reclamado".

En efecto, para acreditar la excepción de usucapión extraordinaria, Rodríguez probó por medio de testigos el hecho de su posesión y el de la de sus antecesores, durante un lapso mayor de treinta años. Estos testimonios fueron aducidos cuando la práctica de una inspección ocular que en la primera instancia llevó a cabo un juez comisionado. Esta se decretó como prueba pedida por los actores, para establecer si la finca denunciada como baldío integraba o no el inmueble adquirido por los demandantes; si esa finca era o no la misma a que se refiere la pretensión de reivindicación ejercitada en su acción de condena por los actores, y, por último, si el fundo poseído por Rodríguez N. se hallaba o no dentro del lote N° 3 del plano general de la primitiva hacienda de "La Egipciaca".

Se va, pues, a dilucidar si el Tribunal tenía facultad para estimar el mérito de esa prueba testimonial, que no fue pedida ni decretada durante el término probatorio de la primera instancia.

El proceso es una lucha por el derecho. Este último, contemplado por su faz estática, regula las relaciones sociales como consecuencias jurídicamente necesarias de hechos realizados. En cambio, en el proceso, el derecho adopta una modalidad dinámica. La unidad procesal se da por su fin, que es el de obtener una sentencia definitiva, y por su objeto, el cual es el derecho sustantivo que se controvierte. (Sentencia del 22 de octubre de 1935, complementada por la del 17 de diciembre del mismo año. Gaceta Judicial, número doble 1909 y 1910). Pero este objeto siempre es dudoso en su existencia, porque el litigio tiene como fin comprobar si el derecho material alegado existe o no. Por consiguiente, lo que se busca es la certeza sobre la existencia de tal derecho sustantivo, lo cual admite todos los grados susceptibles de establecerse entre los dos extremos de la falta absoluta de evidencia y de la convicción más completa.

Esta consideración dinámica del derecho hace que las normas jurídicas adopten una función de medida, para que el juez juzgue el estado o la conducta de las partes.

A ello débese que en el proceso las partes no se hallen vinculadas sino ligadas jurídicamente, (sentencia del 30 de marzo de 1936. Gaceta Judicial número doble 1911 y 1912). Estos nexos jurídicos son propiamente situaciones procesales consistentes en la posibilidad más o menos probable de conseguir el derecho por medio de la sentencia favorable o de sufrir el riesgo de un fallo adverso, porque las normas legales en su función de medida de la conducta del juez, o lo que es lo mismo, de normas que deben ser aplicadas por él, revisten, respecto de las partes, la condición de buen o mal presagio de un determinado comportamiento de aquél.

El contenido, pues, de la relación jurídica procesal, (sentencia del 27 de agosto de 1935. Gaceta Judicial, número doble 1901 y 1902), está integrado por expectativas, posibilidades y dispensas de cargas. Las expectativas de ventajas procesales se asemejan a los derechos personales, relativos o de crédito, en que el juez tiene obligación de satisfacerlas. V. gr., para el demandante, la de que se le admita por el juez la demanda ordinaria cuando ella está ceñida a lo dispuesto en el art. 737 del C. J. Para el demandado, la reconvención en el supuesto del art. 742 ibídem. Las posibilidades permiten a la parte situarse en determinada posición procesal mediante la ejecución de un acto también procesal, motivo por el cual ellas participan exactamente de las mismas características de los derechos potestativos o constitutivos; por ejemplo, lo previsto en los arts. 208, 341, 456 y 459 ibídem. Las dispensas de cargas procesales se relacionan con los derechos absolutos o reales, porque la libertad de la parte interesada queda protegida;

v. gr., art. 626 ibídem; y las disposiciones referentes a las presunciones legales y de derecho. (Art. 66 del C. C.).

Las cargas procesales pueden compararse con las obligaciones que nacen de los actos jurídicos y consisten en la necesidad de obrar para evitar un perjuicio procesal. En el derecho procedimental no existen obligaciones ni deberes. Fundamentar la demanda, probar, comparecer, contestar, son simplemente cargas.

Desde el punto de vista procesal, las partes no están obligadas a nada en el pleito. Su razón de ser jurídica consiste en que el Estado exige determinados actos de las partes como condición para que sus órganos actúen, a causa de lo cual es esencial al litigio la lucha de ellas. A las partes se les deja el ser o no activas en su propio interés, esto es, emplear los medios de ataque y le defensa. Esto no significa, sin embargo, que las partes no se vean en muchas ocasiones constreñidas a obrar para evitar el empeoramiento de su situación procesal, la disminución o el aumento de las probabilidades de una sentencia desfavorable, por ejemplo, arts. 643, 617 y 618 del C. J.

En el proceso rige el mismo principio cuyo valor es innegable en la vida, de que la ocasión obliga. La más elemental conveniencia impide dejar pasar la oportunidad o coyuntura al objeto de prevenir su pérdida. A esto débese el que la posibilidad de evitar un perjuicio procesal o de obtener una sentencia favorable, mediante un acto de la parte, imponga a ésta, en su propio interés, la carga de realizarlo, aún en el supuesto de que el acto no prometa una ventaja con certidumbre bastante.

Sólo cuando el juez actúa de oficio, como en los casos de los arts. 596 y 738 del C. J., no se requiere la realización previa de un acto por la parte interesada, para colocarse en una mejor situación procesal respecto de su adversario.

Lo dicho no impide que el interés de la parte muchas veces radique en una omisión, (por ej., arts. 455 y 488), aun cuando el contenido normal de la carga procesal es una actividad. De ahí que la culpa se determine objetivamente en el proceso como un descuido, o sea el hecho de no liberarse de una carga.

El más fecundo en consecuencias de los principios procesales que regulan nuestro procedimiento civil, es el conocido con los nombres de dispositivo, de contradicción o de controversia, según el cual corresponde a las partes impulsar el procedimiento, salvo excepciones, estimular la actividad judicial, proporcionar los fundamentos de la sentencia por medio de los actos que realizan y aportar los materiales del proceso. De esas consecuencias, además de las explicadas en los párrafos anteriores, es pertinente en este recurso la de que las partes pueden renunciar a sus derechos procesales. La singularidad de semejante renuncia consiste en que sólo por excepción se requiere una declaración de voluntad. La regla es la de que se efectúa tal renuncia por el simple hecho de que la parte interesada desaproveche sus posibilidades u ocasiones procesales, sin que por otro aspecto se requiera una voluntad de causar ese preciso efecto. Esta es la causa para que en nuestro proceso no se exija la prueba de la existencia de esa voluntad. (Arts. 153, 532, 353, 776 del C. J.).

Al complejo de la relación jurídica procesal lo configuran los actos procesales. Estos se definen como "aquellos actos de las partes y del juez que forman la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades, cargas procesales o dispensas de cargas".

Se distinguen los actos judiciales y los actos de las partes. Estos últimos se clasifican en dos grupos: a) Actos de obtención, o de postulación, o destinados a obtener una resolución judicial; y b) Actos de causación, o constitutivos, o generadores de situaciones procesales. (Sentencia del 25 de agosto de 1936. Gaceta Judicial Nº 1917). Los primeros son por su naturaleza los verdaderos actos procesales de las partes, e integran el núcleo del proceso, a causa de que su fin inmediato es el de establecer la certidumbre de la existencia de un hecho. Se definen como aquellos que tienen "por fin el conseguir una resolución judicial de determinado contenido, mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez".

Unicamente las peticiones, las afirmaciones y las aportaciones de prueba constituyen ese grupo a).

Los actos jurídicos se encaminan a producir definitivamente el efecto querido por las partes, lo cual se tiene en cuenta para su valoración. No acontece lo mismo con los actos de obtención. En éstos, la voluntad del que los realiza muchas veces no se orienta hacia ningún efecto. Por ejemplo, la relación de los hechos en la demanda, o sean las afirmaciones. Cuando la voluntad se revela en el acto de postulación, busca, por lo general, producir el efecto de hecho consistente en una resolución favorable, la cual puede o no frustrarse, sin que por ello se alteren las condiciones esenciales de tal acto.

Por consiguiente, para la valoración de los actos encaminados a obtener una providencia judicial, sólo es adecuado el criterio de su idoneidad o suficiencia, a saber: que sea admisible, o conducente, y fundado, o procedente. Las condiciones de la conducencia son formales y las de la procedencia materiales. Por lo tanto, aquéllas se rigen por el derecho procesal y éstas por el substantivo.

Un acto de obtención es admisible o conducente "si el juez tiene que admitirlo como medio para producir el cumplimiento de una promesa, o para prevenir la realización de una amenaza jurídica, es decir, si el juez ha de entrar en la averiguación de su contenido".

Un acto de postulación es fundado o procedente "si por su contenido es apropiado para producir el cumplimiento judicial de una promesa o prevenir la realización judicial de una amenaza jurídica; en una palabra, si por su contenido es apropiado para conseguir su finalidad".

Como consecuencia de lo que antecede, las aportaciones de prueba que se definen como "los actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho", se dividen en proposición y producción de las pruebas.

La actividad del juez provocada por esa clase de actos de postulaciones, es esencialmente receptiva, (art. 745 ibídem). Este carácter no lo desvirtúa la circunstancia de que el juez realice el complejo de actos encaminados a practicar las pruebas, porque tal diligencia, obligatoria para él, sólo la verifica a causa de que el medio de prueba ha sido propuesto, solicitado o aducido por la parte.

Es necesario observar que en la hipótesis del art. 600 del C. J., y cuando en los supuestos de los arts. 719, inciso final, y 723 ibídem, el juez se entera de oficio, no se trata de actos de postulación sino del procedimiento de cognición, por medio del cual el juez, en su función oficial, busca la averiguación de la verdad para cumplir el fin que se le ha asignado por la ley de declarar qué es lo justo frente a él.

Según el principio conocido con el nombre de eventualidad que regula nuestro sistema procedimental, principio opuesto al de concentración o de unidad de la vista, que es el adoptado por las legislaciones contemporáneas, el proceso se articula en secciones, de tal suerte que para la eficacia de los actos procesales, éstos deben ejecutarse dentro del término taxativamente marcado para ellos en la ley rituaria. Al expirar el tiempo señalado para la actividad específica, el acto ya no puede realizarse, esto es, surte efecto preclusivo.

En virtud de la eventualidad, en los actos de obtención sobre aportaciones de pruebas, la conducencia ha de ser examinada y resuelta por el juez en un momento diferente al de la aducción de la prueba. (Arts. 596 y 746 del C. J.). Unicamente, pues, en la sentencia se decide respecto de la fundabilidad o procedencia de tal acto.

Cuando los actos de aportaciones de prueba se verifican con motivo del art. 728 del C. J., en donde no existe de hecho, por la naturaleza misma de la diligencia, solución de continuidad entre la solicitud y la práctica de la prueba, el juzgador, en la instancia correspondiente, deberá examinar también en la sentencia su admisibilidad o conducencia, pues tal es el sentido en que, para la especie, debe tomarse el ordinal 2º del art. 597 ibídem. Pero como todo ello está subordinado a nuestro sistema de eventualidad, las partes tienen la posibilidad de provocar el análisis previo de la conducencia o admisibilidad de la prueba, por medio de los recursos de reposición y de alzada. (Arts. 487, 488, 490 y 491 ibídem).

Además, debido a los arts. 709, 718 y 720 ibídem, en tratándose de dictámenes periciales, lo referente a la conducencia de la prueba queda definido cuando precluyen los términos allí previstos.

Ahora bien, en virtud del art. 598 ibídem, que consagra una atenuación del efecto preclusivo en nuestro sistema procesal de eventualidad, las aportaciones de pruebas distintas de las periciales atendidas por el juez en el momento a que alude el art. 728 citado, deben ser consideradas por el superior únicamente en lo relativo a su procedencia o fundabilidad, siempre que no hayan sido materia de una decisión especial en sentido desfavorable a su admisibilidad o conducencia.

De ahí que la prueba testimonial aducida por Rodríguez N. la considerara el Tribunal sobre la base de que fue pedida en tiempo, con lo cual obró jurídicamente.

No se duda de que esos testimonios no se encaminaron al esclarecimiento de los hechos, ni a la ampliación de los puntos, materia de la inspección ocular verificada por el juez a petición de los actores. Pero el Tribunal, en la segunda instancia, respetando, como era su deber, la situación procesal adquirida por el demandado, no violó, se repite, ninguna disposición legal al estudiar el mérito de esa prueba como suficiente para establecer la verdad de la posesión, durante más de treinta años, por Rodríguez N. y sus

antecesores. Los demandantes renunciaron a sus posibilidades procesales, esto es, la carga que les correspondía en la segunda instancia de desvirtuar el mérito probatorio de esos testimonios; bien tachando los testigos, (art. 673 ibídem), ya probando la existencia de otros hechos que hicieron imposible la posesión, ora haciendo uso durante la primera instancia de las vías de los recursos pertinentes. En este caso concreto debe tenerse en cuenta que la parte demandante intervino en la diligencia, repreguntó los testigos y tuvo campo, para en la segunda instancia, ejercitar su derecho de impugnar la prueba. (Art. 693 ibídem).

El C. J., en sus arts. 143, 148 y 149, reconoce el principio de la inmediatividad, (sentencia del 5 de junio de 1936. Gaceta Judicial número doble 1911 y 1912), según el cual se requiere la directa relación del juez con las partes y con todo el material del proceso. La excepción general a ese principio está prevista en los arts. 133, 611, 680, 714 y 726 ibídem. Además, debe observarse que nuestro sistema consuetudinario procedimental está anacrónicamente condicionado para que la mediación sea la que efectivamente se realice. En efecto, el juzgador, en lo general, no se pone personalmente en relación directa con las partes, y sólo por excepción lleva a cabo por sí mismo la práctica de las pruebas.

Teniendo en cuenta ese criterio, los actos que el art. 135 del C. J. sanciona con la nulidad, no pueden ser los que ejecute la autoridad comisionada como necesarios para desempeñar el cargo, ni los que están legalmente previstos como de ejecución posible y en su caso obligatoria, dentro de la práctica del acto principal, tal como acontece en los supuestos del art. 728 ibídem.

Si el juez comitente considera que el acto es nulo por usurpación de jurisdicción, la cual induce la incompetencia, debe proceder conforme al art. 455 ibídem. La parte lesionada por el acto del juez comisionado y constitutivo de usurpación a juicio de ella, puede, a su turno, pedir la nulidad, de acuerdo con el art. 456 ibídem.

Pero en ningún caso es permitido en la sentencia pronunciar de plano la nulidad del acto de la autoridad comisionada, como tampoco la simple consideración de usurpación de jurisdicción podría ser base para desestimar, por inconducente, la prueba aportada.

Por lo tanto, la circunstancia de haber aducido Rodríguez N. la prueba testimonial ante un juez comisionado, no es motivo para desconocerle el mérito legal.

Finalmente, objeta la parte opositora que no se ha establecido la existencia de los títulos en virtud de los cuales la posesión de la finca reivindicada se ha transmitido sucesivamente de unas personas a otras hasta llegar a Rodríguez N. A este respecto está comprobado que no existe solución de continuidad entre los diferentes sucesores de la posesión. La posesión puede transmitirse, sea mediante una convención, o bien por medio de una entrega real o simbólica de la cosa. Se trata en este último caso de un simple acto real que no tiene los supuestos de un acto jurídico bilateral. En tal hipótesis es indiferente que el poseedor anterior, para los efectos de la sucesión jurídica, entregue la cosa o solamente permita o acepte que su sucesor la ocupe. En ese acto real de la trasmisión de la posesión no hay lugar a nulidad por vicios de la voluntad: el niño puede entregar al niño. No debe confundirse la transferencia de la propiedad por medio de la tradición, con la trasmisión de la posesión por medio de la entrega real o simbólica de la cosa, porque la primera se refiere al derecho de dominio, y la segunda al hecho de la posesión. Nadie pone en duda que la entrega de una cosa puede producir el traslado de la propiedad, o el traspaso de la posesión, o ninguno de estos efectos, según sea el propósito y las declaraciones de las partes o las circunstancias del caso. De ahí que establecida la continuidad en las posesiones, se presume, con presunción de hombre, la sucesión de ellas.

Como el Tribunal, a causa de lo expuesto, procedió jurídicamente estimando la evidencia de la posesión material, durante más de treinta años, por el demandado y sus antecesores, violó el art. 2531 del C. C., según el cual, para la usucapión extraordinaria no es necesario título alguno. La Corte a este último respecto mantiene su jurisprudencia, con tanta mayor razón cuanto el legislador en la ley 200 de 1936 ha solucionado el conflicto doctrinario entre las teorías de las posesiones inscrita y material sobre bienes raíces rurales, en el sentido de la prevalencia de esta última.

El sistema de nuestro Código Civil para la posesión, es el mismo explicado en la doctrina por R. von Ihering. De acuerdo con ella, de los dos elementos externos constitutivos de la relación posesoria, cuerpo y voluntad, esta última no es cualificada sino que tan solo debe dirigirse hacia su fin, el cual consiste en el señorío físico sobre la cosa. Por consiguiente, para los efectos de la prueba de la posesión, una vez comprobada la existencia por quien la afirma, de

los dos elementos dichos, corresponde a la otra parte que pretende desvirtuarla, acreditar la presencia de un factor que excluya la eficacia legal de las condiciones jurídicas de ella. Los actores no probaron la existencia de la aludida circunstancia. El art. 79 de la ley 110 de 1912 añade al colono un elemento positivo que aumenta legalmente la naturaleza jurídica de su posesión.

De lo dicho se infiere que Rodríguez, al cambiar su posición jurídica en la defensa, colocándose frente a los actores en este juicio ordinario, no ya como colono sino como poseedor del terreno que se reivindica, conserva, sin embargo, esta última calidad.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que con fecha 25 de febrero de 1935 pronunció el Tribunal Superior de Manizales, y en su lugar resuelve:

1º No es el caso de decidir si es o no baldío el terreno que denunció ante las autoridades administrativas Florentino Rodríguez N., con el nombre, con la cabida y por los linderos a que se refiere el punto siguiente.

2º Declárase probada a favor de Florentino Rodríguez N. la excepción de prescripción extraordinaria, que éste oportunamente propuso, del derecho de dominio sobre el bien raíz denominado San Javier o Primavera, ubicado en jurisdicción del municipio de La Dorada, Departamento de Caldas, finca cuya cabida es de diecinueve hectáreas y ocho mil treinta metros cuadrados y está alindada así: Por el oriente, con el río Magdalena en una extensión de doscientos ochenta y cinco metros, partiendo desde el punto en donde terminan en esta ribera las mejoras de Campo Elías Perdomo, y siguiendo hacia el norte, aguas abajo del mencionado río Magdalena; por el norte, con mejoras establecidas por el mismo Florentino Rodríguez N., en una extensión de siete hectáreas, hasta encontrar las mejoras de Campo Elías Perdomo, partiendo de la ribera occidental del Magdalena en esta misma dirección; por el occidente, en una extensión de dos hectáreas y ochenta y cinco centésimos, desde el punto donde termina el lindero norte de esta alinderación, siguiendo hacia el sur, con mejoras del mismo Campo Elías Perdomo; y por el sur, con mejoras del mencionado Perdomo, en una extensión de siete hectáreas, en dirección oriental hasta encontrar la ribera del río Magdalena.

3º En consecuencia, absuélvese al demandado de los cargos de la demanda.

4º Revócase la sentencia proferida por el Juzgado del Circuito de Manzanares el 11 de agosto de 1933, en este juicio ordinario.

5º Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado Dr. Liborio Escallón

Respetando, como respeto siempre, las opiniones de mis colegas, emanadas de su recto juicio y conocida ilustración, salvo mi voto en cuanto a las declaraciones segunda, tercera y cuarta de la anterior sentencia.

Estoy de acuerdo en cuanto al numeral 1º de la parte resolutiva de dicho fallo y en las bases de la parte motiva que lo sustentan, pero estimo que no ha debido deducirse la excepción de prescripción a favor de Florentino Rodríguez N. y por lo tanto no ha debido casarse la sentencia, por las siguientes razones: a) Porque para prescribir, y ésa es la doctrina que se deduce de los artículos 152, 2512 y 2518 del C. C. se necesita, como elemento esencial, el ánimus prescribendi por todo el lapso que señala la ley; b) Porque el demandado Florentino Rodríguez ha tenido, en mi concepto, ese ánimus durante el lapso legal de treinta años, puesto que él, lo mismo que sus antecesores, entraron al lote en el concepto de que era baldío y sólo después de iniciado este juicio, Rodríguez alegó la prescripción contra el de-

mandante Noguera, de lo cual se concluye que el lapso para prescribir, no se ha cumplido; c) Porque cuando un individuo entra a un baldío, y hace trabajos en él, adquiere su condición de colono, la cual lo habilita para que luégo la nación le haga la adjudicación del lote y el tanto más que señala la ley. El colono no entra, pues, a un baldío con el ánimus prescribendi, porque contra la nación no se puede prescribir, sino entra para habilitarse con su trabajo y fundaciones, a fin de que la nación, en virtud de ese trabajo, le trasfiera el dominio del lote, en virtud de la adjudicación. El colono no viene a ser dueño del lote, sino en virtud de la adjudicación que le haga la nación; d) Porque cuando se entra a un fundo con el ánimus prescribendi, quien se halla en esas circunstancias no espera que el antiguo dueño le reconozca el dominio, sino que espera a que por ministerio de la ley, independientemente del antiguo dueño, se consume la prescripción.

De esto se deduce, en mi concepto, que no pueden sumarse dos posesiones heterogéneas, la del colono y la del poseedor con ánimus prescribendi, y que por lo tanto, no resultando, en mi concepto, que Rodríguez y sus antecesores tuvieron desde el principio el ánimus prescribendi, porque de las mismas pruebas del proceso resulta que los antecesores de Rodríguez y éste mismo, por algún tiempo tuvieron el lote en concepto de que era baldío, el lapso para la prescripción no se ha cumplido.

Liborio Escallón

Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

PRUEBAS CONCURRENTES

1. La prueba de inspección ocular no es incompatible con otras pruebas documentales o testimoniales, que se presenten o practiguen en tal diligencia, interviniendo el juez y las partes. Esto es indiscutible en derecho procesal, se practica a diario y está consagrado por el código de procedimiento (art. 597). Pero la concurrencia debe entenderse de modo razonable. Se admite cuando, por relacionarse con el objeto de la inspección, sirva la prueba concurrente para aclarar los puntos materia de la diligencia y hacer que sobre ellos se juzgue con mayor acierto. No era el caso de autos. Contra la admisión de esa prueba ha protestado el mandatario de los actores. Con toda razón. La identificación del fundo poseído, fin único de la diligencia, era obtenible sin necesidad de establecer esas posesiones, ni su tiempo, ni su carácter. Dentro de la realidad del proceso puede estar en falso la base del tribunal, y no parecería jurídico tomarla, si así se tomara, como inconmovible por cuanto no fue denunciada en casación, pues nadie tenía interés jurídico en acusarla: no el poseedor, a quien le importaba mantener firme el sostén de su causal; tampoco el reivindicador, que había ganado el pleito. 2. Sé que las pruebas "pedidas en tiempo", y practicadas o agregadas inoportunamente, sirven para ser consideradas por el superior cuando los autos llegan a su estudio por apelación o consulta. Así lo prescribe el artículo 598 del código judicial. Pero estimo que las declaraciones solicitadas dentro de la diligencia de inspección ocular, sobre objeto diferente del que constituía la vista de ojos, fueron pedidas a destiempo y por lo mismo no pueden ser tenidas en cuenta. 3. En cuanto a la falta de jurisdicción del juez comisionado, para recibir las declaraciones que recibió durante la diligencia, no hallo concluyente la réplica que se ha dado al razonamiento del opositor. Dudo de que sean aplicables los artículos 455 y 456, y me hacen fuerza los artículos 135, 596 y 693. Todos del código judicial.

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado Moreno Jaramillo

Reconozco gustosamente que la sala ha hecho un estudio de mucho mérito, encaminado a sostener el valor probatorio ante el tribunal de las declaraciones recibidas durante la vista de ojos practicada en primera instancia; pero como me asaltan ciertas dudas sobre el caso, juzgo conveniente exponer algunas ideas en contrario.

Creo que el opositor podía ejercitar conjuntamente la acción de dominio y la de oposición. Esto no lo niega la sala.

Es súplica esencial de todo opositor la de no ser adjudicable al denunciante el terreno denunciado; ni siquiera la de no tener dicho terreno carácter de baldío. Quien se opone al denuncio de un colono se funda en que el terreno no es baldío, o en que el opositor tiene preferencia a su adjudicación, o en que es objeto de reserva o destinación legal. La calificación de baldío o no baldío que se hiciera sin audiencia del Estado, sería inocua, porque el fiscal no interviene como representante de aquél sino a nombre del ministerio público. Su papel es de simple vigilancia. Por eso falla el juez en primer grado y el tribunal en segundo. Aunque el motivo para declarar que es inadjudicable el terreno consista a veces en no ser baldío, ese motivo es ajeno de la parte resolutiva del fallo.

El demandante hizo siete súplicas. La primera es propia de opositor. Las otras seis lo son de reivindicador. No puede decirse que respecto de éstas se solicitara indebidamente, porque las dos acciones podían acumularse por motivos de competencia, de compatibilidad y de procedimiento.

Aceptó el fallador que con prueba testimonial fueron acreditados los hechos básicos de la prescripción extraordinaria, y sin embargo se abstuvo de declarar ésta invocando los artículos 787, 789, 2523 y 2531 del código civil, y diciendo que era imposible reconocer la usucapión porque mientras los actores exhibieron títulos inscritos de propiedad, los poseedores del lote no presentaron prueba de posesión inscrita oponible a la de aquéllos, por lo cual ni ha finalizado la posesión existente ni ha empezado a correr el tiempo necesario para usucapir.

Hé aquí un grave error del tribunal, procedente de haber confundido la posesión del dominio, cosa incorporal, con la posesión de la finca, cosa corporal.

Las cosas incorporales pueden ser objeto de posesión, con las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales (art. 776). Luego es científico decir que el dueño posee su derecho de dominio. Cuando se afirma que "Pedro es propietario inscrito de la finca endonde trabaja", se descubren ahí dos posesiones: la del dominio sobre la finca y la de la finca misma. El dominio se reputa inmueble; la finca es inmueble.

La posesión del derecho se adquiere por el registro; la posesión de la finca se adquiere materialmente.

La posesión del dominio se conserva manteniendo vivo el registro; la posesión de la finca se conserva ejecutando en ella actos de señorío.

Se deja de poseer una cosa corporal desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya; pero si la cosa es incorporal inmueble, 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. Mientras subsista el registro, quien se apodere de la cosa corporal a que hace referencia el título registrado, no adquiere posesión del dominio de ella, ni pone fin a la existente posesión inscrita.

La posesión del derecho se establece por el registro, y mientras éste subsista no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarlo. La posesión del suelo se establece por hechos positivos, como los de rozar, quemar, barbechar, sembrar, aporcar y segar.

Ajustando los artículos 2526 y 2531 del código civil, fluye esta doctrina: la prescripción extraordinaria, para la cual no es necesario título alguno, puede obrar victoriosamente contra un título inscrito, y la prescripción del usucapiente extraordinario empieza a correr desde que principia la tenencia de una cosa corporal con ánimo de señor.

No lo entendió así el tribunal, y por no entenderlo interpretó erróneamente, en mi sentir, los artículos 787, 789, 2526 y 2531, citados en su fallo.

Empero, me atrevo a pensar que la corte no puede admitir la causal consistente en quebrantamiento de ley sustantiva por error de derecho al apreciar varios testimonios, pues si colocándose dentro de la norma seguida por el fallador, que prestó mérito a declaraciones dadas dentro de la inspección ocular, estimara que con ellas se acreditaron los fundamentos de una prescripción extraordinaria, tendría luégo al punto que desandar lo andado, porque tal vez no sea razonable estimar tales pruebas.

En efecto:

Señala el recurrente como infringidos varios artículos del código civil, por error de derecho al apreciar las declaraciones de Ternera, Escobar y Rubio, presentadas con el escrito en que el cultivador solicitó le fuera adjudicado un terreno, y las declaraciones de Madariaga, Arguimedo, Rueda, Diago, Villarraga y Perdomo, recibidas en la inspección.

Con los testigos del primer grupo no se establece la prescripción extraordinaria, porque, según ellos, Rodríguez N. ha poseído por más de diez años consecutivos.

Con los testigos del segundo grupo no puede contarse, pues si es verdad que sumi-

nistran datos sobre posesiones por más de treinta años, sus testimonios fueron solicitados y recibidos dentro de una diligencia de inspección ocular que no versaba sobre hechos constitutivos de posesión, sino que exclusivamente iba dirigida a averiguar si el globo de terreno denunciado por Rodríguez N. formaba o no formaba parte del que los Nogueras compraron a Ana Barriga de Valenzuela; si ese globo es el mismo a que se refiere la demanda de reivindicación, y, "por último, si el mismo terreno denunciado por Rodríguez N., el comprendido en las escrituras arriba citadas a favor de mis representados y el marcado en el plano general de la hacienda de "La Egipciaca" con el Nº 3, forma parte de la citada hacienda, sin que al juez y a los peritos les quede duda alguna respecto de su identidad".

El denunciante y demandado aprovechó la sazón que le ofrecía esa diligencia, para pedir en ella que varias personas fueran interrogadas sobre actos posesorios ejecutados por él y por los ocupantes Valdeses y Gallego, en el transcurso de más de treinta años.

La prueba de inspección ocular no es incompatible con otras pruebas documentales o testimoniales, que se presenten o practiquen en tal diligencia, interviniendo el juez y las partes. Esto es indiscutible en derecho procesal, se practica a diario y está consagrado por el código de procedimiento (art. 597). Pero la concurrencia debe entenderse de modo razonable. Se admite cuando, por relacionarse con el objeto de la inspección, sirva la prueba concurrente para aclarar los puntos materia de la diligencia y hacer que sobre ellos se juzgue con mayor acierto. No era el caso de autos, según se ha explicado. Contra la admisión de esa prueba ha protestado el mandatario de los actores. Con toda razón. La identificación del fundo poseído, fin único de la diligencia, era obtenible sin necesidad de establecer esas posesiones, ni su tiempo, ni su carácter. Dentro de la realidad del proceso puede estar en falso la base del tribunal, y no parecería jurídico tomarla, si así se tomara, como inconmovible por cuanto no fue denunciada en casación, pues nadie tenía interés jurídico en acusarla: no el poseedor, a quien le importaba mantener firme el sostén de su causal; tampoco el reivindicador, que había ganado el pleito.

Sé que las pruebas "pedidas en tiempo", y practicadas o agregadas inoportunamente, sirven para ser consideradas por el superior cuando los autos llegan a su estudio por apelación o consulta. Así lo prescribe el artículo 598 del código judicial. Pero estimo que las declaraciones solicitadas dentro de la diligencia de inspección ocular y sobre objeto diferente del que constituía la vista de ojos, fueron pedidas a destiempo y por lo mismo no pueden ser tenidas en cuenta.

El opositor alega otro motivo de invalidez completa de esos testimonios.

Dice:

"La inspección ocular dentro de la cual se recibieron las declaraciones mencionadas fue practicada por el juez municipal de La Dorada en virtud de comisión que le confirió el juez del conocimiento (v. cuad. Nº 2, fs. 1 vto. y 2)".

"Aquella inspección tenía por único y exclusivo objeto establecer por medio de peritos la identidad del lote demanado con los títulos de propiedad de los demandantes y con el precisado en la demanda; y para mayor claridad el juez comisionante en su auto dijo: 'En la inspección deberán ceñirse los peritos a las cuestiones propuestas por el memorialista en su pedimento' (fs. citados)".

"Luego el juez de La Dorada únicamente tenía jurisdicción para ejecutar aquello que tuviera por objeto el precisar con los peritos los puntos fijados en el memorial de la parte demandante. No obstante lo cual, el juez comisionado, a petición verbal del interesado Rodríguez, recibió numerosas declaraciones sobre asuntos completamente ajenos a los que determinaban su jurisdicción".

"El art. 135 del C. J. establece expresamente que los comisionados deben sujetarse al tenor literal de la comisión, y agrega: 'Todo acto distinto constituye usurpación y es nulo'. Luego todo aquello en que el juez comisionado haya excedido los límites de su comisión es absolutamente nulo, y por eso carece de valor".

"Según queda visto, el juez municipal de La Dorada ejecutó actos distintos de los que le había ordenado el juez comisionante, tales como el de recibir las declaraciones de testigos que ni estaban ordenadas ni habían sido pedidas, y que en todo caso, eran distintas de lo pedido en el memorial que dio origen a la comisión; luego por este aspecto esas declaraciones son absolutamente nulas y no pueden tenerse en cuenta para nada".

No hallo concluyente la réplica que en este punto ha dado la corte al razonamiento del opositor. Dudo de que sean aplicables los artículos 455 y 456, y me hacen fuerza los artículos 135, 596 y 693. Todos del código judicial.

Miguel Moreno J.

Bogotá, julio 24, 1937.

ACCIONES DE DOMINIO Y DESEMBARGO.—SECUESTRE.—REGISTRO

1. Demandados el ejecutante y el ejecutado en un juicio en que se persigue la entrega de un bien a favor de quien lo reclama como propio, no hay necesidad de citar al secuestre, y la falta de citación de éste no hace nulo el juicio. 2. En el registro es necesario distinguir dos cosas: 1ª La inscripción propiamente dicha, y 2ª La referencia o nota de inscripción que debe ponerse al pie del respectivo título. La nota de que habla el artículo 2653 del C. C., es decir, la nota puesta por el registrador al pie de los respectivos títulos que presentan los interesados para el registro y que el registrador le devuelve, no es la diligencia de inscripción o registro, sino una referencia sintética a tal inscripción o registro.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Antecedentes

1º En el juicio ejecutivo que ante el Juzgado de Circuito de Sincelejo tienen instaurado Juan Gómez Baquero y Dionisio Gómez Buelvas contra Gilberto Gómez Díaz, fue embargada, entre otros bienes, como de propiedad del ejecutado, una casa de madera y palma, con todas sus anexidades, situada en la calle de "La Mochila" de aquella ciudad.

2º Al verificarse el depósito de esa casa, Francisco Monterrosa B. se presentó oponiéndose a ello, aseverando que esa finca es de su exclusiva propiedad. Surtióse entonces una articulación de desembargo, que fue fallada desfavorablemente.

3º En virtud de esto, Monterrosa acudió a la vía ordinaria y demandó a Juan Gómez Baquero, Dionisio Gómez Buelvas, ejecutantes, y a Gilberto Gómez Díaz, ejecutado, para que previo el correspondiente juicio se declarara que es dueño de la casa ya mencionada y cuyos linderos expresó en la demanda, se declarara asimismo que es nulo o de ningún valor legal el embargo y secuestro decretado en el ejecutivo de que se ha hecho mérito, se le ordenara al secuestre que le entregara dicha casa y se condenara en perjuicios a los ejecutantes por haber embargado y secuestrado a sabiendas y de un modo indebido el inmueble que reclama Monterrosa.

4º El Juzgado negó estas peticiones y el Tribunal Superior del Distrito de Cartagena, en sentencia de 28 de marzo de 1936, revocando ese fallo, accedió a las tres primeras peticiones del actor. Contra esta sentencia recurrió en casación el apoderado de Juan y Dionisio Gómez.

Sentencia recurrida

El Tribunal fallador partió de las siguientes bases: a) Que está comprobado por Monterrosa el dominio de la casa que reclama; b) Que dicha casa la adquirió antes de haber sido embargada por los Gómez, en el ejecutivo que le seguían a Gilberto Gómez Díaz y c) Que aun cuando se encontraron algunas irregularidades en el registro de la escritura por la cual Gilberto Gómez D. le trasfirió el dominio de la casa a Monterrosa, esas irregularidades no lo vician ni anulan.

Demanda de casación

Por las causales 1ª y 3ª del artículo 520 del C. J. ha sido acusada la sentencia. La 3ª causal, que es la 1º que alega el recurrente, la funda en que no fue citado a juicio Luis Felipe Salón, secuestre de la casa, y que por lo tanto todo el proceso es nulo.

La 2ª causal, desarrollada en siete capítulos, ataca la sentencia por error de hecho, que condujo al fallador a violar los artículos 2673, 2664, 789 del C. C. y 601 y 593 del C. J.

Estudio de los cargos

Sostiene en el primer cargo el recurrente que ha debido citarse al secuestre Luis Felipe Salón y que por no haberlo hecho todo este juicio es nulo.

La Corte considera:

Se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostiene en el juicio unas mismas pretensiones, artículo 202 del C. J. Un secuestre judicial no es sino el depositario a quien la autoridad entrega una cosa que se disputan dos o más individuos, para que la entregue a quien obtenga la decisión a su favor, artículo 2273 del C. C. La obligación del secuestre que es, en términos generales, la misma del depositario (artículos 2274 ibí-

dem), cesa cuando se pronuncia la sentencia que ordena restituir el depósito (artículos 2281 de la obra citada).

Por esto se ve que el secuestre es un depositario completamente ajeno a las pretensiones deducidas por las partes en el juicio, a quien no afectan ni pueden afectar las resoluciones que sobre la cosa disputada se dicten en el proceso y cuya única obligación es la de restituir, previa orden judicial, la cosa objeto del secuestro.

No sostiene, pues, el secuestre ninguno de los extremos del juicio, lo cual quiere decir que no es ni puede ser parte, de donde resulta claramente que refiriéndose el numeral 6º del artículo 520 y por el concepto que acusa el recurrente la sentencia a la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio, es decir, a las partes o a quienes tengan interés jurídico en él, un secuestre que no tiene ni interés en el juicio, ni es parte en él, no tiene por qué ser citado ni emplazado y por lo tanto el cargo que se estudia es del todo infundado.

En conjunto deben estudiarse los cargos hechos por el recurrente y que consisten en la violación de los artículos ya citados, porque todos ellos reposan sobre un mismo argumento y están influídos por un mismo concepto, no sin advertir antes, que la existencia del juicio ejecutivo y el secuestro no son extremos del debate y fueron aceptados por los demandados.

En la escritura número 94 de 26 de agosto de 1930, corrida ante el notario de Corozal, aparece Francisco Monterrosa comprando a Gilberto Gómez D. la casa de que afirma ser dueño y cuyo desembargo y entrega solicita. Esta casa la adquirió Monterrosa de Gómez antes del embargo, como se ha dicho, y este punto no ha sido materia ni de discusión ni de duda.

La mencionada escritura tiene dos registros, uno en Corozal, que no se discute, y otro ante el registrador de Sincelejo, que es el discutido.

La discusión ha rodado sobre este punto: que está mal registrada la escritura por cuanto no cuadra con lo que consta en los libros del registrador de Sincelejo.

Sobre el particular existe lo siguiente: La nota de registro suscrita por el registrador Juan C. Patrón y puesta al pie de la escritura 94 dice que con fecha 13 de agosto de 1930 aquélla fue registrada en el folio 21 del libro de registro número 1º, tomo 2º, bajo el Nº 205.

En la diligencia de inspección ocular practicada en la oficina de registro de Sincelejo y ante el mismo registrador que firmó la nota, consta lo siguiente: a) La inscripción completa del registro de esa escritura, en lo cual no hay la menor duda y basta leer dicha diligencia; b) La nota del registrador puesta al pie de la escritura hace referencia al folio 21 y en realidad la diligencia del registro se encuentra a los folios 14 y 15; c) La nota de registro se refiere al número 205 y la diligencia corresponde al número 201, y d) La nota de registro dice que la escritura es de 18 de agosto de 1930, cuando en realidad es de 16 del mismo mes y año.

El registro o inscripción de los instrumentos públicos tiene principalmente tres objetos: servir de medio de tradición de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos; dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los bienes raíces o lo imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos y dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deben registrarse (artículo 2637 del C. C.). Esta norma imperativa y además las contenidas en los arts. 2641, 2652 y 2653 de dicha obra cuando se incumplen hacen que el instrumento que, debiendo ser registrado, no lo haya sido, no preste fe ante ninguna autoridad. Por otra parte, y al tenor del artículo 756 ibídem, la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la competente oficina de registro de instrumentos públicos.

Ahora bien: es necesario distinguir dos cosas, a saber: 1ª La inscripción propiamente dicha, y 2ª La referencia o nota de inscripción que debe ponerse al pie del respectivo título. El modo de hacer el registro o inscripción está reglamentado de una manera general en el artículo 2659 del C. C., el cual exige los siguientes requisitos: fecha del día de la diligencia; naturaleza y fecha del título o documento; nombres, apellidos y domicilio de los que requieran el registro; designación de la cosa según aparezca del título o documento, oficina o archivo en que se guarda el título o documento, y la firma entera del registrador.

Estas formalidades, como todas las atañederas al registro y al modo de hacerlo, las ha establecido el legislador en guarda no sólo del derecho de las partes sino también de los terceros, quienes no tienen más fuente de información oficial y pública respecto del estado de un inmueble, en cuanto a su dueño y a las limitaciones del dominio, sino el informe o certificado que expidan los registradores de instrumentos públicos. No obstante los requisitos que la ley exige para

el registro el legislador no ha ido tan lejos que haya sancionado con la nulidad del registro la omisión de alguna de esas formalidades, excepto el de la firma del registrador (artículo 2664 del C. C.).

Las formalidades de que habla el artículo 2659 citado, se hallan en la diligencia de registro o inscripción de la escritura 94 y sobre esto no está trabada la litis ni versa el recurso.

La referencia a la nota de registro o inscripción, es la contemplada por el artículo 2669 del C. C., que enseña que, verificado el registro o inscripción de un título y firmada la diligencia que debe quedar en el libro o en los libros respectivos, pondrá el registrador al pie del título expresado la fecha en que se ha verificado la inscripción o registro y el folio o folios del libro o libros en que consta la diligencia. Esta nota la suscribirá el registrador con firma entera.

Se tiene, pues, que la nota de que habla el artículo 2669, es decir, la nota puesta por el registrador al pie de los respectivos títulos que presentan los interesados para el registro y que el registrador le devuelve, no es la diligencia de inscripción o registro, sino una referencia sintética a tal inscripción o registro.

De esto se deducen las siguientes conclusiones: a) Verificada debidamente la inscripción o registro, si en el título que presentan los interesados no se toma nota de ese registro, quiere decir que ese título no hace fe ante las autoridades, pero no significa que la inscripción o registro no se haya verificado; b) Si el registro o inscripción se ha hecho con las formalidades legales, la transferencia del dominio o las limitaciones o gravámenes de éste, quedan establecidas desde el momento de la inscripción, aun cuando en el título no conste la nota de que trata el artículo 2669; c) Si consta esa nota, pero el registro o no se ha verificado o la diligencia carece de la firma del registrador, cualquier nota que aparezca al pie del instrumento, no tiene ninguna validez, porque tal nota debe referirse directamente a un registro o inscripción competentemente verificada; d) Puede demostrarse con una inspección ocular practicada en la oficina del registrador de instrumentos públicos que un título está bien registrado y por el contrario puede demostrarse del mismo modo que la inscripción o no existe o es nula; e) La referencia equivocada de la nota puesta al pie de un título, sea por citar equivocadamente el número de la inscripción o la página donde ella consta, no anula ni invalida ni hace ineficaz el registro o inscripción, si por otra parte se demuestra que ese registro o inscripción están debidamente hechos. Esas irregularidades en la nota, son más bien de carácter accidental y no tienen la eficacia de destruír la diligencia de inscripción o registro ni por lo tanto de impedir que la tradición del inmueble se haya consumado o de que las limitaciones o gravámenes al dominio se hayan constituído.

Las irregularidades que existan en el modo de llevar los libros, en cuanto a su paginación, índice, etc., imponen una sanción al registrador y lo hacen responsable no sólo ante el Estado, sino ante los particulares, y tál es el alcance de varias de las disposiciones de la ley 40 de 1932, pero no pueden perjudicar a terceros, quienes por la fe que prestan al registrador y por no tener libre acceso a los libros de éste, tienen que atenerse a las notas y a los certificados que expidan esos funcionarios. De otra manera cualquier equivocación, error u omisión del registrador perjudicaría a quienes son extraños a ella y ya se ha visto que la única causal de nulidad de la inscripción o registro es, según el artículo 2664, la falta de firma del registrador.

En el presente caso pueden existir algunas irregularidades en el modo o forma de llevarse los libros de registro en la oficina de Sincelejo, más bien descuido; pero por lo que ya se ha dicho, esas informalidades no desvirtúan el registro o inscripción del título. No puede tampoco estimarse que exista contradicción entre el título registrado y la diligencia de registro, primero, porque ya se vio que la diligencia de registro es la que hace el registrador en sus libros, y segundo porque la contradicción se refiere a asuntos meramente accidentales.

Todo esto lo estimó y comprendió el Tribunal fallador y por eso concluyó que estando registrada la escritura 94 debidamente en la oficina de Sincelejo, en el libro 1º que fue el que como tál exhibió el registrador y no pudiendo los errores accidentales de la nota del título desvirtuar las diligencias de inscripción o registro, las pretensiones del actor debían prosperar.

No hubo, por lo tanto, error en el Tribunal al apreciar la prueba de inscripción o registro, ni violación de ninguna de las normas sustantivas citadas por el recurrente, sino todo lo contrario, aplicación de ellas por lo que ya se ha visto.

Sostiene el recurrente que el Tribunal violó el artículo 210 del C. J. porque declaró a Monterrosa dueño del inmueble cuando en el mismo título exhibido por el actor existe

una limitación al dominio, cual es el derecho de habitación que estipuló a favor de su causante inmediato en el dominio de la casa, pero a esto observa que esa limitación al dominio no desvirtúa el carácter de Monterrosa de dueño del inmueble.

Este cargo no es, pues, fundado.

Por último, y aunque esto no ha sido materia del debate, se observa que Monterrosa presentó el certificado del registrador de Sincelejo, de acuerdo con el artículo 635 del C. J., para acreditar la suficiencia de su título.

Se han hecho todas estas consideraciones para responder a los cargos de la demanda, porque el actor presentó dentro del juicio otra copia de la escritura 94, con la nota de registro de acuerdo en un todo con lo que se observó en la inspección ocular en la oficina del registrador de Sincelejo.

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

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACIÓN DE UNOS SEMOVIENTES.—APRECIACION DE PRUEBAS POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR.—COTEJO DE LETRAS

1. Aun cuando la antigua doctrina sobre soberanía absoluta de los Tribunales en la apreciación de las pruebas ha sido modificada en el sentido de quitarle el alcance irrestricto que le asignaba tal doctrina, no obstante la Corte sigue sosteniendo, y así lo ha hecho en fallos recientes, que la convicción del Tribunal se sostiene, siempre que los elementos probatorios en los cuales la ha basado no hayan sido ni mal apreciados ni se hallen infirmados por otros. 2. Como lo sostienen los expositores, se puede hasta reivindicar un rebaño. 3. La prueba resultante del cotejo es incompleta: es en todo caso un mero indicio, nunca un indicio necesario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Antecedentes

1º En demanda repartida al juzgado tercero del Circuito de Buga, Bertilda, Rosa Elisa, Inés, Lola y Encarnación Arzayús, en su propio nombre demandaron a Mariano, Miguel Antonio, Armando, Ernesto, Orfilia y Amada Arzayús, para que se hicieran las siguientes declaraciones: Que son de propiedad exclusiva de las demandantes los distintos lotes de ganado determinados en el libelo y que han sido indebidamente incluídos en los inventarios de la sucesión del expresado Absalón Arzayús; y que los demandados deben pagar las costas del juicio si afrontan la litis.

2º En sentencia de 16 de febrero de 1933 el juez del conocimiento accedió a las peticiones de la parte actora y apelado el fallo fue confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en sentencia de 6 de febrero de 1936, contra la cual recurrió la parte demandada.

Sentencia recurrida

La sentencia acusada parte de las siguientes bases: a) Que se ejercita en este pleito la acción reivindicatoria y que las reses cuya restitución se demanda están en poder de los demandados, quienes alegan dominio sobre ellas; b) Que el documento privado de fecha 20 de noviembre de 1931, aunque tachado de falso por la parte demandada, es auténtico, firmado por el señor Absalón Arzayús, y que con ese documento las actoras comprobaron su dominio sobre el ganado que reclaman. El Tribunal, para concluir que dicho documento es auténtico, se basó en las declaraciones de los señores Joaquín María Escobar y Gonzalo Salazar, testigos que lo suscribieron, y además en los testimonios de los señores Elías Zorrilla y Sergio Ortiz; c) Que habiendo sido tachado de falso el documento precitado, por cuanto la parte demandada negó haber sido suscrito por el se-

ñor Absalón Arzayús, la prueba del cotejo y el consiguiente dictamen pericial, favorable a los demandados, además de otras pruebas aducidas por éstos y consistentes en declaraciones de testigos, no desvirtúan la fuerza probatoria ni la autenticidad del documento presentado por los demandantes.

El Tribunal, después de apoyarse en los artículos 597 y 702 del C. J., se expresa así: "Pocas veces como en este caso se presentan a la consideración del juzgador testimonios emanados de personas de tan excelente calidad moral como son los señores Joaquín María Escobar y Gonzalo Salazar, ya por su notoria condición de personas acaudaladas e independientes, como por la respetabilidad comercial de sus firmas y la muy distinguida posición social en que están colocados. No se trata, por tanto, de testigos anónimos o de incierta procedencia, sino de dos personas conocidísimas y de muy alto valor social en esta ciudad. Y si conforme a los principios generales sobre habilidad de los testigos, consignados en el parágrafo 1º del capítulo antes citado es testigo hábil toda persona mayor de 14 años, que no tenga los motivos de tacha o de sospecha mencionados en los artículos 668, 669 del C. J., con mucha mayor razón han de serlo dos individuos de la visible calidad moral y social que se deja anotada. Y como afirman ellos, según se vio antes, de manera uniforme, que suscribieron el documento como testigos por exigencia personal y expresa del señor Absalón Arzayús, este hecho queda en esa forma fuera de toda discusión y por ende consagrado como una verdad absoluta, puesto que hay respecto de su existencia real la plena prueba legal de dos testigos hábiles y libres de toda excepción que concuerdan en ello y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar".

Al analizar la prueba del dictamen pericial emanado del cotejo, el Tribunal dijo lo siguiente: "De conformidad con los artículos 721 y 722 del C. J., hace plena prueba el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de los peritos en avalúos o en cualquier regulación de cifra numérica y el que se refiera a hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan, según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de esos hechos. Fuera de estos casos, dice el artículo 723 ibídem, la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, las aprecia el juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta todas las circunstancias de orden moral que puedan influir en alguna forma en esas conclusiones... Los señores peritos son también personas de mucha distinción en esta sociedad en la que disfrutan de notorio aprecio general, y ya se vio, dicen ellos, que después de detenido examen comparativo de varias firmas del causante señor Arzayús han llegado a la conclusión evidente de que la firma es suplantada y que fundan ese dictamen en la diferencia que pudiera observar entre dicha firma y otras que figuran en la escritura que existe en la notaría y en el juicio que cursa en el Tribunal, anotando además que les parece que esa firma tiene todas las apariencias de una copia hecha con papel carbón... Han formado, pues, los señores peritos, en concepto del Tribunal, un juicio sin duda alguna sincero y honorable, pero inaceptable, porque se funda en un postulado incierto, o sea en la errónea apreciación del hecho de encontrar disparidad en los rasgos, perfiles e inclinaciones de las letras y de la rúbrica entre las varias firmas que sirvieron de término de comparación y la del documento a que se contrae este litigio".

La conclusión del Tribunal después del examen de las pruebas presentadas por ambas partes, fue la siguiente: "Reconocida la autenticidad del documento presentado por los demandantes y suscrito por el señor Absalón Arzayús, se observa que en él queda especificado el ganado vacuno que motivó la demanda, es decir, que las reses de cuya reivindicación se trata son las que el señor Arzayús reconoció pertenecen a las demandantes: luego adscribiéndosele a dicho documento el valor probatorio que le corresponde legalmente, es preciso concluír que aparece demostrado el dominio de la parte actora sobre tales semovientes".

Demanda de casación

La sentencia ha sido acusada por "infracción directa y por aplicación indebida e interpretación errónea de la ley", según expresa el recurrente.

Acusa éste como violados los artículos 946 y 1388 del C. C.

En el capítulo 2º acusa el recurrente la sentencia por interpretación errónea de las pruebas y va encaminado a demostrar que el Tribunal no ha debido dar prevalencia al documento. Además, sostiene que hubo apreciación errónea en el fallador porque no hay constancia en los autos de que se hayan practicado los inventarios del señor Absalón Arzayús, como tampoco la hay de que los demandados sean herederos de dicho señor.

Estudio de los cargos

La acusación de la sentencia por violación de los artículos 946 y 1388 del C. C. la hace consistir el recurrente en que las demandantes no han probado su derecho de dominio sobre las reses que reclaman, ni tampoco la identidad de la cosa demandada.

El recurrente sostiene, y esto es exacto, que para que prospere la acción reivindicatoria se necesitan tres condiciones, a saber: 1ª Que el demandante compruebe plenamente que es dueño de la cosa que reclama. 2ª Que la cosa reclamada sea singular, determinada y especificada; y 3ª Que el demandado sea poseedor de esa cosa.

A la luz de estos tres postulados pasa la Corte a estudiar el cargo, lo cual hace que deba considerarse, en primer término, si el Tribunal violó o no las normas sustantivas citadas por el recurrente al concluir que con el documento presentado por la parte actora, ésta había comprobado su derecho de dominio sobre las reses materia de la reivindicación; en otros términos, si hubo por parte del Tribunal error manifiesto en la apreciación de la prueba que lo hubiera llevado a la violación de la ley sustantiva.

Aun cuando la antigua doctrina sobre soberanía absoluta de los Tribunales en la apreciación de las pruebas ha sido modificada en el sentido de quitarle el alcance irrestricto que le asignaba tal doctrina, no obstante la Corte sigue sosteniendo, y así lo ha hecho en fallos recientes, que la convicción del Tribunal se sostiene siempre que los elementos probatorios en los cuales la ha basado no hayan sido ni mal apreciados ni se hallen infirmados por otros." En sentencia de 25 de junio último dijo la Corte: "Una prueba presentada por alguna de las partes puede haber sido admitida y estimada por el Tribunal o desestimada por éste. En el primer caso la apreciación puede haber sido errónea por no tener esa prueba la eficacia legal del caso, o por haberse producido contrariamente a las normas que reglan su presentación; en el segundo caso, puede no haber sido tenida en cuenta o porque el Tribunal haya hecho caso omiso de ella, o porque en su apreciación haya cometido un error de derecho. En el primer caso, en casación, puede revisarse la apreciación de esa prueba, en cuanto al estimarla se hayan quebrantado las normas de derecho, como sucedería si el Tribunal se basara en una escritura pública que no ha sido registrada o que habiéndolo sido hubiera sido agregada a los autos después de la citación para sentencia en segunda instancia. En el segundo caso puede también la Corte revisar la estimación de esa prueba, ya por no haber sido tenida en cuenta, por el Tribunal, ya porque el fallador hizo caso omiso de otros factores existentes en los autos que disminuyen y hasta anulan la eficacia de la prueba. Mas cuando no se presenta ninguno de los casos apuntados, cuando la convicción del Tribunal surge del estudio y análisis de pruebas no afectas a ningún manifiesto error de hecho ni de derecho, entonces esa convicción debe prevalecer y es intocable".

Tachado de falso el documento de 20 de noviembre de 1931 y muerto Absalón Arzayús, quien declaró en ese documento que las reses que se reivindican en este juicio son de las demandantes, fueron citados los señores Joaquín María Escobar y Gonzalo Salazar, testigos que suscribieron el documento y quienes declararon que las firmas que aparecen al pie de él fueron puestas de puño y letra y por exigencia personal y expresa del señor Absalón Arzayús. Los testigos señores Ricardo Romero y Elías Zorrilla dan cuenta detallada del pequeño accidente que fue causa para que el documento se manchara con tinta roja y en virtud de tal accidente tuvieron ocasión de examinar y leer detenidamente tal documento cuando aún vivía el señor Absalón Arzayús. Al través de estas pruebas y a la luz de los artículos 697, 702, 668, 669, 670, 671 del C. J., el Tribunal llegó a la convicción de que estaba establecida la autenticidad de dicho documento, del cual resulta el derecho de dominio que respecto de las reses invocan las demandantes. El Tribunal confrontó estas pruebas con las presentadas por la parte demandada, consistentes en el dictamen pericial, resultado del cotejo del documento y en el cual los peritos concluyeron que no es auténtica la firma de Absalón Arzayús. Respecto de esta prueba, el Tribunal no le dio prevalencia sobre las de las demandantes, porque no tratándose, dice el fallador, "de hechos sujetos a los sentidos sobre los que expongan los peritos con seguridad de su profesión u oficio... se está en presencia de un dictamen pericial fundado en presunciones, inferencias, juicios y deducciones..." El Tribunal respecto de este dictamen no estimó que fueran aplicables las reglas de los artículos 721 y 722 del C. J.

Por otra parte, observa la Corte que, según el artículo 656 del C. J. la prueba resultante del cotejo es incompleta, o sea que no establece por sí sola la verdad del hecho (artículo 594 ibídem). La prueba resultante del cotejo es en todo caso un mero indicio, nunca un indicio necesario. Las otras

pruebas de los demandados, consistentes en las declaraciones de Jorge Enrique Pardo, Aquileo Moreno y Pablo Marmolejo, no variaron la convicción del Tribunal y vale la pena observar que esas declaraciones no van contra la autenticidad del documento, sino que más bien sólo demuestran que el señor Arzayús no les había revelado a los declarantes que hubiera suscrito el mencionado documento.

No existe en autos ni en casación se ha indicado que el tribunal haya dejado de apreciar alguna otra prueba, de lo cual se concluye lo siguiente: 1º Que no existe error manifiesto de hecho ni error de derecho por falta de apreciación de las pruebas. 2º Que no existe tal error por mala apreciación de determinada prueba; y 3º Que el Tribunal formó su convicción, ante las declaraciones de los testigos presentados por la parte actora, testimonios que analizó a espacio y a los cuales asignó el valor probatorio que consagra el artículo 679 del C. J.

El cargo que se estudia no es, pues, fundado y resulta entonces que el primer postulado para que prospere la acción reivindicatoria, es decir, la comprobación del derecho de dominio por el demandante, está establecido.

Las reses materia de la reivindicación están perfectamente individualizadas en el documento de 20 de noviembre de 1931, y es tan evidente esto que 227 se dejaron en poder de Rafael Arzayús E., como secuestre, y 125 reses hembras y cuatro toros en poder de Jaime Rivera, al mismo título. Y cuanto a la posesión de las reses por parte de los demandados, la Corte observa: éstos no lo han negado, lo que han negado es que el derecho de dominio sobre ellas corresponda a los demandantes, y

Por otra parte, las reses materia de reivindicación están tan identificadas que fueron secuestradas, de modo que existen tres elementos de su identificación: a) el documento de 20 de noviembre de 1931; b) el libelo de demanda, y c) las diligencias de secuestro. Y no está por demás observar que, como lo sostienen los expositores, se puede hasta reivindicar un rebaño.

De modo, pues, que tampoco existe violación del artículo 946 desde el punto de vista de la determinación de los semovientes que se reivindican, ni de la posesión por parte de los demandados, y esta posesión es la que radica en ellos la personería sustantiva como demandados.

Con el documento de 20 de noviembre de 1931, los demandantes han comprobado que son dueños de las reses que reclaman, y no es necesario que en ese documento se exprese a qué título las han adquirido, sino que basta la declaración de quien suscribe ese documento o sea el señor Absalón Arzayús respecto de que ese ganado es de las demandantes.

Los cargos hechos a la sentencia en el segundo capítulo de la demanda quedaron estudiados anteriormente, pero no obstante esto, la Corte cree oportuno referirse a varios extremos: a) Los Tribunales tienen facultad para dictar autos para mejor proveer y ante la Corte la actuación derivada de un auto de esa naturaleza no es acusable, en cuanto esa actuación, como en el presente caso sea consecuencial del auto ejecutoriado; b) la demanda se intentó bajo el imperio del C. J. actual, o sea de la Ley 105 de 1931, luégo el Tribunal tenía que fallar de acuerdo con las normas probatorias que existen en dicho código, como lo hizo; c) La litis se trabó sobre el concepto de estar abierta la sucesión del señor Absalón Arzayús; así lo afirmó la parte demandante; en ello convino la parte demandada, y fue aún más lejos ésta, porque expresó en la contestación de la demanda que a la muerte del mencionado señor Arzayús se habían entregado a los demandantes varios lotes de ganado, distintos de los que son materia de este juicio. También aceptaron los demandados su condición de herederos del señor Arzayús y así quedó trabada la relación jurídico-procesal. Por eso lo anterior explica por qué todo el debate se encaminó únicamente a demostrar por parte de las actoras la autenticidad del documento y por parte de las demandadas a impugnarla.

En el momento de deferirse la herencia, la posesión legal de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero, artículo 757 del C. C.; la sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio, artículo 1012 ibídem, y la herencia o legado se defiere al heredero o legatario en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, cuando el llamamiento no es condicional, artículo 1013 ibídem.

Aceptada por todas las partes la muerte del señor Absalón Arzayús, aceptado igualmente que los demandados son los sucesores de éste, no habiéndose trabado la litis sobre estos extremos, la personería sustantiva de la parte demandada está en firme, porque ésta misma, sin debate, aceptó su condición de sucesora del causante Absalón Arzayús y por lo tanto la demanda debía dirigirse contra los sucesores de éste, posee-

dores al mismo tiempo, en lo cual no hay disputa, del ganado cuya reivindicación se demanda.

Los cargos, pues, que a este respecto contiene el capítulo segundo de la demanda son infundados.

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 recurrida. Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en pp.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HERIDAS

1. En los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887 no se encuentra puntualizada como causal de nulidad la ausencia de prueba para condenar. 2. Lo importante en tratándose de dictámenes contradictorios es averiguar si la falta de flexión del miembro herido dependió directamente de la lesión misma o de otra causa. Que en el primer caso el responsable cargue con las consecuencias de su acto IN INTEGRUM, y en el segundo sólo su responsabilidad se extiende a los efectos directos de la lesión. Los de causas extrañas a ella no le son imputables y en ese evento, dado el sistema punitivo del Código en materia de heridas, por razón de las consecuencias posteriores, no emanadas de la herida misma, no pueden sancionarse en otra forma que dentro de la incapacidad proveniente del acto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Vulnerable consideró el defensor de Joselyn M. Rocha, la sentencia definitiva del Tribunal Superior de Tunja, de 7 de mayo de 1936, que condenó a su defendido a la pena principal de seis años de presidio, y por ello recurrió en casación.

Por tres aspectos fundó la demanda. Estos aspectos estriban en las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

En su vista, el Procurador Delegado en lo penal estudia las causales invocadas en el siguiente orden lógico:

a) Tercera causal: error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito;

b) Segunda causal: nulidad sustancial del juicio; y

c) Primera causal: mala aplicación de la ley penal.

De la crítica que el Procurador hace de los fundamentos del recurso y de los elementos jurídicos de la sentencia, concluye que las causales 3ª y 2ª no permiten casar la sentencia recurrida; en cambio, solicita la casación por la causal 1ª, en los siguientes términos:

"PRIMERA CAUSAL

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

"Consiste este cargo en que el Tribunal no tuvo en cuenta, para aplicar la pena, el dictamen científico de los médicos legistas de Bogotá, que señalaron al herido una incapacidad de cuarenta y cinco días, sin otras consecuencias; sino que se atuvo al dicho del médico legista de la zona de Chiquinquirá, quien, en vista de las cicatrices que dejaron las heridas, concluyó por afirmar que al ofendido le quedaba una lesión grave y permanente, 'puesto que, por la sección de los músculos extensores, el antebrazo ha quedado en semiflexión e impedido para los movimientos de extensión, y en los dedos medios, anular y pequeño de la mano derecha se observa la pérdida de los movimientos de flexión, no pudiendo servirse del miembro como antes'.

"La Procuraduría encuentra justificado el cargo.

"Realmente, al herido no se le practicaron los reconocimientos con la regularidad que exige la ley, ni se le sometió a un tratamiento científico durante el curso de la enfermedad que le produjo la lesión.

"El primer examen se le hizo tres días después de herido por dos personas legas en medicina, tanto que en el dictamen no determinaron la profundidad de la herida ni los órganos vulnerados. Apenas se limitaron a decir que Vicente Ramírez presentaba, entre otras, una herida en el antebrazo derecho, de catorce centímetros de longitud y cinco centímetros de latitud, y que le cortó 'ambos huesos'. (Fs. 5).

"Después se le hicieron al herido dos exámenes más por los mismos empíricos, quienes afirmaron que las heridas estaban infectadas, por causa de descuido en el tratamiento. (Fs. 5 vta.).

"Transcurridos más de tres meses, fue trasladado el herido a Bogotá, donde los señores médicos legistas le practicaron un solo

reconocimiento, concebido en estos términos:

'Vicente Ramírez, reconocido en el Hospital de San Juan de Dios, presenta en la región posterior del antebrazo izquierdo y en su tercio superior, una herida infectada de ocho centímetros de longitud, que interesó los tejidos blandos y seccionó el cúbito y el radio. En la región interna del puño izquierdo una herida de cinco centímetros de longitud, que interesó el espesor de los tejidos blandos y llegó a interesar los huesos, está infectada. Estas heridas fueron hechas con instrumento cortante y de peso (machete) y le habrían ocasionado cuarenta y cinco días (45) de incapacidad para trabajar, anotados desde el 23 de diciembre pasado, con tratamiento adecuado y sin complicaciones. Continúa actualmente incapacitado por infección de las heridas'. (Fs. 11).

"Y ocho meses después de herido Ramírez y ya cuando estaba sano y cicatrizadas las heridas, viene el último reconocimiento practicado por el médico legista de Chiquinquirá en asocio de un perito empírico. Ese reconocimiento, que fijó las consecuencias irreparables dejadas por la herida, fue el que tuvo en cuenta el Tribunal para imponer la pena.

"El artículo 1520 del Código Judicial estatuye que el 'reconocimiento de las heridas se practicará, no sólo en el acto en que se ha tenido conocimiento de ellas por la autoridad, sino también cada veinticuatro horas si fueren graves, o cada tres días si no lo fueren'.

"Es claro que si en el caso de Vicente Ramírez no se cumplió ese proyecto importantísimo; si él no tuvo un tratamiento adecuado de régimen y curación; si las heridas se infectaron por esa causa; y si el último examen pericial no fue el fruto de una observación directa y continuada acerca del proceso y complicación de las heridas, puesto que éstas se encontraban ya cicatrizadas, resulta por demás peligroso y expuesto a error tener como cierto y demostrado que la inhabilitación del antebrazo fue una consecuencia necesaria y directa de las heridas que le ocasionó Joselyn Rocha.

"Ahora bien: es principio no discutido que las complicaciones extrañas a la naturaleza misma de la herida no son imputables al agresor.

"Y como los reconocimientos practicados a Ramírez están diciendo que hubo descuido de su parte y que las heridas se le infectaron por ese motivo, resulta aberrante y contrario a toda norma de equidad, cargar en la cuenta del acusado los efectos máximos y de carácter patológico que esa falta de tratamiento y descuido trajera a la víctima.

"Por eso ha dicho la Corte Suprema:

'El reconocimiento principal y más valioso no es el que se da a raíz de producida la lesión, cuando en realidad la fijación del tiempo que haya de tener la incapacidad constituye una simple probabilidad; sino el que, por consecuencia de la sanificación (o resultado) y habiendo seguido el curso de la enfermedad, se emite como definitivo sobre apreciaciones precisas y directas'. (Sentencia de 16 de septiembre de 1929).

"Pero aún dándole todo valor al dictamen del médico legista de Chiquinquirá, no habría lugar a la aplicación del inciso primero del artículo 645 del Código Penal, por cuanto éste exige la pérdida de alguno de los órganos o miembros. Y el reconocimiento anotado se encarga de decir que no hubo inutilización completa del antebrazo, puesto que quedó en semi-flexión y que los dedos medios, anular y pequeño perdieron los movimientos de flexión; lo que quiere decir que sólo hubo una limitación o alteración fraccionaria de la función, pero no una pérdida absoluta, como lo exige la ley.

"En virtud, pues, de las graves deficiencias que hubo en la práctica de los reconocimientos médicos y en el tratamiento del herido, no queda otra pauta, para los efectos de la aplicación de la ley penal, que atenerse a los principios científicos de la medicina acerca de la sanificación y consecuencias de heridas como las que sufrió Vicente Ramírez.

"Y como la más alta autoridad en la materia, la oficina central de medicina legal de Bogotá, teniendo a la vista el herido, expresó que lesiones de esa naturaleza habrían ocasionado cuarenta y cinco días de incapacidad para trabajar, con tratamiento adecuado y sin complicaciones, ésa y no otra es la incapacidad que la prudencia y los conocimientos técnicos aconsejan tener en cuenta para condenar a Joselyn Rocha.

"Por consiguiente, el artículo aplicable es el 647 del Código Penal, que dice:

'Si de la herida, golpe o maltrato de obra, cometido voluntariamente, con premeditación y con intención de maltratar, no resultare al ofendido enfermedad o incapacidad que pase de sesenta días, pero sí que exceda de treinta, sufrirá el agresor la pena de tres a seis años de presidio'.

"En consecuencia, probada como está la causal primera, la Procuraduría General de la Nación solicita atentamente de la honorable Corte Suprema de Justicia case parcialmente la sentencia recurrida e imponga

a Joselyn María Rocha, como autor del delito de heridas en la persona de Vicente Ramírez, calificada la delincuencia en tercer grado y con aplicación del artículo 647 del Código Penal, la pena de tres años de presidio.

"Las penas accesorias están bien aplicadas, con la observación de que la pérdida de los derechos políticos no debe ser perpetua, sino por tiempo indefinido".

La Sala, para resolver considera:

Respecto de la causal 3ª, no hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Está probado que la víctima Vicente Ramírez sufrió unas heridas. Hubo un reconocimiento empírico, según el cual las heridas estaban situadas en el brazo derecho de Vicente Ramírez. Los médicos legistas que en Bogotá reconocieron al citado Ramírez rectificaron diciendo que las heridas están en el brazo izquierdo. No importa la localización de las heridas en tal o cual miembro, desde el punto de vista de la comprobación del hecho, y como esto es lo esencial respecto de la prueba del cuerpo del delito, síguese que no existe error en esa apreciación. El delito es de heridas. Está comprobada su existencia y está igualmente establecida la identidad de la persona herida.

Con relación a la causal 2ª, que el apoderado hace consistir en la violación del artículo 1556 del Código Judicial porque no existe la plena prueba para condenar, el argumento hace relación más bien al cuerpo del delito, es decir, a la causal 3ª, y ya se vio que ésta no puede prosperar.

El Procurador está en lo cierto cuando afirma en su vista que presentada por el aspecto aludido, la causal 2ª no da materia para estudiar los vicios de nulidad procedimental, que se refieren a las fórmulas propias de cada juicio. En los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887 no se encuentra puntualizada como causal de nulidad la ausencia de prueba para condenar.

Pero aún prescindiendo de este aspecto, viése ya que el cuerpo del delito está probado y que existe en la sentencia el análisis de la responsabilidad, basado en pruebas del expediente, pruebas cuya apreciación y conforme a la tarifa legal es competente el Tribunal al revisarlas y encontrarlas suficientes.

Tocante a la causal 1ª, la discriminación del Procurador al analizar el artículo aplicable del Código Penal, se basa en el reconocimiento de los médicos legistas de Bogotá que señalaron al herido una incapacidad de cuarenta y cinco días sin otras consecuencias.

El Tribunal se atuvo al dicho del médico legista de Chiquinquirá, quien sí señaló consecuencias consistentes en la falta de movimientos de extensión en el brazo herido. Lo importante, en tratándose de estos dictámenes contradictorios, es averiguar si la falta de flexión del miembro herido dependió directamente de la lesión misma o de otra causa. Que en el primer caso el responsable carga con las consecuencias de su acto in integrum, y en el segundo sólo su responsabilidad se extiende a los efectos directos de la lesión.

Los de causas extrañas a ella no le son imputables y en ese evento, dado el sistema punitivo del Código en materia de heridas, por razón de las consecuencias posteriores, no emanadas de la herida misma, no pueden sancionarse en otra forma que dentro de la incapacidad proveniente del acto.

Hubo descuido en el tratamiento de Ramírez y por eso se le infectaron las heridas. Con tratamiento adecuado, y sin descuido, su incapacidad se calculó en cuarenta y cinco días, sin consecuencias posteriores. En estas condiciones, el artículo aplicable al caso es el 647 de Código Penal. El Tribunal aplicó el 645. La penalidad impuesta fue la de seis años de presidio. Debió ser la de tres años de la misma pena principal, considerando la delincuencia, como lo hizo el Tribunal, en mínimo grado, calificación que hizo en atención a las circunstancias atenuantes de falta de ilustración del reo, ser su primer delito, y buena su conducta anterior, y no existir en concepto del Tribunal agravante alguna.

Lo dicho significa que la causal 1ª prospera y por ello se casa la sentencia recurrida.

En 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 Tunja, de siete de mayo de mil novecientos treinta y seis, que condenó a Joselyn M. Rocha a la pena principal de seis años de presidio, y en su lugar condena al mismo Joselyn María Rocha a tres años de la misma pena por el delito de heridas en la persona de Vicente Ramírez, la que sufrirá en el lugar de castigo que designe el Gobierno, computándosele como parte cumplida de ella, el tiempo que haya permanecido en detención o prisión preventiva.

Condénase, además, a Joselyn María Rocha a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagadera por el Tesoro; a

la suspensión indefinida de los derechos políticos; a la pérdida, por vía de multa, en favor del Estado, del arma con que cometió el delito, y al pago de las costas procesales.

El Juzgado de origen dará cumplimiento al artículo 16 del decreto Nº 944 de 1934 para los efectos de la anotación de esta sentencia en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

HOMICIDIO—RECUSACION DE JURADOS.—INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO. EMBRIAGUEZ VOLUNTARIA

1. Es al acusado a quien compete recusar, estando presente, y no a su defensor. Ello no se opone, sin embargo, a que el defensor pueda hacer la recusación cuando el acusado delega ese derecho en aquél. Lo esencial es establecer entonces la delegación, que por otra parte no está prohibida, como lo anota acertadamente el señor Procurador, y sí autorizada, ya que todos los derechos conferidos por las leyes son renunciables, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia. (Art. 15 C. C.). 2. La cuestión de injusticia notoria del veredicto, para que pueda ser alegada en casación, debe haber sido considerada previamente en las instancias del juicio. 3. El artículo 30 del Código Penal considera que la embriaguez voluntaria no es excusa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto seis de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias).

El defensor de Lucas Fonseca interpuso recurso de sacación contra la sentencia del Tribunal de Bucaramanga, de 10 de febrero de 1936.

Adujo las causales 1ª, 2ª, 4ª y 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Y como el recurso fuese interpuesto oportunamente, el Tribunal lo concedió en auto de 2 de marzo de 1936.

Ante la Corte, el apoderado de Lucas Fonseca sustentó las mismas causales invocadas por el defensor.

El señor Procurador Delegado en lo penal, en su vista de 11 de junio de 1937, conceptúa que no es el caso de infirmar la sentencia recurrida.

Es procedente, antes de entrar en el análisis de los motivos fundamentales del recurso y de la réplica del Procurador, saber:

a) Que Lucas Fonseca fue hallado responsable por el Jurado, del homicidio perpetrado en la persona de Julio Londoño y del homicidio cometido en la persona de Inocencio Paguana;

b) Que estos dos hechos ocurrieron en las primeras horas de la noche del 5 de noviembre de 1933, en el sitio de la Provincia, corregimiento de Vanegas, vecindario de Lebrija;

c) Que por el primer delito se le condenó, al tenor del artículo 600 del C. P., a seis años de presidio, calificando su delincuencia en tercer grado, y que por el segundo homicidio se le aplicó igual sanción, graduando su delincuencia de la misma manera, por lo cual la pena principal, que le acarreó el doble homicidio de Londoño y Paguana, fue la de doce años de presidio;

d) Que en este proceso hubo un primer veredicto, declarado notoriamente injusto por el Juzgado, declaratoria confirmada luégo por el Tribunal; y

e) Que el segundo veredicto que, al tenor del artículo 50 de la ley 169 de 1896, no puede ser declarado ya injusto; estableció la responsabilidad del sindicado, como reo de homicidio simplemente voluntario en las personas de Julio Londoño e Inocencio Paguana, y ello sin atenuación de ninguna clase, por mayoría de votos del Jurado, como consta en los respectivos cuestionarios y respuestas, visibles a los folios 140 y 140 v. del cuaderno principal.

Sobre estos veredictos, el Juez del conocimiento dictó la sentencia de primera instan-

cía, que después confirmó el Tribunal en todas sus partes y que es la recurrida.

Examinadas en orden lógico las causales invocadas, tiénese:

Segunda causal: nulidad sustancial del procedimiento

Alégase para sustentar esta causal el numeral 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887. Arguyese equivocación en el sorteo de Jurados por cuanto fue el defensor quien hizo la recusación, debiendo hacerlo el acusado.

A este respecto, la Corte ha dicho en varias sentencias, que es el acusado a quien compete recusar, estando presente, y no a su defensor. Ello no se opone, sin embargo, a que el defensor pueda hacer la recusación cuando el acusado delega ese derecho en aquél. Lo esencial es establecer entonces la delegación, que por otra parte no está prohibida, como lo anota acertadamente el Procurador, y sí autorizada, ya que todos los derechos conferidos por las leyes, son renunciables, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia. (Artículo 15 del Código Civil).

En el caso presente, consta en el acta de sorteo de Jurados, la correspondiente al segundo Jurado, puesto que el primero se anuló, documento visible al folio 135, que el procesado Lucas Fonseca, "por medio de su defensor Edmundo Harker Puyana", recusó al señor Llévano O. Carlos A.

Y como el acta no ha sido reargüida de falsa, la causal fundada en el hecho analizado no puede prosperar.

Causal quinta: veredicto viciado de injusticia notoria

Sobre este particular huelga comentario distinto del producido por el señor Procurador Delegado, quien dice al respecto:

"Esta causal tampoco puede prosperar, porque el asunto de la injusticia notoria del veredicto en que se basa la sentencia no fue previamente debatido en las instancias, y porque tratándose de un segundo veredicto por virtud de haberse declarado injusto el primero, no cabe ya discutir ese punto, según mandato del artículo 50 de la ley 169 de 1896, que dice:

'Si a juicio del Juez las resoluciones del Jurado fuesen contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto y consultará su determinación con el Tribunal Superior. Si éste confirmare la resolución del Juez, se convocará inmediatamente un nuevo Jurado y la resolución no podrá ser ya declarada injusta.

Refuerza lo anterior la modalidad misma de la causal 5ª, que cuando prospera se resuelve invalidando el fallo y ordenando la convocación de un nuevo Jurado. Esta solución de la casación se produce precisamente para buscar una nueva apreciación de la responsabilidad del acusado por un segundo Jurado. Mas cuando ya hubo declaratoria de injusticia y sometimiento a un segundo Jurado de la apreciación de la responsabilidad, sería contra el mandato legal tocar un veredicto sobre el cual no cabe alegación de injusticia, ya que la ley cerró el debate.

Cuarta causal: Disconformidad de la sentencia con el auto de proceder; o desacuerdo de ella con el veredicto.

En síntesis, la argumentación del recurrente es la siguiente:

Se celebraron dos Jurados. El veredicto del primero reza:

"Sí lo mató, pero involuntariamente, sin intención".

Declarado notoriamente injusto este veredicto, el segundo Jurado respondió afirmativamente los cuestionarios.

Pretende el recurrente que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, porque el del primer veredicto debió ser la base de la sentencia, ya que sin razón suficiente se declaró injusto, no obstante estar respaldado, según el recurrente, por las pruebas del proceso.

El argumento no va derecho a la cuestión. Se sale de la realidad legal y procedimental.

De la primera, porque la respuesta: "sí lo mató, pero involuntariamente, sin intención", tenía una nota de excusabilidad inadmisible al tenor del artículo 28 del Código Penal, por no estar el acusado en ninguno de los cuatro casos contemplados en ese artículo, ya que el hecho protuberante de la excusa se basaba, y lo basa el alegato del apoderado, en anormalidad producida por el alcohol. El artículo 30 del Código Penal considera que la embriaguez voluntaria no es excusa.

De la segunda, o sea de la realidad procedimental, puesto que declarado injusto el primer veredicto, confirmada esta providencia por el Tribunal y producido el segundo veredicto, el primero quedó inexistente, es decir, no tenía por qué considerarlo la sentencia. Por lo dicho, la causal 4ª tampoco es viable.

Causal primera: "Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación

de ésta o por indebida aplicación de la misma".

Analizando esta causal, dice el Procurador:

"Esta causal la hacen depender los recurrentes de la existencia de la anterior, desde luego que si el Tribunal no tuvo en cuenta el primer veredicto, que planteaba la absolución del acusado o al menos su responsabilidad por un homicidio atenuadísimo, la aplicación del artículo 600 del Código Penal fue indebida y errónea.

"Refutada la causal cuarta, queda también contestada esta primera. Se repite que el segundo jurado contestó sencillamente 'Sí' a los dos cuestionarios relativos a homicidios comunes de los que contempla el artículo 587 del Código Penal. Y como la menor gravedad de esos delitos no aparece ni del proceso ni del veredicto, estuvo bien aplicado el artículo 600 de la misma obra".

La Sala acoge esta réplica, acentuando además, que es el segundo veredicto la base de la sentencia; que el hecho quedó clasificado por ese veredicto en un homicidio simplemente voluntario, y que, como tal veredicto no agregó ninguna nota explicativa ni tampoco se descubre del cuestionario ni del auto de proceder modalidad alguna que permita clasificar el hecho entre los homicidios voluntarios atenuados, el Tribunal, al aplicar el artículo 600, se conformó al veredicto y lo estimó, además, en tercer grado, por lo cual le impuso la pena mínima para cada uno de los dos homicidios voluntarios de que resulta responsable Lucas Fonseca. La causal primera no resulta tampoco demostrada.

La acusación contra el fallo del Tribunal de Bucaramanga no prospera, entonces, por ninguno de los motivos alegados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga de fecha diez de febrero de mil novecientos treinta y seis, que condenó a Lucas Fonseca a la pena principal de doce años de presidio como responsable del doble delito perpetrado en las personas de Julio Londoño e Inocencio Paguana.

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

Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mateo H., Srio.

CAPACIDAD DEL MENOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.—INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

No hay nulidad de procedimiento cuando el derecho de recusación de jurados se haya ejercitado por el curador de un menor, pues en el campo penal, tanto el mayor como el menor pueden ser sujetos (agentes) de delito, sin que ello sea óbice para que la capacidad del menor esté formalmente mermada en relación con su presencia en la litis. Se declara notoriamente injusto el veredicto del jurado repitiendo aquí, como en otros casos, que tal declaratoria no implica dictamen de la Corte sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del reo, ya que la decisión de ese punto corresponde a los jueces de conciencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto diecisiete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que impuso al menor Hermógenes Hurtado la pena principal de ocho años de presidio, por el delito de fuerza y violencia en la impúber Ernestina Narváez, interpusieron recurso de casación tanto Hurtado como su defensor y curador.

Este último indica como causales la 1ª y la 2ª del artículo 3º, ley 78 de 1923, que son las mismas contempladas por el artículo 3º de la ley 128 de 1931 en sus ordinales 1º y 2º; pero en lo que más insiste el curador es en el punto de notoria injusticia del veredicto del jurado.

Por su parte, el señor Procurador delegado en lo penal manifiesta que ambos cargos contra la sentencia —nulidad en el procedimiento e injusticia del veredicto— son sin

nos de especial estudio; pero que "la Procuraduría se ocupará solamente en el examen de la nulidad, porque la encuentra establecida y entonces, por efecto de ella, queda sin valor el veredicto y habrá de reunirse un nuevo Jurado que dilucide la responsabilidad del menor".

Para resolver, la Corte considera:

Nulidad del procedimiento

Tanto el recurrente como la Procuraduría hacen estribar el motivo de nulidad procedimental en la circunstancia de haber sido el curador y no el procesado quien ejercitó el derecho de recusación en la diligencia de sorteo de jurados (folio 52).

Y el señor Procurador, volviendo sobre la tesis sustentada antes por la Procuraduría, pero no admitida por la Corte, y que es la de la nulidad proveniente de la recusación hecha por un curador, se expresa así:

"Pero resulta que la H. Corte, en un caso en que se trataba de recusación hecha por el curador, estimó que no era aplicable la doctrina que se deja expuesta, porque había diferencia entre las funciones del curador y las funciones del defensor.

Con mucho respeto, la Procuraduría se aparta de tan ilustrada opinión.

En efecto, quiere la ley que el menor relativamente incapaz sea asistido de un curador para darles validez a los actos civiles que aquél deba ejecutar.

Mas si esto es estrictamente cierto en el campo del derecho civil, donde se debaten cuestiones de carácter particular, el asunto cambia de aspecto cuando se trasplanta al terreno penal.

En realidad, el Código penal declara como sujetos punibles de derecho a los nacionales y extranjeros que, dentro del territorio de la república, se hagan responsables de acciones u omisiones que aparejen responsabilidad, y exceptúa como no punibles a los mayores de siete años y menores de doce.

Por consiguiente, si el legislador tiene al mayor de doce años y menor de veintiuno como sujeto del delito y le hace responsable en la misma escala del mayor de edad, es porque en la doctrina y en la práctica los considera igualmente capaces de discernimiento e igualmente aptos para medir el alcance y trascendencia de sus actos.

Y por esa razón, en el Código de Procedimiento Criminal, el artículo 1620 equiparó las funciones del curador y las del defensor, desde luego que estatuyó que el primero debe defender y asistir al menor en todas las diligencias judiciales. Aún más; en materia de notificaciones y de intervención en el debate procesal, la ley nunca distingue entre acusado menor de edad y acusado mayor de edad, pues a ambos les da la participación directa y principal en el ejercicio del derecho de defensa. Tanto es así, que el auto de proceder no se puede notificar solamente al curador, sino al acusado asistido de aquél. Si la curaduría tuviera en lo penal el mismo significado que le reconoce el derecho civil, bastaría notificarle al curador ese auto, y el juicio no adolecería de nulidad, lo que es inaceptable.

Ahora bien: en materia de sorteo de jurados, la disposición que lo regula es especialísima. Y esa disposición consagra terminantemente que es el acusado y no su defensor o curador, el que debe hacer la recusación. Y si se trata de un menor de edad, como todas las diligencias judiciales hay que practicarlas con asistencia de su curador, con razón tanto mayor debe aparecer en el acto del sorteo que tanto el uno como el otro ejercieron ese derecho. La gestión del acusado nunca puede quedar absorbida o anulada por la representación del curador, y el uno como el otro deben obrar conjuntamente".

La Corte, en sentencia de 15 de mayo del corriente año (casación de Jesús López Quintero), a la cual se refiere el señor Procurador, dijo que respecto de los menores de edad no hay en el juicio penal una simple asistencia del defensor, sino que además de ella se requiere complementar la personería del sindicado incapaz, por medio de la intervención de un curador, que es su representante legal; y que tan cierto es esto, que más bien podría pensarse en la posible nulidad de un acto del proceso penal cumplido con la sola intervención del sindicado menor de edad sin la asistencia de su curador.

Insiste ahora la Corte en sostener esta doctrina, a pesar de la inteligente argumentación esgrimida en contra por el señor Procurador.

Para la Corte, así como en el campo civil el menor es substancialmente un sujeto de derecho al igual que el mayor, pero tiene formalmente restringida su capacidad para comparecer en juicio, en el derecho penal tanto el mayor como el menor pueden ser sujetos (agentes) de delito, sin que ello sea óbice para que la capacidad del menor esté formalmente mermada en relación con su presencia en la litis.

Las leyes sobre juzgados de menores establecen diferencias fundamentales entre el procedimiento ordinario y el que debe seguirse respecto de aquéllos; luego no es exacto que en materia de tramitación judicial el mayor y el menor estén siempre equiparados.

El señor Procurador cita un fallo de la Corte fechado el 3 de octubre de 1929 (casación de Sigifredo Posada y otros), en donde se habla de la identidad de funciones de defensa, bien se trate de defensor o de curador; pero no puede perderse de vista la finalidad de aquella sentencia, dictada para solucionar un problema completamente distinto del presente: allí se alegaba como motivo de nulidad el que un sindicado mayor de edad continuó defendido por el curador que lo asistía en el proceso cuando era menor, defensa que la Corte halló suficiente, y con toda razón, ya que con esto no se afectó la personería del mayor.

Según el artículo 1620 del Código Judicial, "al procesado menor de veintiún años que no tenga padre bajo cuyo poder y protección se encuentre, ni tenga curador, se le nombrará un curador ad litem para que lo defienda en el juicio y asista a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor".

Del solo texto de este artículo se deduce que en relación con el procedimiento el menor es incapaz conforme a la ley, no obstante ser, como atrás se dijo, sujeto (agente) de delito para los efectos penales; de donde resulta infundada la teoría del señor Porcurador según la cual se identifican, en todo caso, el simple defensor y el defensor que tenga además el carácter de curador.

Y de aceptarse la tesis del señor Procurador, cabría preguntar: ¿Si el curador y el defensor se equiparan, cuál sería en el juicio penal la intervención del padre o curador general de un menor, no capacitados para asumir la defensa de conformidad con el artículo 1º de la ley 62 de 1928 sobre reglamentación de la abogacía, y quiénes deben asistirlo, según el artículo 1620 del Código judicial arriba transcrito?

También sería pertinente esta otra pregunta: ¿Si el procesado mayor tiene derecho a defenderse en persona, sin lugar a defensor (artículo 343, ley 105 de 1890), igual tesis podría aceptarse con relación a un menor?

No prospera, pues, el recurso, por la causal 2ª

Injusticia notoria del veredicto

Sobre este punto, el señor juez de la causa, al declarar notoriamente injusto el veredicto del jurado, dijo en su providencia de 22 de mayo de 1936, lo que sigue:

"Este despacho, por auto de siete de diciembre del año anterior, fs. 85, no encontró base suficiente para llamar a responder en juicio al acusado por el delito ya mencionado; pero el H. Tribunal Superior revocó tal providencia y en consecuencia abrió causa criminal contra Hurtado por haber abusado deshonestamente, valiéndose de la fuerza, de Ernestina Narváez, fs. 37.

Es preciso estudiar la contestación afirmativa del Jurado para saber si el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos, y en caso negativo dar aplicación a la última parte del artículo 324 de la ley 57 de 1887; pero si se cumpliere con lo previsto en el artículo 50 de la ley 169 de 1896, habrá de procederse como allí ordena.

En la declaración que obra a fs. 3, expone la ofendida que el 18 de agosto del año pasado, estando en casa de Vicenta Valverde, completamente sola, llegó el acusado y botándola al suelo abusó deshonestamente de ella; que para evitar que pidiera auxilio le tapó la boca, habiéndose ido terminado el acto. De una vez se anota que en esta declaración no dice la Narváez que la violencia hubiera sido de día.

Posteriormente, en la exposición que se lee a fs. 16 y 17, expresamente manifiesta que el acto sucedió por la noche, pues que ya había dormido, cuando despertó al sentir un peso encima de su cuerpo; que no pudo conocer a su agresor porque la noche era oscura y que sólo al tacto y por el hecho que con ella ejecutó pudo darse cuenta de que era un hombre.

Con tal declaración queda desvirtuado totalmente el indicio que se ha deducido de la declaración de Juan de la Cruz Quiñones, fs. 5, quien asevera que el día preindicado encontró a Hurtado que bajaba de la casa de la Narváez abrochándose los pantalones y que eso fue a las cuatro de la tarde más o menos, fs. 25. Como se ve, no concuerda esa hora con el momento en que ha declarado la Narváez que cometió el delito el acusado.

Otro indicio se ha deducido del hecho de haberse comprometido Israel Hurtado, padre del procesado, a pagar los gastos de curación de la menor y a hacer casar a su hijo Hermógenes con la Narváez. Hay que advertir que esos arreglos y ofertas no constan en el expediente que hubieran sido insinuados o autorizados por el encausado.

En el concepto médico de fs. 12, se declara con toda claridad que la desfloración de la Narváez debió ocurrir 'Hace diez o quince días a lo más', y ese concepto lleva fecha 17 de septiembre de 1935, por lo que salta a la vista la desaparición del indicio deducido de las enfermedades venéreas sufridas

por el acusado y la ofendida, ya que le delito fue cometido el 18 de agosto anterior.

El conjunto de pruebas contra el acusado, las estima el Juzgado como indicios remotos que ni siquiera eran suficientes para llamarlo a juicio, y con esa base se permite sostener que el veredicto del Jurado de calificación es contrario a la evidencia de los hechos, pues esa evidencia debe tener como base las pruebas que obran en la causa y ellas no son de naturaleza tal que dejen en el ánimo la íntima convicción de que realmente Hurtado es responsable del delito arriba mencionado".

La Corte halla muy atendibles los razonamientos transcritos y los estima idóneos para llegar a la conclusión de que el recurso debe prosperar sobre las alegaciones del recurrente acerca de la notoria injusticia del veredicto, cuestión que, por otra parte, fue debatida en las instancias.

Pero, como en ocasiones análogas lo ha dicho la Sala, el hecho de aceptar como válido el recurso de casación por la causal 5ª, no implica dictamen de la Corte sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del reo; porque la decisión de ese punto corresponde siempre al jurado, y la declaratoria de injusticia del veredicto es apenas un trance del juicio en el cual, respetando la convicción con que obraron los jueces de conciencia, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros jurados verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado.

Y se advierte que a pesar de que la Corte encontró fundada la causal 5ª, hubo de hacer el análisis de la causal 2ª, por cuanto de prosperar esta última, el procedimiento se habría afectado más radicalmente.

Punibilidad de Hermógenes Hurtado

El señor Procurador trata en la parte final de su vista este punto:

"Pero hay otra consideración mucho más importante para que sea necesaria la reposición del proceso.

Efectivamente, el Tribunal, antes de sentenciar, fue asaltado por una grave duda acerca de la edad del menor procesado, y de su calidad de persona justiciable al tenor del artículo 31 del Código Penal. Por eso dictó el siguiente auto:

"Tribunal Superior del Distrito Judicial. Sala de lo Penal—Pasto, octubre trece de mil novecientos treinta y seis.—Antes de dictar sentencia de segunda instancia, haciendo uso de las facultades que concede el artículo 1715 del C. de P. P., juzga conveniente el magistrado sustanciador cerciorarse de la edad exacta con que contaba el acusado Hermógenes Hurtado cuando cometió el delito, esto es, el 18 de agosto de 1936, porque solamente por cálculo hecho por dicho menor, cuando se lo indagó (fs. 3), se ha creído que el 17 de septiembre de 1933 tenía trece a catorce años de edad, pero, como bien ha podido suceder que en tal fecha sea menor de doce años, en cuyo caso, había que obedecer al mandato del artículo 31 del C. P., es necesario tener a la vista la partida de nacimiento para imponer la pena que el caso obliga, sin la duda que en la actualidad asalta. Por tanto, pídase por teléfono inmediatamente al señor Cura del lugar de su nacimiento la prueba anotada: Saija—Distrito de Santa Rosa—Departamento del Cauca—, por conducto del señor Alcalde de aquel lugar.—Notifíquese y cúmplase".

Desgraciadamente, el Tribunal no llevó a término su pensamiento y dejó sin efecto el auto para mejor proveer, temeroso tal vez de que la demora en allegar la partida de nacimiento del acusado retardara la administración de justicia.

Empero, la Procuraduría cree indispensable conseguir la partida para dejar esclarecida toda incertidumbre sobre las condiciones personales del acusado y precaverse contra un posible error judicial".

La Corte no trae a colación este problema como materia propia del recurso, ya que ni siquiera se trata de un hecho o motivo probado; se han copiado los anteriores pasajes del concepto emitido por la Procuraduría, con la mira de llamar especialmente la atención del juez de la causa hacia la imprescindible necesidad de que antes de reunir el nuevo jurado en virtud de la declaratoria de injusticia del veredicto, se ponga absolutamente en claro la cuestión de si el sindicado era o no menor de doce años el día dieciocho de agosto de mil novecientos treinta y cinco, puesto que si lo era, habría que obrar respecto de él como lo previene el capítulo 2º del título 2º, Libro 1º del Código Penal.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, fechada el 6 de febrero de mil novecientos treinta y seis (sic) que impuso a Hermógenes Hurtado la pena principal de ocho años de presidio, por el delito de fuerza y violencia; y en su lugar ordena que se convoque un nuevo jurado, al

cual debe someterse la causa, sin entrar la Corte a conceder el beneficio de excarcelación por no hallarse ahora el procesado en el caso del inciso 4º, artículo 4º de la ley 118 de 1931.

El juez de primera instancia hará que se aclare lo referente a la edad del menor Hermógenes Hurtado, según se indica en la parte motiva de esta sentencia.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Malo E., Secretario.

NULIDAD SUSTANTIVA EN EL PROCESO POR PRETERMISION DE UNA INSTANCIA

Como la declaratoria de injusticia notoria que hace en Juzgado Superior no es sentencia definitiva, el Tribunal carece de jurisdicción para condenar a un acusado sin haberse surtido el trámite de la primera instancia. La eliminación de una instancia produce nulidad que resulta sustantiva como violatoria del artículo 26 de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto veintitrés de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias).

En escrito de 15 de julio de 1936, el doctor Saúl Luna Gómez, en su carácter de defensor de Alipio Delgado y Buenaventura Delgado, interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, condenatoria de sus defendidos, a la pena de diez y seis años de presidio por homicidio en la persona de Pedro Emilio Jaimes.

Habiéndose concedido el recurso, dióselo en la Corte la tramitación de regla.

Uno de los recurrentes apoderó al doctor Luis Galvis Madero; éste en representación de su apoderado Buenaventura Delgado, presentó alegato reforzando la causal invocada por el defensor de ambos cuando interpuso el recurso.

La causal invocada es la 2ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

El señor Procurador Delegado en lo Penal analiza los hechos en que se funda esa causal; los destaca en su vista; y concluye pidiendo se invalide la sentencia recurrida, pues en realidad se han violado disposiciones procedimentales que acarrean nulidad en el juicio, por lo cual la sentencia se halla en el caso de la causal 2ª, y el recurso debe prosperar.

Lo expuesto por el señor Procurador es una síntesis y una demostración de los motivos legales en que se funda, para este caso, la causal 2ª

Dice la vista así:

"Segunda causal.

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley". (Numeral 2º, Art. 3º de la ley 118 de 1931).

Tanto el recurrente como el señor apoderado nombrado ante la Corte, sustentan la causal segunda de casación y plantean muy nítidamente como motivo de nulidad la incompetencia de jurisdicción del Tribunal para dictar sentencia condenatoria contra Alipio y Buenaventura Delgado.

El punto cardinal es este: que se omitió la sentencia condenatoria de primera instancia, porque el Tribunal, en vez de devolver el expediente al Juzgado de origen al no aceptar la injusticia del veredicto, entró inmediatamente a proferir el fallo.

La Procuraduría encuentra plenamente establecida la nulidad, como pasa a verse:

Por sentencia de 27 de abril de 1936, el Juzgado Primero Superior de Bucaramanga resolvió esto:

"Primero—Absuélvese de toda responsabilidad legal a José María Jaimes Flórez, Silverio Martínez y Bernabé Delgado o Jaimes, por el delito de homicidio, etc.; y absuélvese a los mismos Martínez y Delgado o Jaimes por el delito de incendio, etc.; y

"Segundo—Declárese notoriamente injusto el veredicto del Jurado, en lo referente a los acusados Alipio y Ventura o Buenaventura Delgado, no sólo en lo referente a los cargos por homicidio sino en los referentes al incendio. En consecuencia, se ordena convocar un nuevo Jurado, al cual se someterán las cuestiones respectivas".

Esta providencia subió al Tribunal en apelación y consulta. La apelación fue interpuesta por el señor defensor de los acusados

en lo relacionado con el delito de incendio, pues en cuanto al homicidio, el señor defensor expresamente manifestó que se conformaba con ella.

El Tribunal concluyó que el veredicto no era injusto y procedió a desarrollarlo condenando a los Delgados a la pena de diez y seis años de presidio, como se deja dicho.

Claramente inconstitucional es ese procedimiento del Tribunal.

El artículo 26 de la Carta estatuye que nadie podrá ser juzgado, y menos condenado, sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Una de las fórmulas propias de esta clase de juicios, consiste en que la condenación de un individuo se haga mediante dos instancias en que cada una culmine con la respectiva sentencia.

En materia de declaratoria de injusticia de un veredicto, dispone el artículo 50 de la ley 169 de 1896 que ella se consultará con el Tribunal Superior.

Luego al Tribunal no le corresponde en este evento, sino examinar el punto debatido, esto es, si el veredicto es aceptable en frente de las demostraciones procesales, o si peca evidentemente contra ellas. En el primer caso, revocará la providencia del Juzgado a quo para que el inferior desarrolle el veredicto, y en el segundo caso la confirmará para que se convoque el nuevo cuerpo de jurados. Pero en ningún caso tiene el Tribunal la atribución de desarrollar él mismo el veredicto, porque a eso se opone el contenido del artículo 163 de la ley 40 de 1907, según el cual, la "sentencia definitiva" del Juez Superior del Distrito Judicial es la que le da ocasión al Tribunal para que examine el aspecto de la aplicación de la ley penal.

Y como la declaratoria de injusticia notoria que hace un Juzgado Superior no es sentencia definitiva, el Tribunal carece de jurisdicción para condenar a un acusado sin haberse surtido el trámite de la primera instancia.

En un caso similar, dijo muy bien la Corte:

"El fin primordial buscado por el Derecho Procedimental al estatuír que los juicios sufran dos instancias, es el de que el fallo proferido en la primera sea rectificado o verificado en la segunda, mediante la confrontación, el examen y el análisis que el superior haga de los argumentos de hecho y de derecho que le han servido al inferior para proferir su fallo. Y ese objeto de revisión no puede cumplirse si el superior entra a fallar en el fondo sin tener una providencia de la misma índole pronunciada por el inferior y sometida a su decisión". (Sentencia de 25 de octubre de 1935. Causa por homicidio contra Esteban Escalante. Gaceta Judicial N° 1900)".

La Sala ha compulsado en el expediente el vicio procedimental de nulidad que afecta al proceso y acoge como base legal del fallo lo transcrito de la vista del señor Procurador.

Sin duda que el procedimiento, adoptado por el Tribunal de Bucaramanga, no sólo fue errado sino que creó una nulidad. Violóse con el procedimiento criticado el artículo 50 de la ley 169 de 1896 y se pretermitió la segunda instancia, ya que, declarado injusto el veredicto, procedió a dictar fallo de fondo condenatorio, cuando su facultad legal iba sólo hasta resolver lo referente a la consulta del auto de injusticia notoria. Resuelto éste, debía devolverse al Juzgado de origen el proceso, cualquiera que fuese la resolución del Tribunal, así confirmase o así improbase la declaratoria de injusticia notoria.

Y como tal tramitación dio por resultado la eliminación de la segunda instancia la nulidad resulta sustantiva como violatoria del artículo 26 de la Constitución, que estatuye que en todo juicio, y para ser condenado, es de rigor observar las fórmulas propias de cada proceso.

La causal 2ª prospera entonces y como consecuencia y en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 118 de 1931, ha de invalidarse el fallo y devolverse el expediente para que se reponga el procedimiento desde la providencia en que apareció la nulidad.

Y en este proceso ello ocurre desde la providencia de fecha 8 de julio de 1936, o sea el mismo fallo recurrido, en el cual, por lo dicho antes, se pretermitió el procedimiento legal y se generó con ello la nulidad substancial que como motivo de casación contempla la causal 2ª

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero—Invalidar, como en efecto invalida, la sentencia de 8 de julio de 1936, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga y condenatoria de Alipio y Buenaventura Delgado, a la pena principal de 16 años de presidio como responsables de la muerte de Pedro Emilio Jaimes; y

Segundo—Devolver el expediente al Tribunal sentenciador para que se reponga el procedimiento en el sentido de limitar la de-

cisión que debe proferir dicho Tribunal al punto materia de la consulta y de la apelación, resueltas las cuales el Tribunal debe remitir de nuevo el expediente al juez de primera instancia para lo que sea de su incumbencia.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Mateo E., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PETICION DE ACLARACION DE UNA SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Refiriéndose a la sentencia de esta Sala fechada el quince de diciembre y que puso término al juicio especial de venta de un bien hipotecado, seguido por el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella, el doctor Juan Uribe Cualla le pide a la Corte que en armonía con el artículo 482 del C. J., haga las siguientes aclaraciones:

a) "Por qué presta mérito legal para la Corte una tercera copia de la escritura número 4054 bis de 12 de noviembre de 1929 de la Notaría Segunda de Bogotá, contentiva de una obligación hipotecaria, y que se expidió sin mandamiento judicial, con violación de los artículos 2602 y 2603 del C. C. y en forma delictuosa, como que viola estas disposiciones y da lugar a una responsabilidad legal del Notario, sin que pueda alegarse el artículo 96 de la ley 153 de 1887, porque ésta se refiere a la omisión de las advertencias prevenidas al Notario en el Capítulo III, Título XLII, Libro IV del Código Civil, y es obvio que el mandamiento judicial previsto en los textos citados no constituye una advertencia al Notario, sino una formalidad y procedimiento, previsto para todos los ciudadanos o entidades que hayan perdido la copia primera de sus obligaciones hipotecarias o se les hayan extraviado. Se trata de una norma legal que ampara el derecho de un deudor de no ser demandado simultáneamente con dos o tres o media docena de copias, emitidas clandestina y dolosamente".

b) "Por qué afirma la Corte, al estudiar la excepción, que el Departamento de Cundinamarca fue extraño a la litis del Banco Francés Italiano con Carlos de la Espriella, en que se ordenó la cancelación de la hipoteca y que esa cancelación no afecta al Departamento, cuando en el cuaderno de pruebas del demandado, obra la constancia legal de que la citación fue ordenada en providencia de 26 de agosto de 1932, que se notificó al Gobernador de Cundinamarca doctor Liborio Cuéllar Durán el día 13 de mayo de 1933, y cuando pasaron cerca de dos años de esa citación al remate y cancelación de la hipoteca (sic) sin que el Departamento ejercitara sus derechos, con el agravante de que la Junta General de Beneficencia, en documento público, de fecha 9 de febrero de 1935, número 3,520, firmado por su presidente doctor Jorge Soto del Corral, un mes antes del remate, consideró que la subasta y por consiguiente la cancelación de la hipoteca se consumara, sin que de parte del Departamento se hubiera ejercitado en el juicio la acción que le competía como primer acreedor hipotecario, incurriendo así en la sanción de que trata el artículo 2452 del Código Civil en relación con el 1036 del C. J. y el 1051 ibídem".

En su orden, la Sala se refiere a los puntos tratados por el memorialista:

a) Este punto no reza con frases o conceptos que ofrezcan motivos de duda. Sin embargo, la Sala no halla inconveniente en decir que el fallo de la Corte se abstuvo de tratar la cuestión a que aquí se alude por no haber sido ella materia sujeta a la apelación. Con efecto. El Tribunal sentenciador declaró que los títulos base del juicio, entre ellos la tercera copia de la escritura 4064 no merecían reparo y los admitió como válidos legalmente. De la Espriella no reclamó contra esa decisión, es más, se opuso a que se concediera la apelación interpuesta por el Fiscal, y de esta suerte asintió al fallo, el cual vino a la Corte para el estudio de otros aspectos propuestos por el actor.

b) Dijo la Corte que no prosperaba la excepción que propuso el demandado "porque tramitada la demanda por el Tribunal (se alude a la de venta del bien hipotecado) en los términos de la ley, no se presentaron terceros acreedores con acción real", por lo cual, no obstante el embargo y aún el remate no consumado del propio bien hipotecado, y la orden de cancelación de la hipoteca, en un juicio distinto, no podía ello afectar el derecho del Departamento de acreedor con acción real. Y esta acción podía adelantarse independientemente del otro juicio, ya que de conformidad con el artículo 1198 del C. J., del Título XLII sobre "venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados", "el embargo y el secuestro decretado conforme a este Título pone fin a los efectuados en el juicio ejecutivo con acción personal". A la Corte no le correspondía declarar nada en relación con la validez o firmeza de los embargos practicados en el juicio ejecutivo que contra De la Espriella adelantan dos Bancos de esta ciudad; para ella le era suficiente motivo a considerar procedente la acción de que conocía, sobre venta del bien hipotecado, el hecho de hallarse éste embargado en el juicio de venta y el mandato del artículo 1198 citado, conforme al cual el embargo en el juicio especial de venta de un bien hipotecado pone fin al que se haya efectuado en un juicio ejecutivo con acción personal. De otro lado, conceptuó la Corte, —aun cuando tal concepto no era indispensable para fundamentar su fallo, ya que éste se basa en razones directamente deducidas para él de claras disposiciones legales— que el Departamento de Cundinamarca era extraño a la litis porque no se trajo a los autos constancia de que al Fiscal del Tribunal Superior se le hubiera citado para que hiciera valer los derechos del Departamento, ya que los Fiscales son los representantes en juicio de los Departamentos, y no los Gobernadores.

Los Magistrados de la Sala,

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticinco de febrero de mil novecientos treinta y siete.

No hay lugar a sustanciar el incidente de nulidad propuesto en el anterior memorial, referente a lo actuado en el juicio especial de venta que el Departamento de Cundinamarca siguió contra el señor Carlos de la Espriella, porque en dicho juicio profirió sentencia esta Sala el día quince de diciembre de mil novecientos treinta y seis, y el incidente tan sólo es admisible "antes de que se dicte la sentencia" (artículo 456 del C. J.).

El memorialista pretende acogerse a una jurisprudencia que dice haber sentado la Sala de Negocios Generales de la Corte, tendiente a establecer que es procedente la declaración respectiva cuando, dictada la sentencia, se observan nulidades que vicien el procedimiento. Se observa que, de un lado, el memorialista no señala el fallo o los fallos en los cuales cree hallar la jurisprudencia a que se refiere; y de otro, el texto del artículo 456 es muy claro en el sentido de establecer que en cualquier estado del juicio y antes de que se dicte la sentencia, pueden las partes pedir que se declaren las nulidades en que se haya incurrido. Por lo que se infiere, también claramente, que la ley descarta la posibilidad de que una vez dictada la sentencia, pueda pedirse que se declaren nulidades sobre el juicio a que la sentencia se refirió.

Aníbal Cardoso Gaitán

Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL DELICTUAL.—RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS O A LAS PROPIEDADES.—DICTAMEN PERICIAL.—PERJUICIOS MORALES

Cuando se trata de avalúos y el dictamen es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, no es posible desecharlo, porque a ello se opone el artículo 721 del C. J., que es suficientemente claro y explícito. Pero debe entenderse que al decir la disposición referida que el dictamen debe ser "debidamente fundamentado" para que constituya plena prueba, ha querido que se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone. 2. La reparación pecuniaria por el daño moral se ha aceptado por la mayor parte de las legislaciones, no obstante las opiniones de eminentes tratadistas que se oponen a que se aprecie en dinero el daño moral. Cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe, de acuerdo con los preceptos de nuestra legislación, hacer una apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material envuelve en sí misma una satisfacción por los perjuicios morales. En los casos en que no ha podido hacerse una apreciación del daño patrimonial y son evidentes los perjuicios de carácter moral, es procedente la estimación de éstos en dinero. 3. La Corte ha sostenido en diversos fallos que el derecho de los damnificados por siniestros ferroviarios para intentar las acciones judiciales sobre reparación de los daños, derecho que deja a salvo la ley 76 de 1926, no puede subordinarse a la acción administrativa señalada por el artículo 27 de la ley citada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo doce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo).

El doctor Rafael Ruiz Manrique, como apoderado del señor Alfredo Borda P. y de la señora Cleofe Castro de Olarte, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que por sentencia definitiva se condene a dicha entidad a lo siguiente:

"Primero—Que la Nación, como propietaria que es de la empresa del Ferrocarril Central del Norte, es responsable y por consiguiente debe pagar los perjuicios ocasionados a mis mandantes con motivo del siniestro ocurrido el 21 de abril de 1930 en el punto que corta la calle 48 de esta ciudad con la línea del mismo ferrocarril.

"Segundo—Que la Nación debe pagar a mi poderdante, señora Cleofe Castro de Olarte, la cantidad de $ 25,000.00, o la que fijen peritos, como perjuicios por la muerte de su hija, la señorita Julia Olarte de Castro, ocurrida el 21 de abril de 1930, en el siniestro de que se habla en el punto anterior, o sea en el choque entre un tren de dicho ferrocarril y el automóvil N° 845 que conducía el chofer Luis Llanos.

"Tercero—Que la Nación debe pagar a la sucesión ilíquida del menor Olarte Borda, la cantidad de $ 75,000.00, o la que fijen peritos, en el término probatorio de este juicio, como perjuicios por la muerte de sus padres, señores Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte y por la muerte de su hermana Alicia Olarte Borda, ocurrida el 21 de abril de 1930 con motivo del siniestro de que se habla en el punto primero, o sea del choque ocurrido en un tren del Ferrocarril Central del Norte y el automóvil número 845 que conducía el chofer Luis Llanos.

"Cuarto—Que la Nación debe pagar a mis poderdantes, por mitad, la cantidad de $ 50,000.00, o la que fijen peritos, durante el término probatorio de este juicio, como perjuicios morales por la muerte de los señores Luis Olarte de Castro, Julia Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte, Luis Olarte Borda y Alicia Olarte Borda, ocurrida con motivo del siniestro de que se habla en el punto primero, o sea el choque entre un tren del Ferrocarril Central del Norte y el automóvil N° 845 que conducía el chofer Luis Llanos.

"Quinto—Subsidiariamente a la petición tercera: Que la Nación debe pagar a mis mandantes, por mitad, la cantidad de $ 75,000.00, o la que fijen peritos en el término de prueba de este juicio, como perjuicios por la muerte de los señores Luis Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte, Alicia Olarte Borda y Luis Olarte Borda, ocurrida de los tres primeros el 21 de abril de 1930 y del último el 23 del propio mes de abril, con motivo del siniestro de que se habla en el punto primero, o sea en el choque de un tren del Fe-

rrocarril Central del Norte y el automóvil Nº 845, que conducía el chofer Luis Llanos.

Sexto—Que la Nación debe pagar a mi mandante, señor Alfredo Borda P., el valor de los gastos de clínica, atención médica y entierro de Julia Olarte de Castro, Luis Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte, Alicia Olarte Borda y Luis Olarte Borda, gastos ocasionados con motivo del siniestro de que se habla en el punto primero petitorio de esta demanda, o sea el choque de un tren del Ferrocarril Central del Norte con el automóvil número 845, que conducía el chofer Luis Llanos, y que tuvo lugar el 21 de abril de 1930 en el ángulo que corta la calle 48 con la carrilera del Ferrocarril citado".

Son hechos de la demanda:

"1º Mi poderdante, señor Alfredo Borda, era padre legítimo de la señora Rosa Borda de Olarte y abuelo materno de los menores Alicia Olarte Borda y Luis Olarte Borda.

"2º Mi poderdante, señora Cleofe Castro de Olarte, es madre legítima de los señores Luis Olarte de Castro y Julia Olarte de Castro y abuela paterna de los menores Alicia Olarte Borda y Luis Olarte Borda.

"3º La Nación es propietaria de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte.

"4º Los rieles del Ferrocarril Central del Norte recorren la carrera 14 y atraviesan la calle 48 de esta ciudad, a un nivel superior del de esta calle.

"5º El día 21 de abril de 1930, la Empresa del Ferrocarril Central del Norte no tenía en el pasa-nivel de la calle 48 de esta ciudad guarda-vías que impidieran el paso ni cadenas como lo ordena el ordinal f) del art. 26 de la ley 76 de 1920.

"6º En la tarde del día 21 de abril de 1930, a las 3 p. m., salió de la estación de Bogotá, con dirección al Norte, un tren de carga arrastrado por la locomotora Nº 39, que conducía el maquinista señor Bernardino Rodríguez.

"7º Al llegar a la calle 48, la citada locomotora, chocó con el automóvil Nº 845 que conducía el chofer señor Luis Llanos, automóvil en el cual viajaban los señores Luis Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte y los hijos de éstos, Alicia Olarte Borda y Luis Olarte Borda, la señorita Julia Olarte de Castro y la sirvienta Dioselina Ortiz.

"8º En momentos en que atravesaba el automóvil citado arriba con los pasajeros también citados en el pasa-nivel de la calle 48 vino el tren de que se habla en el hecho 6º de esta demanda, a gran velocidad, y chocó violentamente con dicho carro.

"9º El choque produjo la muerte instantánea de Luis y de Julia Olarte de Castro. Minutos después murió la niña Alicia Olarte Borda en el momento de llevarse a la clínica de Marly. Una hora y media o dos horas después del choque murió la señora Rosa Borda de Olarte, y por último, dos días después, murió el niño Luis Olarte Borda.

"10. La locomotora que conducía el tren que produjo el choque no pitó antes de llegar a la boca-calle, como es costumbre y está ordenado por los reglamentos de circulación.

"11. La locomotora viajaba a una velocidda de 50 kilómetros por hora, según confesión del maquinista Rodríguez, superior a la permitida por los reglamentos.

"12. Según los reglamentos de la Empresa, la velocidad permitida en este trayecto es de 30 kilómetros por hora.

"13. El día del siniestro, o sea el 21 de abril de 1930, la Empresa del Ferrocarril Central del Norte no tenía en el referido paso a nivel donde tuvo lugar el choque entre el tren y el automóvil de que se trata, ninguna de las defensas a que lo obliga la ley, puesto que no había allí ni barreras que cerraran en cualquier forma el paso ni guardas encargados de impedirlo, ni cadenas ni nada que pudiera servir a los transeúntes para darse cuenta del peligro.

"14. La Empresa del Ferrocarril no puso medios adecuados para evitar el siniestro.

"15. La última persona que murió fue el menor Luis Olarte Borda; de consiguiente los herederos legítimos de éste eran su abuelo materno, señor Alfredo Borda P. y su abuela paterna, señora Cleofe Castro de Olarte.

"16. La señora Castro de Olarte es heredera también de su hija la señorita Julia Olarte de Castro.

"17. El señor Inspector 2º Municipal, a raíz del siniestro, le impuso una multa a la Empresa del Ferrocarril por no haber dado cumplimiento al art. 8º de la ley 76 de 1920 y le impuso multas sucesivas mientras no cumpliera con la obligación establecida en el mismo artículo.

"El orden en que murieron las distintas personas nombradas determina los derechos que tienen mis mandantes para reclamar esta indemnización. Así, pues, muertos en el mismo momento Julia Olarte de Castro y Luis Olarte de Castro heredaron a éstos así: a Julia, que era soltera, la heredó su madre Cleofe Castro de Olarte, y a Luis, que era casado con descendencia, lo heredaron su esposa y sus hijos. Muerta Alicia Olarte Borda con posterioridad a su padre, trasmitió a su madre, señora Rosa Borda de Olarte, los derechos que se radicaron por un mo-

mente en su cabeza con motivo de la muerte de su padre. Muerta la señora Rosa Borda de Olarte, trasmitió inmediatamente a su hijo Luis Olarte Borda los derechos que alcanzaron a radicarse en su cabeza como heredera de su esposo Luis Olarte de Castro y de su hija Alicia Olarte Borda, en él quedaron radicados todos los derechos que hubieran podido dejar sus padres radicados en bienes de fortuna y los derechos que por razón del siniestro y a título de indemnización les correspondía. Por último, muerto Luis Olarte Borda, trasmitió los mismos derechos que había adquirido de sus padres, por mitad, a su abuela Cleofe Castro de Olarte y a su abuelo señor Alfredo Borda P., que son mis mandantes.

"Hago esta relación porque probado el hecho del siniestro, la muerte de las personas de que hablé arriba y la responsabilidad de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, o sea de la Nación, es indudable que hay que concluír que ese hecho culpable obliga a la Nación a pagar una indemnización. Resuelta y definida la responsabilidad de la Nación y la consiguiente obligación de indemnizar los perjuicios, hay necesidad de establecer a quién debe pagarse estos perjuicios, y de ahí que haya establecido entre los hechos de la demanda el orden en que murieron las distintas personas, ya que la indemnización se causó en el instante mismo del siniestro. La trasmisión de los derechos correspondientes al siniestro son fenómenos jurídicos que reglamenta perfectamente nuestra ley civil en sus arts. 86 de la ley 153 de 1887 y 1046 del Código Civil, que invoco en apoyo del derecho que tienen mis mandantes para cobrar la indemnización".

El Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá contestó la demanda oponiéndose perentoriamente a que se hagan las declaraciones pedidas. Propuso las excepciones de petición antes de tiempo o de modo indebido e inexistencia de la obligación que se demanda.

Tramitado legalmente el negocio, el Tribunal le puso fin a la primera instancia con la sentencia de fecha 23 de mayo de 1933, que en su parte resolutiva dice así:

"Por lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

"1º Declárase que la Nación debe pagar a la sucesión ilíquida de Luis Olarte Borda, representada en este juicio por sus ascendientes Alfredo A. Borda P. y Cleofe Castro de Olarte, los perjuicios materiales que a aquél se le hayan seguido con motivo de la muerte de sus padres Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte, los que serán determinados al cumplirse la presente sentencia;

"2º Declárase que la Nación debe pagar los perjuicios morales que se les hayan seguido a los demandantes por la muerte de Luis y Julia Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte y Luis y Alicia Olarte Borda, los que también serán determinados al cumplirse este fallo;

"3º Absuélvese a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda; y

"4º Declárase no probadas las excepciones propuestas por el señor Fiscal 1º de este Tribunal".

Notificada la sentencia, fue apelada tanto por el señor Fiscal como por el doctor Rafael Ruiz Manrique, en cuanto les es desfavorable. El recurso se les concedió en el efecto suspensivo y hoy se pasa a fallar en definitiva el negocio, no observándose en el proceso ningún vicio de nulidad.

El proyecto presentado por el honorable Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán no fue acogido por la Sala, por lo cual el negocio pasó al Magistrado que le sigue en turno por orden alfabético de apellidos.

Primera petición.

La primera petición del libelo está concebida en estos términos:

"Que la Nación, como propietaria que es de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte, es responsable y por consiguiente debe pagar los perjuicios ocasionados a mis mandantes con motivo del siniestro ocurrido el 21 de abril de 1930 en el punto que corta la calle 48 de esta ciudad con la línea del mismo Ferrocarril".

El Tribunal determinó que se debía negar esta petición, por considerar que la forma vaga como está concebida no es adecuada para hacer una declaración judicial, desde luégo que en ella sólo se invoca la responsabilidad que se afirma existir en la entidad demandada, a causa de un hecho que no se determina.

Sobre esto se observa:

La Sala no considera improcedente la declaración que se solicita en la primera petición, si los hechos de la demanda están probados y se llega a la conclusión de que es evidente la responsabilidad de la Nación, porque como consecuencia de ella surgen las demás conclusiones del fallo, sobre las indemnizaciones a que está obligada la Nación.

En primer lugar, como se afirma en la petición que se estudia, la Nación es propietaria del Ferrocarril Central del Norte.

En el expediente figuran varios documentos que acreditan plenamente este hecho. Por la ley 29 de 1927 se aprobó el contrato celebrado entre la Nación y la Compañía Concesionaria del Ferrocarril Central del Norte y allí consta que dicha empresa queda de propiedad de la Nación. Por resolución ejecutiva de 4 de mayo de 1925, Diario Oficial Nº 19902 (folio 25 del cuaderno Nº 4), el Gobierno declaró caducada la concesión y privilegio otorgado a favor del señor Juan M. Dávila, estableciendo, en consecuencia, que la empresa del Ferrocarril del Norte quedaba de propiedad de la Nación; en la diligencia de entrega de una zona del ferrocarril, practicada por el señor Juez 3º del Circuito en el juicio ejecutivo seguido por la Nación contra The Colombian Northern Railway Company Limited, (folios 60 y 61 del cuaderno Nº 4), aparece una declaración del apoderado de la Nación, según la cual, en la fecha de esa diligencia, o sea en 26 de octubre de 1925, el Gobierno estaba ya en posesión de la zona del Ferrocarril del Norte comprendida entre Bogotá y Chapinero. Existen, además, otros documentos que prueban la propiedad de la Nación respecto del Ferrocarril Central del Norte, los cuales se hace innecesario detallar en este fallo.

Los hechos en que se apoya la demanda están comprobados. De las pruebas aparece lo siguiente: El 21 de abril de 1930, a las tres de la tarde, el señor Luis Olarte de Castro, su esposa, la señora Rosa Borda de Olarte; la señorita Julia Clarto de Castro, los menores Alicia y Luis Olarte Borda y la sirvienta Dioselina Díaz, tomaron en la estación de la Sabana el automóvil de servicio público marca "Dodge Brothers", distinguido con el número 845. El vehículo, manejado por el chofer Luis Alfonso Llanos, se dirigió con los pasajeros hacia el barrio de Chapinero de esta ciudad, bajando por la calle 48. Al llegar a la carrera 14, en el sitio en que la línea del Ferrocarril del Norte que pasa por dicha carrera atraviesa la referida calle 48, apareció de repente la locomotora número 39 que conducía un tren de carga en dirección de sur a norte. El automóvil, que no alcanzó a atravesar la carrilera, fue arrollado por la locomotora, lanzándolo contra un poste cercano a la vía. Por la violencia del choque se produjo la muerte instantánea de los esposos Olarte-Borda, la de la menor Alicia Olarte Borda, la de la señorita Julia Clarte de Castro y la de la sirviente Dioselina Díaz; dos días después murió el menor Luis Olarte Borda y algunos meses más tarde falleció el chofer Luis Alfonso Llanos. Todas estas muertes fueron ocasionadas por causa del mencionado accidente.

Los hechos anteriores se hallan suficientemente demostrados con numerosos documentos, de los cuales los principales son los siguientes: diligencias de inspección ocular y levantamiento de los cadáveres (folios 39 vuelto a 41 del cuaderno Nº 2); declaraciones de Bernardino Rodríguez, Luis E. Valbuena y Juan A. Pérez (folios 42 a 44), ratificadas en la primera instancia (folios 48, 53 vuelto y 54 del cuaderno Nº 4), la de la señora Cecilia Romero de Giraldo (folios 44 y 45), ratificada en la segunda instancia (folio 63 del cuaderno Nº 7) y testimonio del señor Josué Ramírez rendido por comisión ante el señor Juez 4º del Circuito de Tunja (folio 67 del cuaderno Nº 4); las partidas de defunción que obran a los folios 86 a 87 del cuaderno Nº 4 y la declaración del doctor Manuel V. Peña, ratificada en la segunda instancia (folios 45 del cuaderno Nº 4 y 64 del cuaderno Nº 7).

La responsabilidad de la Nación se hace consistir principalmente en el hecho de no haber dado ésta cumplimiento a los artículos 8º y 26 de la ley 76 de 1920, que dicen así:

"Artículo 8º Es obligación de toda empresa de ferrocarril mantener la vía debidamente cercada, a uno y otro lado, salvo los pactos esenciales con los colindantes. La falta de cumplimiento de esta disposición impone a la respectiva empresa la obligación de resarcir los daños y perjuicios consiguientes a la infracción.

"En todos los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos, se establecerán barreras que deben cerrarse, si posible automáticamente, con la debida anticipación antes del paso de los trenes y abrir después de que éste se efectúe.

"En los lugares adonde no sea posible establecer barreras, se mantendrán, permanentemente, guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes.

"Cuando un ferrocarril atraviese ríos navegables deberá construírse y conservarse de manera que no entorpezca ni embarace la navegación o perjudique el uso de las aguas.

"La infracción a las disposiciones contenidas en este artículo será castigada con multas sucesivas de diez a doscientos pesos, que impondrá el Gobierno, aparte de responder, en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por la omisión".

"Artículo 26. Las empresas férreas están obligadas:

"a. . . . . .

"e) A indemnizar los daños que se causen a las personas que vayan en los trenes o estén en las inmediaciones de las vías, motivados por descuidos, omisiones o impericias de tales empleados;

"f) A estacionar guardias que impidan el paso del público en los puntos en que la línea férrea atraviese calles, caminos o puentes.

"El guardavía impedirá el paso por medio de una cadena que tenderá a través de la vía cinco minutos antes de que haya de pasar cada tren, y no lo permitirá sino después de que el tren haya pasado.

"....."

Evidentemente, la empresa del ferrocarril no tenía la línea cercada, ni había establecido barreras en el cruce, ni tenía guardavía alguno en la calle 48. Este hecho aparece acreditado con declaraciones de testigos y otros documentos y fue aceptado por el representante de la parte demandada, que quiso establecer que la Nación no estaba obligada al cumplimiento de esas disposiciones, que contienen medidas de precaución en defensa del público, obligatorias como es obvio para todas las empresas ferroviarias.

Sobre el particular dice el Tribunal lo siguiente, que la Sala encuentra acertado:

"Las disposiciones de la ley 76 de 1920, en cuanto establecen medidas de precaución para que el funcionamiento de una empresa ferroviaria no cause perjuicio al público, son medidas que obligan a toda empresa dueña de ferrocarriles, precisamente porque están instituídas para salvaguardiar o precaver perjuicios que se le pudieran seguir al público por razón de su explotación. Y no importa que la empresa ferroviaria sea anterior al establecimiento de la calle o camino público porque, de un lado, la ley le ha impuesto las obligaciones a la empresa directamente por razón de la explotación misma, y de otro, porque aunque en el caso en cuestión sea verdad que el Municipio abrió las calles sin asentimiento de la empresa, ésta tenía medios para poder evitar la apertura de esas vías públicas, y si no los usó y ha tolerado un servicio permanente como el de una calle pública, es porque ha consentido en su apertura, por lo cual debe sufrir las consecuencias que sigan al establecimiento de la vía pública".

De las disposiciones mencionadas de la ley 76 de 1920 y de los arts. 2341 del C. C. y 5º de la ley 62 de 1887, surge la responsabilidad de la Nación y la obligación de indemnizar los perjuicios causados por el accidente ocurrido el 21 de abril de 1930 en la calle 48 de esta ciudad, en el cruce del ferrocarril Central del Norte con dicha calle. Las disposiciones mencionadas dicen así:

"Art. 2341 del C. C.—El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido".

"Art. 5º de la ley 62 de 1887.—Los empresarios de vías férreas serán responsables de los daños y perjuicios que se causen a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y que sean imputables a descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos, que expedirá el Gobierno tan luego como sea promulgada la presente ley".

El carácter con que los actores se han presentado en el juicio, está debidamente demostrado: Cleofe Clementina Castro contrajo matrimonio con Demetrio Olarte, el 16 de junio de 1880, en el municipio de Cerro de San Antonio, departamento del Magdalena, y de ese matrimonio nacieron Luis y Julia, quienes fueron bautizados en Ocaña, el primero, el 27 de noviembre de 1887, y la segunda, el 7 de septiembre de 1891. Alfredo A. Borda contrajo matrimonio con Alicia Mendoza, en Tunja, el 3 de julio de 1907, y de ese matrimonio nació Rosa de Lima el 30 de agosto de 1909, quien fue inscrita en el registro correspondiente de la ciudad de Managua, República de Nicaragua, en donde nació. Luis Olarte y Rosa Borda contrajeron matrimonio en esta ciuda del 29 de diciembre de 1927, y de ese matrimonio nacieron Alicia y Luis, quienes fueron bautizados en esta ciudad el 23 de enero y el 15 de noviembre de 1929, respectivamente. Las partidas presentadas para acreditar estos hechos están expedidas con las formalidades legales.

De lo anterior se desprende que es procedente la petición primera de la demanda y que se debe hacer la declaración correspondiente sobre responsabilidad de la Nación de conformidad con el libelo.

Segunda petición

Dice así la segunda petición de la demanda:

"Que la Nación debe pagar a mi poderdante, señora Cleofe Castro de Olarte, la cantidad de $ 25,000, o la que fijen peritos, como perjuicios por la muerte de su hija, la señorita Julia Olarte de Castro, ocurrida el 21 de abril de 1930, en el siniestro de que se habla en el punto anterior, o sea, en el choque entre un tren de dicho ferrocarril y el automóvil Nº 845 que conducía el chofer Luis Llanos"

El Tribunal consideró que era el caso de negar esta petición por falta de pruebas en el expediente. Dice aquella entidad que sólo el testigo Joaquín Piñeros dijo en su declaración que por referencia de la misma señorita Julia, supo que ella desempeñaba un puesto en la Scadta, con cuyo producido ayudaba al sostenimiento de su madre. Agrega la sentencia:

"No hay, pues, prueba alguna en los autos que justifique la pretensión de la demandante sobre la ocurrencia de perjuicios materiales ocasionados por la muerte de Julia. En consecuencia, la pretensión que se estudia no puede acogerse".

Por otra parte, el Tribunal acepta la responsabilidad de la Nación y estima suficientemente comprobado el hecho de que la señorita Julia Olarte de Castro murió a causa de las heridas que recibió en el siniestro.

Las pruebas que faltaron al momento de fallar el negocio el Tribunal, se produjeron durante la segunda instancia. Son las siguientes:

El señor Ricardo Piñeros (folio 50 del cuaderno N° 4), declaró que por referencias de la señorita Julia Olarte de Castro sabía que ella desempeñaba un puesto en la Scadta y que ayudaba al sostenimiento de su señora madre.

El señor Cristóbal Restrepo J. (folio 75 del cuaderno N° 7), declaró por comisión en Barranquilla lo siguiente: "Es cierto y me consta por el conocimiento personal que tuve de la señorita Julia Olarte de Castro que era poseedora de suficientes conocimientos para desempeñar con competencia en cualquier oficina o almacén un cargo cuya remuneración, por esa competencia y conocimiento, no podía ser menor de ochenta pesos moneda corriente". "Es igualmente cierto y me consta por tratarse de personas suficientemente conocidas en esta ciudad, que la mencionada señorita Julia Olarte de Castro era el único sostén en esta ciudad de su familia, compuesta ésta por su madre, tres hermanos menores y tres sobrinos menores también, sostén que cubría contando únicamente con el sueldo que devengaba en una conocida casa comercial de esta ciudad". Agrega que por informes de un empleado y del Gerente de la Casa J. V. Mogollón & Cía., la señorita Julia ganaba cuando estuvo trabajando allí la suma de $ 80 mensuales.

El señor Luis F. Aranda también declara que por informes del señor Mariano Segovia, Gerente de Mogollón & Cía., supo que la señorita Julia ganaba allí $ 80 mensuales. Corrobora lo dicho por el testigo Restrepo respecto a que ella era el sostén de su familia con el sueldo que ganaba.

El señor Mariano Segovia declaró que evidentemente la señorita Julia Olarte de Castro había estado colocada en la casa Mogollón y que devengó $ 80 mensuales, aproximadamente.

Está, pues, comprobado que la señorita Julia sostenía a su madre y a su familia y que ganaba aproximadamente ochenta pesos mensuales.

Existe, como lo estimó el Tribunal, la prueba de los siguientes hechos: a) La muerte de la señorita Julia Olarte de Castro y que las heridas que se la causaron fueron recibidas en el choque de un tren del ferrocarril Central del Norte con el automóvil N° 845; estos hechos están acreditados con la partida de defunción, la diligencia de levantamiento del cadáver y declaraciones de testigos; b) Que la empresa del ferrocarril es propiedad de la Nación, como se estableció en otra parte del fallo; c) Que debido a la falta de precauciones aconsejadas por la prudencia y exigidas por la ley para que en la explotación de una empresa ferroviaria no se causen perjuicios a terceros, se ocasionó el accidente, o bien porque éste ocurrió debido a un descuido o negligencia de los agentes de la empresa; a las pruebas ya analizadas para comprobar este hecho se debe agregar la diligencia de inspección ocular practicada durante el término correspondiente; y d) Que del siniestro se le siguieron perjuicios a la demandante.

Por todo lo anterior se llega a la conclusión de que es el caso de revocar la sentencia en lo relacionado con la segunda petición para condenar a la Nación al resarcimiento de perjuicios a la demandante. Para fijar la cuantía se tiene en cuenta lo siguiente:

Los peritos doctores Rubén Jaramillo Arango y José A. Gutiérrez Ferreira avaluaron los perjuicios en la suma de $ 4.800 y fundamentaron su dictamen en la siguiente forma:

"Al determinar los perjuicios materiales ocasionados a la señora Cleofe de Castro de Olarte con motivo de la muerte de su hija Julia Olarte de Castro, conviene tener presente que ésta devengaba poco antes de su muerte, un sueldo mensual de $ 80.00 m/c. en la casa de 'J. V. Mogollón & Cía.' de Barranquilla, según se encuentra acreditado en el expediente; y que madre e hija vivían en aquella ciudad y la hija constituía el principal apoyo y sostén de su madre.

"Igualmente se encuentra acreditado que la señorita Julia Olarte de Castro tenía, a la fecha de su muerte, la edad de 38 años, lo que trae como consecuencia que ella ha debido sobrevivir aproximadamente 28 años más, o sea que ha debido alcanzar la edad

aproximada de 64 años, al no haber ocurrido el siniestro, según las tablas de mortalidad que usan las Compañías Aseguradoras y que suministran la ley de las probabilidades, única que puede tenerse en cuenta en casos como éste. Para sacar esta conclusión, es decir, para averiguar lo que en estadística se conoce con el nombre de vida probable o duración probable de la vida, que es el número de años que en promedio se espera que pueda vivir un individuo, según la ley de las probabilidades, partimos de la base de las tablas de mortalidad usadas por la Compañía Colombiana de Seguros, basadas en los estudios sobre climas análogos a los de la Costa Atlántica, y de ahí obtenemos los 64 años que calculamos como vida probable de la señorita Olarte de Castro.

"En el expediente no hay dato exacto respecto de la edad que a la fecha del siniestro tuviera la señora madre de Julia Olarte de Castro, o sea la demandante Cleofe de Castro de Olarte, y la determinación de esa edad la estimamos de importancia por las razones que luégo explicaremos; pero creemos que a esa determinación es posible llegar teniendo en cuenta la edad del hijo mayor a la fecha de la muerte y la edad en que generalmente nuestras mujeres contraen matrimonio. En tal virtud, si tenemos en cuenta que el hijo mayor, a la fecha de la muerte, tenía la edad de 44 años y que generalmente entre nosotros las mujeres contraen matrimonio a la edad aproximada de 18 años, nos parece que no es aventurado concluír que la señora Cleofe de Castro de Olarte alcanzaba, a la fecha del siniestro, la edad de 62 años. Y haciendo uso también de las tablas de mortalidad que acostumbran las Compañías de Seguros, la señora Cleofe de Castro de Olarte, en una ciudad como Barranquilla, debe vivir aprooximadamente 70 años, o sea que debe sobrevivir a su hija por un lapso de ocho años.

"Si bien es cierto que en el expediente se encuentra demostrado que la señorita Julia Olarte de Castro devengaba una asignación mensual de $ 80.00, en la casa de 'J. V. Mogollón & Cía.' de Barranquilla, poco antes de su muerte, nos parece que en atención a que en el momento mismo de la muerte y por razones que no se encuentran satisfactoriamente explicadas, Julia Olarte de Castro se encontraba cesante, es prudente pensar que ella estaba en aptitud o capacidad de devengar un sueldo mensual no menor de $ 70.00 m/c. De esta suma de $ 70.00 mensuales, que representa la capacidad productora de Julia Olarte de Castro, es menester deducir lo que ella empleaba para sus gastos estrictamente personales, lo que nosotros hemos calculado en la cantidad de $ 20.00 mensuales. La diferencia entre la suma que fijamos como gastos personales de ella, representa el perjuicio material sufrido por la señora Cleofe de Castro de Olarte, o sea la cantidad de $ 50.00 mensuales, con la cual la hija contribuía al sostenimiento de su madre.

"Pero si para nosotros esto es evidente, nos parece también que ese perjuicio material no puede extenderse más allá de lo que según las tablas de mortalidad debe sobrevivir aproximadamente la señora Cleofe de Castro de Olarte, es decir, que no debe extenderse más allá de los ocho años que según dichas tablas debe sobrevivir la señora demandante, pues que si la hija no hubiera fallecido, sólo habría constituído el apoyo material de su madre hasta la fecha del fallecimiento de ésta, como es obvio.

"Con estas explicaciones previas avaluamos en la cantidad de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4,800.00) moneda legal los perjuicios materiales sufridos por la señora Cleofe de Castro de Olarte con ocasión de la muerte de su hija Julia Olarte de Castro, suma que es la resultante de multiplicar la ayuda material que la última prestaba a la primera, a razón de $ 50.00 mensuales, por el lapso probable de supervivencia de la señora demandante, que hemos calculado en ocho años, o sea en noventa y seis meses.

"Todavía, y como fundamento de este dictamen, podemos agregar lo siguiente:

"a) Que en el avalúo no tenemos en cuenta únicamente la ayuda en dinero, en comida, sino también la ayuda material que implica el que una hija viva con su madre de edad ya avanzada, que la atienda, que vele por ella, que la acompañe, que cuide de ella en caso de enfermedad, todo lo cual tiene un valor muy apreciable en dinero. Al morir la hija queda privada la madre de todo ese apoyo material, efectivo, que aun cuando no sea entrega de dinero, ni suministro de comida, constituye un gravísimo perjuicio material, que sólo puede ser reemplazado imperfectamente por la contratación por parte de la madre de los servicios personales de otra persona. No debe olvidarse que la madre y la hija vivían juntas y que esa forma de vida disminuye apreciablemente los gastos de una y otra.

"b) Que la doctrina y la jurisprudencia universales se han pronunciado como criterio seguro de proceder en esta clase de avalúos por el de sostener que la persona humana está representada por un capital que a la tasa del interés corriente, produce una

suma igual a aquélla que la persona produce con su trabajo personal. En este sentido podría citarse muchas decisiones de Tribunales extranjeros y aún de nuestra propia Corte Suprema de Justicia.

"c) Que por recientes decretos legislativos, dictados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las facultades extraordinarias de que fue investido por el Congreso, se creó el impuesto denominado Cuota Militar. Pues bien, para calcular el impuesto que cada persona debía de satisfacer, según el decreto respectivo, se fijó como norma el de que quien ganaba una suma determinada como fruto de su trabajo personal, tenía un capital que a la tasa del 12 por 100 anual, producía esa suma. Así, por ejemplo, conforme el decreto a que nos referimos y para la liquidación del impuesto de Cuota Militar, impuesto sobre el capital, quien ganaba $ 100.00 mensuales por concepto de su trabajo personal, tenía un capital que a la tasa del 12 por 100 anual producía esos $ 100.00, y sobre esta base se liquidaba el impuesto. Ahora bien, si para los cobros que hace la Nación a los particulares por concepto de impuestos como el de Cuota Militar, se sigue el criterio que hemos anotado anteriormente, no cabe duda de que la justicia más elemental requiere que se siga idéntica norma en los cobros que deben hacer los particulares al Estado en casos como el presente.

"ch) Que la capacidad productora de la señorita Julia Olarte de Castro puede inducirse fácilmente por el hecho de haber ganado en un establecimiento de comercio, en un negocio particular que siempre son muy económicos en sus remuneraciones, la cantidad de ochenta pesos ($ 80.00) mensuales, hecho que permite pensar que en otros quehaceres tal vez habría podido ganar una suma mayor. En esta forma tenemos en cuenta la ilustración y competencia de la señorita Julia Olarte de Castro, según así se ha solicitado".

El perito de la Nación, doctor Nicolás García Samudio, avaluó estos perjuicios en la suma de $ 5,040.

El artículo 721 del C. J. dice así:

"Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

El avalúo de los doctores Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira reúne estas condiciones, pues es uniforme, explicado y debidamente fundamentado. La Sala está en el deber de acogerlo y de sujetar a ese avalúo el monto de la indemnización por lo que se refiere a la segunda petición de la demanda.

Sobre la manera como debe interpretarse la disposición transcrita y las demás que reglamentan lo relativo a avalúos, el apoderado de los demandantes adujo el concepto de los doctores Eduardo Rodríguez Piñeres y Santiago Ospina, que dice así:

"Nos consulta usted cómo debe estimar un juez el avalúo hecho por dos peritos que llene las condiciones de ser 'uniforme, explicado y debidamente fundamentado'.

"A nuestro juicio, los artículos 721 y 723 del Código Judicial resuelven claramente el punto que fue estudiado a espacio por la Comisión redactora de dicho Código, de la que formamos parte, la que lo resolvió adoptando el término medio entre dos sistemas extremos: el del Código Judicial antiguo, que dejaba al juez verdadera soberanía para apreciar los dictámenes periciales y el del Código que fue la ley 193 de 1923 que, por el contrario, dio al dictamen pericial fuerza tal que obligaba al juez a tomarlo como prueba plena siquiera lo encontrara infundado.

"La comisión, situándose como dijimos en el justo medio, dio al avalúo pericial fuerza de plena prueba, siempre que fuera obra de dos expertos y 'uniforme, explicado y debidamente fundamentado' (C. J., a. 721), y dejó al Juez potestad para tener como plena prueba, en los demás casos, al dictamen que no diera lugar 'a la menor duda'. (C. J., a. 722).

"Y para acentuar más la diferencia que establecía se dijo en el artículo 723 que, 'fuera de los casos mencionados en los dos artículos anteriores, la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

"De que rectamente se sigue que un avalúo no puede ser apreciado por el juez de distinta manera de como se hizo por dos peritos sino cuando es uniforme, o no es explicado, bien o mal, o no aparece fundado, bien o mal".

La Sala estima que cuando se trata de avalúos y el dictamen es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, no es posible desecharlo, porque a ello se opone el artículo 721 del C. J., que es suficientemente claro y explícito. Pero debe entenderse que al decir la disposición referida que el dictamen debe ser "debidamente fundamentado"

para que constituya plena prueba, ha querido que se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone.

Tercera petición

La tercera petición de la demanda es la siguiente:

"Que la Nación debe pagar a la sucesión ilíquida del menor Luis Olarte Borda, la cantidad de $ 75.000, o la que fijen los peritos, en el término probatorio de este juicio, como perjuicios por la muerte de sus padres, señores Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte y por la muerte de su hermana Alicia Olarte Borda, ocurrida el 21 de abril de 1930, con motivo del siniestro de que se habla en el punto primero, o sea el choque ocurrido entre un tren del ferrocarril Central del Norte y el automóvil Nº 845, que conducía el chofer Luis Llanos".

El Tribunal, en su sentencia, llegó a las siguientes conclusiones en relación con la petición tercera, las cuales acoge la Sala, con excepción de lo relativo al monto de los perjuicios, los cuales, como se verá más adelante, fueron fijados por peritos en la segunda instancia:

"Atrás se dijo que en los autos está acreditado que Luis Olarte de Castro y Rosa Borda, fueron padres legítimos del menor Luis Olarte Borda, y está también demostrado que éste fue hermano de Alicia. Pero, como también quedó ya establecido, no hay en los autos prueba sobre el orden en que fallecieron Luis Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte y Alicia Olarte, por eso la sucesión de Luis Olarte Borda no puede pretender el ejercicio de acción alguna que exista o haya existido en la sucesión de sus padres por razón de la muerte de Alicia; por la sencilla razón de que de conformidad con lo dispuesto en el art. 1015 del C. C., cuando dos o más personas llamadas a suceder a otra, han perecido en un mismo acontecimiento, no hay lugar a sucesión alguna entre ellas, luego los padres de Alicia no fueron sus herederos, y no pudieron trasmitir a Luis Olarte Borda una herencia que no adquirieron.

"Para que prospere la acción que se estudia, en lo que se refiere a la muerte de los padres del menor Luis Olarte Borda, es preciso que se hallen acreditados en los autos los mismos elementos enunciados atrás, al analizar la acción entablada por Cleofe Castro de Olarte respecto de la muerte de Julia Olarte, por tratarse exactamente del mismo caso en una y otra acción.

"Al estudiar el contenido de la petición segunda, se analizaron los medios probatorios traídos al expediente en relación con los elementos que se han enunciado, y se ha deducido la conclusión de que esos elementos aparecen acreditados. Solamente deben analizarse ahora los medios probatorios que se refieran a la muerte de Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte, para saber si ellos en realidad murieron a consecuencia del accidente ferroviario ocurrido el 21 de abril de 1930.

"La copia de la diligencia de levantamiento de los cadáveres, practicada por el inspector 2º municipal, transcrita atrás, acredita que este funcionario encontró en el lugar mismo de los acontecimientos, el cadáver de Luis Olarte de Castro, y que al trasladarse a la casa de Salud de Marly, encontró allí el cadáver de Rosa Borda de Olarte, diligencia que principió a practicarse a las cuatro menos cinco minutos de la tarde de ese día, es decir, momentos después de ocurrido el siniestro. En la copia de las partidas de defunción, expedidas por la oficina necrológica, se expresa que la causa de la muerte de las personas nombradas, fue la fractura del cráneo y hemorragia cerebral, según certificado del médico doctor Manuel V. Peña. Para el Tribunal, el contenido de estos documentos, unido al dicho de los testigos Bernardino Rodríguez y Juan N. Pérez, es prueba suficiente de todos estos hechos: de la muerte, de la causa de ella, del accidente o siniestro en donde recibieron las heridas que la ocasionó; y por lo demás, no se ha puesto en duda que estas personas perecieron en ese siniestro.

"Para Luis Olarte Borda, la muerte de sus padres, dada la edad que aquél tenía, indudablemente le causaba perjuicios materiales, y la acción que el menor tuviera para cobrarlos, la trasmitió a sus herederos. Por consiguiente, esta acción debe acogerse. Mas, como no hay prueba que establezca en qué consisten los perjuicios materiales que se cobran, deberán determinarse al cumplirse este fallo.

"Debe, pues, acogerse el contenido de la petición tercera, en cuanto esta acción tiene como fundamento la muerte de Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte, y desecharse en lo demás".

Los peritos doctores Rubén Jaramillo Arango y José A. Gutiérrez Ferreira, avaluaron los perjuicios sufridos por el menor Luis Olarte Borda con motivo de la muerte de su padre, en la suma de $ 19.200. Fundaron su dictamen en las siguientes razones:

"Al fijar los perjuicios materiales sufri-

dos por el menor Luis Olarte Borda con motivo de la muerte de sus padres Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte y de su hermana Alicia Olarte Borda, queremos llamar la atención a los siguientes hechos que se encuentran demostrados en el expediente o que rectamente se deducen de los mismos hechos:

"a) Que Luis Olarte de Castro era empleado de la señora Belén Alonso v. de Gómez, con el carácter de Administrador de varias haciendas de dicha señora, empleo en el cual gozaba de una asignación mensual de $ 100.00 moneda corriente.

"b) Que como tal, tenía derecho a vivir con su familia en las casas de la hacienda y cuando venía a Bogotá se alojaba en casas de propiedad de la señora Belén Alonso de Gómez, todo lo cual no puede calcularse en una suma menor de $ 20.00 mensuales.

"c) Que como empleado tenía derecho a mantener en las haciendas de la señora Belén Alonso v. de Gómez, de 10 a 15 animales, lo que representa una suma mensual no menor de 10 pesos moneda corriente, si se tiene en cuenta lo que ordinariamente se acostumbra a pagar en nuestras tierras calientes por el mantenimiento de un animal en una hacienda.

"ch) Que el señor Luis Olarte de Castro tenía derecho a retirar de las haciendas que administraba, algunos elementos para su sostenimiento personal y el de su familia, tales como leña, leche, hortalizas, plátanos, yucas y demás productos de nuestras tierras cálidas, todo lo cual representa una suma mensual no menor de $ 20.00, pues la sola leche a que tenía derecho el señor Luis Olarte de Castro, casi alcanzaba a valer esa suma, con sólo considerar que éste tenía varios hijos menores.

"d) Que si tenía derecho a mantener animales en las haciendas, de 10 a 15, era porque se ocupaba en negocios particulares y que tales negocios debían producirle alguna suma, que hemos calculado en $ 20.00 mensuales, pues aún suponiendo que Olarte de Castro fuera un mal negociante, no se puede concluír que sus iniciativas particulares le produjeran una suma menor, tanto más si se tiene en cuenta que a un solo animal de los que él tenía derecho a mantener en las haciendas, podía ganarle esa suma. Pero queremos colocarnos en el supuesto más desfavorable para la parte demandante y aún llegar hasta concluír que el señor Luis Olarte de Castro era un mal negociante, que no debía serlo, porque no debe olvidarse que era empleado de una rica propietaria y no un empleado cualquiera, sino el Administrador general de las haciendas en tierra caliente de esa propietaria.

"Si tenemos en cuenta los hechos anteriores y las deducciones que se sacan fácilmente de tales hechos, se llega a la conclusión de que el señor Luis Olarte de Castro era una persona que producía mensualmente la cantidad de $ 170.00 m/c., cuando menos. Pero siguiendo el mismo procedimiento que adoptamos al avaluar los perjuicios ocasionados con la muerte de la señorita Julia Olarte de Castro, es preciso deducir de la suma de $ 170.00 mensuales que ganaba el señor Luis Olarte de Castro, lo que éste empleaba en sus gastos estrictamente personales, que para nosotros debía ascender a la cantidad de setenta pesos mensuales, no obstante que esta suma si se quiere puede estimarse como elevada. Todo esto trae como consecuencia que el perjuicio material sufrido por el menor Luis Olarte Borda, quede representado en la cantidad de $ 100.00 mensuales, o sea la diferencia entre lo que su padre producía mensualmente y lo que gastaba mensualmente en sus gastos exclusivamente personales.

"Y como el señor Luis Olarte de Castro tenía la edad de 44 años a la fecha de su muerte, y como según las tablas de mortalidad que acostumbran las compañías aseguradoras, una persona de esa edad debe sobrevivir 22 años más, aproximadamente, o sea que en el presente caso Luis Olarte de Castro debía alcanzar la edad aproximada de 66 años al no haber ocurrido el siniestro, nos parece que el perjuicio material sufrido por el menor Luis Olarte Borda, no puede extenderse más allá de la fecha de la supervivencia probable de su padre. Además, como a mayor edad disminuye la capacidad productora del hombre, estimamos justo que durante los diez primeros años de supervivencia el perjuicio material ocasionado con la muerte del señor Luis Olarte de Castro a su hijo, se estime en la cantidad de cien pesos ($ 100.00) mensuales, y durante los doce años restantes de supervivencia probable, sólo en la cantidad de cincuenta pesos ($ 50.00) mensuales. Y en esta forma tenemos el siguiente resultado:

"Diez años a razón de $ 100.00 mensuales ..... $	12.000
"Doce años a razón de $ 50.00 mensuales ..... $	7,200
"Total del perjuicio material .. $	19,200

"Por manera que avaluamos en la cantidad de diez y nueve mil doscientos pesos

($ 19,200.00) el perjuicio material sufrido por el menor Luis Olarte Borda con motivo de la muerte de su padre, el señor Luis Olarte de Castro.

"Expresamente reproducimos aquí las razones que expusimos anteriormente al hacer el avalúo relacionado con la señorita Julia Olarte de Castro, sobre representación de la vida humana por un capital, criterio seguido por la doctrina y jurisprudencia universales en este particular y lo dispuesto por el decreto legislativo que estableció el impuesto denominado de la Cuota Militar, pues ahora existen las mismas razones.

"Agregamos que deben tenerse muy en cuenta las ventajas de una posición como la del señor Luis Olarte de Castro, administrador de los bienes de una señora muy distinguida, que tenía para con él toda clase de consideraciones, posición que naturalmente suministra los elementos necesarios para la vida y permite una gran tranquilidad. Si el señor Luis Olarte de Castro, según parece, no dejó capital, débese evidentemente a que él gastaba todo en su casa, ya que no consta que tuviera vicios de ninguna naturaleza, por lo cual el perjuicio material sufrido es necesariamente más profundo y directo, porque desapareció con la muerte la persona que invertía en su casa más de $ 100.00 mensuales.

"Por último, como para los segundos doce años hemos descontado el 50 por 100 de lo que hemos pensado que gastaba en el sostenimiento de su casa durante los diez primeros años, resulta que queda un promedio de producido mensual del señor Luis Olarte de Castro, de $ 75.00 mensuales, es decir, que el avalúo en definitiva viene a ser esta suma, lo que equivale a que apreciamos como perjuicio material causado por la muerte de una persona que producía de $ 170.00 a $ 180.00 mensuales, sólo la cantidad de setenta y cinco pesos también por mes.

"En cuanto a los perjuicios materiales sufridos por el menor Luis Olarte Borda por la muerte de su madre la señora Rosa Borda de Olarte, nos permitimos observar que tales perjuicios quedan comprendidos en los perjuicios materiales por la muerte del señor Luis Olarte de Castro, padre del menor, quien era la persona que suministraba todo lo necesario para el sostenimiento de la casa y consecuencialmente del menor. Es verdad que quedan por fuéra los cuidados y atenciones personales que la madre prestaba al menor, así como la dirección y educación del menor por parte de la madre, pero respecto de esto hemos llegado a la siguiente conclusión: Que con la suma que hemos fijado como perjuicios materiales por la muerte del señor Luis Olarte de Castro, hubiera podido el menor reemplazar, imperfectamente desde luego, en sus primeros años, el apoyo y asistencia de la *madre*; y que lo relativo a la educación del menor, en lo que atañe a la madre, se comprende en los perjuicios morales de que luégo hablaremos.

"Y por lo que hace a los perjuicios sufridos por el menor por la muerte de su hermana Alicia Olarte Borda, no hay en el expediente elementos suficientes para una determinación en este caso, pues ni siquiera se encuentra establecido que la menor Alicia Olarte Borda hubiera sobrevivido a sus padres. Pero de todos modos, hemos tenido en cuenta que los derechos, ventajas o privilegios materiales que hubieran podido ser trasmitidos por el señor Luis Olarte de Castro a su esposa, como cónyuge sobreviviente, y a su hija Alicia Olarte Borda, en definitiva vinieron a quedar radicados en la persona del menor Luis Olarte Borda, y así pensamos que todo lo que el padre invertía en la casa, la holgura de ésta, sus buenos servicios, todo eso se convierte en perjuicio material para el menor, al resultar con que la muerte del padre y de las otras personas mencionadas produjeron como consecuencia que desapareciera esa casa y que él dejara de gozar de las comodidades materiales que ella le proporcionaba".

El perito doctor Nicolás García Samudio avaluó estos perjuicios en la suma de $ 10,-200.

El señor Procurador General de la Nación tachó los dictámenes periciales por error grave y el apoderado de los demandantes, por su parte, pidió ampliación del concepto pericial. El Magistrado sustanciador, en auto de doce de junio de 1935, declaró que no había lugar a declarar erróneos los dictámenes y resolvió "que los peritos señores doctores Rubén Jaramillo Arango, José A. Gutiérrez Ferreira y Nicolás García Samudio funden los dictámenes que han rendido en relación con la apreciación que han hecho de los perjuicios sufridos por el menor Luis Olarte Borda, y teniendo en consideración las observaciones que sobre el particular deja hechas la Corte".

Los peritos, con fecha 9 de julio de 1935, ampliaron su exposición en la forma solicitada por el señor Magistrado sustanciador.

La Sala estima que el dictamen de los peritos en relación con el avalúo de los perjuicios de que trata el punto tercero de la demanda, está debidamente fundado y satisfactoriamente explicado, por lo cual hace plena prueba, de conformidad con el artículo 721 del C. J., y debe aceptarse.

Para el avalúo de los perjuicios deben situarse los peritos en el momento en que los daños se causaron y apreciar las circunstancias del hecho en el instante en que se originó. Al ocurrir el siniestro que ha dado motivo a este juicio, en el cual perecieron los señores Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte, el menor Luis Olarte Borda adquirió legalmente el derecho a ser indemnizado por los perjuicios sufridos por la muerte de sus padres, derecho que trasmitió a sus herederos. El fallecimiento del menor Olarte Borda, ocurrido dos días después, no puede estimarse como circunstancia que haga desaparecer el derecho que él ya había adquirido y que por causa de su muerte trasmitió a sus herederos. Por tanto, es procedente la acción iniciada en el punto tercero de la demanda, por medio de la cual se reclama para la sucesión ilíquida del menor Luis Olarte Borda el valor de los perjuicios ocasionados por la muerte de sus padres, perjuicios que han sido avaluados en la suma de $ 19,200.

El señor apoderado de los demandantes, en su alegato de conclusión, hace las siguientes consideraciones sobre este problema, que la Sala encuentra jurídicas y que coinciden con la opinión expresada por el Tribunal en el fallo de primera instancia:

"Por estas razones, los peritos tenían que considerar, para su avalúo, que el menor vive aún y que su existencia imaginariamente está prolongada de acuerdo con las tablas probables de supervivencia. La muerte del menor, ocurrida más tarde por causa violenta y culposa, no destruye ni puede aniquilar aquellos cálculos ni la existencia de los derechos a que ellos se refieren. Tampoco era el caso de pensar en la venida de nuevos hijos al matrimonio, ni en los gastos que demandara la atención de la madre, porque ésta falleció al tiempo con su esposo, y el menor fue el único sobreviviente.

"Estoy seguro de que la Corte no podrá acoger la falsa teoría que he refutado, y espero que al considerar este capítulo de la demanda no se pierda de vista la gravedad de semejante tesis, ya que ella equivale a sostener que entre más graves sean las consecuencias del accidente, la responsabilidad de la Nación sería gravísima porque tendría que indemnizar por separado a la madre y a los dos hijos; si hubieran perecido solamente el padre y la madre, la responsabilidad disminuía, porque desaparece la indemnización debida a esta última; pereciendo los padres y la menor Alicia, la indemnización es menor porque sólo se debe a uno de los hijos, suponiendo que éste quedara sano y salvo; pero como el accidente no le dejó a Luis Olarte Borda sino dos días de vida, la indemnización debe reducirse a este corto lapso.

"La doctrina de los autores establece que "el agente está obligado a resarcir o reparar el daño entero que se ha derivado directa o indirectamente de su hecho ilícito". (v. Chironi, T. 2, pág. 252). De manera que si el hecho ilícito ha provocado directamente la agravación del daño, como en el caso del menor Luis Olarte Borda, que le acortó los días de su vida, el agente está obligado a la reparación total sin consideración a esas circunstancias".

Cuarta petición

La cuarta petición de la demanda está concebida en estos términos:

"Que la Nación debe pagar a mis poderdantes por mitad, la cantidad de $ 50,000, o la que fijen peritos durante el término probatorio de este juicio, como perjuicios morales por la muerte de los señores Luis Olarte de Castro, Julia Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte, Luis Olarte Borda y Alicia Olarte Borda, ocurrida con motivo del siniestro de que se habla en el punto primero, o sea el choque entre un tren del ferrocarril Central del Norte y el automóvil Nº 845 que conducía el chofer Luis Llanos".

El Tribunal declaró en la sentencia que la Nación está obligada a pagar los perjuicios morales reclamados, los que deben ser determinados al cumplirse el fallo. Este se apoya en la doctrina sentada por la Corte con fecha 21 de julio de 1922.

Los peritos doctores Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, avaluaron los perjuicios morales en $ 5,000 para el señor Alfredo Borda y en $ 8,000 para la señora Cleofe de Castro de Olarte. En este avalúo estuvo de acuerdo el perito doctor García Samudio.

En oportunidad el señor Procurador tachó el dictamen de los peritos por haber avaluado los perjuicios morales, por considerar que de acuerdo con nuestra legislación no es posible aceptar la existencia de perjuicios morales desvinculados de un daño patrimonial. La Sala, en auto de fecha 12 de junio de 1935, dijo lo siguiente sobre este punto:

"III. El señor Procurador General de la

Nación tacha también por error las apreciaciones de los peritos al fijar los perjuicios, tanto desde un punto de vista material como desde un punto de vista moral, ocasionados a los demandantes señora Cleofe de Castro de Olarte y el señor Alfredo Borda. El objetante afirma que de acuerdo con nuestra legislación no es posible aceptar la existencia de perjuicios morales desvinculados de un daño patrimonial, y en que los peritos están de acuerdo en que los demandantes, si bien sufrieron una pena aflictiva con la muerte de sus parientes, esta muerte no tuvo ninguna repercusión en su patrimonio, quedando por tanto totalmente desvinculada de un daño patrimonial; y que de consiguiente avaluar en dinero la pena aflictiva en sí misma, sin repercusión alguna en el patrimonio, constituye un grave error.

"La observación que hace el señor Procurador no prueba precisamente el error en que dice incurrieron los peritos, por cuanto la misma naturaleza de los daños causados —que se supone son morales—, descarta la posibilidad de percibir objetiva y materialmente las repercusiones en el patrimonio de las personas afectadas con los daños morales. La observación del objetante tiene su importancia como base para calcular la posibilidad de los perjuicios morales, pero no para desechar la estimación verificada por los peritos.

"A su debido tiempo, en la sentencia, la Corte sabrá darle valor a la observación que hace el señor Procurador General de la Nación para determinar en dinero la cuantía de los perjuicios morales".

Se observa:

El daño se divide en patrimonial y moral. Existe el primero cuando hay una disminución del patrimonio. El daño moral proviene de un hecho ilícito que ofenda, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado. La reparación pecuniaria por el daño moral, se ha aceptado por la mayor parte de las legislaciones, no obstante las opiniones de eminentes tratadistas que se oponen a que se aprecie en dinero el daño moral. La Corte, en la sentencia a que hace referencia el Tribunal, y en la de fecha 22 de agosto de 1924, sentó la doctrina de la reparación del daño moral. Para sustentar en este caso la reparación en dinero, la Corte acogió las siguiente opiniones del Profesor Nicolesco:

"Hoy el dinero constituye casi el único medio de reparación. Pero si bien es cierto que tiene siempre por objeto procurar al lesionado una satisfacción, su acción no es la misma en todos los casos. Al lado de la penal, de la cual no se trata aquí por ser del dominio del derecho público, el dinero llena otras dos funciones en el dominio del derecho civil: una función de equivalencia ("verum pretium, rei estimatio, quanti ea res est, id quod interest") cuando se trata de reconstruír un patrimonio menoscabado, y una función puramente satisfactoria, cuando se trata de un perjuicio no patrimonial.

"Cómo llenará esta última función? Bien entendido que no será reemplazando el dolor experimentado, los afectos perdidos, pero sí, haciéndolos menos sensibles, borrando, si ello es posible, las consecuencias de esas sensaciones; no colocando al damnificado en condiciones de rehacerse de los bienes que ha perdido, pero sí, abriéndole una nueva fuente de alivio y de bienestar.

"Gracias al dinero podrá procurarse sensaciones agradables que vendrán a contrarrestar, a compensar las sensaciones dolorosas o desagradables que ha experimentado. En la vida ordinaria también el dinero tiene no solamente la función de proveer a las necesidades materiales del hombre, sino que con él se satisfacen también las necesidades morales, intelectuales y artísticas".

Pero la reparación de los perjuicios morales no debe ser ilimitada ni puede aceptarse como una regla general para todos los casos de indemnización por daños civiles. El caso estudiado por la Corte era especialísimo y peculiar para sentar la doctrina de la reparación de los perjuicios morales, porque en él no se contemplaba un hecho de daño patrimonial: la señora Emilia Santamaría de Villaveces falleció en esta ciudad el 13 de noviembre de 1893; fue sepultado su cadáver en la bóveda 102 del cementerio de la ciudad, la cual compró el señor León F. Villaveces, esposo de la señora Santamaría. En el mes de marzo de 1914, los restos fueron exhumados por los empleados del cementerio, sin contar con el señor Villaveces, y la bóveda fue destinada para sepultar otro cadáver. El señor Villaveces demandó al Municipio de Bogotá por los perjuicios, y la Corte, Sala de Casación Civil, condenó a la entidad demandada a pagar al actor la suma de $ 3.000 en que fueron avaluados los perjuicios morales y a devolverle la bóveda. Para apreciar los perjuicios, los peritos dijeron:

"Pues bien, en el presente caso podemos afirmar que no obstante la falta de intención dolosa del Municipio o sus agentes, quienes al extraer indebidamente los restos de la señora de Villaveces y arrojarlos a la fosa común no pudieron tener el propósito de agraviar al demandante, lo que sin duda

debe tenerse en cuenta para regular con espíritu de benevolencia a favor del demandado la indemnización que debe abonar, es lo cierto que el daño moral a Villaveces fue positivo, porque hay datos elocuentes que revelan la profunda estimación, el gran valor de afecto, que él cultivaba por las cenizas de su esposa, ya que se preocupó no solamente por adquirir en propiedad la bóveda en que reposaban, sino hasta por pedir a Europa la lápida. Si a esto se agrega la buena posición social de Villaveces y su señora, su educación y espíritu cultivado, fácilmente se comprende que el pesar sufrido por aquél, al privársele de los referidos restos, tuvo que ser intensísimo. Ese dolor, traducido en los desvelos y demás alteraciones, en un viejo, sin duda reclama y admite un valor que indemnice el daño causado". Los peritos resolvieron fijar la indemnización en el equivalente de un monumento artístico.

Algunas legislaciones tienen disposiciones claras y terminantes sobre la reparación de los perjuicios morales. La de Suiza dice en el artículo 48 del Código de las obligaciones: "El que sufre un atentado ilícito en sus intereses personales, puede reclamar en caso de culpa (delictual o cuasidelictual) daños y perjuicios y además una suma de dinero a título de reparación moral cuando ésta se justifique por la gravedad del perjuicio sufrido y de la culpa". En el derecho polaco el artículo 166 del Código respectivo establece: "En caso de muerte de la víctima por consecuencia de lesión corporal o de turbaciones de la salud, el tribunal puede conceder una suma conveniente a los miembros de la familia más próximos del difunto o la institución por ellos designada, a título de satisfacción por el perjuicio moral que hayan sufrido".

En nuestra legislación, como en la francesa, no existe un texto preciso que consagre de una manera real e inequívoca el carácter de la acción en lo relativo a la reparación de daños morales. Ha correspondido a la jurisprudencia la determinación del alcance que tienen los preceptos del Código Civil. La doctrina de la Corte que se ha citado, se ha tomado como la base del reconocimiento de los perjuicios morales; pero esa doctrina tiene, como se ha visto, su limitación, por cuanto sólo se refiere a los casos en que no es posible la apreciación de los perjuicios patrimoniales.

Cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe, de acuerdo con los preceptos de nuestra legislación, hacer una apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material, envuelve en sí misma una satisfacción por los perjuicios morales. En los casos en que no ha podido hacerse una apreciación del daño patrimonial y son evidentes los perjuicios de carácter moral, es procedente la estimación de éstos en dinero, siguiendo la doctrina sentada por la Corte, que tiene su apoyo en las opiniones de eminentes tratadistas y en los principios consagrados en otras legislaciones.

En el caso que se estudia se apreciaron los perjuicios patrimoniales ocasionados por la muerte de Luis Olarte de Castro, Julia Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte. Por tanto, no es procedente la estimación en dinero de los daños morales. No ocurre lo mismo con relación a la muerte de Luis Olarte Borda y Alicia Olarte Borda, y por consiguiente, la petición cuarta de la demanda debe acogerse con referencia a dichas personas. Haciendo una rebaja proporcional del avalúo de los peritos, la Sala estima los perjuicios morales causados a los demandantes por la muerte de Luis Olarte Borda y Alicia Olarte Borda, en la suma de cuatro mil pesos ($ 4,000); o sea, dos mil pesos ($ 2,000) para cada uno, estimación que no es excesiva y que está de acuerdo con la equidad y la justicia y con las tendencias modernas del derecho, que le dan a la vida humana un valor económico, con más razón si se trata de la vida de un hijo o de un descendiente que constituye una esperanza fundada para el futuro.

Quinta petición

Como petición subsidiaria a la tercera, los demandantes solicitan el reconocimiento y pago de perjuicios por la muerte de Luis Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte y Alicia y Luis Olarte Borda. No es el caso de entrar a estudiar esta petición, por cuanto se declaró procedente la principal.

El Tribunal estima que como en esta petición se ha iniciado acción por perjuicios por la muerte de Alicia Olarte Borda, es el caso de considerarla. Llega a la conclusión la sentencia de que no puede prosperar la demanda en este punto, porque no hay prueba en el expediente de tales perjuicios patrimoniales, opinión que acoge la Sala por encontrarla fundada.

Sexta petición

Dice así:

"Que la Nación debe pagar a mi mandante, señor Alfredo Borda P., el valor de los

gastos de clínica, atención médica y entierro de Julia Olarte de Castro, Luis Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte, Alicia Olarte Borda y Luis Olarte Borda, gastos ocasionados con motivo del siniestro de que se habla en el punto primero petitorio de esta demanda, o sea el choque de un tren del ferrocarril Central del Norte con el automóvil Nº 845 que conducía el chofer Luis Llanos, y que tuvo lugar el 21 de abril de 1930 en el ángulo que corta la calle 48 con la carrilera del Ferrocarril citado".

El Tribunal dijo lo siguiente, en relación con esta solicitud:

"Los gastos a que alude esta petición, gravan las sucesiones de las personas muertas; por lo mismo, es a éstas sucesiones a quienes se les deben cobrar esos valores, salvo que se estimaran como un elemento del perjuicio material por haber tenido que efectuar tales gastos el actor, y en este supuesto quedan comprendidos en la acción tendiente a su reconocimiento.

"Si el demandante Borda pagó el valor de las atenciones médicas, gastos de clínica y entierro, tiene derecho a que las sucesiones de las personas nombradas se las reconozcan, pero no para que un tercero se las pague.

"En consecuencia, esta última petición debe también desecharse".

Los peritos consideraron que estos gastos debían sufragarse por las sucesiones de las víctimas, y que en definitiva quedan englobados en los perjuicios avaluados; en la ampliación del dictamen, con fecha 9 de julio de 1935, manifestaron que esos gastos son asunto de prueba y que por tanto carecía de objeto que hicieran una estimación de ellos, toda vez que tendrían que reducirse a sumar los comprobantes.

Sobre el particular dice el apoderado de los demandantes lo siguiente:

"El primero de los argumentos carece en absoluto de fundamento. Los gastos de clínica y atención médica hacen parte integrante del daño causado por el siniestro, y para ello basta recordar la ley 57 de 1915, sobre accidentes de trabajo, en la cual se comprende como parte principal de la indemnización la asistencia médica necesaria. Los gastos de entierro gravarían a las sucesiones de las víctimas, en caso de que éstas, por medio de sus sucesores, demandaran el perjuicio; pero en este caso sólo se encuentra la sucesión del menor Luis Olarte Borda. Las sucesiones de Luis Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte, Julia Olarte de Castro y Alicia Olarte Borda, personalmente no están reclamando indemnización alguna.

"El demandante Alfredo Borda P., por la circunstancia de haber desaparecido toda la familia, se vio obligado a sufragar los gastos necesarios para el sepelio de las víctimas, y no puede negarse que esto constituye un perjuicio pecuniario directo de la injuria.

"Estoy de acuerdo con el segundo de los argumentos de los peritos, y creo que el fallo debe recaer conforme a las pruebas que existen en el expediente.

"Al folio 31 del cuaderno Nº 4, aparece una cuenta por $ 200, pagados a la casa de salud de Manuel V. Peña, referente a servicios médicos prestados a las víctimas; al folio 32 del mismo cuaderno aparece otra cuenta debidamente cancelada, por $ 982, valor de los gastos por sepelios de Rosa Borda de Olarte, Luis Olarte de Castro, Julia Olarte de Castro y Alicia Olarte Borda; y por último, al folio 53 corre la cuenta de la Casa de Salud de Marly, por $ 100, los cuales no se han cubierto".

La Sala observa:

Por regla general los gastos de clínica, atención médica y entierro, se cargan a la sucesión. (Art. 1016 del C. C.). Pero cuando se trata de un accidente, es obvio que deben formar parte de la indemnización que debe pagar la persona o entidad responsable. En estos casos no pueden seguirse las reglas relativas a la sucesión, de que trata el Libro III del C. C., sino las relativas a la responsabilidad común por los delitos y las culpas, señaladas en el Título XXXIV de la misma obra. La sucesión no tiene por qué gravarse con un gasto ocasionado por la culpa de que conforme a la ley son responsables terceras personas.

Como no hubo apreciación de los gastos por parte de los peritos y aparecen comprobados en el expediente, en la forma en que lo expresa el apoderado de los demandantes, se deben sumar las cantidades mencionadas para señalar el monto de la indemnización que por este concepto debe pagar la Nación al señor Alfredo Borda P., teniendo en consideración que en el expediente existe la prueba de que dicho señor pagó las cuentas de $ 200 a la casa de salud de Manuel V. Peña y de $ 982 por gastos de sepelio, y de que debe a la casa de salud de Marly la suma de $ 100. Los gastos ascienden a la suma de $ 1,282.

EXCEPCIONES

Petición antes de tiempo o de modo indebido

Al contestar la demanda, el Fiscal 1º del Tribunal Superior de Bogotá, propuso excepciones. La de petición antes de tiempo

o de modo indebido le hace consistir en que la acción judicial se entabló antes de estar fallada la acción administrativa, de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 27 de la ley 76 de 1920.

La Corte ha sostenido en diversos fallos que el derecho de los damnificados por siniestros ferroviarios para intentar las acciones judiciales sobre reparación de los daños, derecho que deja a salvo la ley 76 de 1920, no puede subordinarse a la acción administrativa señalada por el artículo 27 de la ley citada. No hay razones fundadas para variar esta doctrina y por tanto no puede estimarse comprobada la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido. En sentencia de fecha 22 de febrero de 1936, publicada en la Gaceta Judicial, Nos. 1901 y 1902, página 559, se estudió ampliamente el punto y se llegó por la Sala a las siguientes conclusiones:

"El artículo 27 de la ley 76 de 1920, dice así:

"Artículo 27.—Ocurrido algún accidente, o efectuada alguna de las faltas de que trata el artículo anterior, la primera autoridad política levantará una información sumaria de lo acaecido y la remitirá al Ministerio de Obras Públicas.

"El Ministro, en vista de las informaciones que reciba y de los demás datos que pueda allegar, fijará la multa o monto de la indemnización que debe pagar la empresa, después de procurar el arreglo amistoso en el caso de indemnización a particulares, dejando a salvo los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial".

"La disposición transcrita contiene una obligación para la primera autoridad política del lugar, que es la de levantar una información sumaria de lo acaecido y remitirla al Ministerio de Obras Públicas. Pero este procedimiento no puede perjudicar la acción de los ciudadanos de ocurrir al Poder Judicial en demanda de sus derechos; por el contrario, la disposición mencionada deja a salvo de manera expresa los derechos de las partes para recurrir al Poder Judicial.

"La vía administrativa indudablemente se concede como un medio más rápido y más expedito para obtener el cumplimiento de ciertas obligaciones; pero ella no puede perjudicar el derecho de los ciudadanos para intentar las acciones civiles que creen tener para hacer aquéllas efectivas.

"El derecho de los damnificados por siniestros ferroviarios para intentar las acciones judiciales sobre reparación de los daños, no puede subordinarse a la acción administrativa que señala el artículo 27 de la ley 76 de 1920, porque el procedimiento allí señalado es una obligación de la primera autoridad política, cuyo cumplimiento no depende de la voluntad de la persona interesada en la reparación del daño y porque la disposición mencionada hizo, como ya se ha visto, expresa salvedad de los derechos de las partes para el ejercicio de las acciones judiciales. Si la ley hubiera querido subordinar la acción judicial al cumplimiento previo del procedimiento administrativo, lo habría dicho expresamente; pero como no existe ese mandato legal, la equidad y la justicia indican que la interpretación del precepto comentado de la ley 76 de 1920 no puede ser otra que la que expone la Sala en estos considerandos.

"Sería injusto dejar el derecho de los damnificados a merced de la voluntad de las autoridades. Si éstas no dan cumplimiento a la obligación de iniciar el procedimiento administrativo, el derecho de los ciudadanos para entablar la acción judicial se ve suspendido, con peligro de ser extinguido por la prescripción que el artículo 2358, inciso 2º del C. C., fija en el corto tiempo de tres años".

Inexistencia de la obligación

La excepción de inexistencia de la obligación que se demanda, no puede prosperar de acuerdo con lo expuesto anteriormente, porque después de un análisis detenido de las pruebas y del derecho de los demandantes, se ha llegado a la conclusión de que sí existe la obligación demandada.

CONCLUSIONES

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, falla:

Primero—La Nación, como propietaria que es de la empresa del Ferrocarril Central del Norte, es responsable y por consiguiente debe pagar los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo del siniestro ocurrido el 21 de abril de 1930 en el punto que corta la calle 48 de esta ciudad con la línea del mismo ferrocarril, de conformidad con las declaraciones de esta sentencia.

Segundo—Se condena a la Nación a pagar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, a la señora Cleofe Castro de Olarte, la cantidad de cuatro mil ochocientos pesos ($ 4,800), como perjuicios por la muerte de su hija, la señorita Julia Olarte de Castro, ocurrida el 21 de abril de 1930, en el sinies-

tro de que se habla en el punto anterior, o sea, en el choque entre un tren de dicho ferrocarril y el automóvil N° 845 que conducía el chofer Luis Llanos.

Tercero—Se condena a la Nación a pagar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, a la sucesión ilíquida de Luis Olarte Borda, representada en este juicio por sus ascendientes Alfredo A. Borda P. y Cleofe Castro de Olarte, la cantidad de diez y nueve mil doscientos pesos ($ 19,200), como perjuicios por la muerte de sus padres Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte, en el siniestro de que se habla en el punto primero.

Cuarto—Se condena a la Nación a pagar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, a los demandantes Alfredo A. Borda P. y Cleofe Castro de Olarte, por mitad, la cantidad de cuatro mil pesos ($ 4,000), como perjuicios morales por la muerte de Luis Olarte Borda y Alicia Olarte Borda, ocurrida con motivo del siniestro de que se habla en el punto primero.

Quinto—Se condena a la Nación a pagar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, al demandante Alfredo A. Borda P., la cantidad de mil doscientos ochenta y dos pesos ($ 1,282), valor de los gastos de atención médica, clínica y entierro de Julia Olarte de Castro, Luis Olarte de Castro, Rosa Borda de Olarte, Alicia Olarte Borda y Luis Olarte Borda, gastos ocasionados con motivo del siniestro de que trata el punto primero.

Sexto—Se absuelve a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda.

Séptimo—Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el señor Fiscal 1° del Tribunal Superior de Bogotá.

Queda en estos términos reformada la sentencia apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.

No obstante el respeto muy grande que me merece la autoridad científica, siempre y con justicia reconocida, de mis eminentes colegas los honorables Magistrados Eleuterio Serna y Pedro A. Gómez Naranjo, y por no haber alcanzado el honor de que ellos aceptasen el proyecto de sentencia que formulé para este negocio, me veo en el caso de exponer, a manera de salvamento de voto, las razones que tuve para sostener mi proyecto y las que tengo aún para insistir en mis puntos de vista, distintos a los del fallo, y que no me permiten suscribirlo aceptándolo.

Para mayor claridad en la exposición, sigo el orden adoptado en la sentencia al tratar de las diversas cuestiones que ella comprende.

PRIMERA PETICION

Por qué la Nación debe responder civilmente del daño

Sobre la responsabilidad de la Nación en el siniestro, llegaba el proyecto a la conclusión de que ella existía, por las razones que en seguida se expresan.

Dada la manera inesperada, repentina y en cierto modo fortuita como se verificó el accidente automoviliario, ha venido a hacerse difícil el esclarecimiento de los hechos que permitan deducir con certeza de parte de quién estuvo la responsabilidad en aquel suceso, máxime cuando desaparecieron en ese acto la mayor parte de las personas que con sus testimonios hubieran podido ayudar a hacer luz en este asunto.

Según la declaración de Bernardino Rodríguez, maquinista de la locomotora, él alcanzó a ver que el automóvil, como a unos seis metros de la carrilera, pretendía atravesarla, por lo cual inmediatamente frenó la máquina, en condiciones de emergencia, es decir, de la manera más poderosa y tocó el silbato de la máquina, pero sucedió que en aquel lugar el tren iba descendiendo, lo que hizo que la acción de los frenos fuese completamente nula y que el convoy siguiera avanzando hacia el Norte, sin poder evitar el choque con el carro. A juzgar por el relato que hace Luis Alfonso Llanos, chofer del automóvil, él intentó por varias ocasiones el paso de la carrilera del ferrocarril, sin

poderlo verificar, porque el carro tenía el motor probablemente dañado, pues se apagó antes de atravesar la carrilera, y que en momentos en que se ocupaba de prender otra vez el carro, alcanzó a dominar a larga distancia el tren que venía, en vista de lo cual llegó hasta insinuarles a los pasajeros del auto que se bajaran para aliviar la carga de él, a lo cual no accedieron por estar lloviendo, y que en vista de esto siguió haciendo esfuerzos para poder arrancar el carro de allí, pero que no lo pudo lograr, porque el tren, que iba a velocidad excesiva, no le dio tiempo y sin detenerse le ocasionó el choque al automóvil. De modo que según este testimonio, pudo haber responsabilidad de parte del maquinista por no haber detenido el tren, habiendo visto de lejos el auto; del propio chofer, por no haber tomado una medida eficiente en aquel instante para avisarle al maquinista que detuviera el tren, si era que el motor del carro no funcionaba correctamente, y responsabilidad también del dueño del automóvil o de la empresa a que pertenecía, por haber puesto en servicio un carro que no daba todas las garantías de seguridad.

Luis E. Valbuena, ayudante del maquinista, rinde un testimonio en corroboración de la parte esencial del relato del maquinista.

Como testimonios extraños, solamente se pudo recoger el de la señora Cecilia Romero de Giraldo, quien dice que ella se disponía a atravesar la línea del ferrocarril, en la calle 48, cuando alcanzó a ver el tren de carga que a esa hora llevaba una dirección Sur a Norte; que se detuvo un tanto con el objeto de que pasara el tren y que en aquellos momentos fue cuando vio aparecer en la esquina de la calle 48 un automóvil que pretendía atravesar la línea en dirección a Occidente; que en vista de que el auto iba a subir sobre la línea del tren comenzó a gritar con toda la fuerza de sus pulmones al chofer que no pasara, haciéndole al propio tiempo señas para lo mismo, y que igual cosa hizo una señora extranjera que se hallaba en la esquina de la calle 48 (declaración que no se ha recogido), pero que parece que el chofer no se dio cuenta de esos avisos o señales, y que no pudiendo ya contener la marcha del carro, intentó atravesar la carrilera, por lo cual el tren, que iba muy velozmente, como a unos veinte metros de distancia, atropelló el auto por su parte posterior, y sucedió el hecho; vio muerta a una señora y a un señor, privado a un niño y al chofer como muerto al pie de las ruedas del carro, y supo de otros heridos que fueron llevados a la casa de salud de Marly.

Para deducir la responsabilidad que por el aspecto penal pudiera corresponder a las personas inculpadas por las muertes producidas a consecuencia del accidente automoviliario, se levantó la correspondiente investigación, y al expediente se ha traído copia del auto proferido por el juez primero superior, a quien le tocó resolver sobre el particular. Según parece, las autoridades correspondientes consideraron que la principal responsabilidad la llevaba el chofer que manejó el automóvil, llamado Luis Alfonso Llanos, y como éste falleció algún tiempo después de la tragedia, se profirió, a favor de dicho sindicado, auto de sobreseimiento. En cuanto a las demás personas, el señor juez nombrado en la propia providencia, que lleva fecha 12 de febrero de 1932, expuso que no existía ningún elemento de prueba sobre su responsabilidad, y que de consiguiente, era el caso de sobreseer, también, definitivamente a su favor, y al efecto así se resolvió. Esa providencia fue confirmada por auto del Tribunal Superior, de fecha 30 de julio de 1932.

Ha quedado, de esta manera, descartada la cuestión relacionada con la responsabilidad penal de las personas naturales que fueron sindicadas como responsables del accidente ocurrido en la calle 48; y queda en tela de juicio la responsabilidad civil de las personas morales, a que por uno u otro motivo haya lugar por razón del siniestro aludido.

Precisamente este pleito va encaminado a perseguir el resarcimiento de los perjuicios que por razón de la culpa civil le puedan corresponder a la persona moral de la Nación, como dueña de la empresa del Ferrocarril Central del Norte; y se afirma que esa culpabilidad se funda en el hecho de que esta empresa no puso los medios adecuados, y a que estaba obligada, para evitar el siniestro, por cuanto el día 21 de abril de 1930 no había, en el cruce de la carrilera con la calle 48, ni barreras que cerraran en cualquier forma el paso, ni guardas encargados de impedirlo, ni cadenas, ni nada que pudiera servir a los transeúntes para darse cuenta del peligro que podían correr al atravesar la carrilera, y a propósito, en la demanda se hace mención de lo que previene el ordinal f) del artículo 26 de la ley 76 de 1920, que dice así:

"Las empresas férreas están obligadas:.. ....d) A indemnizar los daños causados a las propiedades privadas cuando sean causados por culpa de los empleados de la empresa; e) A indemnizar los daños que se causen a las personas que vayan en los trenes o que estén en las inmediaciones de las vías,

motivados por descuidos, omisiones e impericias de tales empleados; f) A estacionar guardias que impidan el paso del público en los puntos en que la línea férrea atraviesa calles, caminos o puentes. El guarda-vía impedirá el paso por medio de una cadena que tenderá a través de la vía cinco minutos antes de que haya de pasar cada tren y no lo permitirá sino después de que el tren haya pasado..."

Y la ley mencionada se expresa así por medio de su

"Artículo 8º—Es obligación de toda empresa o ferrocarril mantener la vía debidamente cercada, a uno y otro lado, salvo los pactos especiales con los colindantes. La falta de cumplimiento de esta disposición impone a la respectiva empresa la obligación de resarcir los daños y perjuicios consiguientes a la infracción.

En todos los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos, se establecerán barreras que deben cerrarse, si posible automáticamente, con la debida anticipación, antes del paso de los trenes, y abrir, después de que se efectúe.

En los lugares donde no sea posible establecer barreras, se mantendrán, permanentemente, guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes...

La infracción de las disposiciones contenidas en este artículo será castigada con multas sucesivas de diez a doscientos pesos que impondrá el Gobierno aparte de responder, en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por su omisión".

Tal es la disposición legal especial que impone el deber, para las empresas férreas, de resarcir los perjuicios que se causen por su culpa, porque la disposición general sustantiva está contenida en el artículo 2347 del Código Civil, conforme al cual "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado".

En la contestación de la demanda, dada por el señor Fiscal primero del Tribunal Superior, se alega que la empresa del ferrocarril tenía cercadas sus zonas entre Bogotá y Chapinero hasta que fueron abiertas las calles sobre la línea férrea, sin autorización alguna de la empresa, y en otro lugar se expone, por el señor Procurador General de la Nación, que la apertura de las calles se hizo con mucha posterioridad al establecimiento de la línea férrea, es decir, que la línea férrea no atravesaba camino público ninguno, ni calle alguna de propiedad del Municipio, que la línea iba por su zona propia, y que la apertura posterior de la calle 48, no puede convertir tal zona en camino público, y que consiguientemente los perjuicios no pueden cobrarse a la Nación sino al Municipio que permitió la apertura de las calles o al chofer que manejaba el auto, o a la empresa dueña del carro.

A este propósito, el Tribunal Superior da la siguiente contestación, en su sentencia, como réplica a lo alegado por el representante de la Nación:

"Las disposiciones de la ley 76 de 1920, en cuanto establecen medidas de precaución para que el funcionamiento de una empresa ferroviaria no cause perjuicio al público, son medidas que obligan a toda empresa dueña de ferrocarriles, precisamente por que están instituídas para salvaguardiar o precaver perjuicios que se le pudieran seguir al público por razón de su explotación. Y no importa que la empresa ferroviaria sea anterior al establecimiento de la calle o camino público, porque de un lado, la ley le ha impuesto las obligaciones a la empresa directamente por razón de la explotación misma, y de otro, porque aunque en el caso en cuestión sea verdad que el Municipio abrió las calles sin asentimiento de la empresa, ésta tenía medios para poder evitar la apertura de esas vías públicas, y si no los usó y ha tolerado un servicio permanente como el de una calle pública, es porque ha consentido en su apertura, por lo cual debe sufrir las consecuencias que se sigan al establecimiento de la vía pública".

El pensamiento del Tribunal puede complementarse con la aclaración de que habiendo una ley que ordena a las empresas ferroviarias mantener la vía debidamente cercada, a uno y otro lado, han debido tomarse por la empresa del Ferrocarril del Norte las medidas convenientes para el cumplimiento de esa disposición, sin lugar a hacer distinción alguna respecto de las vías transversales que cruzaban la línea del ferrocarril entonces, cuando la ley se expidió, y las vías que con posterioridad se establecieron para cruzar la misma línea. Porque de no hacerlo así, "la falta de cumplimiento de esta disposición impone a la respectiva empresa la obligación de resarcir los daños y perjuicios consiguientes a la infracción". E indudablemente, tal debe ser la interpretación que se le ha de dar a ese texto legal, ya que al juzgador le está vedado hacer distinciones donde no las ha hecho la ley, y porque, además, ése es el espíritu que informa la disposición, el de fijar nítidamente la situación de las empresas ferroviarias, respecto de las ga-

rantías y seguridades para el público en relación con los posibles perjuicios que se le originen a causa de no tomar las empresas las medidas y providencia allí prevenidas.

Definida por este aspecto la situación de la empresa del Ferrocarril del Norte, queda en un segundo plano de importancia la averiguación de si realmente la culpa fue del chofer que manejaba el automóvil o del Municipio que autorizó la apertura de la calle 48, o de la empresa dueña del auto. Si el paso en la calle 48 sobre la línea del tren hubiera estado convenientemente atendido por la empresa, la situación jurídica de ésta sería otra, y entonces sí habría lugar a profundizar más en el problema que se ha presentado para determinar inequívocamente el responsable de la catástrofe. Hay una presunción de culpa, no desvanecida hasta ahora, en contra de la empresa del Ferrocarril, impuesta por la sola circunstancia de haberse verificado el accidente automoviliario con omisión de las medidas y seguridades que han debido adoptarse para prevenirlo, de conformidad con la obligación que tenía la empresa nombrada. Porque es casi seguro que si se hubieran tomado aquellas providencias, el accidente no hubiese ocurrido, o si hubiere sucedido habría sido en circunstancias bien distintas para el ferrocarril. Y son estas consideraciones las que tiene en cuenta la Corte para deducir que se halla establecida la culpa en que incurrió la empresa citada, al omitir las precauciones que debió adoptar en favor del público para el tránsito en el cruce de la calle 48, el día en que ocurrió el accidente desgraciado que ha motivado este pleito.

SEGUNDA PETICION

Por qué debió acogerse el dictamen del perito García Samudio referente a Julia Olarte de Castro y desecharse los otros.—El artículo 721 del C. J. no obliga a los jueces a reconocer validez a un avalúo pericial mal fundado.

El fallo no analiza la cuestión propuesta por el señor Procurador sobre el modo de apreciar los dictámenes que estimaron los perjuicios materiales causados a la señora Cleofe Castro de Olarte por la muerte de su hija la señorita Julia Olarte de Castro. El proyecto concedió importancia al punto y llegó a la conclusión de que los dichos perjuicios debían apreciarse aceptando para hacerlo el dictamen del perito doctor Nicolás García Samudio, desechando en el particular el de los doctores Ruben Jaramillo Arango y José Antonio Gutiérrez Ferreira, por considerar mejor fundado el primero. Y con motivo de haber desechado el dictamen uniforme de los peritos, el proyecto indicó las razones por las cuales entendía que son jurídicamente inadmisibles los conceptos del abogado de los demandantes y de los doctores Eduardo Rodríguez Piñeres y Santiago Ospina, referentes a la inteligencia del artículo 721 del C. J., en cuanto estos señores entienden que de un avalúo pericial, bien o mal fundado, no pueden jamás separarse los jueces.

El proyecto se expresó así:

La petición segunda de la demanda se refiere al cobro de la cantidad de $ 25,000 en que se estima el valor de los perjuicios que deben pagarle a la señora Cleofe Castro de Olarte por el fallecimiento de su hija, la señorita Julia Olarte de Castro, o en subsidio, la suma en que tales perjuicios sea apreciada por peritos. Como al darse contestación a la demanda, se desconoció, por el representante de la Nación, el derecho a ese cobro, es el caso de estudiar la prueba pericial que para fijar estos perjuicios y otros se practicó en la segunda instancia del pleito, a petición de la parte actora.

Tal misión, muy importante, correspondió a los doctores Rubén Jaramillo Arango, José A. Gutiérrez Ferreira y Nicolás García Samudio. Los dos peritos primeramente nombrados no estuvieron de acuerdo con el último, y así, rindieron exposiciones separadas. Los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, en relación con el punto de que se trata, dan así su concepto: (No se reproduce tal concepto aquí porque está transcrito en la sentencia).

El perito doctor García Samudio hace consideraciones más o menos análogas a las que se exponen en el dictamen precedente para liquidar los perjuicios. Está de acuerdo con los peritos Gutiérrez Ferreira y Jaramillo Arango en que la señorita Julia, dadas sus capacidades, podía conseguir una colocación en que ganara $ 70.00 mensuales, y está de acuerdo también en que a la señora Cleofe de Castro de Olarte, según las tablas de mortalidad probable que tiene la Compañía Colombiana de Seguros, se le puede calcular que alcanza a la edad de 70 años; pero discrepan los dos dictámenes acerca de la suma de dinero que la señorita Julia destinaba de su sueldo para atender al sostenimiento de su madre, suma que los doctores Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira calculan en $ 50 y el perito doctor García Samudio en la de $ 35 mensuales.

Corresponde ahora a la Corte resolver cuál es el dictamen que debe acogerse, y ello la

impone el deber de expresar los motivos que le asisten para deducir cuál es el dictamen más acertado y que consulta mejor la verdad de los hechos y está más conforme con la equidad y el derecho.

Para llegar a una recta solución en este punto el juzgador tiene la norma que le da el artículo 721 del Código Judicial, que dice:

"Cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba. Si hay desacuerdo, se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda en un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe".

Al poner en conocimiento de las partes los dictámenes de los peritos, el señor Procurador General de la Nación formuló objeciones a varios de los conceptos emitidos por los doctores Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira y también se hicieron objeciones en algunos puntos al dictamen del perito doctor García Samudio, a efecto de que se declarara el error en que se había incurrido en tales conceptos; pero la Corte, al resolver sobre estos puntos, no encontró error sino diferencias de apreciación, y decidió tan sólo que los peritos ampliasen y fundamentasen sus dictámenes en la forma en que en la providencia respectiva se les indicó.

Como se ha dicho, la Corte está en el deber de expresar cuál es la apreciación que debe adoptarse por la justicia para fijar el monto de los perjuicios; y se encuentra especialmente obligada a ello en vista de las repetidas alegaciones que tiene hechas la parte actora para sostener que incurrió en error la Corte cuando expuso, al resolver las objeciones, que la prueba pericial tiene que ser estudiada precisamente por el juez o magistrado que conoce del negocio, y que la misma ley le da al juzgador la facultad de apartarse de esos dictámenes, que al fin no vienen a ser sino una base que se le presenta al juez para hacer la apreciación definitiva.

Gustosamente, en lo que haya lugar a rectificar el concepto expresado, la Corte se halla dispuesta a hacerlo ahora cuando le toca aplicar la norma que la ley le señala para hacer la estimación de la prueba pericial; mas como ya se verá, el error de que se habla por el señor apoderado de la parte actora o no existe o no tiene todo el alcance que él le ha querido dar en sus alegaciones.

Parece fuera de toda duda que el juez no solamente tiene el derecho de estudiar a conciencia la prueba pericial, sino que está en la obligación clarísima de hacerlo. No de otro modo se concibe cómo el juez puede sentar la premisa de que un dictamen pericial tenga la condición de ser uniforme, explicado y debidamente fundamentado. La consideración que se hace, la imponen un elemental sentido común y el mismo espíritu del texto transcrito. Porque si el dictamen rendido por dos peritos no es explicativo y no se encuentra debidamente fundado, es decir, si contiene errores o apreciaciones equivocadas, no se ve la razón para que el juez no pueda salir a la defensa de la verdad y esté fatalmente constreñido a adoptar el dictamen erróneo. A esto llevaría la tesis que sostiene el doctor Rafael Ruiz Manrique en sus alegatos, tesis que viene reforzada con el concepto particular de los doctores Eduardo Rodríguez Piñeres y Santiago Ospina, inspiradores, se dice, de la reforma que se vino a implantar sobre la materia en el nuevo Código Judicial, concepto que termina con las siguientes palabras:

"De que rectamente se sigue que un avalúo no puede ser apreciado por el Juez de distinta manera de como se hizo por dos peritos, sino cuando no es uniforme, o no es explicado, o no aparece fundado, bien o mal".

Es decir, que conforme a esta tesis que se alega, basta que el concepto uniforme de los dos peritos aparezca fundado de cualquier manera, aunque ello sea con apreciaciones erróneas, para que el juez esté en el deber de acogerlo. Y se dice que la apreciación no puede ser de otra manera, porque si el fundamento del dictamen es cuestión de criterio, lo natural y lógico es que se prefieran las razones aducidas por la persona llamada como técnico o perito a prestar su auxilio al juzgador, ya que "el perito indudablemente tiene que estar mejor capacitado que el juez, o de lo contrario no es perito ni debe dársele ese cargo de confianza". (Resumen de las alegaciones orales ante la Corte del apoderado de los actores, fl. 46 v., cuaderno 6º).

Se pretende, pues, desconocer el derecho del juzgador a apreciar si el dictamen rendido está debidamente fundado, lo que se aparta del texto expreso de la ley, en cuanto prescribe que el dictamen uniforme de dos peritos es plena prueba si está explicado y debidamente fundamentado. Falta en el concepto de los doctores Rodríguez Piñeres y Ospina una explicación a este punto esencialísimo, porque si el dictamen de los peritos puede estar bien o mal fundado, entonces es porque la expresión "debidamente fundamentado" nada quiere decir en la ley, y no tiene efecto alguno para la apreciación

que el juez haya de dar al dictamen pericial.

Y cuándo un dictamen está debidamente fundado? Debidamente es lo mismo que justamente, rectamente, con acierto; y fundamentar es establecer fundamentos o bases, luego un dictamen será fundamentado debidamente cuando se basa en justas y acertadas apreciaciones. (Ver los vocablos citados en el Diccionario de la Real Academia).

Un dictamen que a juicio del juzgador no esté debidamente fundado, no es un dictamen acertado y no le puede obligar, porque la defensa de la verdad reclama su imperio, y con imperativo deber en la persona que tiene la augusta misión de impartir justicia. De suerte que la Corte se halla firme en su propósito de apreciar el dictamen pericial de conformidad con la base que le da el texto expreso de la ley, por no estar convencida de error en este punto, en que extrajudicialmente se ha traído el concepto de los distinguidos juristas que inspiraron la reforma del Código. Esa reforma no tiene más alcance del que naturalmente se le puede dar de conformidad con el claro espíritu que informa la disposición, a saber: el dictamen pericial obliga al juez, tratándose de avalúos, cuando es explicado y debidamente fundado, pero no en caso contrario.

La expresión consagrada en el auto de la Corte que decidió el incidente de tachas a los dictámenes periciales, sobre que "la misma ley le da al juzgador facultad de apartarse de esos dictámenes que al fin no vienen a ser sino una base que se le presenta al juez para que haga la apreciación definitiva", adolece de generalidad en cuanto pudiera el concepto comprender la facultad para el juez de apartarse en todo caso, a su libre juicio, de los dictámenes, pues ello no es jurídico, como ya se ha visto y explicado, sino en los casos de apreciaciones de los peritos, como avalúos, etc., que no aparezcan debidamente fundamentadas.

El interés del apoderado de los actores en sostener que el juez no puede apartarse del dictamen uniforme rendido en este juicio por los doctores Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, parece anticiparse a la posibilidad de que la justicia pueda no encontrar debidamente fundada esa apreciación pericial, y efectivamente tal cosa ocurre en los autos, como se pasa a explicar, en relación con algunas apreciaciones de los peritos que, en opinión de la Corte, no se hallan debidamente fundamentadas.

Así, por ejemplo, para calcular la edad probable a que la señora Cleofe de Castro de Olarte pudiera llegar, los tres peritos se basan en el dato que dan las tablas de mortalidad de las Compañías de Seguros, fundamento que a la Corte le parece muy atendible; pero resulta que los peritos hacen una apreciación equivocada respecto del punto de partida que se debe tomar para fijar la edad de la señora. Como los autos no dan la prueba de la fecha del nacimiento de la señora Cleofe, los peritos la deducen tomando como base la del nacimiento de su hijo Luis Olarte de Castro (1887), y la consideración de que la señora pudo tener la edad de 18 años cuando ella se casó; pero resulta que esta apreciación aparece equivocada si es que se le da mérito a la partida de matrimonio de la señora Cleofe con el señor Demetrio Olarte, que constituye el fólio 2 del cuaderno principal. Los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira deducen, con los datos que toman, que la señora Cleofe tenía 62 años cuando ocurrió el accidente automoviliario, y comparando esta edad con la fecha del matrimonio de la señora —1880 — (que no tuvieron en cuenta los peritos), resulta que la señora debió tener doce años cuando contrajo matrimonio, contra lo que los mismos peritos suponen, de que tenía 18, luego el concepto pericial en este punto adolece de error, dentro del mismo orden de ideas que lo informa.

Pero el error de los peritos coloca a la Corte en condiciones de fijar, con un criterio más realista, la edad a que pudo contraer matrimonio la señora Cleofe. Ni los doce años que resultan del concepto pericial, porque tal edad apenas corresponde a aquélla en que la mujer llega a la pubertad; ni la de diez y ocho, que pretenden señalar los peritos, porque bien pudo ocurrir que la señora se casara varios años antes de alcanzar esa edad. La Corte considera, como la edad más razonablemente probable, dentro de la relativa amplitud de apreciación que existe para señalarla, la de quince años, y así la fija.

Ahora bien, teniendo la señora Cleofe quince años cuando se casó, si a ellos se agregan cincuenta que transcurrieron entre la fecha del matrimonio (1880) y la del accidente (1930), se tiene que cuando éste ocurrió la edad de la señora era la de sesenta y cinco años.

Luego la indemnización de perjuicios debe referirse a cinco años, suponiendo, como lo estiman los peritos, que la señora Cleofe pudiera alcanzar la edad de setenta.

Para fijar el monto mensual o anual de perjuicios recibidos por la señora Cleofe con motivo del fallecimiento de la señorita Julia, los tres peritos están de acuerdo en que, dadas las capacidades de la última, podía ganarse un sueldo de 70 pesos mensuales, por lo que había tenido en la casa J. V. Mogo-

llón & Cía. de Barranquilla, en época anteriormente reciente al accidente, un sueldo mensual de $ 80.00, y los peritos nombrados consideran que la señorita Julia podía retirar de su sueldo contingente de $ 70.00 la cantidad de $ 20.00 para su sostenimiento y gastos personales y que los $ 50.00 restantes los destinaba para favorecer y ayudar al sostenimiento y gastos personales de su madre la señora Cleofe. El perito doctor García Samudio se aparta de sus compañeros en este punto y estima que la señorita Julia necesitaba para su alimentación y sostenimiento la cantidad de $ 35.00, y que podía beneficiar con el resto a la señora Cleofe.

Sobre el punto de que aquí se trata, los peritos hacen una apreciación enteramente personal para fijar la suma con que la señorita Julia ayudaba a su madre, porque en el juicio no hay una prueba cierta para que los peritos la hubieran tenido en cuenta en ayuda de su concepto. En el proceso se encuentran los testimonios de los señores Cristóbal Restrepo y Luis F. Aranda (folios 75 v. a 80 del cuaderno Nº 7), quienes declaran que por el conocimiento personal que tenían de la señora Cleofe y de su señorita hija, ésta era el único sostén de aquélla y al propio tiempo tres hermanos menores y tres sobrinos, para lo cual contaba únicamente la señorita Julia con el sueldo que devengaba; pero esta prueba no permite formar un conocimiento suficiente sobre la verdadera situación pecuniaria de la señora Cleofe, sobre sus necesidades y sobre la medida en que realmente contribuyera la señorita Julia al sostenimiento de su madre. Si efectivamente, la señorita Julia ayudaba al sostenimiento de unos hermanos y unos sobrinos, la demostración ha debido hacerse detallada y completa. Si se considera que la señorita Julia podía vivir y atender a sus gastos personales con la cantidad de $ 20.00, ella, que naturalmente tenía más gastos de presentación que su señora madre, no se ve la razón para que la señora Cleofe no pudiera vivir con una suma igual. La apreciación que hicieron los peritos nombrados dio base para que el señor Procurador General de la Nación formulara objeción al dictamen pericial y trajera en comprobación los testimonios de los señores Enrique Otero D'Acosta, Julio Uribe Grajales y Eduardo Gerlein (fs. 9 y 10 del c. Nº 10), quienes como conocedores de la vida social en las ciudades de Barranquilla y Cartagena, llegan a la deducción de que una persona que ganara $ 70.00 mensuales en una oficina, no habría podido atender a sus gastos personales con una suma inferior a $ 35.00, prueba a que el señor apoderado de los actores le hace el reparo de que el caso de la señorita Julia era muy diferente por lo que vivía con su madre y sus hermanos menores, lo que le permitía llevar una vida más económica, razón que a juicio de la Corte es aplicable con idéntico fundamento, respecto al sostenimiento de la señora Cleofe. Por todas estas consideraciones, y porque los peritos no contemplan tampoco la posibilidad de que la señorita Julia pudiera hacer un ahorro de su sueldo para su propio provecho, cosa muy humana y natural, resulta que el dictamen de los peritos Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, no se encuentra lo debidamente fundado si se compara con el emitido por el doctor García Samudio, lo que obliga a la justicia a tomar en cuenta el fundamento que para la apreciación de los perjuicios se da en el último dictamen, en que se parte del supuesto de que la señorita Julia retiraba de su sueldo la suma de $ 35.00 mensuales, o sea el 50 por ciento, y dejaba lo demás para ayudar a su madre. De suerte que en los cinco (5) años en que estuvo privada la señora Cleofe del apoyo que recibía de su hija sufrió un perjuicio de dos mil cien pesos ($ 2,100), y a esa suma debe limitarse la condenación que le corresponde pagar a la Nación.

Como se ve, la Corte no se aparta de plano del dictamen de los peritos, sino que, de un lado, corrige una cuenta aritmética que encuentra errada, y de otro, adopta para la liquidación el dictamen que a su juicio está debidamente fundado.

TERCERA PETICION

Muerto el niño, el daño a éste desapareció, y sus herederos no pueden jurídicamente reclamar indemnización. Esta última, como supletoria de la atención del padre, se limita a reemplazarla, pero no puede extenderse a un período en que el padre mismo, nada habría gastado en su hija.—Siendo el daño sucesivo, la indemnización también debe serlo.

Dice la sentencia:

"El fallecimiento del menor Olarte Borda ocurrido dos días después, no puede estimarse como circunstancia que haga desaparecer el derecho que él ya había adquirido y que por causa de su muerte trasmitió a sus herederos".

Estoy de acuerdo con la sentencia en cuanto estima que no es el fallecimiento del niño circunstancia que haga desaparecer "el derecho que él ya había adquirido". Pero

cuál es ese derecho que el niño había adquirido cuando murió? El de que se le indemnizara del daño que se le causó con la muerte de su padre. Y cuál fue ese daño? La sentencia no lo dice. Pero de ella se deduce que para la mayoría de la Sala el daño no consistió en un perjuicio efectivo, real, concreto ocasionado al menor, sino en un daño hipotético, posible, contingente, para el caso de que el niño hubiese sobrevivido durante veintidós años a su padre.

Tal diferencia de apreciación, entre el concepto de la mayoría de la Sala y el que yo tengo del asunto, es lo que motiva principalmente la necesidad penosa en que me veo de redactar un salvamento de voto, por disentir de la opinión de mis respetados colegas en un punto de capital importancia para el pleito, para la doctrina y la jurisprudencia.

Toda esta cuestión, delicada y compleja, de la inteligencia del daño, se concreta esencialmente en este interrogante: el daño causado por la muerte de su padre a un niño que le sobrevive por un tiempo dado, puede extenderse a más allá de la vida del niño, o en otros términos, un niño muerto es susceptible jurídicamente de daño?

A continuación se expresan las razones que en el proyecto se adujeron para dilucidar los varios aspectos jurídicos que el problema ofrece.

Los peritos doctores Jaramillo Arango y Gutiérrez Ferreira, fijan en la cantidad de diez y nueve mil doscientos pesos ($ 19,200.00) el perjuicio material sufrido por el menor Luis Olarte Borda con motivo de la muerte de su padre, y tal concepto viene precedido de la siguiente exposición de éstos: (No se reproduce aquí por estar transcrita en la sentencia).

El perito doctor García Samudio, con fundamentos más o menos análogos a los que toman en consideración sus colegas, deduce como indemnización de perjuicios para el menor Luis Olarte Borda la suma de diez mil doscientos pesos ($ 10,200.00), e imagina también prolongada la vida del menor durante veintidós años.

Esta apreciación fue motivo de tacha por parte del señor Procurador General de la Nación, y cuando a la Corte le tocó resolver el incidente respectivo, expresó su pensamiento diciendo que le parecía desproporcionada la fijación de perjuicios verificada por los tres peritos, y les llamó la atención hacia el hecho de bulto de que habiendo fallecido el menor dos días después de sus padres, los peritos, no obstante eso, imaginaran prolongada la vida de dicho menor hasta la edad de 22 años, por lo cual, teniendo en cuenta la tacha, dispuso que los peritos ampliaran su concepto en orden a explicar los fundamentos que tuviesen para imaginar prolongada la existencia del menor. Y los peritos rindieron entonces la siguiente explicación: "Partimos de la base de que en caso de que hubiera sobrevivido (al menor) habría tenido por 22 años el auxilio material de su padre, la ayuda que éste podía prestarle dados sus medios de subsistencia y las condiciones económicas de que disfrutaba. Y entonces argüimos: Si el padre del menor podía ganar y dedicar para la atención de su hijo la cantidad de $ 100.00, el perjuicio que necesariamente tenía que sufrir el hijo, por la falta de su padre, era el de $ 100.00 mensuales, multiplicado por el número de meses de posible supervivencia del mismo padre, y cualquiera que fuera la vida probable del menor, que nosotros no consideramos entonces, ni consideramos ahora que tenemos por qué entrar a calcular...".

Para la Corte es verdaderamente desproporcionada a la realidad de los hechos la tasación pericial.

Mientras el niño vivió —durante dos días— es de toda claridad que estuvo privado de la protección de sus padres, que ya se sabe fallecieron el mismo día del accidente; y los perjuicios, para ese tiempo, no ofrecen ninguna objeción. Pero los señores peritos no conciben así las cosas y hacen meditadas consideraciones, como fundamento de los perjuicios originados en el tiempo posterior a la muerte del niño y por una época que fijan en 22 años. Meditando serenamente la Corte en la cuestión aquí planteada, halla claro que el menor no pudo recibir perjuicio alguno con posterioridad a su muerte; el valor del entierro y el de una bóveda en el cementerio, más que perjuicios, son gastos consecuenciales a la muerte del niño, y a que la Nación debe atender, por ser ella responsable del accidente que ocasionó el fallecimiento del menor.

Un niño muerto no impone ningún gasto ni origina ningún perjuicio, a lo menos de una manera material, porque aun cuando se quiera, es físicamente imposible darle de comer, de beber, vestirlo, enseñarlo e instruírlo; solamente imaginando prolongada la existencia de dicho menor se pueden realizar esos actos, y por eso la Corte les preguntó a los peritos el motivo que tenían para imaginar prolongada la vida del menor, porque ya en esa hipótesis ningún esfuerzo mental era necesario para deducir que si el niño viviera, necesariamente sufriría perjuicios por la falta de su padre o padres. Pero se repite,

los peritos no explicaron lo que la Corte quería, es decir, el motivo, la causa o la razón para imaginar prolongada la vida del menor por 22 años; simplemente sobre la suposición hicieron la deducción, pero no resolvieron el punto teniendo en cuenta la realidad, o sea el hecho de haber muerto el niño dos días después de sus padres.

Se trata simplemente de avaluar los perjuicios que recibió el menor por la muerte de sus padres y de su hermana Alicia Olarte Borda, porque eso fue lo pedido al solicitar la prueba. El simple sentido común impone que el niño recibió o pudo recibir perjuicios con la muerte de sus padres, pero es claro que esos perjuicios los recibió mientras vivió. Ya muerto, no recibió perjuicios, porque no había, es decir, no había agente pasivo que pudiera recibir el perjuicio, y porque tampoco había agente activo, o sujeto de ese derecho, como se aprende en filosofía.

Estudio de varias alegaciones del señor apoderado

Es necesario considerar, con la atención que se merecen, varias alegaciones del señor abogado de los demandantes, expresadas así:

"Es la oportunidad de hacer aquí otra rectificación a los conceptos que avanzó el señor Magistrado en el auto que falló las objeciones propuestas por el señor Procurador a los avalúos practicados.

"'A la Corte le parece —dice el Magistrado— realmente desproporcionada la apreciación que hacen, no sólo los peritos Jaramillo y Gutiérrez Ferreira, sino también la que da el perito doctor García Samudio...

"'Ha dicho la Corte que no encuentra suficientemente razonados los dictámenes periciales. Para ponerlo de presente basta considerar que a pesar de que el menor Luis Olarte Borda falleció dos días después de sus padres, los señores peritos imaginan prolongada la existencia de dicho menor por el tiempo de 22 años más, y sobre esa base hacen el cálculo de los perjuicios, sin tener en cuenta tampoco en esa hipótesis que el dicho menor podía no ser hijo único, ya que sus padres estaban jóvenes y en condición de traer otros hijos al matrimonio, y porque tampoco se hizo consideración a los gastos que el padre habría de hacer para sostener a la madre del menor durante los 22 años de vida que los peritos le suponen'.

"Sobre estos puntos versó la ampliación solicitada por la Corte, que fue rendida oportunamente, según aparece de los folios 17 y 18 del c. Nº 9. Allí explican suficientemente los peritos cómo ellos nunca pensaron en fijar —para el avalúo— la supervivencia del menor Luis Olarte Borda en 22 años. Y tenía que ser así porque no era de interés, en el presente caso, la determinación de la supervivencia del menor, pues dada su corta edad y conforme a las tablas de mortalidad, al menor le restaban muchos años más de vida que a su padre, y como sólo se trata de saber cuál habría sido el apoyo que el hijo pudo recibir de su padre en caso de que éste no hubiera fallecido en el siniestro, sólo bastaba conocer la supervivencia del padre y sus capacidades pecuniarias. Tan fue éste el criterio de los peritos, que al avaluar los perjuicios sufridos por la demandante Cleofe Castro de Olarte por la muerte de su hija Julia Olarte de Castro, a pesar de que la vida de ésta la estimaron prolongada en 26 años, los cómputos del perjuicio sólo fueron hechos con la base de ocho años que fijaron de supervivencia de la madre.

"Desde el momento en que el siniestro ocurrió, pereciendo en él los esposos Olarte-Borda, el menor Luis Olarte Borda adquirió ante la ley la justicia, el derecho de ser indemnizado de los perjuicios sufridos por la temprana desaparición de sus padres, derecho que trasmitió a sus herederos; y no se puede estimar que el fallecimiento del menor, ocurrido dos días después, por muerte violenta causada por el mismo accidente, sea circunstancia favorable que hace desaparecer los derechos que ya había adquirido dicho menor. Esta tesis podría considerarse inmoral e injusta, pues equivaldría a sostener que un hecho delictuoso o culpable era capaz de aniquilar un sagrado derecho. No debe perderse de vista que el menor murió por consecuencia del mismo accidente y en ningún caso por enfermedad orgánica o hereditaria, que pudiera contradecir en el hecho los cálculos que ordinariamente se hacen para determinar la supervivencia de una persona.

"Por estas razones los peritos tenían que considerar, para su avalúo, que el menor vive aún y que su existencia imaginariamente está prolongada de acuerdo con las tablas probables de supervivencia. La muerte del menor, ocurrida más tarde por causa violenta y culposa, no destruye ni puede aniquilar aquellos cálculos, ni la existencia de los derechos a que ellos se refieren. Tampoco era el caso de pensar en la venida de nuevos hijos al matrimonio, ni en los gastos que demandara la atención de la madre, porque ésta falleció al tiempo con su esposo, y el menor fue el único sobreviviente.

"Estoy seguro que la Corte no podrá aco-

ger la falsa teoría que he refutado, y espero que al considerar este capítulo de la demanda no se pierda de vista la gravedad de semejante tesis, ya que ella equivale a sostener que entre más graves sean las consecuencias del accidente, la responsabilidad del agente va disminuyendo hasta aniquilarse. Podría hacerse esta reflexión: Si sólo hubiera muerto el padre, la responsabilidad de la Nación sería gravísima porque tendría que indemnizar por separado a la madre y a los dos hijos; si hubieran perecido solamente el padre y la madre, la responsabilidad disminuía porque desaparece la indemnización debía (sic) a esta última; pereciendo los padres y la menor Alicia, la indemnización es menor porque sólo se debe a uno de los hijos, suponiendo que éste quedara salvo y sano; pero como el accidente no le dejó a Luis Olarte Borda sino dos días de vida, la indemnización debe reducirse a este corto lapso.

"La doctrina de los autores establece que el agente está obligado a resarcir o reparar el daño entero que se ha derivado directa o indirectamente de su hecho ilícito". (v. Chironi, T. 2, pág. 252). De manera que si el hecho ilícito ha provocado directamente la agravación del daño, como en el caso del menor Luis Olarte Borda que le acortó los días de su vida, el agente está obligado a la reparación total sin consideración a esas circunstancias".

Piensa el señor apoderado que de acuerdo con una tesis a que él se refiere se llegaría a sostener que entre más graves sean las consecuencias del accidente, la responsabilidad del agente disminuye hasta aniquilarse. Y razona diciendo que si sólo hubiera muerto el padre, la responsabilidad de la Nación sería gravísima, menor si hubieran perecido el padre y la madre, menor aún si perecen los padres y la niña Alicia, y que como el accidente no le dejó a Luis Olarte Borda sino dos días de vida, la indemnización debe reducirse a ese lapso. Le faltó agregar al señor apoderado: si el menor hubiera muerto al tiempo con sus padres, la indemnización habría sido nula.

Esta conclusión, aparentemente paradójica, encuentra su fundamento en la diferencia que hay entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil por los delitos y las culpas.

La gravedad máxima del accidente, en relación con el menor, habría sido la de que él falleciera en el momento de la catástrofe. Y en tal caso habría base para exigir una indemnización cualquiera en favor del niño por razón del daño causado al propio menor? Claro que no. En la práctica bien puede suceder que a mayor gravedad del accidente corresponda menor responsabilidad pecuniaria del agente.

Parece estimar el señor apoderado que al fallarse sobre una indemnización civil de perjuicios, vinculada a una infracción delictual o culposa, es necesario asociar el daño civil al penal, porque de no ser así, no se repararía completamente el perjuicio causado, ya que se prescindiría de la estimación de la gravedad del acto en los resultados del mismo a los cuales mira la indemnización. "La doctrina de los autores —dice— establece que el agente está obligado a resarcir o reparar el daño entero que se ha derivado directa o indirectamente de su hecho ilícito". Y estima el señor apoderado que entre más grave sea la falta, mayor ha de ser la responsabilidad pecuniaria del agente.

No participa la Corte de estos conceptos por razón de la diferencia que hay entre la responsabilidad penal y la civil, y porque los perjuicios civiles se pagan como indemnización y no como pena.

La distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil aclara la materia a que se refiere el comentario del señor apoderado. Porque debe tenerse en cuenta que al tratarse de indemnización pecuniaria por daños causados como efecto de un acto ilícito, no se limita y reduce la cuestión al estudio de ese aspecto objetivo de la responsabilidad del agente. Y concretado a él, no son pertinentes consideraciones sobre la gravedad del delito o de la culpa. Esto último es del dominio de la ciencia penal; aquello pertenece a la aplicación ordinaria de la legislación civil.

Ahora bien: La muerte de la víctima de un accidente, a consecuencia de este mismo, agrava o disminuye la responsabilidad del agente que lo ocasionó? Es clarísima la solución afirmativa en tratándose de la sanción penal, ya que naturalmente en la escala de los hechos es más grave una muerte que una lesión corporal. Pero no ocurre lo propio respecto de la responsabilidad civil del autor de la infracción, porque aplicando a la apreciación de este daño el criterio objetivo de reparar los perjuicios efectivamente causados, puede resultar que ellos existan en unos casos y en otros no, aunque en todos proceda la responsabilidad penal. La indemnización no se mide por la mayor o menor gravedad en la responsabilidad penal del agente, sino por el daño en sí mismo y en concreto producido a la persona lesionada.

Por estas observaciones se ve claro cómo

la muerte de la víctima de un accidente no agrava necesariamente la responsabilidad civil del agente.

Es oportuno advertir que carece de fundamento la reflexión propuesta por el señor apoderado sobre que si sólo hubiese muerto el padre, la responsabilidad de la Nación sería más grave que si al propio tiempo con él hubiesen fallecido su esposa, su hija o ambas, ya que la indemnización debería ser mayor en el primer caso por tener que satisfacer perjuicios por separado a cada uno de los sobrevivientes. El mismo actor se encarga de suministrar el argumento que destruye esa tesis, cuando dice, con toda propiedad, que para fijar los perjuicios deben tenerse en cuenta las capacidades pecuniarias del padre, ya que aquéllas señalan la extensión del apoyo que la víctima les prestaba o podía prestarles a sus herederos, así fuesen éstos varios o uno sólo, pues el padre no podía, en el caso de la pluralidad de herederos, multiplicar proporcionalmente el apoyo a sus descendientes, porque su capacidad pecuniaria le limitaría necesariamente su acción.

Finalmente, quiere referirse la Corte al concepto del señor apoderado cuando al aludir a la muerte del menor, dos días después que sus padres, afirma que sería inmoral e injusto considerar como "circunstancia favorable que hace desaparecer los derechos que ya había adquirido dicho menor" el fallecimiento de éste por causa del accidente, "pues equivaldría a sostener que un hecho delictuoso o culpable era capaz de aniquilar un sagrado derecho".

Como ya se expresó, la demanda y las pruebas del proceso, en el punto de que se trata, se encaminan a obtener el pago de los perjuicios sufridos por el menor a causa de la muerte de sus padres, no los perjuicios que el fallecimiento del menor ocasione por sí solo a terceros. Y por eso los peritos hicieron la apreciación del daño producido al menor por la muerte de sus hijos y que éste podía trasmitir a sus ascendientes.

Constreñido el fallador a los términos del juicio, se llega a esta conclusión: la justicia debe reconocer y ordenar el pago de los perjuicios solicitados y que aparecen probados respecto del menor Luis Olarte Borda, los que él sufrió real y efectivamente mientras vivió. Y en esa forma no se desconoce, "por obra de un hecho delictuoso o culpable" un sagrado derecho, sino que llegan a hacerse efectivos ante la justicia los daños de que trata la demanda, posiblemente de cuantía muy reducida, pero en todo caso proporcionada a la realidad que acreditan los autos.

El juez debe fallar atendiendo a las variaciones del daño entre el accidente y la sentencia. Lo que enseñan la doctrina y la jurisprudencia.

Enseñan la doctrina y la jurisprudencia que el juez debe tener en cuenta al fallar las variaciones que se hayan producido, entre el momento del accidente y el del fallo, en los elementos constitutivos del daño, sea atenuándolo o agravándolo:

"184—El problema de saber en qué momento es preciso colocarse para avaluar el perjuicio también se ha presentado delante de los tribunales administrativos; éstos han abonado después de la guerra a la víctima de una obra pública efectuada antes de la guerra el perjuicio sufrido con un coeficiente de aumento de 4,25 por 100, habida consideración del alza de los materiales y de la mano de obra. (Cons. prefec. Sena, 4 julio 1921, Rec. Gác. Trib., 1921, 2,614). Estas consideraciones de equidad tienen igualmente validez en derecho civil. 'Las mercancías, escribe el señor Demogue (Traté des obligations en général, t. 4, nº 418), valían mil francos el día de su destrucción, 1,200 en el momento de la demanda, 1,300 el día del fallo. El juez debe, para decidir, tener en cuenta los hechos conocidos por él y decretar a favor del demandante una indemnización suficiente para obtener una cantidad igual de mercancías. Esto se impone a virtud del fin de reparación perseguido por la acción de daños y perjuicios'.

"Es por aplicación de esta idea como los daños y perjuicios debidos por el vendedor de cosa ajena, en caso de mala fe, al propietario vencido en reivindicación por la prescripción de 10 a 20 años alegada por el comprador, pueden ser calculados no solamente de acuerdo con el valor de la cosa en el momento de la venta hecha indebidamente, sino también con el mayor valor que ella haya adquirido para la época de la reivindicación. (V. Req. 20 julio 1852, D. P. 52. 1,248) Por la misma razón, el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil permite demandar por primera vez en caso de apelación 'los daños y perjuicios sufridos después del juicio'. No parece, pues, que se pueda afirmar en la forma rigurosa expresada arriba, Nº 181, que el derecho de la víctima de un cuasidelito se fije en el momento de la realización de éste; el derecho no se concreta sino por etapas sucesivas (falta, perjuicio, demanda, fallo)". Henri Lalou, La responsabilité civile, 1932, pág. 105).

"La evaluación del perjuicio no se complica cuando el daño es susceptible de va-

rior en su extensión. Estas variaciones pueden producirse antes o después del fallo definitivo.

Agravaciones intrínsecas del perjuicio

El responsable del perjuicio no lo es de la agravación intrínseca del daño, sino en el caso en que este nuevo daño tenga su fuente en la falta. Se está enfrente entonces de un daño sucesivo, que se acrecienta por la falta del responsable... Así, en caso de agravación del estado de la víctima anterior al fallo, el juez debe colocarse en el día de éste. Más exactamente, debe contemplar todos los daños sucesivos que se han producido hasta el momento del fallo y ordenar su reparación integral, con la condición bien entendida de que la cifra de la demanda haya sido consecuencialmente elevada.

Muerte de la víctima—El juez, debiendo naturalmente tener en cuenta las modificaciones del estado de la víctima provenientes de la falta del responsable, es claro que debe contemplar la muerte causada por el accidente. Es preciso notar, sin embargo, que la muerte de la víctima constituye a la vez una agravación y una disminución del perjuicio. Agravación, por el nuevo elemento de daño que ella comporta: la extinción de la persona. Pero también disminución, por el fin de todo perjuicio sucesivo debido al accidente: disminución de la capacidad de trabajo, sufrimientos físicos o morales; la muerte les pone fin, como los habría extinguido el restablecimiento completo. Para decidir sobre la acción de la víctima, trasmitida a sus herederos, el juez debe situarse en el día en que va a fallar para tener en cuenta los dos órdenes de modificaciones que la muerte aporta al perjuicio.

Variaciones intrínsecas del perjuicio que no tiene su origen en la falta.

... Agravaciones. Muerte de la víctima... La víctima, antes de haber obtenido reparación, muere por una causa que no tiene relación alguna con la falta del responsable. Ciertamente, el agente debe siempre reparar la totalidad del perjuicio cuando a la víctima, cuya acción se trasmite, sin reserva alguna, a los herederos. Pero debe tener en cuenta al juez la muerte ocurrida, para no condenar, después de ese día, a la reparación de los perjuicios sucesivos, porque la muerte impide su realización: por ejemplo, la disminución de la capacidad de trabajo o el sufrimiento físico o moral que debía soportar la víctima durante su vida. La víctima no ha sufrido más por el hecho del responsable; los herederos no pueden, en su nombre, reclamar otra cosa.

Se objetará que el juez no debería tener en cuenta la muerte, porque ésta no ha sido ocasionada por la falta: produce más bien un perjuicio suplementario, la desaparición de la persona; pero de este nuevo perjuicio, el autor de la falta, en ausencia de todo vínculo de causa a efecto, no debe responder. Aquí, la muerte suprime solamente una parte del daño causado por la falta. Por paradójica que a primera vista parezca esta proposición, la muerte se traduce únicamente en una disminución del estado de la víctima debido al hecho nocivo; la muerte obra como una liberación; semejante a la curación, pone fin al perjuicio sucesivo causado por la falta. Ya se ha dicho que todas las atenuaciones en el estado de la víctima, cualesquiera que sean sus causas, aprovechan al responsable, así la muerte como la curación. El juez debe, pues, para avaluar el perjuicio, tener en cuenta la muerte, aún producida por una causa distinta de la falta.

La solución es, por lo demás, tanto más equitativa cuanto que ella sería la misma si se hubiese condenado al pago de una renta, antes de producida la muerte; esta renta, destinada a la reparación del perjuicio sucesivo sufrido por la víctima, cesaría de ser debida desde la fecha de la muerte". (Henri et Leon Mazeaud, "Traité théoriques et practique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle", 1934, Tomo III, págs. 442 y ss.).

"Parece sorprendente a primera vista hacer depender la indemnización de un acontecimiento posterior al daño, porque el derecho a reclamar una indemnización nace el día en que el daño se ha causado. Si este día, el daño es cierto y actual, si puede ser apreciado en su extensión, cómo sostener que un acontecimiento posterior pueda suprimir toda responsabilidad de parte del autor del daño.

Sin embargo, hemos visto que si el derecho nace el día del daño, su apreciación no puede ser hecha sino el día del fallo. Si entre estas dos fechas acontecimientos posteriores hacen variar la extensión del perjuicio, aunque sean independientes de la voluntad del autor del daño, son tomados en consideración y el cálculo definitivo solamente tendrá lugar el día del fallo.

Hemos visto que si el derecho a la indemnización nace el día del daño, la apreciación del perjuicio no se hace sino el día del fallo. Si la persona misma de la víctima no es to-

mada en consideración para apreciar el perjuicio, la indemnización podrá ser acordada a los herederos como ella lo hubiese sido a la víctima del daño. Si por el contrario, la indemnización demandada supone una parte de receptividad personal de la víctima, y si esta víctima ha desaparecido, la indemnización no puede ser calculada sobre una base que no existe, y que los herederos de la víctima puedan reclamar daños y perjuicios como sucesores de ésta.

Lo que no puede ser reparado es el perjuicio corporal mismo; lo que no pueden recibir los herederos de la víctima son los daños y perjuicios que habrían sido abonados a ésta si hubiese sobrevivido por la mutilación, por el pretium doloris, por la incapacidad permanente de trabajo.

Este daño, que se realiza de manera permanente, que es un daño futuro, desaparece por la muerte de la víctima y no puede ser avaluado después de acaecida ésta. Su muerte borra todo, y sus herederos no pueden pedir que sea reparado un perjuicio que no ha sido sufrido por nadie". (Lucienne Ripert. La reparation du prejudice dans la responsabilité delictuelle, 1933, págs. 173, 177 y 180).

Aplicación de la teoría al caso de autos

De las transcripciones anteriores aparece que la jurisprudencia y la doctrina distinguen, para los efectos de la fijación del daño, entre el momento del accidente y el del fallo que fija la indemnización, y que son las circunstancias del tiempo de la sentencia las que deben ser tenidas en cuenta por el juez para regular los perjuicios, y no las del momento del accidente.

En el caso de autos pudieron ocurrir tres hipótesis: el niño murió al tiempo del accidente; el niño no pereció en el accidente y vive al momento de proferirse la sentencia; el niño sobrevivió algún tiempo al accidente pero murió antes de dictarse el fallo declaratorio de los perjuicios. En la primera hipótesis es claro, de toda claridad, que al morir el menor en el accidente no recibió daño alguno que pueda ser objeto de una indemnización; en la segunda hipótesis, el niño sufre un daño incuestionable que le resulta del desamparo en que lo deja la muerte de sus padres; en la tercera hipótesis, este desamparo se reduce o limita al tiempo en que el niño sobrevivió a sus padres.

Muy acertadamente sintetiza Lalou, al final de la transcripción anterior, la figura jurídica que cristaliza en la fijación del daño: "el derecho no se concreta sino por etapas sucesivas (falta, perjuicio, demanda, fallo)". Primero es la infracción, luégo es el daño, en seguida viene la demanda y finalmente el fallo. El derecho no se concreta sino por etapas: la última, el fallo, corresponde a una situación diferente a la del momento en que el perjuicio se produce y a la de la propia demanda. Si en la última etapa la circunstancia esencial de vivir el agente pasivo del daño no se cumple, el derecho a la indemnización no se concreta porque no hay persona capaz de sufrir el daño, éste no existe por carencia de un sujeto de quien pueda predicarse.

Los hermanos Mazeaud son categóricos cuando dicen:

"Aquí la muerte suprime solamente una parte del daño causado por la falta. Por paradójica que a primera vista parezca esta solución, la muerte se traduce únicamente en una disminución del estado de la víctima debido al hecho nocivo; la muerte obra como una liberación; semejante a la curación, pone fin al perjuicio sucesivo causado por la falta"... "Pero debe tener en cuenta el juez la muerte ocurrida para no condenar después de ese día, a la reparación de los perjuicios sucesivos, porque la muerte impide su realización".

El daño material que sufrió el menor Luis Olarte Borda por causa de la muerte de su padre consistió en la privación del apoyo que éste le daba a su hijo, para su sostenimiento y educación. La indemnización y el perjuicio debe dirigirse a reemplazar eficazmente ese apoyo del padre al hijo. Y ello se obtiene mediante el pago de una suma periódica, equivalente a la que el padre invertía o habría de invertir en el hijo, lo que puede conseguirse con la destinación de una renta a aquel objeto, por todo el tiempo que se suponga que el padre lo sufragaría si viviese.

En la práctica, y tal vez con la mira de asegurar la eficacia en la prestación de la renta a favor del damnificado, se ha tenido la costumbre de pagar a éste, de una sola vez, una suma equivalente al capital necesario para producir la renta que periódicamente ha de satisfacerse. Pero no se ve inconveniente en que el pago del daño se limite a la renta periódica, siempre que se den garantías o seguridades suficientes de que tal renta se cubrirá por todo el tiempo a que el responsable sea obligado de conformidad con la sentencia.

No se paga una vida, sino el perjuicio que su falta ocasiona.

A esto pudiera acaso argüirse que en tal forma de indemnización no se pagaría la totalidad del perjuicio, o sea la vida de la víctima, de que el accidente privó al damnificado. Pero a ello se contesta: No es la vida de la víctima lo que se paga, sino el perjuicio que la falta de ella ocasiona a los damnificados. La ley (artículo 2341 del C. C.) dice que "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización". Indemnización de qué? Del "daño a otro". Vale decir, del perjuicio que éste recibe con la muerte de la víctima. El perjuicio o daño moral y material. Este último no puede ser otro que el que resulta de encontrarse el lesionado sin el apoyo material o pecuniario que le prestaba la víctima del siniestro. Ahora, este apoyo es variable y puede representar, para la víctima, todo lo que ella producía, después de sus gastos propios, que lo entregaba para atender a las necesidades de la persona damnificada, o una parte apenas de aquel remanente. Luego son cosas distintas el valor de una vida, los frutos o rendimiento que el trabajo de ella produce en general; y el daño causado a una persona por el fallecimiento de otra de quien recibe beneficios.

Y lo que se ha de pagar, con arreglo a la ley, es esto último, el daño a una persona perjudicada, y no un precio o un valor por la vida de la víctima.

Las consideraciones que preceden sirven de base a la Corte para concluír que no se halla debidamente fundado el dictamen de los peritos que fijaron la indemnización a que se refirió el punto tercero de la demanda, o sea los perjuicios causados a la sucesión iliquidada del menor Luis Olarte Borda, "por la muerte de sus padres, señor Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte y por la muerte de su hermana Alicia Olarte Borda", en cuanto aquellos dictámenes hacen apreciación de perjuicios respecto de dicho menor por un tiempo en que no vivió.

La supervivencia del niño por dos días después del accidente haría fundada, en principio, la regulación que se hiciese del daño aplicando a ese tiempo la tasación de los peritos; pero no es el caso de aplicarla, porque el menor no sufrió en ese lapso daño material distinto del que se tradujo en la asistencia clínica y los remedios y aplicaciones terapéuticas ordenados a su curación.

No habiéndose, pues, probado el daño a que se refiere el punto tercero de la demanda, debe declararse negada la petición a que dicho punto se contrae.

CUARTA PETICION

Los perjuicios morales independientes de los materiales.

Acepto la parte resolutiva del fallo que condena al pago de los perjuicios morales por la muerte de Luis Olarte Borda y Alicia Olarte Borda, con prescindencia de los perjuicios de la misma clase, también reclamados, por la muerte de Luis Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte.

Respecto a la parte motiva observo:

Primero—No suscribo el siguiente concepto: "... estimación... que está de acuerdo con... las tendencias modernas del derecho, que le dan a la vida humana valor económico, con más razón si se trata de la vida de un hijo o de un descendiente que constituye una esperanza fundada para el futuro". Porque tal concepto puede inducir a la apreciación, que sería errónea a mi juicio, de confundir el daño material con el daño moral, ya que al afirmarse que la estimación que hace la sentencia se basa en la apreciación económica de la vida humana, hay lugar a inferir que para la mayoría de la Sala el daño puramente moral ha de fundarse en una lesión del patrimonio.

Segundo—Considero que hubiera sido conveniente para la Corte agregar a las razones del fallo proferido por ella el 21 de julio de 1922, que cita y comenta la sentencia, algunas de las enseñanzas con que en materia tan importante se ha enriquecido el derecho por obra fecunda de la jurisprudencia y la doctrina contemporáneas. A este respecto, el proyecto contenía referencias a las cuales pertenecen estos pasajes:

"149—El perjuicio que da lugar a una acción de responsabilidad civil puede ser no solamente material, sino aún moral. Un perjuicio, en efecto, es la lesión de un derecho; y existen dos clases de derechos: 1º los derechos patrimoniales, que son aquellos que procuran a sus titulares provecho pecuniario, o al menos apreciable en dinero, como los derechos reales, los derechos personales, los derechos intelectuales, los beneficios resultantes del ejercicio de una profesión; 2º los derechos extrapatrimoniales, como son los derechos políticos, los derechos inherentes a la personalidad (derecho a la vida, a la libertad, al honor, a la libertad de conciencia o de expresión) y los derechos de familia que surgen de la calidad de esposo, de padre, etc. La distinción entre el perjuicio material y el perjuicio moral corresponde a esta gran

división de los derechos. El daño material es la injuria hecha a los derechos patrimoniales; el daño moral es el agravio producido a los derechos extrapatrimoniales.

"150—La jurisprudencia, si no de los tribunales administrativos, al menos de los tribunales judiciales, no opone hoy día ninguna dificultad para decretar la reparación de un perjuicio simplemente moral, y esto con la aprobación de la doctrina (Colin y Capitant, Cours élémentaire de Droit Civil français, 4 ed., t. 2, pág. 373; Planiol, 11ª ed., t. 2, nº 868). Algunos autores, sin embargo, habían sostenido que casi todas las decisiones que abonaban una indemnización por daño moral, no contemplaban este daño sino desde el punto de vista de sus consecuencias materiales, de suerte que el perjuicio moral se reducía a un verdadero perjuicio material que tenía una causa moral (Baudry-Lacantinerie y Barde, Des Obligations, t. 4, nº 2871—1º). Es posible que esta concepción del perjuicio moral se encuentre en las arcaicas decisiones de hace más de un cuarto de siglo y que citan los señores Baudry-Lacantinerie y Barde.

"Es posible también que en varias hipótesis el perjuicio moral y el perjuicio material se hallen mezclados, por ejemplo:

... en caso de accidente mortal acaecido a un hijo, el pesar que sus padres experimentan y los gastos funerarios que éstos se ven precisados a realizar, así como también posiblemente la privación de una ayuda o socorro más o menos próximo. (París, 19 junio 1929, Gac. Tribunal, 23 de agosto 1929).

"... también en caso de perjuicio estético que será más rigidamente sancionado según el sexo de la víctima, su edad y la localización de la herida. (Trib. civ. Corbeil, 27 ene. 1928, negocio Marty vs. Géraldy).

"151—Pero hoy puede afirmarse que esta concepción del perjuicio moral ha sido abandonada. Este perjuicio es el objeto de una reparación distinta a las consecuencias materiales que el hecho ilícito puede engendrar.

"152—La condenación en daños y perjuicios para reparar un perjuicio moral, no suscita sino una sola objeción surgida de la dificultad de avaluar el perjuicio en dinero. Pero esta objeción no es decisiva. Ante todo, no ha impedido al legislador establecer el principio de la reparación en las leyes de 29 de julio de 1881 sobre prensa y 12 de julio de 1905 en materia de difamación e injuria, como también en el artículo 446 del código de instrucción criminal, que habla sobre el perjuicio moral causado por un error judicial. El dinero es el medio menos malo, en defecto del mejor, para reparar el perjuicio moral; el derecho sanciona un perjuicio en la medida de lo posible.

"153—Los ejemplos de perjuicios morales sancionados por la acción de daños y perjuicios abundan... Una sentencia ha condenado a una sociedad cinematográfica al pago de los perjuicios ocasionados por haber producido y representado en Francia una cinta injuriosa y que tenía por finalidad ridiculizar a una antigua familia real de un país de la Europa Central (la familia real de Montenegro) y especialmente agravió el honor de uno de sus miembros (el príncipe Danilo de Montenegro). (Trib. civ. Seine, 12 de marzo de 1930, Gac. Tri., 30 agosto 1930)".

"155—Una de las más frecuentes aplicaciones del principio de que el perjuicio moral es sancionado en idéntica forma al material, se presenta en caso de accidente corporal cuando la víctima para impetrar la indemnización se funda en el praetium doloris, es decir, hace la estimación de sus sufrimientos para incoar la demanda.

"156—La jurisprudencia se ha manifestado muy amplia en la concepción del perjuicio moral, porque ha admitido que en caso de muerte de una persona sus padres pueden invocar el perjuicio resultante para ellos del simple pesar que les causa esta muerte, para proceder contra el agente del hecho nocivo. La lista de las personas que pueden hacer uso de la acción tiende a dilatarse. Limitada primero al cónyuge, a los hijos y a los ascendientes del difunto, por razón de que la obligación alimenticia a cargo del difunto no existía más que en provecho de aquéllos, (Com. Aubry y Rau, 5ª ed., t. 6), esta lista se ha extendido primero a los hermanos y hermanas del muerto, (D. P. 1924, 1.69), después a la nuera (Req. 10 de abril, 1922), a la cuñada (D. H., 1930, p. 572), y por último a toda persona que justifique una simple comunidad de vida con la víctima (Crim. 28 febrero 1930, D. P. 1930, 1.49), y aún al socio (Lyon, 31 marzo 1930, D. P. 1930, 2.64)". (Henri Laou, obra citada, pág. 88 y ss.).

Para terminar este salvamento de voto, reitero mi respeto, que se aquilata con la persuasión de mi debilidad de juicio, al concepto científico tan autorizado de mis distinguidos colegas de la Sala.

Treinta de marzo de mil novecientos treinta y siete.

Aníbal Cardoso Gaitán.
Gustavo Gómez Hernández

DEMANDA SOBRE PAGO DEL VALOR DE UN SEGURO.—ESTAMPILLAS.—REVALIDACION FISCAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, febrero doce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Por escrito de treinta de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, el doctor Néstor Echeverri, como apoderado de Eduardo Salazar Campuzano, demandó ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Manizales al Departamento de Caldas para que se declarase que éste debe al demandante, en su calidad de cesionario de Francisca Salazar v. de Escobar, la cantidad de cuatrocientos treinta y dos pesos ($ 432.00), por concepto de cuota de seguro colectivo obligatorio, causada por la muerte de Eduardo Escobar S., ocurrida el seis de agosto de 1934, estando al servicio del Departamento en el empleo de Guardián de la colonia penal que entonces trabajaba en la carretera Manizales-Aranzazu; que debe también los intereses de esa suma desde el dicho 6 de agosto de 1934 hasta el día del pago. Además, pidió que se declarase que el demandado debía el valor que se comprobara por el concepto del levantamiento de las pruebas, conforme al parágrafo del artículo 10 de la ordenanza 19 de 1932 de la Asamblea de Caldas.

Adujo como hechos: Que el 6 de agosto de 1934 murió Eduardo Escobar S. en el patio de la casa en donde moraba la colonia penal de Manizales; que esto ocurrió cuando Salazar S. trabajaba en el empleo de Guardián de esa colonia devengando un salario mensual de treinta y seis pesos ($ 36.00), o sea cuatrocientos treinta y dos pesos anuales ($ 432.00); que el difunto era hijo legítimo de Manuel Salvador Escobar y Francisca Salazar, el primero de los cuales murió el 16 de abril de 1932, por lo que la segunda viene a ser el único heredero forzoso de aquél como madre legítima; que la señora Salazar solicitó del Gobierno departamental de Caldas el reconocimiento de la cuota de seguro colectivo obligatorio que le correspondía, cosa que le fue negada por las resoluciones números 216 de 21 de diciembre de 1934, y 4 de 8 de enero de 1935, sin embargo de haber presentado una documentación completamente ajustada a los requisitos exigidos por la ordenanza 19 de 1932 y el decreto que la reglamenta. Por último, que la señora Salazar cedió sus derechos a la cuota mencionada a favor de Eduardo Salazar Campuzano, en cuyo nombre habla el demandante.

Como derecho invocó los artículos 1494, 1626, 1634, 1961 y 1962 del código civil; 30 de la ley 153 de 1887; 38 de la ley 57 de 1887; 1º de la ley 37 de 1931; 2º de la ley 133 de 1931, y la ley 32 de 1922 y la ordenanza 19 de 1932 de la Asamblea de Caldas.

El señor Fiscal 2º del Tribunal contestó la demanda aceptando algunos hechos y negando otros; se opuso a las declaraciones solicitadas y propuso la excepción de "petición indebida".

Por fallo de 6 de junio de 1936, el Tribunal decidió el negocio absolviendo al demandado y condenando en costas al actor. Este apeló, por lo que el asunto ha venido a la Corte; y como aquí ya se ha agotado la tramitación legal, se procede a dictar el fallo correspondiente.

El Tribunal, previa la transcripción del artículo 10 de la ordenanza mencionada, el cual determina los comprobantes que deben acompañarse para solicitar la cuota de seguro obligatorio, dice:

"Se encuentra en los autos la copia de la partida de defunción de Eduardo Escobar, hijo de Manuel y Francisca Salazar, y declaraciones que acreditan la identidad; un certificado de la Colonia Penal de Alto-Bonito, en que consta que cuando aquél murió devengaba un sueldo mensual de treinta y seis pesos; los requisitos de que trata la letra d) se han cumplido con declaraciones, así como con certificados médicos se han llenado las formalidades del numeral 5º y de la letra e) del numeral 6º En cuanto al informe de la Secretaría de Hacienda sobre la legalidad y justicia del reconocimiento, no existe, puesto que la Gobernación del Departamento, por conducto de dicha Secretaría, negó el seguro de vida, por deficiencia de las pruebas, según lo dice la Resolución Nº 216 de 21 de diciembre de 1934.

"Ahora bien: pudiera decirse que la documentación se encuentra completa, si no se notara, como se nota, la falta de la copia del decreto de nombramiento y de la diligencia de posesión del finado Escobar para Guardián de la Colonia Penal de Alto-Bonito, porque si bien es cierto que la falta de diligencia de posesión no anula los actos del empleado respectivo, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, no por eso puede entenderse que hay facultad alguna para prescindir de tomar la posesión; el nombramiento y la posesión son los dos actos que confieren el cargo y el derecho a ejercerlo, y en este caso no se trata

de un obrero sino de un empleado, por lo cual comprobantes que se echan de menos son obligatorios".

La base de la absolución fue, como lo dice el Tribunal, la falta del decreto de nombramiento y de la diligencia de posesión, pruebas que fueron allegadas en esta segunda instancia. Sobre estos documentos dice el señor Procurador delegado en lo Civil que fueron traídos extemporáneamente al juicio, y que no se pidió que se tuvieran como prueba en el término correspondiente; pero ello no es así, porque el negocio se llamó a prueba el 8 de agosto de 1936, y en memorial de 14 del mismo mes se pidió que ellos se tuvieran como prueba, lo que se decretó por auto de 21 del mes dicho. (fs. 1º del C. 4º).

En cuanto al informe que echa de menos el Tribunal, existe certificado expedido por la Subsecretaría de Hacienda del Departamento de Caldas, en el que se dice: "Que el informe de que trata el art. 6º de la ordenanza 13 de 1932 sobre seguro de vida obligatorio de empleados y obreros departamentales, se ha dado y se da por la Secretaría de Hacienda dentro de la misma resolución en que se reconoce o se niega el seguro".

Conforme a esta certificación, se puede dar por establecido que en la Resolución Nº 218 emanada de la Gobernación de Caldas, firmada también por el Secretario de Hacienda y fechada el 21 de diciembre de 1934, se informó sobre la legalidad y justicia del reconocimiento, pues la negativa del pago del seguro se basó en consideraciones que se rozan con la legalidad y justicia del asunto. En cuanto al informe sobre la cuantía, resalta en la misma resolución en la que se dice cuál era la asignación mensual del empleado, lo cual, relacionado con la ordenanza, establece la cuantía.

Como se trata de un empleado que murió soltero, no es el caso de informe sobre la distribución que debe hacerse del seguro entre el cónyuge y herederos forzosos.

Además de las pruebas, objeta el señor Procurador el derecho del demandante, así:

"Pero aunque los documentos de que se trata pudieran ser tomados en cuenta, en gracia de discusión, la Procuraduría entra a estudiar si el demandante tiene derecho alguno a la acción que se ha intentado.

"A folios 14 del cuaderno Nº 1 aparece un documento de cesión otorgado por la señora Francisca S. v. de Escobar a favor del demandante, sin las estampillas de que trata el ordinal 6º del art. 1º del decreto Nº 92 de 1932, y en tal virtud, ese documento no es válido, ni puede ser admitido ni tenido como prueba, al tenor del artículo 6º del referido decreto, y en consecuencia el Tribunal fallador ha incurrido en la sanción establecida por el art. 7º

"Pero aun en el caso de que tal documento fuera válido, resulta que la cesión sólo fue notificada al Gobernador del Departamento de Caldas el 28 de febrero de este año (fs. 22 del cuaderno Nº 2), o sea, varios meses después de trabado el cuasi-contrato de litis contestatio (fs. 19 del cuaderno Nº 1).

"Lo expuesto está demostrando que el demandante no tenía el carácter de cesionario de la señora Francisca Salazar v. de Escobar el día en que estableció la demanda, de conformidad con el art. 1960 del Código Civil, que preceptúa que 'la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste', pues el actor sólo adquirió su calidad de tal el 28 de febrero de este año (1936), según se dejó expuesto.

"De acuerdo con la doctrina de algunos autores, uno de los principales efectos del cuasi-contrato de litis contestatio es el de 'determinar la época en la cual el juez se sitúa para apreciar la existencia del derecho alegado', toda vez que ese cuasi-contrato transforma el derecho deducido en justicia, en el sentido de que las partes someten sus derechos a la decisión final que debe dictarse. De aquí resulta que si el derecho no existe el día de la contestación de la demanda, el demandante carece de acción, y si el derecho existe, la transferencia de ese derecho inter mora litis, no impide el éxito de la demanda.

"Las razones expuestas conducen a la Procuraduría a pediros muy atentamente la confirmación de la sentencia que vais a revisar, a virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandante".

Se considera:

El documento de cesión está concebido así: "Sr. Gobernador del Departamento.—Francisca Salazar v. de Escobar, mujer viuda y mayor de edad y vecina de este municipio, por medio del presente escrito me permito manifestarle que he cedido al señor Eduardo Salazar Campuzano, varón mayor y de la misma vecindad, el derecho que me corresponde como madre legítima y única heredera forzosa, en la cuota de seguro colectivo obligatorio causada por muerte de mi hijo el señor Eduardo Escobar S., ocurrida el 6 de agosto del año pasado, estando al servicio del Departamento en el empleo de Guardián de la Colonia Penal que trabajaba entonces en el punto de Alto-Bonito, en ju-

ridicción de este municipio, devengando al tiempo de su muerte un sueldo de treinta y cinco pesos mensuales.—Manizales, 26 de septiembre de 1935.—Señor Gobernador, (Firmado) Francisca S. v. de Escobar". Se le agregó una estampilla de cinco centavos

Como no hay disposición especial que regule esta clase de cesiones, es preciso aplicarles lo dispuesto en la legislación civil.

La ley 57 de 1887, en su artículo 33, dice: "Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario...".

Se nota que aunque en el documento de cesión no se expresa la cantidad determinada que se cede, sin embargo en la documentación que se acompañó a la gobernación para el reconocimiento de la cuota de seguro aparecen datos que permiten identificar sin lugar a duda los derechos cedidos. No es, por tanto, una cesión global indeterminada.

El señor Procurador dice que el documento de cesión no es válido, "ni puede ser admitido ni tenido como prueba", al tenor del numeral 6º del artículo 1º del decreto Nº 92 de 1932, que reza:

"Todo documento privado de deber sobre contratos de cualquier clase, fianzas, arrendamientos o negociaciones de todo género, $ 0.05 por cada cien pesos o fracción de cien pesos de su valor".

Pero el numeral 9º ibidem expresa: "Las cesiones de documentos privados y los que se hagan por simple nota de traspaso en las escrituras públicas, a razón de $ 0.01 por cada cien pesos o fracción de cien pesos de su valor".

El documento de cesión no es un documento de deber propiamente hablando; pero si se arguye que en él debe expresarse la suma que se adeuda y que por ello ha de pagarse el impuesto fiscal, conforme al numeral 8º transcrito, se observa:

La deuda cedida no proviene de un contrato sino de la ley y la ordenanza en virtud del ejercicio de un empleo público. Las relaciones entre el empleado y el empleador público no son propiamente contractuales.

Fuéra de esto, el numeral 9º transcrito es al que ha aplicado la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, como puede verse en la liquidación del impuesto al documento de cesión de Eustacio de la Torre Sánchez a favor de María Cleofe Ramírez, asunto que estuvo en casación ante la Corte. Allí se aplicó el numeral 9º para la liquidación, en atención sin duda a que los depósitos cedidos se habían confeccionado con todas las formalidades legales. Lo mismo ocurre en el actual asunto, pues la ordenanza y la ley y el ejercicio del empleo no son estampillables.

La Sala encuentra bien estampillada la cesión, y por eso no ordena que se revalide, que sería lo que correspondería hacer en caso de faltar estampillas, y no desestimar el documento como prueba, como lo pide el señor Procurador. La Sala de Casación Civil, en sentencia de 9 de julio de 1936 (Gaceta Judicial Nros. 1914 y 1915, pág. 80) estableció esta doctrina: "... para desestimar como prueba un documento mal estampillado o sin estampillar, aplicando el artículo 6º del decreto legislativo Nº 92 de 1932, se debe previamente disponer lo conducente a su revalidación fiscal, de acuerdo con el artículo 13 de ese mismo decreto. De modo, pues, que no es jurídico decretar las sanciones del artículo 6º sino ante la renuncia del interesado a efectuar la revalidación fiscal del documento".

Respecto al otro reparo formulado por el señor Procurador, de que la cesión le fue notificada al señor Gobernador después de trabado el cuasi-contrato de litis contestación, basta lo siguiente:

1º Que el memorial de cesión le fue dirigido al señor Gobernador cuando éste tenía a su conocimiento el negocio sobre reconocimiento de la cuota de seguro obligatorio, el 26 de septiembre de 1935, y por eso, para la presentación del documento con la demanda (que es de fecha 30 de noviembre de 1935), fue necesario desglosarlo, como consta al pie de dicho documento.

2º Que el artículo 1962 del Código Civil dispone: "La aceptación (de la cesión) consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc.". De modo que si se considerase que el Gobernador, por no haber resuelto nada sobre el memorial de cesión, no hubiera aceptado ésta, la aceptación, sin embargo, debe tenerse como legalmente realizada, en virtud de haberle prestado su asentimiento a dicha cesión el señor Fiscal 2º del Tribunal al contestar la demanda en nombre del Departamento demandado.

Habiéndose analizado ya las razones por que el Tribunal absolvió al demandado, conviene ver ahora las en que se fundó la Gobernación de Caldas para negar el seguro. Consisten en haber estimado la Gobernación que faltaba un certificado médico en que constara que la enfermedad que le produjo la muerte al señor Salazar fue contraída mientras estuvo al servicio del Departamento. Esto es como si se dijera que la muerte violenta no da derecho al aseguro.

Nada aparece a ciencia cierta en el expediente sobre si Salazar fue víctima de una agresión violenta, o de un caso fortuito, o si salió de la vida por medio del suicidio. Sobre esto último conviene transcribir los siguientes conceptos emitidos por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Manizales al descorrer el traslado el 23 de marzo de 1936:

"Tanto el Ministerio de Industrias en varias resoluciones, especialmente en la que lleva fecha 14 de abril de 1925 (D. O. Nº 19883), como la Secretaría de Hacienda de este Departamento, en la marcada con el Nº 72 de 15 de abril del año próximo pasado, relacionada con una reclamación de la señora Cleotilde Llano viuda de Echeverri, sobre el cobro del seguro por muerte de su hijo Elías Echeverri Ll., quien falleció en Salamina, ahorcado, por suicidio, y quien trabajaba como herramientero en la carretera Salamina-Aguadas, han reconocido que el seguro abarca o se refiere al riesgo de muerte cualquiera que sea la causa que la ocasione, o "sea cual fuere el origen de la muerte, toda vez que sobre este particular la ley no distingue, y donde ésta no distingue, no es dado distinguir, siguiendo el principio de hermenéutica jurídica' ".

Varias resoluciones ha proferido el Ministerio de Industrias inspirándose en las mismas ideas.

Las leyes sobre seguro de vida obligatorio (leyes 37 de 1921, 82 de 1922, 44 de 1929, 133 de 1931 y el decreto Nº 80 de 1932) no establecen distinciones acerca de la causa productora de la muerte. La ordenanza 19 de 1932, expedida por la Asamblea de Caldas en cumplimiento de prescripciones legales, tampoco excluye de una manera clara el caso de muerte violenta, pues ella sólo exige un certificado sobre la enfermedad, sin que esta circunstancia permita dar a la ordenanza un sentido contrario a las leyes.

En el punto segundo de la parte petitoria de la demanda se solicita que el Departamento sea condenado a pagar intereses legales desde el día 6 de agosto de 1934 hasta que se efectúe el pago.

Como la ley no le ha fijado al Departamento época precisa y determinada para cumplir con su obligación, no se puede considerarlo en mora para condenarlo a intereses de esta clase. No se está tampoco en presencia de alguno de los casos expresados en el artículo 1608 del Código Civil.

En cuanto a la tercera petición de la demanda, en que se pide se condene al Departamento a pagar al demandante los derechos que según las leyes deben pagarse por el levantamiento de las pruebas que fueron necesarias para reclamar la cuota de seguro obligatorio, en los términos del parágrafo del artículo 10 de la ordenanza 19 de 1932 de la Asamblea de Caldas, no puede decretarse porque, aunque el demandante hubiera comprobado (lo que no comprobó) que las pruebas se levantaron a su costa, el dicho parágrafo no puede estatuír sino únicamente para que se paguen esos gastos cuando se trata del reconocimiento de la cuota de seguro en el juicio administrativo correspondiente, pero no para cuando el asunto se ventile judicialmente, porque entonces las pruebas levantadas y las demás que se aduzcan son indispensables para el reconocimiento del derecho por la autoridad judicial, y condenar al Departamento al pago de su valor sería tanto como condenarlo en costas, lo que no puede hacerse por lo mandado en el artículo 576 del Código de Procedimientos Civiles.

No encuentra la Corte base para establecer la excepción de petición de modo indebido, invocada por el señor Fiscal 2º del Tribunal, y debe declarar que ella no existe.

En mérito de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Superior de Manizales con fecha ocho de junio de mil novecientos treinta y seis, y, en su lugar

F a l l a :

..Primero—No está probada la excepción perentoria de petición de modo indebido, propuesta por el demandado.

Segundo—Declárase que el Departamento de Caldas debe pagar al señor Eduardo Salazar Campuzano, como cesionario de la señora Francisca Salazar v. de Escobar, dentro de los seis días siguientes a la notificación de este fallo, la cantidad de cuatrocientos treinta y dos pesos ($432.00) moneda legal, equivalente al valor de la cuota de seguro obligatorio a que tenía derecho el exempleado del Departamento Eduardo Escobar S., muerto a su servicio el seis de agosto de mil novecientos treinta y cuatro en el paraje de Alto-Bonito del Mpio. de Manizales.

Tercero—No hay lugar a hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en los puntos segundo y tercero del libelo de demanda.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro Alejandro Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

INDICE

Pág.

Ejecutivo—Responsabilidad por el pago de cheque falso—Carlos Medeiros Silva. (Traducción de la "Revista Forense" de Río de Janeiro, Dezembro de 1936, por Julián Motta Salas) 297

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Restitución de una servidumbre de acueducto y pago de perjuicios—Constitución de una servidumbre—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Francisco de P. Lora contra Antonio María Cuevas, Virginia Nieto de Cuevas y Rafael Reyes Daza—Magistrado ponente, Dr. Hernán Cepete 300

Reivindicación—Interpretación de la demanda. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario de María Josefa Caicedo contra Rosario Caicedo A.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 306

Acción de cuentas para el pago de una suma de pesos—Capacidad para comparecer en juicio de las sociedades extranjeras—Facultad de disposición procesal—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario de J. Kridel Sons & Cía. contra Elías M. Mudví—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 312

Demanda sobre disolución y liquidación de una sociedad—Sociedad de hecho—Sociedad civil. Requisitos para la existencia de una y otra. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Sacramento Ramírez contra Ignacio Cabo L.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 316

Reivindicación—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de Mercedes Salazar contra Eduvigis Pinilla y Martín Vargas—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 320

Reivindicación—Posesión para la prescripción extraordinaria—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el ordinario de Ismael Alberto, Eduardo y Guillermo Noguera contra Florentino Rodríguez N.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica.... 324

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Liborio Escallón 330

Salvamento de voto del Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo 331

Acciones de dominio y desembargo—Secuestre. Registro—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario de Francisco Monterrosa B. contra Juan Gómez Baquero, Dionisio Gómez Buelvas y Gilberto Gómez Díaz—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 334

Reivindicación de unos semovientes—Apreciación de pruebas por el Tribunal sentenciador. Cotejo de letras—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ordinario de Bertilda, Rosa Elisa, Inés, Lola y Encarnación Arzayús contra Mariano, Miguel Antonio, Armando, Ernesto, Orfilia y Amada Arzayús. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 335

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Heridas—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en la causa contra Joselya Rocha por el delito de heridas—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 342

Homicidio—Recusación de Jurados—Injusticia notoria del veredicto—Embriaguez voluntaria. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Lucas Fonseca por el delito de homicidio—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 346

Capacidad del menor en el procedimiento penal—Injusticia notoria del veredicto—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en la causa contra Hermógenes Hurtado por el delito de fuerza y violencia, y se ordena la convocatoria de un nuevo Jurado—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 347

Nulidad sustantiva en el proceso por preterimisión de una instancia—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Alipio y Buenaventura Delgado por el delito de homicidio—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 351

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Petición de aclaración de una sentencia—Se aclara la proferida en el juicio especial de venta de un bien hipotecado seguido por el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 353

Se niega la declaratoria del incidente de nulidad propuesto en el juicio especial de venta del bien hipotecado seguido por el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 354

Responsabilidad civil delictual—Responsabilidad de las empresas ferroviarias por daños y perjuicios causados a las personas o a las propiedades—Dictamen pericial—Perjuicios morales—Se reforma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Alfredo Borda P. y Cleofe Castro de Olarte contra la Nación—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 355

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 371

Demanda sobre pago del valor de un seguro. Estampillas—Revalidación fiscal—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal de Manizales contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. .. 386

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

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

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

TOMO XLV. SEPTIEMBRE DE 1937. Nº 1927.

LA POSESION

DOS CARTAS

Bogotá, mayo 29 de 1937.

Señor doctor don Víctor Cock.
Ciudad.

Mi querido colega:

Tú, gran jurista y docto además en derecho minero, vas a decirme si la diferencia entre posesión inscrita del dominio y posesión material del fundo, hecha por mí en estudio reciente, incide en el código de minas y encuentra allí argumentos corroborantes o infirmantes. (1)

Tu amigo,

MIGUEL MORENO J.

(1) El estudio a que alude el doctor Moreno Jaramillo fue publicado en el No. 1923 de la Gaceta Judicial.

(Nota del Relator de la Corte).

Bogotá, octubre 20, 1937.

Señor doctor don Miguel Moreno J.

Ciudad.

Mi querido colega:

Con mis agradecimientos por tus benévolas expresiones y rogándote al propio tiempo excuses mi tardanza en la contestación, quiero referirme a tu estimable de 29 de mayo último, relacionada con tu estudio sobre posesión inscrita del dominio y posesión material del fundo.

POSESION REGULAR MINERA

Por definición, el poseedor regular de una mina es el propietario de ella. Y no puede ser propietario de ésta sino el que tenga el-

tulo emanado del Estado, debidamente registrado, y haya conservado ese dominio, desde luego mediante el pago del impuesto. (Art. 291 del C. de M.).

La mina es susceptible de otra clase de posesión, es decir, de la llamada POSESION ORDINARIA que generalmente es simple posesión material y sin que, en todo caso, el poseedor ORDINARIO se confunda con el poseedor REGULAR.

Según el art. 308 del código minero, sobre una mina puede haber posesiones de varias clases, la cual implica el reconocimiento de que la posesión regular de la mina no es sino la posesión del derecho de dominio; el otro poseedor, el ordinario (o también el violento o clandestino), son propiamente poseedores, no del derecho, sino de la mina en calidad de bien material.

Si no se explicara así esta doble posesión, se presentaría el absurdo de dos posesiones exclusivas sobre un mismo bien. Repugnaría esa doble posesión, ya que, como es bien sabido, la posesión tiene el mismo contenido objetivo de la propiedad, y nadie hasta ahora ha podido concebir dos propietarios exclusivos, que lo sean, en realidad, de un mismo bien.

Posesión regular o sea posesión del derecho de dominio, o el dominio mismo por una parte; posesión simplemente material de la mina por la otra.

Mas hé aquí que el código de minas reconoce también que sobre una misma mina, pueda haber varios poseedores de una misma clase. Puede así haber, en teoría al menos, dos o más poseedores regulares de una misma mina. Naturalmente como el derecho de propiedad es exclusivo, en realidad de verdad sólo uno de tales poseedores regulares será el dueño de la mina.

Pero el segundo, aunque no sea dueño, y, aunque no esté en posesión material de la mina, tiene todas las apariencias de tal dominio. No es titular del dominio; empero ostenta todas las manifestaciones externas del dominio mismo. Es sencillamente poseedor de tal derecho cuando la posesión se contrapone al dominio genuino.

De otro lado, en las minas, para el efecto de constituir y conservar la posesión, el pago del impuesto equivale a la tenencia material de la mina. (Art. 289).

Finge el legislador que, si en el caso que venimos estudiando, ambos poseedores regulares han pagado el impuesto, es como si hubieran tenido en su poder la mina misma.

Y esto desde luego comprueba también la posibilidad de separar en derecho minero la posesión material de la mina de la posesión inmaterial del derecho de dominio.

En estas circunstancias, el título en derecho minero sería que sólo podría existir un poseedor regular de la mina, ya que en realidad sólo un dueño exclusivo de ella puede existir. Se ha dicho, en efecto, que la propiedad es el pretotipo de la autonomía jurídica.

No obstante, la dificultad estriba en el sistema mismo mediante el cual se cumple la adjudicación de las minas. En principio el Estado es dueño de todas las minas adjudicables. El Estado hasta el momento no ha estado en condiciones de predicar su dominio efectivo, en concreto, sobre cada mina que adjudica. Ocurre que esa mina ha podido ser objeto de una adjudicación anterior. El interesado en la segunda adjudicación la ha señalado por su cuenta y riesgo como mina libre, es decir, como mina que está sólo bajo el dominio del Estado que la va a adjudicar. El Estado no está obligado a salir al saneamiento en caso de evicción de la mina dicha que hubo de adjudicar.

Los trámites de adjudicación prevén y contemplan la posibilidad de adjudicación de minas ya adjudicadas. Dentro de ciertos límites previstos por la ley minera (arts. 364 y 363 del C. de M.), la nueva adjudicación no priva al adjudicatario de su derecho de dominio. Dicho primitivo adjudicatario sigue siendo propietario y, por consiguiente, poseedor regular de la mina.

El nuevo adjudicatario es ERGA OMNES dueño de la mina; solamente no lo es ante el adjudicatario primitivo. Como verdadero poseedor, es reputado aquél dueño mientras otra persona no justifique serlo.

Claro está que podría llegarse al sencillado de que con respecto a determinada mina sólo pudiera existir un solo poseedor regular de esa mina, mas ello sería cosa de nuestro progreso, consumado mediante la efectividad de la matrícula minera. Con ésta no sería posible la adjudicación de una mina adjudicada, y así podría cumplirse el ideal de don Andrés Bello, del cual hablan en tan interesantísima exposición acerca de la posesión en derecho civil.

Cumple expresar aquí que en derecho minero no hay lugar a la prescripción adquisitiva de las minas ni contra el Estado, ni entre particulares, y en lo que atañe a las minas adjudicables.

Por consiguiente no tiene cabida la acción PUBLICIANA que consagra, para los bienes sometidos al derecho común, el art. 981 del código civil.

En cambio, el propietario o poseedor regular de las minas goza del interdicto posesorio para hacer efectiva la posesión de

en mina (arts. 328, 326 y 415 del código de minas), acción que jamás prescribe.

El poseedor regular de la mina, no obstante serlo, puede no estar en posesión material de la mina, y mediante tal interdicto logra que el poseedor material de ella se la entregue. Es natural así que el poseedor del derecho de dominio aspire a tener también la posesión material del bien cuyo dominio posee.

Los anteriores desbilvanados apuntes sirven, en todo caso, para llegar a la siguiente conclusión lógica y neta:

En derecho minero constituye un sistema jurídico completo la separación entre la posesión material del bien y la posesión jurídica del derecho de dominio sobre él.

Para que la posesión jurídica del derecho subsista no ha sido necesario llegar a la posesión material efectiva del bien; el pago de un impuesto la suple, lo cual viene a reforzar y a poner más de manifiesto la separación de que se acaba de hablar.

Y si este sistema jurídico viviente se desarrolla en toda su plenitud en el país, en ramo tan importante del derecho como es el derecho minero, no debemos acaso concluir que tu distinción entre la posesión del derecho y la posesión del bien material del mismo, distinción además respaldada en la ley, está llamada a abrir nuevos horizontes en la debida apreciación de la noción de posesión?

Mis parabienes muy sinceros.

Tu afectísimo,

VICTOR COCK

ERRATA

En el artículo "Posesión", del doctor Moreno Jaramillo, a que se refiere el doctor Cock, artículo inserto en el Nº 1923 de Gaceta Judicial, salió errado un párrafo, que debe leerse así:

"Se deja de poseer una cosa corporal desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya; pero si la cosa es incorporal inmueble, 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. Mientras subsista el registro, quien se apodere de la cosa corporal a que se refiere el título registrado, no adquiere posesión del dominio de ella, ni pone fin a la existente posesión inscrita. Este es, a mi entender, el sentido de los artículos 787 y 789."

SALA PLENA

SE DECLARA INCONSTITUCIONAL EL ARTICULO 5º DE LA LEY 54 DE 1936, SOBRE ELECCIONES DE CONCEJEROS MUNICIPALES EN FLORENCIA

Ni la reforma constitucional de 1936, ni el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, ni la Constitución de 1886, hablaron de circuitos electorales municipales, porque se ha tenido siempre en nuestra historia constitucional como un principio el siguiente: cada Municipio es, por sí, una circunscripción electoral para la elección de su Concejo. Por eso ni la Constitución ni la ley han hablado nunca de circunscripciones electorales para la elección de Concejeros Municipales, ni menos han hablado de tal circunscripción formada por varios Municipios. La garantía constitucional que ampara a los Municipios y protege su autonomía, impide la formación de circuitos electorales de más de un Municipio para las elecciones de Concejeros Municipales. 2. La ley que establezca circunscripciones electorales para la elección de concejeros municipales, por la agregación de territorios que no pertenecen al núcleo, centro o municipio respectivo, desconoce el principio democrático y representativo que informa la declaración política que respecto de elecciones contiene la Carta Fundamental y pugna con el espíritu que informa los artículos ya mencionados. Viola, además, el artículo 194 de la Constitución. 3. Desarticula la administración propia de Florencia al igual de la de los municipios, mientras una causa legal subsista deben aplicarse los mismos principios que rigen en administración municipal a los demás distritos, especialmente en lo relativo al régimen electoral.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

Antecedentes

Primero—El artículo 5º de la ley 54 de 1936 es de este tenor:

"En las elecciones para concejeros municipales y en todas las demás que hayan de realizarse en el municipio de Florencia, votarán todos los corregimientos actuales o que se establezcan y los corregimientos municipales. En consecuencia, el jurado electoral de Florencia dispondrá oportunamente lo necesario, a fin de que se dé estricto cumplimiento a esta disposición".

Segundo—El apoderado del señor Félix María Pérez, vecino del municipio de Florencia, capital de la Comisaría Especial del Caquetá, se presentó ante la Corte Suprema para que mediante la tramitación legal del caso, se decrete la inexequibilidad de dicho artículo.

Tercero—Los fundamentos de la demanda son los siguientes:

a) Se trata de una disposición electoral dictada con violación de la Carta Fundamental del país, porque no existe en la Constitución atribución alguna que autorice al Legislador para hacer la demarcación de los Distritos Electorales en orden a la elección de concejeros municipales en la cual han de intervenir únicamente los ciudadanos vecinos del territorio que constituye el respectivo distrito o municipio; b) Compete al Legislador únicamente por mandato del artícu-

lo 46 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, hacer la demarcación de Distritos Electorales para la elección de Representantes, y a las Asambleas Departamentales hacer la demarcación de Distritos Electorales para la elección de Diputados; c) Los municipios por sí solos y en forma autónoma, por conducto de sus respectivos habitantes domiciliados, eligen popularmente, en primer grado, los Cabildos, conforme al artículo 43 de dicho Acto Legislativo, y no existen para la elección de Concejeros Municipales circunscripciones electorales integradas por más de un municipio, pues cada uno de ellos constituye por sí solo una zona eleccionaria; d) El artículo 61 del mismo Acto Legislativo establece que en cada Distrito Municipal habrá una corporación de elección popular; e) Los corregimientos comisariales a que se refiere el artículo acusado no se hallan comprendidos dentro de los límites del municipio de Florencia; los vecinos de los mencionados corregimientos comisariales no son vecinos de dicho municipio.

Corrido el traslado de la demanda al señor Procurador General de la Nación, conceptuó éste, después de un detenido estudio, que debe declararse inexequible, por inconstitucional, el artículo 5º acusado, en cuanto dispone que en las elecciones para Concejeros municipales que hayan de realizarse en el municipio de Florencia votarán todos los corregimientos comisariales actuales o que se establezcan.

Estudio de la demanda.

Pasa la Corte a fallar el asunto, lo cual hace teniendo en cuenta las consideraciones que siguen.

El Estado colombiano está organizado sobre el sistema democrático y republicano y en la formación de los Organos del Poder Público intervienen todos los ciudadanos directa o indirectamente. Consecuencia de ese principio en que se inspira la Carta Fundamental es su artículo 177, el cual declara que el sufragio se ejerce como función constitucional. Todo lo que minore o lesione el ejercicio de tal función pugna contra el espíritu constitucional y contra la declaración política contenida en la carta respecto de la organización representativa y democrática del Estado colombiano.

El ejercicio del sufragio se desarrolla dentro de ciertas normas expresadas en la Constitución y contenidas en el Título 17 de ella, las cuales configuran ese ejercicio. Tal desarrollo atañe a los electores, que son los ciudadanos que eligen directamente Concejeros municipales, Diputados a las Asambleas departamentales, Representantes al Congreso y Presidente de la República; atañe asimismo al sistema electoral condicionado a asegurar la representación proporcional de los partidos y al modo de formarse las circunscripciones electorales.

Sobre estos fundamentos o declaraciones, el artículo 178 de la Constitución dejó a la ley lo concerniente a la elección y escrutinios y al castigo de los delitos que menoscaben la verdad y libertad del sufragio.

Más ni la reforma constitucional de 1936, ni el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, ni la Constitución de 1886, hablaron de círculos electorales municipales, porque se ha tenido siempre en nuestra historia constitucional como un principio el siguiente: cada municipio es, por sí, una circunscripción electoral para la elección de su Concejo. Por eso ni la Constitución ni la ley han hablado nunca de circunscripciones electorales para la elección de Concejeros municipales, ni menos han hablado de tal circunscripción formada por varios municipios. La garantía constitucional que ampara a los municipios y protege su autonomía, impide la formación de círculos electorales de más de un municipio para las elecciones de Concejeros municipales.

Cada departamento constituye una circunscripción electoral, artículo 176, y las Asambleas departamentales dentro de sus respectivos departamentos, hacen las demarcaciones de los círculos electorales para la elección de diputados, artículo 178, lo cual pone de presente lo que sigue: es claro que quienes sufren las cargas en un departamento, quienes quedan ligados por las normas que dicta el Cuerpo representativo de éste, son quienes tienen no sólo interés sino derecho, de intervenir, como electores, en la formación de tal cuerpo, y no se ve la razón por la cual ciudadanos extraños a un departamento, que no contribuyen a sostener las cargas de la administración de éste y que no están vinculados por las normas que emanan de la asamblea departamental, puedan intervenir con su voto en la formación de este cuerpo, al cual son ajenos. Las mismas reflexiones caben respecto de la intervención indirecta de los ciudadanos en la elección de senadores y por eso cada departamento constituye una Circunscripción senatorial.

Aplicando lo anterior a la elección de concejeros municipales y teniendo en cuenta el espíritu del Constituyente que informa y condiciona los artículos 174, 175 y 176 de la Constitución y considerando que el núcleo de población llamado Distrito, no forma sino una circunscripción electoral para la elección de su cuerpo representativo, se concluye que la ley que establezca circunscripciones elec-

torales para la elección de concejales municipales, por la agregación de territorios que no pertenecen al núcleo, centro o municipio respectivo, desconoce el principio democrático y representativo, que informa la declaración política que respecto de elecciones contiene la Carta Fundamental y pugna con el espíritu que informa los artículos ya mencionados. Además, viola el artículo 194 de la Constitución, por cuanto ésta preceptúa que en cada Distrito municipal habrá una corporación de elección popular designada con el nombre de Concejo Municipal, y es obvio por lo ya expresado, que son los ciudadanos vecinos del Distrito los que tienen derecho a intervenir en la formación de los concejos respectivos, por cuanto éstos, en virtud del régimen representativo, constituyen la representación de los vecinos de los distritos y el legislador definió en el artículo 140 del Código Político Municipal lo que se entiende por Distritos, o sea el territorio sometido a la jurisdicción del alcalde con sus habitantes.

Los departamentos, las intendencias y comisarías son de origen constitucional y por eso enseña el artículo 6º de la Constitución que el territorio se divide en departamentos, intendencias y comisarías. Son éstas organismos que por no tener las condiciones requeridas para ser departamentos, se administran directamente por el gobierno nacional, sometidas a un régimen especial o de excepción. Esa administración y ese control del gobierno van encaminados, entre otros fines, a la incorporación regular de tales organismos a la vida nacional, colocándolos en una aptitud tal que puedan más tarde convertirse en Departamentos. La base esencial para ese cambio y el fundamento de esa incorporación, es la formación y creación de municipios, núcleo primero de la vida económica, política, administrativa y nacional del país y base de la existencia de los departamentos. A través de la historia colombiana han sido esos núcleos primarios los que más tarde han dado lugar al nacimiento de los Cantones, de las Provincias y de los Departamentos. Una gran parte de tales núcleos no fueron en principio creación legal, sino que el hecho constituído por su existencia, territorio y población, vino más tarde a ser reconocido por el legislador, cuya mente y espíritu ha sido siempre la de fomentar el desarrollo de dichos centros que más tarde se convierten en municipios sometidos, no a un régimen de excepción, sino al régimen general de la vida municipal. Bajo la Constitución de 1863 los Estados Federales tenían amplísima facultad para crear Municipios y eran pocas las condiciones que se exigían para ese fin; basta recordar que el antiguo Estado Soberano de Boyacá acordó por medio de su entidad legislativa que podían crearse municipios a petición de doce vecinos. El tránsito del régimen federal al central respetó la situación creada y por eso no obstante las disposiciones de la ley 149 de 1888, antiguo Código de Régimen Político y Municipal que fijaba las condiciones legales para la creación de Municipios, quedaron subsistiendo los ya existentes aun cuando no estuvieran dentro de las disposiciones de la nueva legislación, es decir, quedaron amparados por una garantía constitucional.

En el caso especial de la presente demanda resulta esto: el municipio de Florencia fue creado por el decreto Nº 642 de 17 de junio de 1912, en virtud de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo por las leyes 65 de 1909 y 88 de 1910, y esas normas no han sido acusadas y están hoy rigiendo. Posteriormente, por decreto número 241 de 1918 el Gobierno fijó los límites del municipio de Florencia y por decreto número 642 dispuso que en ese municipio habrá un Concejo municipal compuesto de cinco miembros principales y cinco suplentes, y estas dos últimas normas también están rigiendo hoy y no han sido acusadas.

Dada la organización actual del núcleo de población existente en Florencia, éste está regido para los asuntos concernientes a su administración propia de la misma manera como se rigen los demás municipios, es decir, por un Concejo municipal de elección popular, por un alcalde jefe de la administración y por los demás funcionarios, como personero, juez y tesorero municipales, con las mismas facultades que tienen éstos en los demás distritos. Pero no es sólo esto, sino que existen en Florencia las mismas cargas y contribuciones que forman las rentas de todos los presupuestos municipales y son los vecinos de Florencia los que viven dentro del territorio demarcado por el Gobierno, los que contribuyen a las cargas de esa administración y los que están ligados por las reglas normativas expresadas en los acuerdos municipales de Florencia dictados por su Concejo municipal.

Si pues se concede el derecho de que habitantes de otro territorio o de otras regiones, que escapan a la jurisdicción municipal de Florencia, intervengan en la formación del Concejo municipal de ésta, se violan y desconocen los principios fundamentales de la Constitución de que se ha hecho mérito en este fallo.

Desarrollándose la administración propia

de Florencia al igual de la de los municipios, mientras ese estado legal subsista deben aplicarse los mismos principios que para esa administración amparan a los demás distritos, especialmente en su régimen electoral.

El legislador en la ley acusada parte de la base de la existencia del municipio de Florencia. Ahora bien, este núcleo, por estar enclavado en una de las comisarías, cae bajo el control directo del gobierno, que puede ampliar o disminuír su territorio como municipio, de la misma manera que con los distritos pueden hacerlo las asambleas departamentales; pero mientras ese hecho no se presente y particularmente mientras no se agreguen al territorio de Florencia y como parte integrante de él los corregimientos comisariales de San Vicente, Las Guacamayas, Yarí, Puerto Rico, Tres Esquinas, Solano, Belén y Morelia, que no están sometidos a la jurisdicción del alcalde ni del concejo municipal de Florencia, cuyas normas no los obligan, es claro que entonces Florencia tiene que considerarse como una zona electoral única y propia para la elección de su concejo municipal.

El artículo 5º de la Constitución, en su inciso dispone que la ley puede darles estatutos especiales a las intendencias y comisarías y reglamentar su organización electoral. Pero es claro que esa reglamentación tiene que hacerse dentro del espíritu general que domina en la constitución y de acuerdo con los textos de ésta, porque de otra manera no sería armónica su interpretación. Si nada dijo el constituyente respecto de la formación de círculos electorales para los municipios, si no podía decirlo desde luego que quedó vigente el artículo 194, reproducción textual del acto legislativo Nº 3 de 1910, en su artículo 61, si las elecciones de concejeros municipales, diputados a las asambleas, representantes al congreso y senadores están condicionadas a un principio general, o sea a la intervención popular, indirecta en el último caso, no de una manera ilimitada sino ejercitada dentro de cada circunscripción, en la cual se tienen en cuenta el territorio y la vecindad de los electores, es claro que la intervención en la formación de concejos municipales por ciudadanos que no pertenecen al respectivo núcleo municipal, pugna, como se ha dicho, tanto contra el espíritu constitucional, como contra las normas ya citadas.

Los corregimientos comisariales del Caquetá son los siguientes: San Vicente, Las Guacamayas, Yarí, Puerto Rico, Tres Esquinas, Solano, Belén y Morelia. El artículo acusado dice que en las elecciones para concejeros municipales que hayan de realizarse en el municipio de Florencia votarán todos los corregimientos comisariales actuales o que se establezcan y los corregimientos municipales.

La Corte observa: respecto de estos últimos es exequible la disposición acusada por cuanto los corregimientos municipales forman parte de los respectivos distritos; mas en lo que se refiere a los corregimientos comisariales, por todo lo ya dicho esa disposición, además de estar en pugna con el espíritu que domina en la constitución, viola el artículo 194 de la misma.

Resolución

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el señor Procurador General de la Nación, y en ejercicio de la facultad constitucional establecida por el artículo 149 de la Constitución, declara inexequible por inconstitucional el artículo 5º de la ley 64 de 1936, en cuanto allí se dispone que en las elecciones para concejeros municipales que hayan de verificarse en el municipio de Florencia, votarán todos los corregimientos comisariales actuales o que se establezcan.

Publíquese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Gobierno, al alcalde municipal de Florencia, al jurado electoral de la misma población e insértese en la Gaceta Judicial.

Liborio Escallón, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Hernán Salamanca, Pedro A. Gómez Naranjo, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Juan Francisco Mújica, José Antonio Montalvo, Pedro Alejo Rodríguez, Salvador Iglesias, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACIÓN CIVIL

SIMULACION DE CONTRATOS—HIPOTECA DE BIENES RAICES POSEIDOS EN PROPIEDAD.

1.—Como la experiencia enseña que hay contratos ficticios, destinados a no obligar a las partes o a no obligarlas en la forma ostensible, ha querido el legislador que los terceros de buena fe elijan entre las dos convenciones contradictorias la que más convenga a sus intereses, y puedan así invocar el acto público o el secreto, es decir, la escritura o la contraescritura. 2.—Cuando hay simulación, las partes deben preferir su voluntad real a la voluntad declarada, y los terceros de buena fe pueden atenerse a la apariencia. 3.—En dicho la corte en distintas ocasiones que la simulación no es de suyo causa de nulidad, la cual significa sencillamente que no por ser imaginario en todo o en parte el acto ostensible, no se condiciona afirmando la invalidez del secreto. 4.—Quien alega en juicio la simulación no está sujeto a formulas sacramentales. Su demanda resultará ajustada a la técnica si pide que el juez declare simulado el acto aparente, y que, averiguada la naturaleza del real, analice éste a la luz de las normas sobre eficacia de las convenciones y lo declare válido total o parcialmente, o nulo de nulidad absoluta o relativa, o rescindido por lesión enorme, o resuelto por incumplimiento o por otro motivo legal, etc., etc. Pero si unos simples naturales dentro de la antigua jurisprudencia —ser ese público negocio inexistente, nulo, írrito, carente de objeto y causa, falta del concurso real de voluntades y otras del mismo jaez—, no por eso puede negarse el juzgador a ver allí la inequívoca pretensión de que se declare simulado el pacto exterior, pues parafraseando cabe regla civil, debe decirse que conocida claramente la intención de la demanda, se estará a ella más que a la literal de las palabras.

1.—Toma el recurrente la locución «bienes raíces QUE SE POSEAN en propiedad», empleada por el art. 2443, y sostiene que como el hipotecante no tuvo jamás la posesión del inmueble hipotecado, violó el fallador este artículo admitiendo la validez del gravamen. 2.—Esta objeción del recurrente proviene quizá de no haber hecho él una clara diferencia entre dominio, cosa incorporal, y fincas raíz, cosa corporal. 3.—Las cosas incorporales pueden ser objeto de posesión, con las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales, según lo enseña el art. 775 del código civil. Luego es científico decir que el dueño posee su derecho de dominio, y que puede hipotecar este derecho cuando lo ejerce sobre un inmueble, aun cuando no esté en posesión material de la finca misma. Lo que el código autoriza en la hipoteca del derecho de propiedad, que puede ser plena o nuda, absoluta o fiduciaria. 4.—Luego no ha infringido el fallador este artículo 2443, reconociendo que el hipotecante pues la propiedad del inmueble hipotecado aunque jamás ha habido entrega de la cosa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

CAPITULO I

Ana Lucía y María Elisa Patiño Silva demandaron a Juan de Dios Bravo y a Carlos Alberto Talero, para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Es nulo, de nulidad absoluta, por simulación o falta de causa o causa ilícita, el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 2431, de 7 de octubre de 1930, otorgada en la notaría 1ª de Bogotá, por medio de la cual Guillermo Patiño V. aparenta vender a Juan de Dios Bravo, y éste aparenta comprar a aquél, un lote de terreno ubicado en Supatá.

Segunda.—Es nulo, de nulidad absoluta, por simulación o falta de causa o causa ilícita, el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 2432, de 7 de octubre de 1930, otorgado en la notaría 1ª de Bogotá, por medio de la cual Patiño V. aparenta vender a Bravo, y éste aparenta comprar a aquél, un inmueble ubicado en Pacho.

Tercera.—Es nula, por versar sobre cosa ajena, la hipoteca constituida por Juan de Dios Bravo a favor de Carlos Alberto Talero, sobre la finca mencionada en la petición segunda, mediante la escritura Nº 2773, de 18 de noviembre de 1930, otorgada en la notaría 1ª de Bogotá.

Cuarta. (Subsidiaria de la precedente)—La hipoteca no pudo efectuarse sobre la aludida finca, porque Bravo no era propietario ni poseedor ni usufructuario de ella, y esto lo conocía Talero.

Quinta.—Las fincas no han salido del patrimonio de Guillermo Patiño V., y la caución hipotecaria constituída por Bravo no puede gravar el dominio del inmueble hipotecado ni dar acción al acreedor hipotecario para perseguirlo en manos de los herederos de Patiño V.

Sexta.—Deben cancelarse la hipoteca y las inscripciones de los instrumentos en que constan los contratos simulados.

Séptima.—Bravo debe indemnizar a las demandantes los perjuicios que les ha ocasionado por causa de la hipoteca, y por el embargo, depósito y avalúo que hicieron los acreedores de aquél en juicio ejecutivo.

CAPITULO II

El juzgado 2º de Bogotá hizo estas declaraciones:

1ª—Son absolutamente nulos, por causa de simulación, los contratos de compraventa.

2ª—Las fincas vendidas simuladamente no salieron del patrimonio de Patiño V. para entrar en el de Bravo.

3ª—Decrétase la cancelación de las dos escrituras de compraventa.

4ª—No es el caso de declarar nulo el gravamen hipotecario.

5ª—Absuélvese a los demandados de los demás cargos.

6ª—Declárase no probada la excepción de falta de interés actual en las actoras.

CAPITULO III

El tribunal de Bogotá reformó la sentencia del juzgado, declarando que María Elisa Patiño carece de personería sustantiva para demandar y negando todas las peticiones hechas por las actoras.

CAPITULO IV

Son estos los fundamentos de la sentencia dictada por el tribunal:

a)—Las demandantes piden en nombre propio alegando su interés personal de herederas como hijas legítimas del vendedor, pero solamente Ana Lucía tiene esa calidad.

b)—Siendo inexistentes los negocios simulados, debe desecharse la acción de nulidad de ellos, pues no se puede anular lo que no existe.

c)—No hay en el proceso prueba plena de que en el momento de constituirse la hipoteca tuviese conocimiento Talero de los hechos alegados como indicios de simulación.

ch)—La súplica subsidiaria es en el fondo la misma de la de nulidad del gravamen hipotecario, o al menos se funda en causa idéntica: no ser el hipotecante dueño del inmueble hipotecado. Pero como ese hecho no llegó a acreditarse contra Talero, tampoco puede hacerse la declaración subsidiaria.

d)—Las demás peticiones, como consecuencia de la principal, corren la misma suerte que ésta.

CAPITULO V

Hasta el 27 de julio de 1935 (Gaceta Judicial, Nº 1899), vio la corte en el fenómeno de la simulación un motivo de nulidad absoluta, por falta de consentimiento y causa. Abstúvose empero de aplicar rígidamente el artículo 1748 del código civil, como lo pedía la lógica, porque comprendió cuán atentatorio resultaba no respetar la buena fe de terceros poseedores. Quien tenía interés en que un contrato fracasara por simulación, demandaba el pronunciamiento de nulidad absoluta, y hallándose los bienes en poder de extraños suplicaba también su restitución al patrimonio del seudo-tradente. Era esto consecuencia del pronunciamiento principal. El art. 1748 prestaba firme apoyo a la reivindicación. Establecida la insinceridad del contrato acusado, procedía la corte a declararlo nulo; pero atenta a la buena fe de terceros poseedores, negaba la restitución de los bienes. Tamaña antilogía, impuesta por claro sentimiento de justicia, duró hasta que dijo la corte no ser el simulacro de convención, cuyos efectos se paralizan de modo oculto, causa para anular el pacto secreto. Ella persevera en esta nueva jurisprudencia, ampliada en posteriores fallos. En el de 24 de octubre de 1936 (Gaceta Judicial, Nos. 1914 y 1915), observó cómo la simulación ofrece en lo general cuatro grados: de esencia, de naturaleza, de accidente y de interposición.

Para el caso de autos importa estudiar la simulación en su grado de esencia, porque un convenio oculto debió destruír los efectos del ostensible o mudarlos fundamentalmente.

Interrogado Bravo sobre si es verdad que cuando él y Patiño V. firmaron las escrituras de compraventa, ni aquél pretendió comprar ni éste pretendió vender, pues ca-

trambos celebraron un contrato simulado, contestó:

"Es cierto que se trata de dos escrituras de confianza y por consiguiente el contrato o acto fue simulado."

Interrogado sobre si es verdad que no pagó los precios de las compraventas, contestó:

"Es cierto."

Interrogado sobre si es verdad que jamás ha ejercido acto alguno de posesión sobre los inmuebles materia de los fingidos contratos, pues Patiño V. continuó poseyéndolos como único dueño, contestó:

"Es cierto."

Interrogado sobre si es verdad que ha dicho a varias personas le mortificaba aparecer como dueño de lo perteneciente a otro, contestó:

"Es cierto."

Interrogado sobre si es verdad que le contraría ver los terrenos embargados en juicio contra el absolvente, contestó:

"Es cierto que he tenido mucha contrariedad con los embargos."

Interrogado sobre si es verdad que su único inconveniente para "devolver" las escrituras consiste en no ser posible registradas por causa del embargo, contestó:

"No es cierto que el inconveniente sea mío, como lo dice la pregunta; por mi parte estoy dispuesto a devolver la escritura en el momento en que el señor Patiño me lo exija."

Interrogado sobre si es verdad que manifestó a Patiño V. su ferviente deseo de libertarse pronto de esas escrituras y la profunda pena que le causaba el embargo de los bienes, contestó:

"Es cierto."

Interrogado sobre si es verdad que muchas personas están enteradas, por información del absolvente, de ser ficticios los contratos, y si el supuesto comprador no ha tenido dinero suficiente para comprar las fincas, contestó:

"Es cierto."

CAPITULO VI

Comprobada la insinceridad de las compraventas, debió el tribunal declarar simulados los contratos ostensibles e ineficaces las tradiciones en que ni una parte tuvo intención de transferir ni la otra de adquirir. Pero no procedió de esta manera. Sostuvo la tesis de que por ser inexistentes los contratos simulados no prospera la acción enderezada a destruirlos.

Hubiese pensado el fallador que hay simulación cuando un acto ostensible disfraza voluntades diferentes de las expresadas (simulación absoluta si las partes no quisieron celebrar ningún acto distinto del aparente), y su fallo habría consistido en declarar simulados los conciertos secretos, con la consecuencia de ser ineficaces las tradiciones.

En cuanto a la nulidad del contrato hipotecario, como consecuencia de ser ficticias las compraventas, observó el fallador que la prueba del interés en demandarla se confunde con la prueba de la inexistencia de las convenciones celebradas entre Patiño V. y Bravo, motivo por el cual "esa pretendida inexistencia es la base de la nulidad de la hipoteca", y dice que faltando la prueba de que el acreedor hipotecario conociese los hechos alegados como indicios de simulación, no debe declararse nulo el gravamen.

Las contraestipulaciones, o contraescrituras, como dice el código, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en instrumento público, no producen efecto contra terceros cuando son privadas o cuando siendo públicas no se ha tomado razón de su contenido al margen de las respectivas matrices.

Como la experiencia enseña que hay contratos ficticios, destinados a no obligar a las partes o a no obligarlas en la forma ostensible, ha querido el legislador que los terceros de buena fe elijan entre las dos convenciones contradictorias la que más convenga a sus intereses, y puedan así invocar el acto público o el secreto, es decir, la escritura o la contraescritura. Esto es el sentido del art. 1766 del código civil, que autoriza las contraestipulaciones pero libra de sus efectos a los extraños de buena fe.

Cuando hay simulación, las partes deben preferir su voluntad real a la voluntad declarada, y los terceros de buena fe pueden atenerse a la apariencia.

Del citado 27 de julio de 1935 a hoy, ha dicho la corte en distintas ocasiones que la simulación no es de suyo causa de nulidad, lo cual significa sencillamente que no por ser imaginario en todo o en parte el acto ostensible, ha de concluírse afirmando la invalidez del secreto. No. Cuando el último aparece, descorrido ya el velo, se le examina en su fondo y en su forma. Entonces será hallado nulo o válido conforme a los principios generales. El aparente, por voluntad de los mismos contratantes, carece para ellos de eficacia en cuanto pugne con el efectivo. Algunas veces su ineficacia será total; otras parcial; en no pocas deberán quedar firmes ciertas cláusulas como sostén de la convención disimulada, y, cuando se necesite, prestará su solemnidad al acto ocultado. Estas hipótesis fueron hechas en

la aludida sentencia del 24 de octubre de 1936.

Quien alega en juicio la simulación no está ceñido a fórmulas sacramentales. Su demanda resultará ajustada a la técnica si pide que el juez declare simulado el acto aparente, y que, averiguada la naturaleza del real, analice éste a la luz de las normas sobre eficacia de las convenciones y lo declare válido total o parcialmente o nulo de nulidad absoluta o relativa, o rescindido por lesión enorme, o resuelto por incumplimiento o por otro motivo legal, etc., etc. Pero si hace súplicas naturales dentro de la antigua jurisprudencia —ser eso público negocio inexistente, nulo, irrito, carente de objeto y causa, falto del concurso real de voluntades y otras del mismo jaez—, no por eso puede negarse el juzgador a ver allí la inequívoca pretensión de que se declare simulado el pacto exterior, pues parafraseando sabia regla civil, debe decirse que conocida claramente la intención de la demanda, se estará a ella más que a lo literal de las palabras.

Ordinariamente ocurren dos súplicas: simulación del acto aparente y nulidad del acto secreto. Se toma un caso en que han de ser traídos uno y otro. Nada se opone, sin embargo, a que pueda pedirse se mantenga en parte el ostensible y en todo o en parte el oculto. Eso dependerá de la naturaleza de uno y otro. Nada se opone tampoco a que el demandante, cuando no fue parte en el acto ostensible, no se preocupe por inquirir si hubo o no hubo un negocio escondido que también deba caer. En tal ocurrencia se abstendrá el juez de averiguarlo oficiosamente y con mayor razón de calificarlo.

CAPITULO VII

A la luz de las doctrinas expuestas en el capítulo anterior se verán las causales de casación aducidas por el recurrente, que son seis:

I.—No estar el fallo en consonacia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (art. 520, ord. 2º, del C. J.), a causa de que si para el tribunal eran inexistentes por simulación los contratos cuya nulidad fue pedida, debió despachar favorablemente las súplicas tercera a séptima del libelo.

II.—Violación de los artículos 673, 740, 732, 1500, 1502, 1523, 1524, 1602, 1740, 1849 y 1857 del código civil, porque si el vendedor no tuvo intención de trasferir el dominio ni el comprador de adquirirlo; si faltó voluntad de entregar la cosa y el precio; si el supuesto adquirente no intentó ocupar los bienes como señor; si todo esto ocurrió, "no hubo contrato serio capaz de producir alguna consecuencia jurídica entre las partes, sino, únicamente, una mera farsa, una comedia de contrato desprovista absolutamente de todos los elementos esenciales e internos requeridos por la ley y por la ética para que pueda reputarse como contrato y operar en la vida civil."

III.—Violación del art. 1741 del código civil, porque el tribunal afirma que la falta de consentimiento y de causa no produce nulidad absoluta de los negocios jurídicos. Se entresacan algunos conceptos del recurrente: a)—Una escritura pública otorgada por mentirosos contratantes da vida civil a la apariencia de contrato, apariencia que tiene todos los atributos de lo real y produce obligaciones respecto de quienes ignoran la causa de su falsa existencia, mientras no se descorra el velo y se descubra que tras de ese ente no había nada. b)—El art. 1741 mira no sólo a los contratos que tienen existencia jurídica plena aunque tarada, sino también a los aparentes que la han tenido engañosa pero capaz de ser captada por los sentidos. c)—La falta de consentimiento, exigido por el art. 1502, produce nulidad, y lo que con ésta se aniquila no es la existencia jurídica sino la aparente que ha podido producir efectos patrimoniales. ch)—La ilicitud en el objeto o en la causa debe tener la misma sanción que la falta de esos dos elementos. d)—Es simplista la tesis de que el negocio simulado no puede anularse porque no ha existido, pues la nulidad no es atributo sino resultante de faltar uno esencial. e)—Nulidad no es sinónimo de anulabilidad. f)—Suponiendo que la acción de nulidad sea distinta de la de simulación, el hecho de que a la acción ejercitada se le bautizara en la demanda con nombre distinto, no le quita su naturaleza, ya que una y otra se orientan a la misma finalidad: aniquilamiento de un ente jurídico que no puede seguir produciendo efectos.

IV.—Violación de los arts. 2439, 2443 y 2457 del código civil, porque no fue declarado nulo el gravamen hipotecario. Dice el tribunal no debió admitir como probada la buena fe del acreedor hipotecario; que la persona a quien se le ofrece un gravamen hipotecario tiene el deber ineludible de averiguar si su oferente es propietario inscrito del inmueble y tiene la posesión real del suelo; que si en esa averiguación no procede con diligencia, o se pone en condiciones de ignorar que su deudor carecía de la posesión efectiva del suelo, "obra con dolo, comete una culpa"; que en Pacho era de fama pública el hecho de que Bravo no tenía sino un dominio simulado; que extinguiéndose la

hipoteca por la resolución del derecho de quien la constituyó, con mayor razón se paraliza en sus efectos cuando el hipotecante no era dueño ni poseedor de la cosa hipotecada, y finalmente, que en el proceso se demuestra cómo al aceptar Talero la hipoteca tenía conocimiento de la simulación.

V.—Violación de los arts. 38 de la carta de 1886, 12 de la ley 57 de 1887 y 3º de la ley 35 de 1888, porque se le negó a María Elisa Patiño personería para intervenir en el juicio.

VI.—Grave error de hecho en la apreciación de las pruebas encaminadas a demostrar que el acreedor hipotecario no ha obrado de buena fe. El recurrente remite a la corte a su alegato de segunda instancia, y dice que dicho error llevó al tribunal a violar los artículos citados en el punto IV de su demanda.

CAPITULO VIII

La compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Así define el art. 1849 del código civil.

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

Por esencia, el contrato de compraventa origina dos obligaciones recíprocas. Dar una cosa y pagar el valor de esa cosa en dinero. La simultaneidad de estas dos obligaciones constituye el contrato; faltando una o faltando ambas, no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. El saneamiento de la cosa vendida es consecuencia de la obligación de entregar.

La tradición exige en el tradente estas condiciones subjetivas: propiedad de la cosa; facultad de trasmitir su dominio; intención de enajenar. Si falta una de estas condiciones no hay tradición y por lo mismo no hay enajenación.

Como se probó que Patiño V. dijo vender, pero no se obligó a dar sus fincas a Bravo, y que éste dijo comprar, pero no se obligó a pagar el precio, los dos contratos de compraventa a que se refieren las escrituras 2431 y 2432 de 7 de octubre de 1930, otorgadas en la notaría 1ª de Bogotá, son simulados.

Como se probó que Patiño V. no tuvo la intención de trasferir el dominio de sus fincas ni Bravo la de adquirirlo, las dos tradiciones son, entre las partes, ineficaces.

Y como el tribunal no declaró la simulación de las compraventas ni la ineficacia de las tradiciones, dejó de aplicar los arts. 1849 y 740 del código civil.

CAPITULO IX

Dice el art. 2118 del código francés que únicamente son susceptibles de hipoteca: 1º—Los bienes inmuebles que están en el comercio, y sus accesorios reputados inmuebles; 2º—El usufructo de los mismos bienes y accesorios por el tiempo de su duración. Más completo en esta materia el código colombiano, admite en su art. 2443 la hipoteca sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves, explicando en su art. 2445 que la constituída sobre los primeros afecta los muebles que por accesión se reputan inmuebles. Por la ley francesa del 10 de julio de 1885 fueron incluídas las naves entre los bienes hipotecables, y por la del 31 de mayo de 1924 se permitió dicho gravamen sobre las aeronaves.

Nuestro art. 2443 dice:

"La hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves..."

Con apoyo en dicho precepto, señalado en el código de Chile con el número 2418, han sostenido autores chilenos y colombianos (Barros Errázuriz, Vélez, Rodríguez Piñeres), que no todos los derechos reales sobre inmuebles son susceptibles de hipoteca, sino solamente los de propiedad y usufructo.

No serían hipotecables los derechos de herencia, de servidumbre activa separada del predio dominante, de uso y habitación, ni el mismo de hipoteca.

Toma el recurrente la locución "bienes raíces que se posean en propiedad", empleada por el art. 2443, y sostiene que como el hipotecante no tuvo jamás la posesión del inmueble hipotecado, según aparece de autos, violó el fallador ese artículo admitiendo la validez del gravamen.

Efectivamente, Bravo no ha poseído materialmente la finca raíz hipotecada a Talero; pero, bien interpretado el art. 2443, tal falta de posesión no fue obstáculo para constituír sobre ese predio el derecho real de hipoteca.

Esta objeción del recurrente proviene quizá de no haber hecho él una clara diferencia entre dominio, cosa incorporal, y finca raíz, cosa corporal.

Como es sabido, los bienes consisten en cosas corporales e incorporales, según tengan sér real y puedan percibirse por los

sentidos, o estriben apenas en meros derechos. Una finca es ejemplo de cosa corporal; el dominio lo es de cosa incorporal.

Las cosas incorporales pueden ser objeto de posesión, con las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales, según lo enseña el art. 776 del código civil. Luego es científico decir que el dueño posee su derecho de dominio, y que puede hipotecar este derecho cuando lo ejerce sobre un inmueble, aun cuando no esté en posesión material de la finca misma. Lo que el código autoriza es la hipoteca del derecho de propiedad, que puede ser plena o nuda, absoluta o fiduciaria.

Luego no ha infringido el fallador ese artículo 2443, admitiendo que Bravo posee la propiedad del inmueble hipotecado aunque jamás se le haya hecho entrega de la cosa.

También acusa el recurrente por violación de los arts. 2439 y 2457.

Sin razón, en sentir de la corte.

Es cierto que no puede constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos y también cierto que el gravamen se extingue por la resolución del derecho del que lo constituyó cuando la condición constaba en el título (art. 1548); pero no lo es menos que aun cuando simulados los contratos de compraventa, y, entre vendedor y comprador, ineficaces las tradiciones, quien de buena fe contrata con el seudo-comprador y seudo-adquirente está amparado por el art. 1766 del código civil.

CAPITULO X

Alega el recurrente grave error de hecho en la apreciación de las pruebas encaminadas a demostrar que el acreedor hipotecario no obró de buena fe, error que llevó al tribunal a infringir los arts. 2439, 2443 y 2457 del código civil, considerados en el capítulo anterior.

El tribunal, luégo de observar que la confesión de Bravo, sobre simulacro de las compraventas, no produce efecto contra el acreedor hipotecario ni relativamente a la pretendida nulidad del gravamen, anota que los indicios son insuficientes para anular éste, y recuerda cómo la buena fe, presumible mientras no aparezca plenamente acreditado lo contrario, debe amparar a Talero.

El recurrente alega grave error de hecho en la apreciación de las pruebas encaminadas a demostrar que el acreedor hipotecario no ha obrado de buena fe, y para comprobarlo se refiere a todo lo que dijo en su alegato de segunda instancia, "principalmente a los conceptos que sobre esta materia expresé del folio 39 al folio 53 del cuaderno N° 7 del juicio."

En ese alegato expone el señor abogado ocho argumentos como prueba de que Talero tenía conocimiento de ser ajena la finca hipotecada, argumentos que a su turno analiza también el señor abogado del acreedor hipotecario a los folios 60 a 65 del mismo cuaderno N° 7.

Si en concepto del recurrente hubo apreciación errónea o falta de apreciación de determinadas pruebas, no le bastaba alegarlo sino que ha debido demostrarlo en su demanda de casación diciendo cuál fue el error manifiesto en los autos que llevó a infringir la ley sustantiva. En esa demanda se echa menos un nuevo análisis de los indicios, o por lo menos una crítica del modo como el fallador los apreció. No es admisible acusar por medio del recurso de casación un fallo de tribunal, como infractor de ley sustantiva a causa de error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, haciendo de algún alegato presentado en instancia el instrumento acusatorio. Este proceder resulta antilógico, pues precediendo los alegatos al fallo no es dable convertir aquéllos en demanda contra éste. Empero, como pudiera decirse que del estudio hecho en el alegato de instancia resultó evidenciada la mala fe del acreedor hipotecario, y que de ahí aparece manifiesto en casación el error del tribunal, la corte ha leído las razones en pro y en contra de la buena fe atribuída a ese acreedor, expuestas por los abogados de una y otra parte, y su lectura le ha producido la impresión de que el fallador no incurrió, al apreciar los llamados indicios, en error que justifique el cargo de ser por este aspecto su sentencia violadora de ley sustantiva. Las pruebas indirectas — amistad, lugar del otorgamiento de la escritura, etc., etc.—, muy débiles por cierto, fueron combatidas una a una, en lo general con grande acierto, por el abogado de Talero. Contra la fama pública sobre haber sido de confianza las escrituras de compraventa, pueden oponerse la vaguedad de esta prueba, el corto tiempo corrido entre las compraventas y la hipoteca (poco más de un mes), el no referirse precisamente al lugar del domicilio de Talero y los testimonios en contra de esa fama durante varios meses (fojas 17 y 17 vuelta del cuaderno N° 3). En cuanto a la carta atribuída a Patiño V., se observa que suponiéndola auténtica y suponiendo que Talero la conociese antes de aceptar la hipoteca, ello, lejos de constituír una prueba en contra suya, justificaría ple-

namente su conducta, pues querría decir entonces que a Bravo le fue conferida por el verdadero dueño una representación sin mandato para que hipotecara la finca.

CAPITULO X

Como este juicio no versa sobre estado civil y como la personería sustantiva de una sola de las demandantes bastaba para reconocer la legitimación en causa, no hay para qué estudiar la cuestión número V.

En instancia será infirmado el pronunciamiento que en punto de personería de María Elisa Patiño hizo el tribunal y reformada la declaración número 7 del fallo de primera instancia.

CAPITULO XI

Debiéndose casar el fallo por cuanto no declaró simuladas las compraventas, no hay objeto en estudiar lo referente a infracción del art. 1741 del código civil.

La causal número I —no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes—, carece en absoluto de fundamento, pues no se incurre en ella cuando el fallador niega algunas de las declaraciones pedidas. Otro es el significado de esa causal.

CAPITULO XII

Al fallar en instancia, hace constar la corte que fuera de la confesión de Juan de Dios Bravo hay otras pruebas indirectas sobre simulación de los contratos de compraventa.

No se estudian las súplicas referentes a indemnización en favor de las demandantes, porque suponiendo que los perjuicios existan y deban pagarse, el patrimonio particular de ellas no ha sido afectado, y no se demandó para la sucesión del general Guillermo Patiño V.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

Falla:

Casa la sentencia recurrida, revocando la de primera instancia y hácense estas declaraciones:

Primera.—Es simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura número dos mil cuatrocientos treinta y uno (2431), de siete (7) de octubre de mil novecientos treinta (1930), otorgada en la notaría primera (1ª) de Bogotá, por medio de la cual Guillermo Patiño V. aparenta vender a Juan de Dios Bravo, y éste aparenta comprar a aquél, un lote de terreno ubicado en el punto de Supatá, en jurisdicción del distrito de Supatá, y especificado como se expresa en dicha escritura.

Segunda.—Es simulado el contrato de compraventa contenido en la escritura número dos mil cuatrocientos treinta y dos (2432), de siete (7) de octubre de mil novecientos treinta (1930), otorgada en la notaría primera (1ª) de Bogotá, por medio de la cual Guillermo Patiño V. aparenta vender a Juan de Dios Bravo, y éste aparenta comprar a aquél, un inmueble ubicado en el punto de "Mochilero", en jurisdicción del distrito de Pacho, inmueble compuesto de varios globos o lotes de terreno especificados como se expresa en dicha escritura.

Tercera.—Los inmuebles a que se refieren las dos escrituras mencionadas en las declaraciones precedentes, no salieron del patrimonio de Guillermo Patiño V. para pasar al patrimonio de Juan de Dios Bravo.

Cuarta.—Decrétase la cancelación de las diligencias de inscripción en el registro, de las dos escrituras mencionadas en las declaraciones primera y segunda de la parte resolutiva de este fallo, para lo cual librará el juez de primera instancia los oficios correspondientes.

Quinta.—No es el caso de declarar nulo el gravamen hipotecario sobre la finca denominada "Mochilero" a que se refiere la petición tercera de la demanda.

Sexta.—Absuélvase a los demandados de los demás cargos formulados en la demanda.

Séptima.—Declárase no probada la excepción perentoria de falta de interés actual para demandar, pues bastando el interés de una de las actoras, no procede averiguar si la otra también lo tiene.

Octava.—Cancélese la inscripción de la demanda.

Novena.—Sin costas en las instancias ni en el recurso de casación.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Germán Fernández, Miguel Moreno J., Arturo Tapia Rueda.—Pedro León Rueda, Srio. en ppdad.

SALVAMENTO DE VOTO del magistrado Dr. Juan Francisco Mújica.

Salvo mi voto únicamente en lo relativo al concepto expresado en la sentencia de que se puede poseer el derecho abstracto de dominio. Sería simplista afirmar, con base en el art. 762 del C. C., que siendo el derecho una cosa puede poseerse. Este criterio conduciría a demostrar la inutilidad del art. 775 ibídem, cuya existencia es, sin embargo, esencial para poder efectuar aquel razonamiento. Además, con semejante método pueril de interpretación, se elimina la teoría de los derechos sobre los derechos, grávida de consecuencias trascendentales.

La propiedad es el señorío jurídico sobre una cosa, mientras que la posesión es ese mismo señorío, pero simplemente de hecho.

El concepto de posesión que se deduce de los arts. 762 y 775 del C. C., supone una relación de ejercicio estable y de hecho y, por consiguiente, su disfrute por una persona.

De ahí que un derecho que no tenga por objeto una cosa material no pueda ser susceptible de posesión. Sostener lo contrario, es hacer de la idea la sola realidad de las cosas y relegar la apariencia sensible de éstas al segundo plano, en donde sólo constituyan el elemento secundario y contingente. Esta teoría, fundada por un filósofo heleníco, es incapaz de influenciar el criterio de ningún jurista contemporáneo.

Nuestro código civil, al modelar sobre el de la propiedad el concepto de la posesión, dio nacimiento a las tres consecuencias características siguientes: 1ª Las cosas susceptibles de propiedad son las únicas que pueden poseerse; 2ª no se posee una cosa cuando el título que justifica la detención de ella excluya la calidad de propietario; 3ª a la posesión se la protege en cuanto imite la propiedad, esto es, en cuanto conduzca a la adquisición del dominio.

Se volatiliza el concepto del dominio cuando se sostiene que éste recae también sobre las cosas inmateriales. Nuestro Código Civil subentiende lo contrario, que es lo verdadero, no sólo en la definición que contiene el art. 669, sino cuando dice que sobre las cosas inmateriales puede haber también una especie de propiedad. En el fondo todo ello equivale a negar la existencia del dominio sobre lo abstracto. Por lo tanto, la posesión, que presume el dominio, tampoco puede darse sobre lo inmaterial.

Se tiene, pues, que para poder poseer un derecho, se requiere ocupar materialmente la cosa objeto de ese derecho, en las relaciones o aspectos a que alcance aquél. Por eso se concibe la posesión del usufructo o del derecho de servidumbre: el hombre somete la cosa, objeto de uno u otro de ellos, como normalmente esas mismas cosas están sometidas al poder del usufructuario o titular de la servidumbre.

Para poseer un crédito es necesario que éste se halle incorporado al documento (títulos al portador), y se relieva entonces que lo poseído es éste, la cosa material de la cual se deriva la posibilidad de obtener una prestación.

Un derecho se radica en cabeza de una persona, se fija en su patrimonio, lo adquiere ella, ella lo obtiene, pero no se posee abstractamente. Porque el poder de hecho sobre una cosa, que es lo que integra la idea de posesión, no puede ejercitarlo el hombre sobre lo inmaterial.

Cuando en el derecho de obligaciones no existe incorporación del crédito al título, es impropio, jurídicamente, considerar poseedor al que detente el documento contentivo del crédito a cargo de un tercero. En efecto, el acto del deudor, consistente en hacer o no hacer algo, no está bajo la potestad del acreedor, no es susceptible de que éste lo domine de hecho en la forma directa e inmediata en que el poseedor domina una cosa.

Dado lo expuesto, se tiene que la posesión de derechos a que se refiere nuestro código civil, no pueden ser sino los susceptibles de ejercicio verdadero, esto es, aquellos derechos que permiten su disfrute por una persona, debido a que el objeto de ellos es una cosa material.

Por último, no hablo aquí, para no extenderme demasiado, de la situación conflictiva que la teoría de mi muy ilustrado colega, el doctor Moreno Jaramillo, suscita entre el poseedor del dominio pensado y el poseedor material de la misma cosa, objeto de aquel derecho; ni de cómo es posible el disfrute —elemento esencial de la posesión—, del derecho de dominio para su poseedor abstracto; ni tampoco de cómo puede darse un contenido que rebase las proporciones del continente. (1)

Lo dicho no menoscaba en nada el respeto que me merece la opinión de mis eruditos colegas.

Juan Francisco Mújica

(1) Aludo al estudio sobre «Posesión», elaborado por el doctor Miguel Moreno Jaramillo e inserto en Gaceta Judicial No. 1928, en la Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, No. 314, y en Derecho, de Medellín, No. 40.—J. F. M.

ACCION DE PERJUICIOS POR PERTURBACION EN LA COSA ARRENDADA.—CUANDO SE ENTIENDE RENOVADO EL ARRENDAMIENTO

1. El artículo 2014 del C. C. se aparta fundamentalmente del sistema romano de la reconducción tácita, que era la renovación legal cuando el arrendatario conservaba la cosa en su poder con aquiescencia del arrendador; en nuestro código, si los contratantes desean renovar el arriendo, ello ha de ser mediante un nuevo contrato. 2. Para que el inquilino entienda renovado el arrendamiento después que haya terminado por una causa legal, se requiere la coexistencia de tres hechos circunstanciales, indicativos de consentimiento, que son: a) que la cosa objeto del arrendamiento sea raíz; b) que el arrendatario conserve la cosa en su poder, no obstante la terminación del contrato, y c) que el mismo arrendatario haya pagado la renta de cualquier especie de tiempo subsiguiente a la terminación con el beneplácito del arrendador. 3. Si en virtud de la expiración del plazo estipulado el contrato de arrendamiento termina, no por ello debe entenderse autorizado el arrendador para obtener por vías de hecho la restitución de la cosa arrendada, porque la ley prevé la manera de hacerse a ella.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Fernández).

Antecedentes para el fallo de casación.

Camila de la Torre de Umaña y María de la Torre, por medio de comisionado, dieron en arrendamiento a Alejandro de Bedout el local número 94 de la calle 14 de Bogotá, hoy 7-08, que éste ocupó con mercancías.

Las arrendadoras siempre estimaron que el término de duración del arriendo era de seis meses, y el arrendatario, en cambio, estimó que era de un año.

Finalizado el semestre, las arrendadoras promovieron un juicio de lanzamiento, y por referencias del inquilino se sabe que en él se discutió la extensión del plazo, pero se ignora si fue fallado y el sentido en que lo fuese.

Andando el segundo semestre se presentaron al local que ocupaba el inquilino con mercancías algunos obreros del Municipio de Bogotá a demoler la pared que lo dividía con otro edificio que el Municipio iba a arreglar por cuenta de la beneficencia de Cundinamarca, como en efecto lo hicieron levantando una nueva a pocos centímetros de la anterior y a consecuencia de lo cual el inquilino sufrió el deterioro de sus mercancías, suspensión de ventas y dice que otros perjuicios. El inquilino protestó por la imposición de la obra sin su consentimiento.

Posteriormente demandó a las arrendadoras y al comisionado de éstas para el pago de perjuicios.

Sentencia del Tribunal

El del Distrito Judicial de Bogotá falló el negocio el 30 de mayo de 1936 en el sentido de absolver a los demandados arrendadores y confirmó así la sentencia de primera instancia.

Para el fallador, el término de duración del arriendo fue de seis meses, por lo cual cuando se consumaron las obras por parte del Municipio no existía vínculo contractual que obligara al arrendador a prestar garantías en el uso y goce de la cosa y el inquilino estaba en mora de restituirla; además de esto considera que si hubiese existido para aquella época el deber de garantía, la circunstancia de haberlas consumado agentes del Municipio de Bogotá constituye fuerza mayor que descarga de responsabilidad al arrendador por ser el Municipio una persona jurídica de derecho público a quien ellos no podían vedar tales actos, según los artículos 1987 del C. C. y 1º de la ley 95 de 1890.

Estudio de la sentencia, vistos los cargos del recurso de casación

Primer cargo:

Hay un punto de vista del Tribunal que es inobjetable en casación: el término de duración del arriendo fue de seis meses. El recurrente no lo ataca y no da pie a la Corte para interpretar las respectivas cláusulas del contrato. El recurrente aboga en casación por una renovación subentendida del contrato, una vez vencidos los primeros seis meses. El Tribunal estima al respecto que no hubo renovación expresa ni tácita.

La posibilidad de una renovación expresa

o tácita del arriendo tiene importancia para la subsistencia del deber de garantía del arrendador, en el lapso durante el cual las obras materiales se llevaron a cabo. Pero como se ajusta a lo que atestiguan los autos la conclusión del Tribunal, la Sala concluye que no se violaron los artículos 1982, ordinal 3º, y demás que desarrollan el deber de garantía del arrendador que el recurrente estima infringidas en esta primera faz de su acusación. En efecto: terminado el arrendamiento por la expiración del tiempo estipulado para su duración —seis meses, es la base del Tribunal no atacada en casación— y habiendo continuado el arrendatario en la tenencia de la cosa, era procedente el examen del art. 2014 del C. C., conforme al cual, terminado el arriendo por la expiración del plazo, no se entiende en caso alguno (subraya la Corte) que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario es una renovación del contrato. Con esa primera conclusión, el art. 2014 se aparta fundamentalmente del sistema romano de la reconducción tácita, que era la renovación legal cuando el arrendatario conservaba la cosa en su poder con aparente aquiescencia del arrendador; el código no sigue tal sistema, y si los contratantes desean renovar el arriendo, ello ha de ser mediante un nuevo contrato. Empero, excepcionalmente sí puede entenderse renovado en las mismas condiciones que antes, aunque no más que por cierto plazo legal fijado al final de dicha disposición. En esa emergencia de excepción se situó el Tribunal y no aceptó que ella ocurría por echar de menos la prueba del pago posterior de la renta y sí advertirse una evidente voluntad en contrario del arrendador.

Consagra así el código, en la parte final del art. 2014, excepcionalmente, como se ha dicho, una manera de interpretar el consentimiento a través de hechos que revelan la aceptación por el simple silencio: las partes ligadas ya por un contrato de ejecución sucesiva, a la expiración de aquél, o fecha fijada por el mismo para que el inquilino desocupe el local, si éste permanece en él sin que el arrendador se oponga. Entonces la ley dice: un nuevo contrato de arrendamiento se forma, tomando en consideración el precedente, en las mismas condiciones que éste, bajo una reserva sin embargo y es que la duración del contrato renovado la fija la ley por cierto plazo nada más.

Según ésta, para que el inquilino entienda renovado el contrato después que el arrendamiento haya terminado por una causa legal, se requiere la coexistencia de tres hechos circunstanciales, indicativos de consentimiento, pues en virtud de ellos el juez, que los aprecia con la amplitud propia de toda indicio, ha de entender renovado el contrato. La ley ha determinado cuáles son tales hechos indicadores: a) qué la cosa objeto del arrendamiento sea raíz; b) que el arrendatario conserve la cosa en su poder, no obstante la terminación del contrato y c) que el mismo arrendatario haya pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación con el beneplácito del arrendador. Este último requisito puede suplirse cuando ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho igualmente inequívoco su intención de perseverar en el arriendo.

El Tribunal, en el caso de autos no desconoce la verificación de las dos primeras circunstancias, que no podían remitirse a duda, pero ante la ausencia de cualquier hecho de manifestación inequívoca de ambas partes en el sentido indicado, revelador de la aquiescencia a renovar el arriendo y hallándose más bien ante hechos que daban a entender lo contrario, como el haberse iniciado el lanzamiento, no podía pasar por alto el no haberse demostrado por el arrendatario que éste hubiera pagado y el arrendador hubiera recibido el pago de los meses siguientes al de agosto, que fue el de la terminación. El Tribunal dice que como los arrendadores negaron insistentemente dicho pago, muy fácil le hubiera sido al arrendatario demostrar su afirmación en contrario.

El recurrente expresa que no hay prueba legal del juicio de lanzamiento contra el arrendatario a quien representa y trata de desvirtuar así la inferencia formada por el Tribunal de la falta de ánimo en orden a renovar el arriendo. Pero hay que observar, advierte la Sala, que en varias piezas del proceso, hasta en el mismo recurso de casación, el arrendatario, hoy recurrente, da por sentado que tal juicio sí se inició, aunque sea para hacer notar, y así lo dice expresamente, que con motivo de ese juicio el arrendatario discutió si el plazo era de seis meses o de un año; además, es verdad que no se sabe cómo fue fallado el punto, esto es, si se decretó o no el lanzamiento; pero la Sala considera que el solo hecho de haberse admitido como cierto que el arrendador quiso lanzar del local al arrendatario destruye el ánimo de renovación subentendida, que el art. 2014 del C. C. requiere que se demuestre como indicativo de la aquiescencia del arrendador.

Este cargo, pues, se desecha.

Segundo motivo:

Se acusa también el fallo por mala apli-

cación y por interpretación errónea de los arts. 1º de la ley 95 de 1890, y 1987 del C. C., entre otros, pero la Sala se concreta a aquellos dos, por creerlos suficientes para determinar o no la casación. Lo principal del pensamiento del recurrente al respecto puede sintetizarse así:

El Tribunal estimó las obras que causaron el perjuicio en las mercancías del arrendatario como hechas por una tercera persona a quien el arrendador no podía vedarlas, o sea por el municipio de Bogotá, entidad que obró en la forma contemplada por el art. 1º de la ley 95 de 1890, constituyendo así un caso de fuerza mayor que libera de responsabilidad al arrendador y no ser por tanto de las personas por quienes el arrendador debe responder, al tenor del art. 1987 del C. C. Adviarte asimismo que en la demanda de instancia el arrendatario invoca también los principios de derecho que fundan la responsabilidad por culpa extracontractual, conforme a los cuales puede afirmarse que al terminar el arriendo por el vencimiento del plazo, no por eso el arrendador recobra ipso facto la tenencia de la cosa arrendada.

Considera la Sala que si en virtud de la expiración del plazo estipulado, el contrato de arrendamiento termina y —por tanto— ya no es tal para regular la responsabilidad (en ese caso deber de garantía), no por ello debe entenderse autorizado el arrendador para obtener por vías de hecho la restitución de la cosa arrendada, porque la ley prevé la manera de hacerse a ella. En efecto, el art. 1608 del C. C. define los casos en que el deudor está en mora y enseña que el primero de ellos es "cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituírlo en mora" y entre estos casos especiales está el que contempla el art. 2007 de la misma obra en cuanto preceptúa que "para que el arrendatario sea constituído en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio..." El C. J., además, en los arts. 1108 y siguientes, sienta las reglas mediante cuya observancia le es dado al arrendador obtener judicialmente la restitución de la cosa arrendada.

Dicho está ya, que el contrato ajustado entre Camila de la Torre de Umaña y María de la Torre, como arrendadoras de un local, y Alejandro de Sedout, como arrendatario del mismo, fue por seis meses que principiaron el primero de febrero de 1933 y terminaron el primero de agosto de dicho año, sin que conste fuera prorrogado legalmente; pero esa circunstancia no autorizaba a los arrendadores para ejecutar en la cosa arrendada obras o reparaciones que pudieran causar algún daño al arrendatario, sin que éste hubiera convenido en ellas, y así lo reconoce la sentencia de segunda instancia.

Con todo, el Tribunal descarga de responsabilidad a los arrendadores, porque no ordenaron directa y personalmente, y los obreros que demolieron la pared y llevaron a término las reparaciones restantes procedieron como agentes del Municipio de Bogotá, entidad de derecho público cuyas determinaciones no podían impedir los arrendadores. De esto deduce el Tribunal que como los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público tienen el carácter de fuerza mayor o caso fortuito, esto es, el de imprevistos a que no es posible resistir, conforme al art. 1º de la ley 95 de 1890, ninguna responsabilidad civil cabe a los arrendadores por los hechos que sirvieron de base a la demanda.

La Sala observa:

Es verdad que los municipios son por imperio del art. 80 de la ley 153 de 1887 personas jurídicas, pero también lo es que son entidades de derecho público: por el primer aspecto gozan de capacidad relativa en la vida contractual y están subordinados a las mismas reglas que las personas naturales en cuanto a los derechos y las obligaciones que generan los contratos que celebran; por el segundo aspecto están llamados a ejercitar los derechos y cumplir los deberes que detallan la constitución y la ley 4ª de 1913 y las que adicionan y reforman ésta.

De modo que como simples personas jurídicas, los municipios no pueden por sí solos romper los contratos que celebran o desconocer los derechos de la otra parte, pues al respecto caen bajo las sanciones civiles que se aplican a las personas naturales.

Corren en el proceso una nota oficial de la junta general de beneficencia, dirigida a la señora De la Torre de Umaña, el 31 de agosto de 1933, encaminada a noticiarla de que el secretario de obras públicas del municipio ha exigido al Síndico del Hospital de San Juan de Dios haga desocupar el local, que está en poder del señor De Sedout para construír una pared medianera y advertirle que "el Municipio desea que el citado local sea desocupado a la mayor brevedad posible"; y otra del secretario de obras públicas del Municipio de Bogotá, datada el 27 de septiembre de 1933, en la cual manifiesta a la señora de la Torre de Umaña y a la señorita María de la Torre que "la obra que adelanta el municipio por cuenta de la beneficencia, en la carrera 7ª con calle 14, está

sufriendo una demora que puede acarrear graves perjuicios a esa entidad debido a que el arrendatario del local situado en la calle 14 contiguo al de la beneficencia no lo ha desocupado y por este motivo ha sido imposible reconstruír el muro divisorio". En la misma nota se lee además: "Por otra parte, este muro amenaza ruina, lo que me permito advertirles a ustedes, para dejar a salvo toda responsabilidad del municipio en el caso de que al iniciar la reconstrucción parcial del muro se derrumbe, con perjuicio de las mercancías existentes en el local mencionado".

"Hace cerca de un mes me dirigí al señor Síndico del Hospital de San Juan de Dios, en oficio Nº 1328, rogándole se dirigiera al señor Bedout para que desocupara el local citado y sin embargo no ha sido posible obtener esto".

"Me permito solicitar de ustedes se sirvan tomar todas las medidas necesarias para obviar todas las dificultades anotadas..."

No aparece en el expediente qué respuesta dieran por escrito la señora de la Torre de Umaña y la señorita de la Torre a los funcionarios antes mencionados, aunque conviene advertir que se practicaron gestiones ante el Juez quinto municipal de Bogotá tendientes a obtener el lanzamiento del señor de Bedout del local predicho.

En posiciones que absolvió la señora de la Torre de Umaña en la segunda instancia del juicio confesó haber autorizado al Municipio únicamente para incrustar o hacer la pared de ladrillo por el lado que al Municipio le correspondía, pero al principiar los trabajos la pared oriental se venció y hubo que hacerla nueva, y agrega: "Pero esto ocurrió cuando ya había vencido el contrato con el señor de Bedout y estaban iniciadas ya las diligencias de lanzamiento".

De la nota oficial transcrita en parte aparece que el director de obras públicas del Municipio tenía conocimiento de que el local situado en la calle 14, contiguo al de la beneficencia, venía ocupándolo el señor de Bedout en calidad de arrendatario, y que las obras para cuya ejecución le era indispensable ser autorizado por las arrendadoras podían causar daño al inquilino.

La señora de la Torre de Umaña concedió la autorización que le fue solicitada en los términos precisos que ha confesado; pero como no se ha intentado siquiera probar que el Municipio, al ejercitarla excedió sus límites y debido a ello se ocasionaron los daños por cuya indemnización estableció demanda de Bedout, no sería legal eximirla de culpa: a) porque el director de obras públicas del Municipio siempre estimó con razón necesario que las arrendadoras autorizaran las obras que debía ejecutar en el inmueble arrendado por el daño que podían acarrear al inquilino y así lo hizo saber a ellas; b) porque el Municipio, sólo después de obtenida la venia de la señora de la Torre de Umaña, emprendió dichas obras; y c) porque la mentada autorización se otorgó por la señora de la Torre de Umaña y sin ella el Municipio no habría procedido como procedió.

Aparece de ahí que aunque las arrendadoras directa y personalmente no ejecutaron los actos que dieron origen a la demanda de Bedout, sí prestaron al respecto su consentimiento, ya que, sin él, no se hubieran realizado, y se colocaron —de consiguiente— en el caso de la culpa extracontractual definida en el art. 2341 del C. C. El Municipio procedió a hacer lo que había exigido hicieran las arrendadoras, por delegación de éstas, y en consecuencia, los actos encaminados a ese fin no emanaron de una entidad de derecho público en ejercicio de propias funciones.

La Sala estima, por tanto, que el Tribunal aplicó indebidamente el art. 1º de la ley 95 de 1890, porque —como se ha visto— si las demandadas no hubieran conferido al Municipio de Bogotá la autorización de que se ha hablado, no se hubieran ejecutado las obras tántas veces enunciadas; mas este concepto no es causal suficiente para casar la sentencia recurrida, por lo que en seguida se anota.

Si se advierte que de Bedout venía ocupando como inquilino un local cuyo arrendamiento había expirado y había dado lugar a iniciar contra él las diligencias conducentes a su lanzamiento; que el Municipio urgía fuese desocupado dicho inmueble para llevar a efecto ciertas obras sobre un muro que amenazaba ruina; que la señora de la Torre de Umaña, si bien confesó en posiciones haber dado una autorización limitada, también expresó que el señor de Bedout convino con el Municipio se construyera totalmente la pared (confesión que debe tomarse en la forma en que se hizo, porque no se ha desvirtuado —art. 609 del C. J.—), es natural deducir que de Bedout se expuso por falta de diligencia y a sabiendas a que las mercancías con las cuales ocupaba el local premencionado sufrieran deterioro y se paralizara su venta, negligencia que cae bajo la sanción del art. 2357 del C. C., de tal modo que en concepto de la Sala las dos culpas en este caso se eliminan o destruyen recíprocamente.

La Corte ha estimado que cuando se dio la mencionada autorización ya no estaban

las arrendadoras bajo la obligación contractual de amparar al inquilino, porque el contrato había expirado, no sólo por el vencimiento de su término, acerca de lo cual no objeta nada el demandante contra el concepto del Tribunal de haber sido solo de un semestre, lo que pudo hacer acusando la sentencia por error de apreciación de pruebas, entre ellas ante todo el documento, si hubiese persistido en su anterior empeño de que aquél era de un año, sino también porque aunque no conste formalmente el requerimiento de que trata el art. 2007 del C. C., sí hay prueba de la actuación acerca del lanzamiento, que a tanto equivale, dado lo que estatuye al respecto el C. J. en sus arts. 1103 y 1104, punto a), y 1114, inciso 8º

La parte demandada ha afirmado sostenidamente que las diligencias de lanzamiento cursaban cuando sobrevino la autorización antedicha, y el demandante, aunque con fines distintos de concurrir a esa afirmación, la sienta también, tanto en el alegato de primera instancia en que se refiere a ese juicio anotando que se hallaba en curso cuando la autorización se otorgó, como en un memorial de pruebas en que al solicitar copia del documento tomada de la actuación seguida en el citado Juzgado 5º municipal, se refiere a ésta calificándola de juicio en curso o ya fenecido. Cursar un juicio implica estar notificada la demanda inicial.

De ahí que al estudiar la conducta de la parte arrendadora, hoy demandada, se haya descartado la culpa contractual y sólo se haya hallado la extracontractual ya reconocida aquí, eliminada como en una especie de compensación por la culpa de la parte arrendataria, hoy demandante, como se ha visto.

Queda así explicado cómo, aunque se acepte el cargo de violación, por aplicación indebida del art. 1º de la ley 95 de 1890, no se casa la sentencia acusada, ya que si se rompiese y se entrase por lo mismo a pronunciar la de instancia que la reemplazase, ésta sería también absolutoria. En tales casos la Corte se limita a establecer la que en su sentir es la doctrina jurídica sobre el punto respectivo, llenando así la finalidad que al recurso de casación asigna el art. 520 del C. J.; y, aplicando la regla del numeral 2º in fine del art. 575 de esta obra, reconoce que el recurrente está exento de las costas.

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 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta de mayo de mil novecientos treinta y seis.

Sin costas.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE PERJUICIOS.—EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE.—CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

1. En la excepción de pleito pendiente ocurre distinguir dos casos: que en el pleito pendiente cuya existencia justificó la excepción se haya decidido sobre la acción respectiva, y que no se haya decidido sobre ésta. Si lo primero, no cabe suscitar la cuestión de nuevo ante los jueces o si llega a suscitarse se yergue en contrario la fuerza de lo cosa juzgada. Si lo segundo, no hay escollo para que aquélla sea presentada a los jueces para que al fin se la decida, puesto que el derecho de obtener decisión no se ha satisfecho con la sentencia que se abstuvo cabalmente de pronunciarla. En este último caso se ofrece la duda de si el demandante puede y debe reanudar la actuación anterior que debe incoar nueva y separada demanda, al solo comienzo quedó suspendida o si 2. La caducidad de la instancia no se produce por ministerio de la ley ni se pronuncia de oficio, pues requiere solicitud del demandado. Pasado un año sin que el actor haya hecho gestión, lo que expira es la instancia, no la acción, salvo que por segunda vez ocurra esa circunstancia entre las mismas partes y en ejercicio de la misma acción, pues si ocurre ésta, de conformidad con el art. 364 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación civil. Bogotá, agosto cuatro de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Manuel Llanes Fornaris, vecino de Ciénaga, demandó en vía ordinaria a la United Fruit Company, sociedad anónima domiciliada en Nueva Jersey, con negocios permanentes en Colombia y oficina en Santa Marta, para que se la condene a indemnizarle ciertos perjuicios. El Juzgado 1º del Circuito de Santa Marta, acogiendo la excepción de prescripción invocada por la demandada, la absolvió en sentencia de que apeló el demandante y que el Tribunal de allí revocó para condenar a aquélla al pago suplicado, en fallo contra el cual la compañía interpuso recurso de casación que, tramitado debidamente, pasa a decidirse.

Antecedentes

Los perjuicios cuya indemnización demanda el actor son los que afirma haberle causado la compañía por haber levantado un terraplén en brazuelo de la quebrada La Tigre y ahogándole con la consiguiente inundación las plantaciones que tenía en suelo sobre el cual por esa obra se desvió el agua, así: las de maíz y yuca en septiembre y las de guineo y plátano entre octubre y diciembre, todo de 1931.

En junio de 1932 instauró juicio posesorio Llanes contra la compañía, el que el Juzgado decidió en sentencia de 8 de septiembre de 1933, confirmada por el Tribunal en la de 11 de diciembre del mismo año, ordenando la destrucción del terraplén.

Y como en ese libelo se hubiesen demandado también perjuicios, esa sentencia, que en su parte motiva advirtió que el tema no era para debatido en ese juicio sino en uno ordinario, en la resolutiva dijo al respecto: "3º No cabe en este juicio declaratoria alguna sobre perjuicios".

Entretanto el mismo Llanes, en libelo separado de 12 de agosto de 1932, había entablado contra la misma compañía juicio ordinario sobre indemnización de tales perjuicios, y la compañía, aduciendo la demanda del juicio posesorio antedicho, a la sazón en curso, opuso con éxito la excepción dilatoria de pleito pendiente, como se ve en el auto del Juzgado de 15 de febrero de 1933 confirmado por el Tribunal el 19 del siguiente abril.

En marzo de 1934 formuló Llanes nueva demanda por esos perjuicios, la que se notificó al gerente de la compañía el 19 de abril de ese año. Así comenzó el presente pleito, fallado como ya se dijo.

La sentencia recurrida

Para acoger el Juzgado la excepción antedicha formuló un razonamiento resumible así: esa acción expira en un año, según el art. 1007 del C. C., y entre los hechos de que procede, acaecidos de septiembre a diciembre de 1931, y la demanda, notificada en abril de 1934, sobradamente había ya transcurrido ese plazo.

El Tribunal no acogió la excepción porque

estimó interrumpida la prescripción con la referida primera demanda ordinaria, o sea, la citada de 12 de agosto de 1932, y que a esto no es óbice el triunfo de la excepción dilatoria expresada. Sobre este pie entró en el fondo y hallando comprobados los perjuicios de que se queja el actor y la culpa del demandado, condenó a éste a indemnizarlos, sin fijar la cuantía por no haberse llenado este requisito en el curso del pleito. Se recuerda que es recurrente único el demandado.

El recurso

Dentro del primer motivo de los establecidos por el art. 520 del C. J. formula estos cargos:

a) Violación de los arts. 2524 y 2539 del C. C. por interpretación errónea y del 29 de la ley 95 de 1890 por falta de aplicación.

Se funda en que, habiendo prosperado la excepción de pleito pendiente contra la primera demanda ordinaria de perjuicios, no pueda considerarse que interrumpiera la prescripción.

b) Violación del art. 993 del C. C. por aplicación indebida. Se funda en que el actor no demostró ser suyo el suelo, el que la compañía sostiene que a ella pertenece, y en que esa disposición se refiere a hechos ejecutados en daño de suelo ajeno.

c) Violación de los arts. 2341 y 2356 del C. C., en cuanto no están acreditados los requisitos exigidos por ellos mismos para aplicarlos y, sin embargo, se aplicaron.

ch) Violación del art. 1757 del C. C., por no exigir al actor la comprobación de la obligación que dice existir a su favor y por cuyo cumplimiento demanda.

d) Violación de los citados arts. 993, 2341 y 2356 del C. C. por error de hecho, manifiesto, y también de derecho en la apreciación de las declaraciones de testigos, las que no dicen tanto cuanto es necesario a la luz de aquellas disposiciones para aplicarlas, y, por otra parte, no pueden suplir la prueba pericial, necesaria al decir del recurrente, de donde éste halla quebrantados, además, los arts. 393 a 704 del C. J. y también los arts. 705 y 722 del mismo.

La Corte considera:

I

El primero de los juicios referidos fue posesorio y, en cuanto tal, en él triunfó el demandante. Pero por haber incluído en sus súplicas allí mismo su pretensión de perjuicios, vio atajada la acción ordinaria y separada sobre éstos. Y ésta fue la circunstancia que por entonces, suspendiendo el juicio ordinario, evitó a la compañía contestar la demanda incoada en agosto de 1932. Esto es algo muy diferente de una sentencia absolutoria.

Suprimida la súplica sobre perjuicios en el juicio posesorio en virtud de la abstención del Juzgado de considerarla, como según se ha visto conceptuó en los motivos de su sentencia y estableció en la parte resolutiva de la misma, confirmada por el Tribunal, no hubo la decisión que, en su caso, habría fundado la excepción de cosa juzgada, ya para triunfar en el fondo en nuevo pleito sobre ese tema, ya para prevenir que inoficiosamente un nuevo pleito se promoviera.

Conviene rememorar algunas disposiciones del Código Judicial relativas a excepciones: el art. 328 distingue las perentorias de las dilatorias, opuestas aquéllas a lo sustancial de la acción y relativas éstas al procedimiento "para suspenderlo o mejorarlo"; de ahí que las primeras se consideren en la sentencia definitiva y las segundas motiven un obligado incidente previo como establece el art. 335, para su decisión oportuna y pronta. Ellas son (art. 330): declinatoria de jurisdicción; de manera que cuando prospera, el demandante habrá de acudir a quien sí sea competente para conocer de ella (art. 331); ilegitimidad de la personería; de manera que cuando prospera habrá aquél de acreditar su representación o su identidad o habrá de asistirlo su representante por no ser aquél por sí mismo hábil para comparecer en juicio (art. 332); inepta demanda; de manera que al prosperar ella, el curso que se le ha dado debe reemplazarse por el que legalmente corresponda, o ha de dirigírsela contra el verdaderamente obligado a responder, o ha de redactársela con los requisitos legales y ajustársela en general a éstos (art. 333); y pleito pendiente, si se sigue otro juicio sobre la misma acción y en él figura el demandado como parte (art. 334).

Cuál es el resultado de la prosperidad de esta excepción? Dada su naturaleza y los referidos fines de esta clase de excepciones, ocurre distinguir dos casos: que en el pleito pendiente cuya existencia justificó la excepción se haya decidido sobre la acción respectiva y que no se haya decidido sobre ésta. Si lo primero, como ya de paso aquí se observó, no cabe suscitar la cuestión de

nuevo ante los jueces o si llega a suscitarse se yergue en contrario la fuerza de la cosa juzgada. Si lo segundo, no hay escollo para que aquélla sea presentada a los jueces para que al fin se la decida, puesto que el derecho a obtener decisión no se ha satisfecho con la sentencia que se abstuvo cabalmente de pronunciarla. En este caso, que es el del presente pleito, se ofrece la duda de si el demandante puede y debe reanudar la actuación anterior que al solo comienzo quedó suspendida o si debe incoar nueva y separada demanda.

Uno u otro camino no podía tomarlo mientras ese pleito no quedase definitivamente decidido, pues sólo al no hallarse ya pendiente cesaba la suspensión determinada por la acogida de la excepción ya dicha, nacida precisamente de estar pendiente ese primer pleito.

Llanes optó por formular nuevamente su demanda de perjuicios. Esta circunstancia meramente material de no haber tomado la senda de la reanudación de la aludida actuación iniciada y suspendida en 1932, no introduce alteración alguna de fondo en su interés económico, ni en su interés jurídico, ni aún en la faz procesal del caso, ya que para verse en el de contestar la demanda a la compañía tanto se le da que el traslado se le confiriera sobre la de entonces, como que se le haya conferido sobre la que efectivamente vino a recibirlo. Ello es que el traslado se le confirió cuando por haberse fallado el primer pleito, o sea, el posesorio, ya no había excepción dilatoria de pleito pendiente que proponer.

Sin entrar a considerar, por no venir al caso, si en la actuación suspendida por haber pleito pendiente, pudo o no Llanos gestionar mientras ese pleito estuviese pendiente, es decir, sin esperar a que terminase, y aun dando por sentado en vía de hipótesis y para claridad del razonamiento que dejó de gestionar, pudiendo, por más de un año, ocurren estas reflexiones en relación con las disposiciones del Código Judicial relativas a caducidad que arrojan luz sobre el problema principal del presente recurso: ésta no se produce por ministerio de la ley ni se pronuncia de oficio, pues requiere solicitud del demandado, quien puede hacerla cuando ha habido abandono, esto es, cuando el demandante no ha hecho gestión escrita durante un año, contado como el Código establece; y en tal evento lo que caduca es la instancia, no la acción; pero, eso sí, "el término de la prescripción de la acción no se estima interrumpido por la demanda inicial de la instancia que ha caducado; y es ocurriendo por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma acción las referidas circunstancias, cuando "al decretarse la nueva caducidad se declara extinguida la acción...". Tales las palabras del art. 364 de esa obra.

A contrario sensu es de reconocerse que cuando no ha mediado caducidad alguna, la demanda no ha perdido su virtud de interrumpir la prescripción.

En el presente caso no medió caducidad ni de esto se ha hablado siquiera.

Probablemente por error tipográfico al tomar del Código Civil chileno la disposición que en el nuestro es art. 2524, que habla de tres casos en que a pesar de haber habido demanda se entiende no haberse interrumpido la prescripción, no se consignan sino dos: no habérsela notificado legalmente y haberse desistido de ella o cesado en la persecución por más de tres años. Agregó el caso tercero, llenando así esa falta, nuestra ley 95 de 1890 con su art. 29, que dice: "respecto del demandado que haya obtenido sentencia de absolución".

Lo dicho hasta aquí hace ver cuán distante y distinta de una sentencia absolutoria es la mera acogida de una excepción dilatoria, y por otra parte, cómo la interrupción en referencia sí se produjo y no perdió sus efectos de tal. Por donde se llega a la conclusión de que el Tribunal, lejos de violar los citados arts. 29, 2324 y 2539, los interpretó y aplicó debidamente y que, por tanto, ese cargo ha de rechazarse.

II

Las declaraciones de testigos de cuya apreciación se queja el recurrente por darles el Tribunal mayor alcance del que se deduce de la lectura de las diligencias respectivas, como haciéndolos decir lo que no dicen, errónea apreciación contraria a los arts. 593 y siguientes del C. J. y constitutiva de manifiesto error de hecho, son las de José Russo, Gabriel Martínez y Manuel Guerra.

Releyéndolas se encuentra que todos tres aseveran categóricamente, dando como razón de su dicho sus propias y directas percepciones, no tan sólo lo que de cada declaración cita o trascribe el alegato del recurrente, sino todo esto: que Llanes tenía cultivos listos a producir fruto en diciembre de

1931, así: dos y media hectáreas de yuca, tres de maíz, media de guineo y dos y media de plátano; que esas plantaciones fueron destruídas o ahogadas entonces por el desbordamiento de las aguas de La Tigre y que esta inundación se produjo por haber levantado la United Fruit Company un terraplén sobre un brazuelo de esa corriente.

Con tales o cuales detalles peculiares a cada testigo en los cuales ocurre la consiguiente diferencia entre sus declaraciones, éstas coinciden en lo fundamental en esos hechos, tal como acaban de presentarse en forma escueta y resumida.

Se habla de esos tres testigos, porque son los que la sentencia recurrida cita; pero no sobrará advertir que en el cuaderno de pruebas del demandante en la primera instancia hay otras en que cada testigo declara o sobre ese conjunto de hechos o sobre uno o más de éstos, en la misma forma de afirmación categórica ya expresada y aduciendo como fundamento las propias percepciones de su vista, y que en ese mismo cuaderno se hallan también otras declaraciones de testigos en igual sentido que evocan sus recuerdos como concurrentes a anterior diligencia de avalúo e inspección; y obra allí también la diligencia de inspección ocular de 31 de agosto de 1934 (fol. 21), con motivo de la cual se rindieron los dictámenes periciales que allí se leen, de ellos (folios 21 y 22) los que conceptúan uniformemente —un principal y el tercero en discordia— sobre existencia de las plantaciones y su destrucción por la inundación determinada por el terraplén.

Se advierte que ese dictamen no tuvo la tramitación exigida por el art. 719 de dicho código y que ni el Tribunal, por lo mismo, lo tomó en cuenta en su sentencia, ni sobre esa prueba ocurre, por igual razón, reparo alguno en este recurso. Se alude aquí a él, sin embargo, por estarse haciendo la lista, por decirlo así, de los esfuerzos probatorios del demandante.

Es por la misma razón por lo que se alude en seguida a este otro elemento, que el Tribunal no aduce en su fallo como fundamento de su decisión condenatoria y que por lo mismo no es tampoco objeto de reparo en el recurso, a saber: la sentencia dictada en el juicio posesorio, que obra en copia en la de Juzgado y Tribunal y de que hay constancia de haber sido registrada, según la cual prosperó la acción ejercitada allí por Llanes contra la compañía, lo que implica que en ese pleito quedó establecida la calidad de perturbador en ésta en cuanto construyó un terraplén que aquellas sentencias ordenaron destruír, cabalmente por parte los sentenciadores de este concepto.

Pero, volviendo a las pruebas únicas sobre cuya apreciación conceptúa el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho, o sea, las tres declaraciones de testigos ya citadas, se tiene que éstas efectivamente dicen lo que el Tribunal afirma en su fallo y que, por tanto, no incurrió en el error de hecho de que se le acusa, ni, por tanto, violó o desoyó los citados arts. 593 a 704 del C. J.

Cuanto al error de derecho en apreciación de esas mismas pruebas consistente en haberlas admitido a suplir la pericial en caso en que ésta es necesaria, error con el cual se violaron a la vez los arts. 697 y 705 del C. J., aquél por admitir testigos en caso de no ser procedente o no bastar esta prueba y éste por prescindir de los peritos en caso en que esta prueba es indispensable, se tiene:

Que obras hechas en una corriente o en uno de sus afluentes determinen desbordamiento de sus aguas, en atajándolas o desviándolas, y que por derramar allas así sobre un plantío lo inunden y ahoguen, son hechos sujetos a los sentidos y acreditables con el testimonio de quienes los hayan presenciado, sin que para ver una estacada o tambre o terraplén, para ver que con éste se desvían unas aguas, para ver que éstas invaden plantaciones florecientes y para ver que éstas perecen por este motivo, no se requieren los "conocimientos o prácticas especiales" necesarias para la pertinencia o necesidad de un dictamen pericial según el texto del citado art. 705.

Si la compañía, de quien está comprobado que el terraplén es obra suya, se sintió en capacidad legal de libertarse de la responsabilidad consiguiente, ha debido oponer los correspondientes hechos y demostrarlos, para así triunfar en la correlativa excepción. No lo hizo.

La manera técnica o no de erigir el terraplén a que alude el recurrente es algo independiente del hecho de haberse él construído, hecho que basta por sí solo para producir el daño y, por ende, para justificar la acción encaminada a indemnizarlo. Y ocurre observar que si el terraplén determinó la inundación y ésta ahogó las plantaciones, por científica que hubiera sido esa construcción, dando por probado que así lo fue, ello no obstaría al hecho, —repítese que es decisivo—, de haberse producido por él la inundación y con ésta la pérdida de los plantíos del demandante.

Insistiendo sobre la prueba pericial, se

tiene que no era necesaria para establecer los hechos que han bastado a justificar la condena pronunciada por el Tribunal y que, por tanto, no incurrió éste en el error de derecho de que se le acusa en lo tocante a apreciación de pruebas, en relación con los dichos arts. 697, 705 o también con el 722, todos del C. J.

Se rechaza, pues, este cargo, así como el relativo a error de hecho, estudiado ya también.

III

Lo que acaba de exponerse acerca de las pruebas se relaciona íntimamente con el cargo de violación de los arts. 2341 y 2356 del C. C. y adelanta su estudio, pues establece que han quedado debidamente comprobados por el demandante los tres elementos—daño, culpa y causalidad— a que mira el recurrente como de concurrencia indispensable a la aplicabilidad de estas disposiciones. Y si el cargo consiste en haberlos aplicado sin estar acreditados esos elementos, es claro que su improcedencia queda vista al encontrar que éstos sí obran en el presente caso.

Acerca del elemento causalidad conviene advertir que ella no es tan sólo o precisamente la inmediata o de orden físico de que serían ejemplo la humedad del cuerpo hidrófilo colocado bajo la acción del agua o la repercusión del cuerpo sonoro que se golpea, sino que abarca una extensión de concepto mucho mayor, tanto en lo físico mismo como en lo económico y en lo jurídico, así en la doctrina y decisiones jurisprudenciales como en la misma ley escrita. Por lo que hace a nuestra legislación bastaría al respecto recordar la responsabilidad por el dolo ajeno aún no habiendo participado en él (C. C., art. 2349), o en general la responsabilidad por otro de que hablan varias de las restantes disposiciones del mismo Tít. 34 del Libro 4º del C. C., o la del deudor en mora de entregar cuerpo cierto, aun mediando caso fortuito, y su obligación, para liberarse en este evento, de demostrar que el caso fortuito habría igualmente destruído la cosa aún oportunamente entregada al acreedor (art. 1731 ibidem).

Si el demandante comprobó el conjunto de hechos conexos entre sí de que se viene hablando, de ahí se deduce la responsabilidad de la compañía, la cual, como ya se advirtió, nada comprobó en contrario que la exonerase.

Esto demuestra que el Tribunal, lejos de violar los arts. 2341 y 2356 citados, los aplicó, como no podía menos de hacerlo, y que, por lo mismo, el cargo es infundado.

IV

Y de lo expuesto se deduce a su turno que no es aceptable tampoco el cargo relativo al art. 1757 del C. C., pues no fue que el Tribunal exonerara al demandante de la carga de la prueba de la obligación por él afirmada, sino que, en vista de haber tal prueba, así como de no haber acreditado el demandado la extinción, hizo la condenación a que esa situación procesal obliga.

V

Respecto del art. 993 del C. C., se encuentra que no es que el recurrente sostenga que el dueño del suelo puede libremente, amparado por su dominio, hacer lo que a bien tenga, aún llevándose de calle los derechos del tercero ocupante a cualquier título o calidad, sino que se limita a afirmar que cuando sobrevienen los hechos a que se refiere esa disposición y quien los ejecuta es el dueño del suelo, no es ésta aplicable, porque se refiere a cuando tales hechos acaecen en suelo ajeno. Otras disposiciones habrá que lo amparen y que él pueda invocar (el ocupante) en su defensa.

Se observa: de un lado, que otras disposiciones invocó él, a más de ésa, como por ejemplo, los arts. 2341 y 2356 ya estudiados aquí en relación con el presente recurso y suficientes por sí solos para sustentar el fallo recurrido; y de otro lado, que ni lugar hay a decidir sobre el referido concepto del recurrente acerca de ese art. 993, porque para esto sería preciso que estuviese acreditado en el proceso el dominio de la compañía sobre el suelo en cuestión, que es la base y punto de partida de ese razonamiento, y de tal dominio de ella no hay aquí prueba alguna distinta de sus afirmaciones. Así las cosas, ni lugar hay a entrar en ese estudio, que sería meramente académico y de orden conjetural, al punto de que el recurrente nada prácticamente adelantaría con que su concepto se compartiese, si en ese estudio se llegara a tanto, porque la falta de esa comprobación del dominio impediría una resolución consecuencial.

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 recurrida, o sea, la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el once de julio de mil novecientos treinta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Juan Francisco Mújica, Alberto Rozo, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE CONDENA PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD CIVIL.—SUS FUENTES.—CATEGORIAS EN QUE SE DIVIDEN LAS RELACIONES CONTEMPORANEAS RESPECTO DEL ABUSO DEL DERECHO.—TEORIA DEL SOBERANO.—RESPONSABILIDAD CIVIL POR DENUNCIOS CRIMINALES TEMERARIOS, IMPRUDENTES O LIGEROS.

1.—Es erróneo afirmar que el acto abusivo es simplemente una extralimitación del derecho que coloca a aquél bajo las apariencias de éste, porque no puede comprometer su responsabilidad quien usa de su derecho, pues al juzgador le da cabanosa desde un punto de vista en que contempla la doble acepción del derecho, a saber: la de facultad, o sea la de conjunto de reglas sociales, y la de prerrogativa determinada, esto es, la de poder o facultad que concede al individuo el ordenamiento jurídico como medio para la satisfacción de sus intereses humanos particulares. 2.—El art. 2341 del C. C. no distingue si el hecho allí previsto haya sido realizado en virtud de la simple libertad o en el ejercicio de un derecho definido, porque lo punible, culpa o dolo supone necesariamente extralimitación de un derecho, si el mismo daño proviene ejercicio de derecho en cuyo lo causa. Afirmar lo contrario, es una petición de principio, desde luego que vendría a definir la culpa, que es la causa, por el daño que es el efecto, cuando lo hay, o viceversa. La noción de culpa, por lo tanto, no es el elemento diferenciador entre los actos lícitos y los abusivos. 3.—De acuerdo con la naturaleza del abuso cometido en el ejercicio del derecho, la culpa puede ser examinada a la luz de los criterios intencional, típico, económico o social. 4.—Los artículos 1618 y 1619 del Código de Procedimiento Criminal no establecen a cargo de responsabilidad a los autores de denuncios hechos de buena o imprudentemente, o lo hacen, imponiéndoles perentoriamente a disciplinados, personas

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Eulogio Castaño S. demandó con acción de condena a Luis Alberto Villamizar, ante el juzgado 6º civil del circuito de Bogotá para el pago de mil quinientos pesos ($ 1,500.00) en que estima los perjuicios causados a él, por concepto de responsabilidad civil, junto con los intereses correspondientes y los gastos del juicio. En subsidio, suplicó el demandante la condena al valor de los perjuicios que se fijen luégo en otro juicio.

Las afirmaciones sobre las cuales el actor basa su acción, se resumen así: El 19 de abril de 1933 Castaño compró a Luis E. Franco, según consta en documento privado reconocido judicialmente, el negocio de cigarrería que funcionaba en el local número 191-F de la antigua nomenclatura de la carrera 11, entre las calles 11 y 12 de esta ciudad. El precio estipulado fue de $ 1,944.-86, cuyo pago se verificó de contado.

Villamizar y Roberto Parra F. denunciaron ante las autoridades del crimen a Luis E. Franco, como autor del delito de estafa y alzamiento y a Eulogio Castaño S. como cómplice y auxiliador de ese delito.

Motivó el denuncio la circunstancia alegada por los denunciantes de que las mercancías elaboradas por los manufactureros Villamizar Hermanos S. A. y Parra Hermanos, existentes en la cigarrería dicha, no eran de propiedad de Franco, sino suministradas para su venta en consignación a éste por los primeros. Circunstancia conocida oportunamente por el actor, quien, sin embargo, celebró ese negocio con el fin de aprovechar las ventajas del delito.

Como consecuencia del referido denuncio, Castaño S. fue encarcelado por más de seis días, sellado su establecimiento y privado de la administración de los bienes adquiridos por cerca de un año.

Tanto el juzgado 1º superior del distrito, como la sala penal del tribunal superior de Bogotá, sobreseyeron definitivamente en favor de Castaño S., a causa de que el asunto debía ventilarse ante los jueces civiles.

En tales hechos, se repite, se basa la acción civil entablada.

Sentencia recurrida

El tribunal superior de Bogotá, sala de decisión civil, el 18 de marzo de 1936, revocó en su sentencia la de primera instancia, y en su lugar absolvió al demandado de los cargos de la demanda.

Para el tribunal, desde luego que el estado impone a las personas el deber de denunciar los delitos, exonera de responsabilidad civil a quien ejecuta ese acto, porque de lo contrario sería un contrasentido. Sólo incurre el denunciante en responsabilidad civil cuando reúne las condiciones que para el efecto establece la ley penal, respecto del acusador particular. Esto es, siempre que medie una sentencia previa que declare la temeridad o falsedad del denuncio.

Según la naturaleza de nuestro proceso criminal, "que encierra cuatro clases de funciones de instrucción, de juicio, de ejecución y de actividad o cooperativas", y de acuerdo también con nuestros dos "sistemas de investigación: el inquisitivo y el acusatorio", los perjuicios que se causan al sindicado son ajenos a la actividad del denunciante porque el instructor obra "con absoluta independencia de las partes en el desempeño de su cargo" y "procede por sí y ante sí a la práctica de todas las diligencias conducentes a llenar los fines del sumario."

"Quien cumpla con ese deber (el de denunciar los delitos) en condiciones normales y de buena fe, presta un concurso necesario y útil a los fines sociales del estado y no se ve cómo pudiera el legislador hacerlo civilmente responsable de daños que se causen en el desarrollo funcional de la misión punitiva de la cual es ajeno el demandante."

"El abuso o uso abusivo del derecho" sólo punitiva, de la cual es ajeno si denunciarse plantea cuando no existe sino en apariencia tal derecho, porque es un principio de la teoría civil el de que "a nadie perjudica quien usa de su derecho."

Villamizar cumplió un deber legal denunciando el delito, con lo cual protegía a la sociedad porque hacía respetar el derecho legítimo de la propiedad.

Los actos posteriores al denuncio cumplidos por la autoridad investigadora, tales como la detención preventiva del sindicado y el secuestro de sus bienes, no son imputables a Villamizar, puesto que corresponden a actividades jurisdiccionales, extrañas al denunciante.

Resta por escudriñar si la intención de Villamizar fue dolosa o culposa al efectuar el denuncio, elementos estos subjetivos que no están determinados por los elementos objetivos del hecho.

Si los denunciantes se equivocaron "en la elección del medio legal conducente, no lo hicieron con intención dañada ni por culpa o negligencia de su parte", puesto que, entre otras razones, ellos procedieron de acuerdo con el concepto favorable de su asesor jurídico, quien instruyó a los denunciantes, previo examen de los documentos y demás circunstancias constitutivos del delito.

El sobreseimiento aun cuando sea definitivo no acredita la inocencia del sindicado sino tan sólo la incapacidad de la investigación para demostrar la existencia del delito. De ahí que el sobreseimiento aun cuando sea definitivo absuelve de la instancia pero no del delito. La justicia civil no puede abrir muy amplia puerta al crecido porcentaje de las supuestas o reales víctimas de los denunciantes, porque entonces éstos "antes que comprometer su patrimonio en aras de tan ingrato deber legal", por lo menos se abstendrían de denunciar los delitos.

Materia del recurso

El demandante acusó la sentencia, en casación, por las causales 1ª y 2ª del art. 520 del Código Judicial.

El tribunal no aplicó, debiendo hacerlo, el art. 2341 del Código Civil. Como la Corte encuentra fundada esta causal, no expone la síntesis de las restantes, que prescinde de considerar. (Art. 538 del Código Judicial).

Motivos

No es permitido ignorar hoy que el pro-

blema de la responsabilidad civil, cuyo planteamiento, desarrollo y solución son obra casi exclusiva de la jurisprudencia contemporánea, es el más importante de los factores que sirven de instrumento para la realización de un sistema jurídico armonioso, haciendo que el derecho, bajo una legislación inmóvil, evolucione en el sentido de eliminar, en lo posible, las contradicciones resultantes de la traducción directa de las relaciones económicas en proposiciones jurídicas.

El fenómeno de la responsabilidad ha evolucionado en forma tan rápida y arrolladora, que con razón se ha llegado a decir que en esa materia, la verdad de ayer no es ya la de hoy y ésta, a su turno, deberá ceder su puesto a la de mañana.

El tema de la responsabilidad "domina todo el derecho de las obligaciones, toda la vida en sociedad; tiende a ocupar el centro del derecho civil, por lo tanto, del derecho integralmente; en cada materia, en todas las direcciones, se viene a parar en la responsabilidad, tanto en el derecho público como en el derecho privado, en el dominio de las personas o de la familia, como en el de los bienes; ese tema es de todos los instantes y de todas las situaciones; se ha convertido en el punto neurálgico común a todas nuestras instituciones."

Como fuentes de la responsabilidad civil, existen cuatro clases de actos genéricos: a) El ilegal, que es intrínsecamente incorrecto, puesto que viola un mandato o una prohibición del derecho. Constituye una intolerable intromisión en el derecho ajeno y acarrea, como consecuencia sustantiva, un deber de indmnizar; b) El abusivo. No es ilícito por el hecho de su ejercicio sino por la circunstancia del fin para el cual se realizó. Ese acto se presenta como la práctica de un derecho pero en manera alguna como la negación o extralimitación de éste. El ejercicio abusivo de un derecho, esto es, en un sentido contrario a su destinación económica y social, deriva una sanción por el daño causado siempre que aparezca netamente caracterizada por una culpa en la ejecución, o un error abusivo en la técnica, o un contrasentido jurídico cualquiera, mediante los cuales, sin necesidad de que hayan violado la letra misma de la ley, esos actos se revelen como constitutivos de un desvío del derecho que choca con su espíritu; c) El negativo (distinto de la omisión en el acto ilegal). Consiste en la inejecución de ciertas obligaciones positivas impuestas en favor del público a determinadas personas o empresas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos; d) El de riesgo o excesivo. Este se encamina a que responda del daño que traiga tras sí su acto el que lo haya ejecutado con la necesaria previsión y prudencia y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso. Se sustituye completamente por el objetivo el criterio subjetivo. La reparación del daño se basa entonces en la idea de que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudican a otro, abstracción hecha de toda culpa cometida.

Respecto del abuso del derecho, las legislaciones contemporáneas se dividen en tres grandes categorías: absolutistas, liberales y finalistas. Las primeras no dan pie para establecer la doctrina y las últimas disponen de textos legales especiales. Las segundas, aun cuando carecen de normas determinadas, permiten a su jurisprudencia, con apoyo en el derecho positivo general, estructurar la teoría del ejercicio anormal de los derechos. Nuestra legislación está condicionada conforme a ese segundo grupo.

Es erróneo afirmar, como lo hace el tribunal, que el acto abusivo es simplemente una extralimitación del derecho que coloca a aquél bajo las apariencias de éste, porque no puede comprometer su responsabilidad quien usa de su derecho.

Ya el profesor Josserand demostró que esa errónea conclusión no considera sino una sola de las facetas jurídicas del acto abusivo, el cual se coloca en su verdadero cuadro únicamente cuando el juzgador contempla la doble acepción del derecho, a saber: la de juridicidad, o sea la de conjunto de reglas sociales; y la de prerrogativa determinada, esto es, la de poder o facultad que concede al individuo el ordenamiento jurídico como medio para la satisfacción de sus intereses humanos particulares. Colocándose uno en el vértice de ese ángulo, ve por qué un mismo acto puede a la vez ser conforme a un determinado derecho y contrario al derecho considerado en su generalidad y en su objetividad. "El acto abusivo es sencillamente el que realizado en virtud de un derecho subjetivo, cuyos límites han sido respetados, es, sin embargo, contrario al conjunto del derecho, considerado como cuerpo de reglas sociales obligatorias. Puede uno muy bien tener para sí tal derecho determinado y no obstante tener contra sí el derecho todo entero."

El art. 2341 del C. C. no distingue si el hecho allí previsto haya sido realizado en virtud de la simple libertad o en el ejercicio de un derecho definido, porque la pala-

bra culpa no supone necesariamente extralimitación de un derecho, ni el vocablo daño envuelve ausencia de derecho en quien lo causa. Afirmar lo contrario, es una petición de principio, desde luego que vendría a definir la culpa, que es la causa, por el daño que es el efecto, cuando lo hay, o viceversa.

La noción de culpa, por lo tanto, no es el elemento diferenciador entre los actos ilegales y los abusivos. En éstos existe igualmente una culpa específica, sui géneris, distinta de la de aquéllos y que consiste en la desviación dada a un derecho cuando se le utiliza en contradicción con su espíritu. La culpa en el abuso del derecho no admite la división en los tres grados clásicos de la otra: grave, leve y levísima.

De acuerdo con la naturaleza del abuso cometido en el ejercicio del derecho, la culpa puede ser examinada a la luz de los criterios intencional, técnico, económico o social.

En este pleito, para infirmar la tesis del tribunal, usa la Corte del criterio técnico, en virtud de que aquel órgano la formula sobre la circunstancia de que Villamizar ejercitó su derecho, sin extralimitarlo, de denunciar un delito para proteger al mismo tiempo sus propios intereses, cumpliendo así el mandato legal de informar respecto de una infracción penal a las autoridades del crimen.

Descartando en el demandado la intención de dañar al actor, es lo cierto que Villamizar cometió un error de técnica en la elección de la vía penal, o error de conducta en que no hubiera ocurrido una persona diligente colocada en las mismas circunstancias externas del denunciante. En efecto, la sentencia de sobreseimiento definitivo a favor del actor revela en la conducta del que ejerció el derecho de denunciarlo criminalmente la ausencia de las precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente hubiera adoptado.

Los arts. 1613 y 1614 del código de procedimiento penal tienen su razón de ser en la necesidad, para el bien público, de que la justicia criminal pueda ser noticiada por los ciudadanos en interés general. Pero esas disposiciones no conducen a exonerar de responsabilidad a los autores de denuncios hechos temeraria o imprudentemente, a la ligera, imputándolos perentoriamente a determinada persona.

Débese ello a que hoy es más frecuente la responsabilidad con ocasión del ejercicio de un derecho que la surgida de obrar sin derecho.

Por lo expuesto se deduce que el tribunal dejó de aplicar, debiendo aplicarlo, el art. 2341 del C. C., por cuanto desconoció la existencia de culpa en el ejercicio de denunciar criminalmente, y más concretamente, en la escogencia de la vía penal para proteger su derecho civil.

Sentencia de instancia

Con la copia de la sentencia de sobreseimiento definitivo a su favor, el actor, a quien correspondía hacerlo, probó que el denuncio carecía de fundamento, no en el sentido de que el denunciante dejó de aportar la prueba de los hechos enunciados en la queja, porque éste no estaba obligado a ello, sino en el de la inexactitud de los hechos delictuosos que Villamizar imputó a Castaño S.

El sobreseimiento definitivo causa ejecutoria, pone término al juicio y tiene la autoridad de cosa juzgada. (Art. 33 de la ley 104 de 1922). De ahí que la persona en favor de la cual se pronuncia un sobreseimiento definitivo quede en condiciones por lo menos iguales, y aun superiores, a las de quien, llamado a juicio, acaba por ser absuelto. Por eso la Corte no acepta la tesis del tribunal ni la consecuencia que de ella saca.

No se pretende establecer la jurisprudencia de que exista responsabilidad cuando no acompaña el buen éxito a quien ejercitó una acción, desde luego que ello equivaldría a consagrar el absurdo de que quien pierde el pleito incurre en culpa mecánicamente. Pero cuando el error técnico del actor se halla evidentemente caracterizado, su culpa sí existe.

Se reitera que en materia de responsabilidad, la relación de causa a efecto entre la culpa y el daño no es la misma que rige la sucesión de los fenómenos físicos. La causalidad jurídica consiste propiamente en motivaciones. No importa, por lo tanto, que la causa del daño sea mediata o inmediata. Basta que ella concurra con igual fuerza a producir la responsabilidad de quien, por su culpa, motivó la realización del perjuicio. Unicamente es necesario tener en cuenta que en la serie de perjuicios sucesivos existe un momento en que no es dable afirmar con certidumbre que sin la culpa el daño no se hubiera producido. Por consiguiente, de los daños que sufrió el actor con motivo de su prisión preventiva y del embargo también preventivo de su establecimiento comercial, es responsable el demandado, porque no es razonable suponer que sin el denuncio penal de Villamizar Castaño S. los hubiera igualmente soportado

Aparte de las consideraciones hechas, se desprende del contexto de la sentencia de sobreseimiento definitivo, la cual tiene fuerza de plena prueba, que las facturas acompañadas al denuncio fueron adicionadas con el fin de hacer aparecer un contrato de compraventa a plazos como un contrato de mercancías en consignación para su venta. El abuso, pues, en el ejercicio de la gestión penal, se halla suficientemente caracterizado en el sentido de que no hubo motivo legítimo en el ejercicio de tal derecho.

En lo referente a la excepción propuesta por el demandado, consistente en que no es él el llamado a responder sino la sociedad de Villamizar Hermanos S. A., la Corte niega la tesis del tribunal desarrollada en el sentido de que las personas morales no son civilmente responsables, y declara, en cambio, que en cabeza de ellas puede radicarse, tanto activa como pasivamente, el derecho de gestión procesal en las acciones encaminadas a deducir una responsabilidad civil.

Para lo pertinente en este fallo, basta considerar que la víctima del daño puede dirigir su acción de indemnización contra la persona moral, o contra el agente directo del daño, o contra ambos, en virtud de lo cual no procede la excepción propuesta.

El demandante estimó los perjuicios morales y materiales en la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1,500.00). Debido a ello, la condena no puede exceder de esta suma. Por este único motivo se infirmará parcialmente el fallo de primera instancia.

Resolución

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 que con fecha 18 de marzo de 1936 profirió el tribunal superior de Bogotá, en este juicio ordinario, y en lugar de aquella resuelve:

1º Condénase al demandado Luis Alberto Villamizar, a pagar al demandante, Eulogio Castaño S., el valor de los perjuicios que le causó con ocasión de los hechos relacionados en la demanda, en la cantidad que mediante el respectivo procedimiento legal llegue a fijarse, la que no podrá exceder de un mil quinientos pesos ($ 1,500.00), fijados en la demanda por el actor.

2º En el sentido dicho queda reformada la sentencia que el 12 de abril de 1935 profirió el juzgado 8º civil del circuito de Bogotá.

3º Las costas de las instancias son de cargo del demandado.

4º Sin costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

AGUAS.—CONCEPTO SOCIAL SOBRE USO DE LA FUERZA HIDRAULICA. — PRESCRIPCION DEL USO DE LAS AGUAS DE UN RIO.—DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS AGUAS DE USO PUBLICO.—DEVOLUCION DEL SOBRANTE AL ACOSTUMBRADO CAUCE.—CESIBILIDAD DEL DERECHO AL USO DE LAS AGUAS

1.—La norma del art. 892 del C. C. está condicionada únicamente a los menesteres domésticos del dueño de la heredad. La del art. 677 es la que da solución para la interpretación de las demás normas legales sobre aguas. 2.—No existe un derecho irrestricto al uso de las aguas por parte de los propietarios ribereños, pues el Estado se reserva el dominio y el uso de la fuerza hidráulica que puede desarrollarse con las aguas que le pertenecen, sin más excepción de la que se aplique el beneficio a explotación de los dos predios o para mover maquinarias destinadas exclusivamente al mismo objeto. En un alto concepto social, emanado de la soberanía e independencia del Estado, el que condiciona el aprovechamiento de la fuerza hidráulica, la adjudicación y la explotación de minas, la explotación de la industria del petróleo y por eso en esta materia todo es limitativo y sujeto al control del Estado. 3.—La Corte se reafirma en la doctrina sentada por ella y considera que el derecho de los propietarios ribereños al uso de las aguas no se otorga o consagra EN FUNDO PERSONAL, sino que es un derecho real SUI GENERIS cuya perdurabilidad no se opone a su cesibilidad, ya a favor de otros ribereños, como a favor de terceros no ribereños, claro que en la forma condicionada y limitada en que ese derecho existirá al cedente ejercitado por éste mismo. 4.—Sobre la base del dominio de las aguas a favor del Estado, el legislador reconoce a los particulares el uso de ellas, que no puede nunca tratarse en concepto de dominio. 5.—El deber de devolver el soberano de las aguas al acostumbrado cauce a la salida del fundo es una obligación inherente al uso, no sustituido por dinero, y si por la posición topográfica del predio que se beneficia por las aguas o por otras circunstancias, el sobrante de ellas no puede devolverse a su cauce ordinario, el empleo de las aguas que así se haga, sea por el ribereño mismo, o su causahabiente, o en general por cualquier usuario, no está dentro de las prescripciones legales y debe cesar. El usuario no puede beneficiarse de las aguas si por la naturaleza o disposición de las obras que haya hecho con tal fin o por la conformación topográfica del terreno o otro motivo cualquiera se halla en la imposibilidad de devolverlas a su acostumbrado cauce, pues si así no fuera las cosas, ese uso se trocaría prácticamente en la apropiación de las aguas, lo que es inadmisible. 6.—El art. 1001 del C. C. establece un caso de cesibilidad tan claramente que hasta la reglamenta, pues habla de quien quiere construir ingenio, molino u otra obra cualquiera aprovechando aguas que van a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, para autorizarlo a hacerlo en suelo ajeno con permiso del dueño, con la salvedad de no menoscabar las aguas de quienes tengan ya para aprovecharse de ellas derecho nacido de obras aparentes para servicio de aquellas o adquirido de cualquiera otro modo: tales son sus palabras.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, agosto diez de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Los doctores Crisanto Luque, como obispo de Tunja, y Marceliano Pulido R., en su propio nombre, en demanda contra el distrito de Samacá, pidieron estas declaraciones:

1ª Son de uso público las aguas del río "Teatinos."

2ª Los actores, como dueños de fincas riberanas de dicho río, tienen derecho a usar sus aguas para los menesteres domésticos, para el riego de sus heredades, para dar movimiento a sus "molinos y máquinas", para abrevar sus animales, y, especialmente, para mover la maquinaria de la planta que suministra luz y fuerza a Tunja, Samacá, Boyacá y Soracá.

3ª El distrito no tiene derecho a derivar el agua del río, sin observar lo que establece la ley sobre aguas de uso público, y, por consiguiente, deben destruirse las obras que ha levantado para recoger el agua de algunos afluentes.

4ª El distrito debe cesar en la derivación y debe ser obligado a devolver las aguas a su cauce, a fin de que sigan el curso natural sin menoscabar los derechos que correspondan a los actores como dueños de la planta y propietarios riberanos.

5ª En subsidio de las declaraciones 3ª y 4ª, el distrito debe volver las aguas al río, con el objeto de que sigan su curso sin disminuciones para el servicio de los predios riberanos, pertenecientes a los actores, y especialmente para el servicio de la planta y demás a que se refiere el punto 2º de la demanda.

6ª En subsidio de las declaraciones 3ª y 4ª, condénase al distrito a indemnizar de perjuicios a los actores.

El juzgado 4º del circuito de Tunja declaró probada la prescripción propuesta por el distrito y absolvió a éste de todos los cargos que le fueron formulados.

El tribunal de Tunja revocó la sentencia del juzgado y resolvió lo siguiente:

1º Los actores tienen derecho, como propietarios riberanos, a usar las aguas del río "Teatinos" en los términos del art. 892 del C. C., pero no se decreta la solicitud referente al uso de fuerza motriz.

2º Declárase probada la prescripción del uso de las aguas del río "Teatinos", en favor del distrito de Samacá.

3º Condénase al distrito de Samacá a volver el sobrante de esas aguas al cauce natural del río, dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

4º Absuélvese a los demandados de los demás cargos.

5º Sin costas.

El tribunal fundó su fallo sobre estas bases:

a) No es el caso de hacer la primera declaración solicitada: "son de uso público las aguas", a causa de que los litigantes no han controvertido sobre este punto y de que el Estado no es parte en el juicio ni se ha propuesto una acción popular.

b) Los demandantes tienen derecho a usar de las aguas del río, en los términos prescritos por el art. 892 del C. C., pero no pueden aplicar la fuerza motriz desarrollada por tales aguas, porque ello requiere permiso de la nación a causa de no estar comprendido entre los derechos otorgados por el aludido artículo.

c) Aunque los demandantes, o sus antecesores, obtuvieron el 9 de diciembre de 1919 una declaración de la cámara de representantes, según la cual su empresa tiene las prerrogativas anexas a las obras de utilidad pública (art. 52 del acto legislativo Nº 3 de 1910 y art. 1º de la ley 21 de 1919), y aunque en 1907 el ministerio de hacienda y tesoro declaró dicha empresa de utilidad pública, con esos antecedentes no se prueba que la nación les cediera el derecho de usar la fuerza hidráulica no obstante haberse expedido la ley 113 de 1928 con posterioridad a la fecha en que principió a funcionar la planta, porque si bien no se había declarado que la nación se reservaba el uso de esa fuerza, tal derecho ha residido siempre en aquélla y ninguna ley permitió a los riberanos usarla en forma diferente a la prescrita en el art. 892.

ch) No podría resolverse nada concretamente sobre el derecho que una entidad particular tuviese para usar la fuerza de las aguas de uso público, en contraposición con los derechos del Estado, sin que éste fuera oído como parte en la litis, y como los demandantes no han probado que el gobierno les diera ese derecho, no se puede declarar que lo tienen.

d) De acuerdo con el art. 893, Samacá hubo por prescripción el derecho a servirse de las aguas.

e) Como el prescribiente no riberano está sujeto a las normas que se dicten para los propietarios riberanos, lo que sobre de las aguas debe volverse a su cauce natural, pues si se aceptara que por la conformación física del terreno no puede hacerse la devolución "querría decir que el uso de las aguas no se efectúa dentro de las prescripciones legales y que más bien se trataría de la apropiación de aguas de uso público que no son susceptibles de adquirirse por la prescripción (art. 2519 del C. C.). De modo que ya sea porque se reglamente el uso de las aguas haciendo desaparecer el sobrante, como lo quiere el demandado, o volviendo ese sobrante al cauce natural del río, como lo indican los peritos que concurrieron a la inspección ocular practicada por el tribunal, es lo cierto que para sostener que el municipio de Samacá está usando del agua dentro de los términos del art. 892 del C. C., debe volverse el sobrante al cauce ordinario del río. Si de otra suerte se razonara se violaría la ley y existiría el peligro, muy grave por cierto, de que las plantas eléctricas que suministran luz y agua para la ciudad de Tunja pudieran paralizar sus servicios, porque como se observó en la inspección ocular basta una pequeña labor en el tambre para que, en cualquier momento, pueda desviarse por la acequia todo el caudal del río."

g) No se decreta la indemnización de perjuicios porque esta solicitud es subsidiaria de la 5ª, que se despacha favorablemente.

Motivos de casación:

Primero.—Respecto del primer cargo que consiste en que el tribunal se abstuvo de hacer la primera declaración de la demanda, es decir, de que las aguas son de uso público, la Corte considera: obró bien el fallador al no hacer la primera declaración de la demanda porque el Estado no debe ejercitar su función judicial en orden a hacer definiciones inocuas, solicitadas por quien carece de interés jurídico en que sean hechas. No procedía esta solicitud declarativa siendo así que la demanda versa sobre una condenatoria. No hubo pues violación del art. 471 del C. J.

Segundo.—Acusa el recurrente la sentencia por violación del art. 892 del C. C., por cuanto sostiene, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, que la nación no es

ha reservado el uso de la fuerza hidráulica y al respecto se expresa así: "Si el art. 892 del C. C. autoriza al riberano para usar de las aguas que corren naturalmente por sus predios o por sus linderos no sólo para sus menesteres domésticos y riegos sino para mover sus molinos y sus máquinas, ninguna reserva de fuerza hidráulica hizo para sí la nación...."

La Corte considera:

Ni dentro del criterio exegético, ni dentro del científico cabe la interpretación que el recurrente da al art. 892 del C. C.

Esta norma está condicionada a los menesteres domésticos, de manera que según el texto mismo el dueño de una heredad pueda hacer de las aguas que corren naturalmente por ella el uso conveniente, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abrevar sus animales, pero todo condicionado al concepto o circunstancia de menesteres domésticos únicamente y éstos, a juicio de la Corte, no son otros sino aquellos que aprovechan o benefician directamente las industrias establecidas en la heredad. Además de esta limitación que se desprende del mismo texto de la ley, vale la pena observar que cuando se expidió el código civil chileno, apenas empezaba a sospecharse la gran trascendencia de la fuerza hidráulica, de donde no puede concluírse que el legislador chileno primero y después el colombiano hubieran querido que por lo menos virtualmente el derecho irrestricto al uso de esa fuerza quedara para los propietarios riberanos.

Existe una disposición general, a la cual están subordinadas todas las reglas respecto de las aguas, y tal disposición es la contenida en el art. 677 del C. C., que estatuye que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la nación, de uso público de los respectivos territorios, es decir, que el dominio de los ríos y las aguas pertenece al Estado y su uso a los habitantes dentro de las limitaciones que la misma ley establece. La norma del art. 677, a juicio de la Corte e interpretado con el criterio científico, es la que da la solución para la interpretación de las demás normas legales sobre aguas.

No existe un derecho irrestricto al uso de las aguas por parte de los propietarios riberanos, ni por el hecho del uso el Estado se desprende del dominio sobre ellas, y ese dominio la capacita para hacer ciertas reservas y establecer ciertas limitaciones como las que se refieren a la fuerza hidráulica. Sobre las anteriores bases se expidió la ley 113 de 1928 y por eso el primer art. de esa ley parte del supuesto de que las corrientes y caídas de aguas existentes, en cuanto son aprovechables para el desarrollo de la fuerza hidráulica, están en el dominio de la nación y de ahí que en su art. 3º la nación se reserva el dominio y el uso de la fuerza hidráulica que pueda desarrollarse con las aguas que le pertenecen sin más excepción de la que se aplique al beneficio o explotación de los dos predios o para mover maquinarias destinadas exclusivamente al mismo objeto. Se anota que la reserva no se extiende a las caídas menores de cien caballos según el art. 17 de esa ley.

De modo que a juicio de la Corte el legislador en la ley 113 de 1928, estimó que el art. 892 es limitativo o restricto, no comprende el uso de la fuerza hidráulica de una manera ilimitada, y basado en el art. 677 del C. C., declaró expresamente una reserva que ha existido siempre.

Siendo la fuerza hidráulica uno de los principales elementos de la industria moderna, no puede el legislador dejar ad libitum a los particulares, porque en el empleo y uso de ella, está comprometida la seguridad política y económica del Estado, de la misma manera que lo está en la explotación de terrenos petrolíferos, y de ahí precisamente las reservas, limitaciones y condiciones que para el ejercicio de esta industria ha establecido el legislador.

Se ve todo lo anterior en el texto de la ley 113 mencionada y por eso ella establece que es el gobierno nacional el que puede ceder el uso de fuerza hidráulica, por un plazo limitado de cincuenta años, y que las concesiones que haga al respecto no pueden traspasarse sin autorización del mismo gobierno. (Arts. 4º y 5º).

Es un alto concepto social, emanado de la soberanía e independencia del Estado, el que condiciona el aprovechamiento de la fuerza hidráulica, la adjudicación y la explotación de minas, la explotación de la industria del petróleo y por eso en esta materia todo es limitativo y sujeto al control del Estado.

De ahí que habiendo el tribunal de Tunja interpretado restrictamente el art. 892 del C. C. en el sentido de que el uso de las aguas no comprende el empleo irrestricto de las caídas de agua, no haya violado esa norma legal ni aplicado indebidamente el art. 3º de dicha ley 113, lo que significa que este motivo de casación no es fundado.

Tercero.—Como se ha visto el tribunal declaró probada la excepción perentoria de prescripción del uso de las aguas del río Teatinos o Boyacá en favor del municipio de Samacá y sobre este punto versa la se-

gunda parte del recurso de casación, en la que el recurrente señala como violados los arts. 984, 893, numeral 3º y 2519 del C. C. y además los arts. 388 y 867 del C. J.

La Corte considera:

El tribunal partió de la base de que se había verificado el fenómeno de la prescripción adquisitiva del uso de las aguas del río Teatinos o Boyacá en favor del municipio de Samacá, aun cuando es verdad que dicho municipio no es riberano de tales aguas. La Corte se reafirma en la doctrina sentada por ella en la sentencia de 15 de junio de 1935 y considera que el derecho de los propietarios riberanos al uso de las aguas no se otorga o consagra intuitu personae, sino que es un derecho real sui géneris cuya naturaleza no se opone a su cesibilidad; y que, por lo tanto, el derecho concedido por el art. 892 del C. C. a los riberanos puede ser cedido por éstos tanto en favor de otros riberanos como en favor de terceros no riberanos, claro que en la forma condicionada y limitada en que ese derecho asistirá al cedente ejercitado por éste mismo.

Ahora bien: el municipio de Samacá, según está comprobado en autos, desvió a su costa una parte de las aguas del río Teatinos, desde el año 1916 y durante un lapso mayor de diez años había permanecido en el goce tranquilo y no interrumpido de ese derecho cuando se le notificó la demanda inicial de este pleito.

Sentado esto, se considera lo siguiente: No existe violación del art. 251 del C. C. porque el derecho al uso de las aguas no entraña el dominio de ellas. Los conceptos de dominio y uson son completamente distintos. Sobre la base del dominio de las aguas a favor del Estado, el legislador reconoce a los particulares el uso de ellas, que no puede nunca trocarse en concepto de dominio. Así lo entendió el fallador de Tunja ante los arts. 892 y 2519 del C. C. y por eso se expresa así: "Lo cual no quiere decir que la sentencia pueda servir de obstáculo para que el sobrante se haga desaparecer mediante una equitativa reglamentación del uso de las aguas, llevada a cabo dentro de las prescripciones legales y por la autoridad competente. Si se aceptara que por la conformación física del terreno no puede volverse el sobrante, ello querría decir que el uso de las aguas no se efectúa dentro de las prescripciones legales y que más bien se trataría de la apropiación de aguas de uso público que no son susceptibles de adquirirse por la prescripción. (Art. 2519 del C. C.).

La Corte acepta esa doctrina y refiriéndola especialmente al art. 892 del C. C. estima que el deber de devolver el sobrante de las aguas al acostumbrado cauce a la salida del fundo es una obligación inherente al uso, no sustituible por dinero y que si por la posición topográfica del predio que se beneficia por las aguas o por otras circunstancias, el sobrante de ellas no puede devolverse a su cauce ordinario, el empleo de las aguas que así se haga, sea por el riberano mismo, o sucesionario, o en general por cualquier usuario, no está dentro de las prescripciones legales y debe cesar. De modo que el usuario no puede beneficiarse de las aguas si por la naturaleza o disposición de las obras que haya hecho con tal fin o por la conformación topográfica del terreno u otro motivo cualquiera se halla en la imposibilidad de devolverlas a su acostumbrado cauce, pues si así no fueran las cosas, ese uso se trocaría prácticamente en la apropiación de las aguas, lo que es inadmisible. Y sea del caso observar que en esta forma queda condicionado o establecido el derecho reconocido en la sentencia al municipio de Samacá, para hacer uso de las aguas del río Teatinos o Boyacá y sobre el mismo pie queda establecida la condenación a dicho municipio para devolver las aguas a la salida del predio. No hay pues violación del art. 2519 del C. C.

Tampoco existe violación del numeral 3º del art. 893 de la misma obra, el cual no es aplicable para el caso de este pleito, por haberse el municipio de Samacá ganado o adquirido el derecho al uso de las aguas del río mencionado por el fenómeno jurídico de la prescripción.

La sentencia recurrida no ha podido violar el art. 984 del C. C. porque no ha sido el municipio de Samacá el que ha perturbado o despojado a la empresa demandante, toda vez que las obras aparentes y permanentes hechas por el municipio fueron ejecutadas con tres años de antrioridad a las que llevó a cabo la empresa. Cuando ésta inició sus trabajos, ya estaban terminados los del municipio y por otra parte vale la pena observar que si el derecho que tiene la Central Eléctrica a servirse de las aguas del río Teatinos o Boyacá es indiscutible porque es riberano de ese río. Ya se dijo en esta sentencia que no obstante las obras que ha hecho Samacá, y la prescripción que tiene adquirida al uso de esas aguas, no le releva de la obligación de devolver el sobrante de esas aguas a la salida del fundo y ya se estableció la forma condicionada de ese derecho y de esa obligación.

En cuanto al extremo a que hace referencia el recurso, consistente en que en la sentencia no se fija el lugar de donde de-

ben tomarse las aguas para poder devolverlas a su cauce, ese punto no puede ser materia de esta sentencia, por no haber sido del debate. Al ejecutarla se estudiará y proveerá lo procedente.

Por último no encuentra la Corte violación de las normas adjetivas citadas por el recurrente, arts. 688 y 697 (quizá en la cita del primero hay un error de máquina, pues el pertinente pudiera ser el 698), porque no se ve el error manifiesto en la aplicación de esos artículos al haber el tribunal fallador tenido en cuenta las declaraciones de los testigos que depusieron sobre hechos que dieron base al juzgador para deducir la excepción de prescripción adquisitiva a favor de Samacá, y no se encuentra en autos ningún factor probatorio que desvirtúe o anule esas declaraciones que demuestre que la convicción legal del tribunal está afecta a algún error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

El art. 1001 del C. C. establece un caso de cesibilidad tan claramente que hasta la reglamenta, pues habla de quien quiere construir ingenio, molino u otra obra cualquiera aprovechando aguas que van a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, para autorizarlo a hacerlo en suelo ajeno con permiso del dueño, con la salvedad de no menoscabar las aguas de quienes tengan ya para aprovecharse de ellas derecho nacido de obras aparentes para servirse de aquellas o adquirido de cualquiera otro modo: tales son sus palabras.

No se comprendería cómo la ley autorice a tanto para empresas de carácter particular y aun personal y no pudiera entenderse amparado por esa disposición —en su caso— al bien de una población entera que aprovecha el agua para riego y abrevaderos, por una parte y por otra para servicios domésticos.

No se olvida al reflexionar así que el art. 893 citado prevee y atiende estas finalidades, sino que se advierte cómo en un caso que no vino a colocarse bajo el amparo y tramitación que esta disposición establece, sino que por sus modalidades y aun por la forma en que nació es muy diferente, no por esto sólo ha de entenderse fuera de la ley aun después de transcurrido un tiempo suficiente en ella para quedar operado el fenómeno de la prescripción.

Por otra parte, de que el municipio pudiera haber hecho uso, en su caso, de la potestad o facultades que ese art. 893 le otorga, no se deduce que carezca de otros medios y recursos, ni puede significar ello tampoco que precisa y exclusivamente dentro de ese artículo le era dado proceder.

Se ha hablado de cesión en favor del municipio del derecho del riberano, aunque no hay constancia expresa de ella porque ese riberano guardó silencio completo y se abstuvo de toda gestión o reclamo contra los actos del municipio consistentes en tomar el agua en ese fundo y conducirla por él. No hay en autos prueba de que él se opusiese a la construcción del tambre o cualquiera otro de los actos a que se está aludiendo, y así sucedieron crónicamente las cosas por todo el lapso necesario para la prescripción de que aquí se trata. Y bien se ve que ello no podría entenderse como la omisión o la tolerancia a que se refiere el art. 2520 del C. C. para advertir que no confieren posesión ni dan fundamento a la prescripción, pues esa disposición para ello se concreta a cuando de aquellas no resulta gravamen.

La citada ley 113 en su art. 9º, por su lado, también autoriza implícitamente el concepto de cesibilidad, al referirse, en contrastes con los riberanos: "a los demás predios que lo necesiten", para hablar de la reglamentación del uso de las aguas derivadas por acequias o canales en predios riberanos, cuyo sobrante no sea restituído a dichas corrientes o depósitos dentro de los límites de tales predios."

El gobierno tiene, según advertencia de ese art. 9º, con la suprema administración de los bienes de uso público, la de las aguas de esta calidad, y sobre este pie procederá, dice esa disposición, a la reglamentación de las aguas en referencia. Y el inciso 2º dice que "reglamentará la distribución de las aguas sobrantes a la salida de los predios."

¿Cuáles son los predios a que se refiere este inciso? Los de que acaba de hablar el inciso precedente del mismo artículo, que son tanto los riberanos como los no riberanos, siendo así que ese inciso primero habla cabalmente de las aguas cuyo sobrante no es restituído a la corriente o depósito inicial dentro de los límites riberanos.

Y además, si de este fallo pudiera deducirse conflicto, cabe observar que éste no nacería del fallo mismo que reconoce determinados hechos cumplidos y su alcance legal, sino de los hechos mismos que el juzgador no puede desconocer con sus consecuencias jurídicas y que la ley 113 encontró ya consumados.

Por último, y esto tiene singular importancia, ante las finalidades de esa ley, el presente fallo no versa sobre hidráulica, sobre caídas de agua, sino sobre el mero uso de ella para los menesteres domésticos de predio no riberano.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida. Las costas del recurso son del recurrente.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

FUERZA HIDRAULICA. — AGUA PARA LAS POBLACIONES—PRESCRIPCION DEL USO DEL AGUA.

1.—Según el art. 892 del código civil, podían los propietarios ribereños usar del agua para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, aunque tales empresas entrañaban las necesidades de la correspondiente heredad, o sean alimentadas con productos de otras heredades. 2.—Un distrito no puede MANU MILITARI aprovecharse del uso de las aguas que corren por una heredad o por entre dos heredades. La limitación número 3.o, de las contenidas en el art. 893, debe interpretarse sujetándola estrictamente a la doctrina constitucional. No puede arrebatarse a un propietario ribereño su derecho anterior de uso, adquirido respecto de terceros. 3.—Entre las maquinarias, a cuyo movimiento podía proveerse según el código civil, se contaban las generadoras de energía eléctrica. El art. 892 habla de «dar movimiento a sus molinos U OTRAS MAQUINAS». No excluye ninguna. Este mismo criterio de amplitud aparece en el art. 1001, en donde se habla del que quiere construir «un ingenio o molino, O UNA OBRA CUALQUIERA». Nada importa que en la época de la expedición del código no fuesen conocidas las plantas eléctricas. 4.—El Estado podía reservarse las caídas de agua y claro bien reservándoselas. La ley 113 de 1928 respetó los derechos adquiridos, y si se estima que en algún punto los afectó, ha de prevalecer la carta constitucional que los protege. 5.—Instalada una central eléctrica al amparo de normas que así lo permitían, surgieron para sus dueños situaciones jurídicas concretas, derechos adquiridos. 6.—La prescripción, como manera de adquirir el uso de las corrientes que van por cauces naturales, está al margen del régimen legal de aguas, que es de derecho público. 7.—El auto de este salvamento se ratifica en el que hizo con fecha 11 de junio de 1935, publicado en GACETA JUDICIAL Nos. 1905 y 1906.

NOTA—El salvamento de voto correspondiente a la anterior sentencia, hecho por el Magistrado doctor Moreno Jaramillo, se halla en la página 435.

DEMANDA DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO.—INCONGRUENCIA.—INTERDICCION POR DEMENCIA.—TECNICA DE CASACION EN CUANTO AL ESTUDIO DE PRUEBAS.—DEMENCIA

1. El cargo por incongruencia no puede consistir en que el Tribunal haya considerado las cosas de modo diferente a como las considera tal o cual de las partes litigantes o en que se haya abstenido de decidir en consonancia con los deseos o puntos de vista de tal o cual de ellas. El cargo es procedente cuando se ha dejado de decidir sobre puntos puestos SUB JUDICE por demanda y respuesta, en caso de ésta, desoyendo los arts. 471 y 481 del C. J., o cuando se decide sobre algo no sometido al litigio, fallando EXTRA o ULTRA PETITA. 2. No hay violación del artículo 8º de la ley 95 de 1890, cuando lo que se sentencia es que el testador no estaba demente cuando testó, pues esa disposición mira a la interdicción. 3. En el recurso extraordinario de casación no se presenta la oportunidad para considerar las pruebas en forma igual a como se consideraron en instancia, pues lo procedente al respecto es demostrar que el Tribunal incurrió, al apreciarlas, en un error de hecho o de derecho que conste de un modo manifiesto en los autos para de ahí deducir el cargo de violación de la ley sustantiva. De aquí la diferencia completa existente entre el estudio de las pruebas en alegato de instancia, que suele llevar el nombre de ALEGATO DE BIEN PROBADO, y el estudio de pruebas en casación, que ha de circunscribirse a aquéllas de cuya errónea apreciación se acusa al Tribunal, determinándolas, y ha de hacerse en precisa conexión con las leyes sustantivas que por ese error se dicen violadas. La demencia de alguien no se comprueba con la confesión que otro haga de haber creído en ella. 5. La situación mental del testador en nada atañe a la validez del testamento cuando se refiere a época posterior a su otorgamiento (C. C., artículo 1062), o, mejor dicho, cuando sobreviene cualquiera causal de inhabilidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Por demanda repartida el 6 de octubre de 1931 al Juzgado 3º Civil de este Circuito, el señor Florentino García Russi entabló juicio ordinario contra la señora Rosalina Páez de García y sus hijos Ana María, Rosa Emma, Blanca Elvira y Andrés de Jesús García Páez, menores de quienes es representante legal ella, a fin de que se declare nulo el testamento bajo el cual el señor Florentino García Quiñones falleció el 16 de abril de ese año, testamento que lleva fecha 16 de abril de 1924 y el Nº 1850 y se otorgó abierto ante el Notario 4º de este Circuito.

El Juzgado decidió la primera instancia en sentencia de 22 de enero de 1934, de que apelaron ambas partes: el actor, por haberle negado su pedimento, y los demandados, por no haber sido aquél condenado en costas. El Tribunal Superior de Bogotá, en 15 de mayo de 1936 confirmó esa negativa y accedió a la condenación en costas, a cargo del demandante, en ambas instancias.

El ha recurrido en casación, recurso que tramitado debidamente, pasa a decidirse.

Dos veces se casó el señor García Quiñones: la primera, con la señora Ana Joaquina Russi y de ese matrimonio nació el actual demandante, a más de otros dos hijos, premuertos, representados por sus respectivos hijos legítimos en la sucesión de aquél; y la segunda, con la prenombrada señora Páez, en quien hubo los cuatro hijos que con ella forman la referida lista de demandados.

El testamento deja a cada heredero su legítima rigorosa y asigna, además, la cuarta de mejoras a los hijos del segundo matrimonio y la de libre disposición a la señora Páez.

El demandante afirma que el testador se hallaba demente cuando otorgó ese testamento, y de ahí deriva y en ello funda su acción de nulidad.

Los demandados han sostenido la validez del testamento, negando tal demencia y afirmando la completa habilidad del testador, concepto compartido por Juzgado y Tribunal. De ahí la negativa a la súplica del actor y su condenación en costas, por temerario, pronunciada para las de ambas instancias en la sentencia de la segunda.

Se aducen por el recurrente los motivos 1º y 2º de los establecidos por el art. 520 del C. J.

En el orden lógico preceptuado por el art. 537 ibídem, se estudia ante todo el 2º, que es "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Esa falta no puede consistir —y esto lo ha conceptuado sostenida y uniformemente la Corte— en que el Tribunal haya considerado las cosas de modo diferente a como las considera tal o cual de las partes litigantes o en que se haya abstenido de decidir en consonancia con los deseos o puntos de vista de tal o cual de ellas. El cargo es procedente cuando se ha dejado de decidir sobre puntos puestos sub judice por demanda y respuesta, en caso de ésta, desoyendo los arts. 472 y 481 del C. J., o cuando se decide sobre algo no sometido al litigio, fallando así extra o ultra petita.

Como nada de esto acontece en el presente caso, en que la queja mira sólo a no haberse acogido la pretensión del actor, salta a la vista la improcedencia y consiguiente inadmisibilidad del cargo.

En relación con el motivo 1º de los del citado art. 520, se acusa por desacertada interpretación de la ley, por aplicación indebida y por error de derecho y manifiesto de hecho en apreciación de determinadas pruebas, por los cuales llegó el Tribunal a aquella violación de leyes sustantivas.

El recurrente forma tres categorías de tales disposiciones, así:

1º Las atañederas a incapacidad e inhabilidad, contenidas en los arts. 1061, 1502 y 1504 del C. C. y 8º de la ley 95 de 1890;

2º Las que de esa incapacidad e inhabilidad deducen nulidad, que son los arts. 6º, 16, 1032, 1740 y 1741 de ese Código y 15 de la misma ley 95; y

3º Las relacionadas con la apreciación de las pruebas a que se refiere el recurso, cuales son los arts. 553, inciso 2º; 1768, 1759 y 2144 de aquel mismo Código, y 593, 604, 606, 636, 639, numeral 4º; 673, inciso 2º; 697, 702 y 725 del Judicial.

La Corte considera desde luego que disponiendo el art. 8º de la citada ley 95 que un adulto en estado de demencia debe ser privado de la administración de sus bienes, no se advierte cómo quepa violar esta disposición con sentenciar que un testador no estaba demente cuando testó. Otras serán las disposiciones violadas, en su caso. Adviértase que esa disposición mira a la interdicción, esto es, que establece el deber de proveer a ella y se encamina a que el demente, el imbécil, el idiota, sean puestos bajo ella y no carezcan del consiguiente amparo. Cabría el cargo, por ejemplo, si tratándose del juicio mismo de interdicción y comprobada la demencia, idiotez o imbecilidad, se negase aquélla dejando de aplicar ese art. 8º, o si, por el contrario, se le aplicase decretándola, sin estar acreditada la demencia, imbecilidad o idiotez que la fundaran.

No es, por tanto, admisible al cargo relativo a esa disposición.

Es verdad que el art. 1502 del C. C. requiere capacidad para la validez de un acto dado, en quien lo ejecuta, y es verdad que el demente es absolutamente incapaz, según el art. 1504 de esa obra; pero para violar estas disposiciones dejando de declarar nulo un acto dado de una persona en razón de ser demente, es preciso demostrar esto, entre otras razones, por la decisiva de presumirse la capacidad, a la luz del art. 1503 ibídem.

Otro tanto cabe decir ante el art. 1061.

Reflexión análoga ocurre respecto de la violación de los arts. 1741, etc. de esa obra relativos a la declaración de esa nulidad, que en el presente recurso forman el segundo grupo ya mencionado.

Por tanto, lo indicado es indagar ante todo si las pruebas acumuladas por las partes, a la verdad numerosas y de diversa índole, acreditan o no la demencia aseverada por el actor y, caso afirmativo, si por lo mismo ha demostrado él como recurrente los errores en que al apreciarlos incurrió el Tribunal negándoles su alcance y decidiendo consecuencialmente como si el testador hubiese sido persona hábil para ello cuando como tal otorgó el instrumento citado.

Así, pues, lo lógico y procedente es estudiar ante todo lo relativo a pruebas.

Ese estudio habrá de hacerse por la Corte, no cual si se tratase de instancia, sino como corresponde a las peculiaridades del recurso de casación, esto es, no olvidando que se está en éste.

Anótase esto, porque es tendencia frecuente, de que no está exenta la demanda del presente recurso, la de tornar la casación en nueva oportunidad de considerar las pruebas en forma igual a como se consideraron en instancia, pasando por alto que en este recurso lo procedente al respecto es demostrar que el Tribunal, en su caso, en la apreciación de las pruebas ha incurrido en error de derecho o en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, para de ahí deducir y justificar el cargo de violación de disposición de ley sustantiva, porque es esta violación lo exigido en motivo de casación, según se ve en el inciso primero

del numeral 1º del citado art. 520; de manera que es en relación con ese cargo primordial como cabe el de error en la referida apreciación de pruebas, esto es, repítese, en cuanto éste haya conducido a aquélla. De ahí que el inciso 2º de este numeral comienco diciendo: "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba..." y concluye estableciendo, para ese preciso evento, el concomitante deber de demostrar el error, ya de hecho, ya de derecho de que se viene hablando.

Esto hace ver con claridad la completa diferencia existente entre el estudio de las pruebas en alegato de instancia, que suele llevar el nombre de alegato de bien probado, y el estudio de pruebas en casación, que ha de circunscribirse a aquéllas de cuya errónea apreciación se acusa al Tribunal, determinándolas, y ha de hacerse en precisa conexión con las leyes sustantivas que por ese error se dicen violadas.

Confesión de la señora demandada, dictámenes periciales, declaraciones de testigos y documentos privados e instrumentos públicos: tales, agrupándolos, los elementos probatorios de cuya errónea apreciación acusa el recurrente, haciendo de ellos en su demanda de casación la determinación debida.

A fin de acreditar que la señora Páez confesó la demencia de su marido, adujo el demandante, tanto las posiciones que a solicitud de éste ella absolvió, como copia legal del escrito de demanda de interdicción de él que elevó ella al Juzgado respectivo, formulado y presentado en junio de 1922.

Como efectiva confesión, lo que acreditan esas pruebas es que en ese entonces la señora creyó demente a su marido y teniéndolo por tál, proveyó a su interdicción judicial o inició al menos las gestiones conducentes a ésta. Pero bien se echa de ver desde luego que esa creencia de ella, aunque se le dé la categoría de convicción, es algo muy distinto de la demencia misma, y que de lo que aquí se trata no es de si la señora reputó en tal o cual estado mental a su marido, sino de si efectivamente él se hallaba en ese estado.

Así, pues, lo acreditado con esa confesión no es la demencia misma de él, sino una idea, creencia o convicción de ella.

La demencia de alguien no se comprueba con la confesión que otro haga de haber creído en ella. El confesante, si por tál puede reputarse a quien declara que ha creído que otro está demente, no hace sino exponer su personal concepto sobre un punto que, de otro lado, hay que recordar que la ley lo sujeta al de expertos, como lo ordenan los arts. 705 y 820 del C. J. y el 549 del C. C.; de manera que pruebas de otra índole, en cuanto sean pertinentes por relacionarse con la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, sobre lo cual debe informarse el Juez, sirven sin duda como elemento complementario, muy valioso en lo general, pero no como sustitutivo de ese dictamen de facultativos requerido por la disposición que se acaba de citar.

Debe anotarse —y esto tiene importancia por lo que adelante se estudiará sobre diferencia de épocas— que la señora advierte que en esa demencia creyó en 1922; pero que otra cosa creyó, por ser distinta la mentalidad de su marido, cuando éste testó dos años después.

En suma: la confesión de la señora sobre su creencia, confesión corroborada con la referida copia de su solicitud de interdicción, acredita que ella tuvo por demente al señor García Quiñones en junio de 1922; pero formular ella entonces ese pedimento y tener entonces esa creencia, no son hechos que impliquen la efectiva demencia de este señor o que la comprueben o que siquiera dejen ligada a la señora a esa creencia, extendiéndosela a todo tiempo y determinando contra ella la situación adversa que en pleito ulterior corresponde al demandado o demandante que ha confesado, esto es, que ha afirmado un hecho constitutivo de obligación a su cargo o de descargo de su contraparte.

Así las cosas, no es el caso de estudiar si la llamada confesión de la señora podría afectar a sus codemandados.

Las declaraciones de testigos abundan, unas sobre demencia del señor García Quiñones para la época del testamento, otras sobre su plena salud mental y consiguiente habilidad legal al efecto para entonces mismo. El Tribunal no puede ser acusado de error en la apreciación de estos conjuntos testimoniales por cuanto procediera, que fue lo ocurrido, como lo autoriza u obliga a hacerlo el art. 702 del C. J.

En la balanza, en la labor ponderativa a que lleva esta disposición legal hay un margen incuestionable a lo que solía calificarse de soberanía del Tribunal para la apreciación de las pruebas, y que aun descartado el vocablo "soberanía" por el peligro de ser excesivo y reducir más allá de lo legal la esfera de acción de la Corte en casación, queda efectivamente dentro del fuero de conciencia que la ley concede al juzgador en instancia o en que descansa en esta conciencia

o a ella defiere. Ese margen implica una valla a la revisión del Superior.

Cuanto al dictamen pericial, se observa: el Tribunal acogió el concepto uniforme de los peritos doctores Miguel Jiménez López y Guillermo Uribe Cualla, contra el del doctor Edmundo Rico, que rindieron su concepto en primera instancia, así como el uniforme concepto de los doctores Miguel Canales y Marco A. Iriarte, contra el del doctor Pablo A. Llinás, que lo rindieron en la segunda. Procedió, pues, como lo obligaba a hacerlo el art. 722 del C. J., si se estimara tal el caso o, mejor, como lo facultaba a hacerlo el art. 723 ibidem.

No se advierte o no se admite, pues, el cargo de error de derecho en la apreciación de esta prueba.

Los facultativos de cuya uniformidad de opinión acaba de hablarse la formulan en forma tal que de su dictamen no se deduce lo desfavorable a la capacidad o estado mental del testador sostenido por el demandante, lo que concurre a rechazar aquel cargo de error de apreciación. Más aún: ese dictamen es netamente afirmativo en favor de la capacidad volitiva de García Q.

En suma: la apreciación de la prueba pericial no adolece de ese defecto que el recurrente le atribuye y, por otra parte, al acogerla el Tribunal, halló de encontrar que la presunción de capacidad no estaba destruída y de deducir por lo mismo que no podía sentenciar en la forma procedente sólo cuando esta presunción se destruye.

Otros facultativos, doctos también, cuales son los doctores Carlos Esguerra y Luis E. López de Mesa, exponen también acerca de la capacidad y estado mental del testador; pero no como peritos, sino como testigos. Sin entrar a estudiar, por no ser necesario en este recurso, si es aceptable como declaración de testigos, dada la reglamentación procedimental de esta prueba, la copia de una exposición científica preparada de antemano por los declarantes y copiada en el Juzgado en sendas actas idénticas, una para cada testigo. Ello es que así aparecen rendidas estas exposiciones. Ambos se refieren a época distinta de la del testamento, porque éste se otorgó en 1924 y aquéllos hablan de 1922, en que trataron al señor García Quiñones. Todos los conceptos médicos aquí aludidos afirman que el estado mental de este señor y los defectos y lagunas que le hallaron no eran afección idiotática sino sintomática, efecto de arterio-esclerosis y diabetes, y todos están acordes en que ese estado mental tiene alternativas de agravación y de mejoría, más o menos efímeras o duraderas. Así lo anota el Tribunal.

A que se agrega que los médicos que tuvieron bajo su observación clínica al testador en la precisa época del testamento afirman expresamente su buen estado mental de ese entonces.

No sugiere sospecha el hecho mismo de habérsele puesto entonces en esa observación ad hoc y preconstituídose esa prueba, porque hasta es de hallársele como precaución prudente, si se tiene en cuenta que aún personas de la familia de él temieron o creyeron en 1922 que se hallaba en demencia. Así las cosas, pierde su sugestión adversa a ese estado mental la preconstitución de prueba a que se alude, de que en algunos casos se deducen conjeturas adversas.

El recurrente sostiene haber comprobado que desde 1921 hasta su muerte (1931) el señor García Quiñones fue privado de la administración de sus bienes, a la que en ese lapso atendió su esposa, y deduciendo de ahí un indicio de la demencia de él, acusa al Tribunal por haber desestimado este elemento probatorio, así como los varios comprobantes respectivos, entre ellos los recibos de cánones de fincas del señor García Quiñones expedidos por ella en ese lapso.

Se observa: de la deficiencia de salud, en general, de este señor en esa época no se ha discutido ni dudado. Ello explica que para descargarlo de graves tareas, las personas de su familia más allegadas y, por tanto, su esposa, le ayudaran a administrar y aún tomaran del todo la administración, máxime si se considera que la señora llegó a creerlo demente y a solicitar se proveyera a su interdicción. Esto destruye o al menos atenúa la fuerza indicial en contra de la parte demandada, o al menos de la señora, surgida de la intervención de personas distintas del mismo García Quiñones, y aun la suplantación que fuese de éste, en esa administración, extremo que no se ha comprobado.

Si, pues, en ello no se encuentra un indicio o, al menos, un indicio necesario de un estado mental de ese señor que llegase a la demencia y, mucho menos, que en estado de ésta se hallase para cuando testó, y si, por otra parte, como se ha advertido, las enfermedades que le producían esas deficiencias tienen de suyo alternativas y dan campo a mejorías completas en períodos largos o cortos, salta a la vista la sinrazón del cargo consistente en que el Tribunal incurriera en

quebrantamiento de los arts. 665 y 667 del C. J. al apreciar los indicios a que sobre estos detalles se refiere el recurrente.

En suma: hay un conjunto de pruebas conducentes a establecer un deficiente estado mental del señor García Quiñones para cuando en 8 de junio de 1922 su esposa misma demandó se le pusiese en interdicción judicial, lo que obliga a suponer un proceso patológico anterior que culminó en tan grave paso; y hay un conjunto de pruebas conducentes a establecer que ese deficiente estado, que no alcanzaba a demencia, no subsistía o en él no se hallaba dicho señor, cuando en 5 de diciembre de 1924 otorgó el testamento abierto aquí discutido. La situación mental del testador en nada atañe a la validez del testamento cuando se refiere a época posterior a su otorgamiento (C. C., art. 1062), o, mejor dicho, cuando sobreviene cualquiera causal de inhabilidad, entre las cuales figura (art. 1041 ibidem) la afirmada pero no comprobada en el presente litigio.

No se ha demostrado error del Tribunal en la apreciación de las pruebas al denegarse a reputar que para la fecha del testamento las aludidas deficiencias mentales de García Quiñones no sólo subsistiesen sino que llegaran a constituír la demencia de que habla el actor.

Así las cosas, aún dentro de los conceptos del recurrente no cabe estudiar siquiera los cargos de violación de las disposiciones sustantivas, siendo así que esa violación consiste, según él, en estar demostrada la demencia del testador para cuando testó y en haber desconocido el Tribunal las consecuencias que esa demencia impone al tenor de esas disposiciones sustantivas. Por consiguiente, si del precedente estudio relativo a los cargos hechos sobre la apreciación de las pruebas no se deduce que la Corte los acoja, esto es, si ha de quedar en pie, por no habérsela infirmado, la apreciación del Tribunal, ni lugar hay, repítese, a aquel otro estudio. Lo que vale como decir que esos otros cargos tampoco pueden hallarse fundados, esto es, los de violación de las disposiciones sobre capacidad, habilidad y nulidad que forman los grupos 1º y 2º antedichos.

Cuanto a violación de las disposiciones sustantivas relativas a rehabilitación del interdicto, basta observar, para hallar la improcedencia del cargo, que al señor García Quiñones no se le puso en interdicción, pues simplemente se demandó ésta para iniciar una actuación que, a mayor abundamiento, no pasó de ahí. No hubo, pues, siquiera, un interdicto rehabilitable.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el quince de mayo de mil novecientos treinta y seis.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

CONCESION DE UN RECURSO DE CASACION

1. El recurso de casación no está condicionado a la orden que debe dar todo Tribunal de que permanezca el negocio en la secretaría por el término de quince días, sino a lo que dispone el artículo 519 del C. J., o sea, que es la naturaleza del juicio y la cuantía de éste lo que determina por sí la admisión del recurso. Pero esa admisibilidad no es procedente sino cuando se solicita por parte legítima y esa solicitud está condicionada al término de los quince días de que trata el artículo 521 del C. J. 2. Adicionado una sentencia en el sentido de que deben permanecer los autos en la secretaría por el término de quince días para el recurso de casación, la providencia posterior forma con la anterior una sola pieza y la fecha de la última es la que se toma como punto de partida para contar el término de ejecutoria. El término para interponer el recurso de casación empezó a correr entonces desde el día siguiente al de la notificación de la última providencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

En el juicio ordinario sobre oposición a la adjudicación de la mina "San Pedro", segui-

do por Milciades Cuéllar Durán y Horacio Uribe Márquez contra Fernando Wehdeking, el Tribunal Superior de Cartagena confirmó el fallo del inferior.

La sentencia de segundo grado fue notificada el 17 de abril de 1937.

El apoderado de los señores Cuéllar Durán y Uribe Márquez presentó, con fecha 20 de abril del mismo año, una solicitud al Tribunal en el sentido de que adicionara la sentencia disponiendo que el negocio permaneciera en la secretaría por el término legal, con el objeto de ejercitar el derecho de interponer el recurso de casación contra tal fallo.

El Tribunal Superior de Cartagena proveyó a lo pedido en resolución de 20 de abril.

El doctor José María Bonis, personero de Cuéllar Durán y Uribe Márquez, interpuso entonces recurso de casación que le fue denegado por el Tribunal por cuanto sostuvo éste que tal interposición había ocurrido después de haberse agotado el término de quince días que la ley concede al respecto, y que ese término no podía contarse a partir de la notificación del auto de fecha 20 de abril que dispuso que el expediente permaneciera por el término de quince días para efecto de la casación.

José María Bonis, con la copia de que tratan los artículos 518 y 524 del C. J., ocurrió de hecho ante la Corte y pasa por lo tanto a resolverse el recurso teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1ª El recurso de casación no está condicionado a la orden que debe dar todo Tribunal de que permanezca el negocio en la Secretaría por el término de quince días, sino a lo que dispone el artículo 519 del C. J., o sea que es la naturaleza del juicio y la cuantía de éste lo que determina por sí la admisión del recurso.

2ª Pero esa admisibilidad no es procedente sino cuando se solicita por parte legítima y esa solicitud está condicionada al término de los quince días de que trata el artículo 521 del C. J.

3ª Si pues el juicio ordinario a que se refiere este recurso tiene la cuantía de que trata el artículo 519 de la obra citada, por ministerio de la ley y previa petición de parte, la sentencia que puso fin al juicio era susceptible del recurso de casación aun cuando se hubiera omitido la orden de que permanezca el expediente en la Secretaría por el término de quince días para efectos del recurso.

4ª Mas el Tribunal Superior de Cartagena no dio cabida en la sentencia a la interposición del recurso de casación y ordenó devolver el expediente al inferior. En tal virtud, el doctor Bonis pidió adición de la sentencia, en el sentido de que se resolviera que debían permanecer los autos en la secretaría, por el término de quince días, para los efectos del recurso de casación. El Tribunal accedió a lo solicitado en auto de fecha 26 de abril de 1937, auto que obligaba al doctor Bonis y le fijaba el término para interponer el recurso, término que debía contarse desde el día siguiente al de la notificación de dicho auto, en virtud del principio general de que adicionada una sentencia por auto posterior, las dos piezas forman una sola y la fecha de la última es la que se toma como punto de partida para contar el término de ejecutoria.

No entendió así las cosas el Tribunal y por eso cuando el doctor Bonis interpuso el recurso de casación, en virtud del proveído de 20 de abril ya mencionado, sostuvo que el término para interponer el recurso empezó a correr desde la notificación de la sentencia y no desde el día siguiente a la fecha de la notificación del auto de 20 de abril, lo cual no admite la Corte, por la razón que acaba de expresarse.

Ahora bien, como el recurso lo interpuso el doctor Bonis dentro de los quince días contados del siguiente a partir de la notificación del auto de 20 de abril, la interposición de tal recurso es procedente.

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, revoca los autos de 26 de mayo y 17 de junio del año en curso dictados por el Tribunal Superior de Cartagena, y en su lugar resuelve:

Concédese el recurso de casación interpuesto por el señor J. M. Bonis contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del distrito judicial de Cartagena con fecha 10 de abril de 1937, dictada en el juicio ordinario sobre oposición a la adjudicación de la mina "San Pedro", seguido por Milciades Cuéllar Durán y Horacio Uribe Márquez contra Fernando Wehdeking.

Ofíciese por lo tanto a dicho Tribunal, dándole cuenta de la admisión del recurso de casación y ordenándole que remita el expediente a la Corte Suprema de Justicia, previa citación de las partes.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

NOTA—Este salvamento se refiere a la sentencia sobre aguas, inserta en la página 423

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado Moreno Jaramillo

-II-

El dueño de una heredad puede hacer, de las aguas que corren naturalmente por ella, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, y abrevar sus animales. Pero deberá volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salida del fundo. Ese uso se limita: en cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido el derecho a servirse de las aguas; en cuanto contraviniere a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, o reglen la distribución de las aguas entre los riberanos; y en cuanto fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino. Si las aguas, en vez de atravesar un predio, corren por entre dos, su uso corresponde en común a los ribereños, con las limitaciones dichas, y en caso de disputa será reglado por la autoridad, tomándose en cuenta los derechos adquiridos.

Esta doctrina, consagrada por los arts. 892 a 894 del código civil, se funda en que la situación especial de los predios ribereigos, su proximidad a las aguas, constituye suficiente título de aprovechamiento, sin que sea necesario obtener concesión alguna del Estado.

El código civil de Colombia ha sido en este punto más amplio que el de Francia. Para demostrarlo basta comparar el art. 892 colombiano con el 644 francés. El primero reconoce a los propietarios ribereños derecho al uso de todas las aguas que corren naturalmente por sus fundos; el segundo no les reconoce derecho a usar de las navegables o flotables. El nuestro atiende a las necesidades domésticas, agrícolas, industriales y pastoriles. El de los franceses, con el ánimo de proteger la agricultura, dispone que las aguas se usen en el riego de los campos, y de modo implícito prohibe se las emplee en beneficio de la industria cuando dividen dos fincas.

Se ha discutido por autores chilenos y colombianos sobre si la enumeración del art. 892, marcado en Chile con el número 834, es o no taxativa. Claro Solar y Fernando Vélez niegan que lo sea. Botero Isaza conceptúa que las aplicaciones a que legalmente puede destinarse el agua en su curso natural no son sino las cuatro expresadas por el legislador: menesteres domésticos, riego, fuerza motriz y abrevadero.

En lo que sí convienen todos los comentaristas es en observar cómo el uso de los riberenos no es caprichoso e ilimitado sino útil y de acuerdo con el objeto perseguido, por lo cual consideran no podría sacarse el agua sin beneficio alguno y en daño de otro u otros predios. También coinciden en que el usuario debe respetar el curso natural de las aguas, haciendo volver el sobrante al acostumbrado cauce.

Dice Luís Claro Solar que el riberano sólo tiene derecho a servirse de las aguas para las necesidades de su heredad. De este mismo parecer fueron los senadores Antonio José Uribe, Francisco José Chaux y Miguel de J. Pérez, cuando afirmaron que "la nación ha cedido el uso de las aguas exclusivamente para beneficio de los predios, de que sólo puede el dueño disponer de la fuerza hidráulica que necesita para ese beneficio, para dar movimiento a sus molinos u otras maquinarias, anexas a la propiedad, se entiende, y destinadas al fomento de la misma."

Yo me atrevo a creer que según el art. 892 pueden los propietarios ribereños usar del agua para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, aunque tales empresas extralimiten las necesidades de la correspondiente heredad o sean alimentadas con productos de otras heredades.

Cuando el legislador proveyó a los menesteres domésticos, al riego del fundo y a la bebida de animales, tres aplicaciones autorizadas por el art. 892, empleó términos limitativos, y fue así indudable: que las necesidades son únicamente las de la familia del propietario o de sus dependientes; que no puede regarse un predio distinto del riberano, y que los animales pueden abrevar si pacen en la heredad por donde discurren naturalmente las aguas, dividiéndola o besándola. Estas precauciones se explican porque de no restringir esos tres servicios podrían los fundos superiores perjudicar a los inferiores consumiendo o reduciendo mucho las aguas. Pero cuando el mismo legislador se refirió a los molinos u otras máquinas

pertenecientes al dueño del fundo, no tuvo ya necesidad de usar vocablos restrictivos puesto que el empleo del agua como fuerza no implica su gasto material, y por esta razón, en vez de referirse al consumo en empresas industriales, dijo que con ella se puede "dar movimiento." Tal función de mover no afecta los predios inferiores sea cual fuere la potencia del molino, u otra máquina, y aunque su acción aproveche a personas y cosas distintas del dueño riberano y de la tierra marginal.

Como me permití observarlo en el prólogo al segundo tomo de la obra de Botero Isaza, cuán estrecho criterio se atribuiría al legislador si haciendo la exégesis del art. 892 pudiera decirse que su mente no pasó de fomentar modestas explotaciones en donde sólo fuese molida la caña o majado el maíz de la propia heredad, o en donde, laborcándose frutos de otros plantíos, el consumo debiera efectuarse dentro de las lindes del predio ribereño. Muy otro debió ser el pensamiento de un código que, apartándose de la norma francesa, amplió largamente las aplicaciones del agua.

Observa don Jacinto Chacón que mientras el código francés, en protección de la agricultura, dispone que las aguas divisorias de dos heredades se empleen sólo en el riego de los campos, prohibiendo implícitamente se las use en beneficio de la industria, nuestro código (el chileno y el colombiano), en protección de la industria, permite puedan ser empleadas esas aguas hasta por terceros en el movimiento de un nuevo establecimiento industrial, prohibiendo implícitamente se las destine al riego de los campos, con lo cual sigue e impulsa el progreso público, y no deja a la ley fuéra del movimiento social e impotente para secundar el desarrollo de la riqueza, como lo hace el de Napoleón.

Al efecto alude Chacón al art. 944 del código chileno, reproducido por el 1001 del colombiano, artículo que estudia ampliamente Botero Isaza para llegar a la conclusión, luégo de admitir que favorece a los no riberanos, de que en ningún caso ni por circunstancia alguna, jamás, puede hacerse uso del agua, de acuerdo con ese precepto, en perjuicio de los derechos nacidos de los arts. 892 y 894, pues considera que ni el uso inmemorial, ni obras aparentes, ni consentimiento tácito, serán bastantes a basar la prescripción de un bien imprescriptible, ni a consumar la enajenación de lo inalienable, ni a extinguir un derecho de que es título exclusivamente la ley, que si en los cánones 892 y 894 consagra prelación a favor de los riberanos, en el 1001 da algunos derechos a los no riberanos, pero sólo en cuanto ello no vaya contra los adquiridos por ministerio de la ley o por otro título cualquiera.

Juzgo procedente hacer algunos comentarios al discutido art. 1001, porque su doctrina corrobora la interpretación que doy al art. 892 en cuanto al criterio de largueza que informó lo relativo al uso de la fuerza hidráulica.

El art. 1001 fue tomado de la tercera partida, título XXXII, ley XVII, en donde se lee:

"Molino habiendo algunt home en que se ficiese harina, o aceña para pisar paños, si alguno quisiese facer otro molino o aceña en aquella mesma agua o cerca de aquél, puédelo facer en su heredat o en suelo que sea de río del rey con otorgamiento dél o del común del concejo cuyo es el logar do lo quisiere facer: pero esto debe seer fecho de manera que el corrimiento del agua non se embargue al otro, más que le haya libremiente segunt que era ante acostumbrada a correr...."

Esta ley de don Alfonso el Sabio sirve para fijar el sentido de nuestra disposición.

Adviértese desde luego que el precepto español exige tan sólo no se desvíe la corriente, se la deje correr como tenía de costumbre, mientras el nuéstro también manda no se menoscaben las aguas en perjuicio de los que de cualquier modo hayan adquirido derecho a ellas.

Dice el art. 1001:

"El que quisiere construír un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial y que no corren por un cauce artificial construído a expensa ajena, podrá hacerlo en su propio suelo o en suelo ajeno con permiso del dueño; con tal que no tuerza o menoscabe las aguas en perjuicio de aquellos que ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de dichas aguas, o que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas."

Despojando este artículo de cuanto se refiere a la pertenencia de aguas que corren por cauce artificial construído a expensa ajena, así como de los requisitos exigidos en su segunda parte, y desarmando lo que resta de la primera, pueden sentarse estas proposiciones:

1ª—El que quisiere construír un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades, podrá hacerlo en su propio suelo.

2ª—El que quisiere construír un ingenio

o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades, podrá hacerlo en suelo ajeno con permiso del dueño.

3ª—El que quisiere construír un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, podrá hacerlo en su propio suelo.

4ª—El que quisiere construír un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, podrá hacerlo en suelo ajeno con permiso del dueño.

Descomponiendo en cuatro proposiciones la primera parte del art. 1001, y no olvidando que todo este precepto, a la par que respeta el dominio privado de los cauces artificiales y cualquier otro derecho adquirido, autoriza sólo aquellas obras que emplean la corriente sin torcerla ni menoscabarla en perjuicio de terceros, se observa cómo el legislador autoriza a cualquiera persona para aprovecharse en su suelo, o en suelo ajeno con permiso del dueño, pero en sus obras, es decir, en las hechas por la mano del hombre, de aguas públicas que anden por cauce natural.

Finalmente, y ya por el aspecto de la acción posesoria especial, no por el de la servidumbre natural, observa Barros Errázuriz que el art. 944 del código chileno, reproducido por el 1001 nuéstro, otorga derecho para impedir: a) Cualquiera obra que se haga o que se pretenda hacer con el objeto de aprovecharse de las aguas que corren por un cauce artificial construído a expensa ajena; y b) Cualquiera obra dirigida al aprovechamiento de las aguas que van a ajenas heredades, ingenios, molinos o establecimientos industriales, aunque corran por un cauce natural, si tuercen o menoscaban las aguas en perjuicio de quienes ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de ellas, o que de cualquier otro modo han adquirido el derecho de aprovecharlas.

III

El uso correspondiente al dueño de una heredad por donde corren las aguas, atravesándola o delimitándola, no es absoluto. Se limita: 1º—En cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido por prescripción u otro título, el derecho a servirse de las mismas aguas; 2º—En cuanto contraviniere a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, o reglen la distribución de las aguas entre los propietarios riberanos; y 3º—En cuanto las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino.

Estas limitaciones están consignadas en el art. 893 del código civil, enlazado íntimamente con el que le precede y con el que le sigue.

Prescindiendo de las dos primeras, cuyo estudio no procede ahora, me detengo en el análisis de la última.

Como el interés privado debe ceder al interés público, dispuso la ley civil que el uso de las aguas perteneciente al dueño de una heredad riberana se limita cuando ellas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, pero que se dejara una parte a la heredad y se la indemnizara de todo perjuicio inmediato, y previendo la falta de acuerdo entre la persona oficial interesada por los habitantes menesterosos y el dueño o los dueños de fincas riberiegas, dijo que el pueblo podría pedir la expropiación del uso de las aguas en la parte que le corresponda.

Exígense, según el código, cuatro requisitos:

1º—Que las aguas sean necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, es decir, para la bebida y también para el servicio de plazas, calles y habitaciones; no para la agricultura o la industria, pues si se tratara de aplicaciones agrícolas o industriales no habría razón en quitar las aguas al agricultor o industrial ribereño.

2º—Que se deje una parte del agua a la heredad marginal.

3º—Que se indemnice a dicha heredad de todo perjuicio inmediato.

4º—Que si la indemnización no se ajusta amistosamente, pida el pueblo la expropiación del uso de las aguas en la parte que corresponda.

(El código habla en singular de "la heredad", y sigo su lenguaje, pero nada se opone a que puedan ser varias).

Un distrito no puede manu militari aprovecharse del uso de las aguas que corren por una heredad o por entre dos heredades. La limitación número 3º, de las contenidas en el artículo 893, debe interpretarse sujetándola estrictamente a la doctrina constitucional. No puede arrebatarse a un propietario ribereño su derecho anterior de uso, adquirido respecto de terceros.

En punto de expropiaciones exigía el acto legislativo Nº 3 de 1910, artículo 5º relacionado con el 31 de la carta de 1886, estos requisitos: graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador; plena indemnización previa; mandamiento judicial.

A estas tres exigencias proveyó el código de procedimiento en su título XXV.

Exige que a la demanda se acompañe la providencia de la autoridad política que decreta la enajenación forzosa conforme a los preceptos sustantivos y administrativos; otorga al juez la facultad de denegarla o concederla; manda que éste prevenga a las partes sobre nombramiento de peritos, y no autoriza la sentencia adjudicatoria sino cuando, ya en firme el avalúo, se haya consignado el precio de la cosa.

El acto legislativo número 1º de 1936, si bien deroga el artículo 32 de 1886 y el 5º de 1910, garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, y mantiene las exigencias sobre motivos de utilidad pública definidos por el legislador, sobre indemnización previa y sobre mandamiento judicial, aunque admite en su último inciso cierta expropiación por razones de equidad, punto especialísimo de que no hay para qué tratar aquí (art. 10).

La expropiación por motivos de utilidad pública o de interés social no puede consumarse sino mediante fallo de juez.

Si en Colombia se garantizan los derechos adquiridos con justo título, conforme a las leyes civiles; si las autoridades están instituídas para proteger en sus bienes a todos los residentes dentro del territorio nacional, y si nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias de cada juicio, es claro que un distrito no puede captar, para los menesteres domésticos de los habitantes de su pueblo, las aguas que caminando por cauces naturales atraviesan heredades privadas o las delimitan, sino previo un juicio de expropiación del uso de una parte de las aguas y mediante el pago de los perjuicios inmediatos que sufran los propietarios ribereños.

Dice Vélez:

"Prácticamente, cuando una población carece de agua potable y hay una corriente de agua inmediata a ella, el representante del distrito, previa la intervención correspondiente del concejo municipal, debe entenderse con el dueño del predio donde sea más fácil tomar una parte del agua para conducirla a la población a ver si de común acuerdo convienen en la indemnización respectiva. Si no convinieren, el empleado competente establecerá el juicio de expropiación de parte del agua (debió decir del uso de parte del agua), de acuerdo con las leyes citadas, para que judicialmente se fije la indemnización teniendo en cuenta lo que ésta comprende".

Es muy razonable lo expuesto en el párrafo transcrito, porque un pueblo no puede expropiar para sí el uso del agua, tomarla como dueño o como usuario legal, sino apenas "pedir la expropiación". Pedírsela al competente funcionario judicial, quien le adjudicará el uso de una porción de la corriente, previo juicio en que se averigüe la necesidad y se fije la cantidad, mediando desde luego indemnización de todo perjuicio inmediato.

III

La ley 113 de 1928, sobre estudio técnico y aprovechamiento de corrientes y caídas de agua, dice en su artículo 3º que la nación "se reserva" el dominio y uso de la fuerza hidráulica proveniente de las aguas que le pertenecen conforme al artículo 677 del código civil, a excepción de la que se destine al beneficio o explotación de predios o para mover maquinarias destinadas exclusivamente al mismo objeto; pero que "esta reserva no perjudica los derechos adquiridos de acuerdo con la legislación vigente, los que serán definidos en la forma ordinaria por el poder judicial en caso de controversia".

No quedaron comprendidas en los preceptos de la ley 113 las caídas de agua cuya producción de energía sea inferior a cien caballos de fuerza, "las cuales podrán seguir usándose por los particulares, de acuerdo con las leyes hoy en vigencia" (artículo 17).

Esta ley 113 tuvo tan presentes los derechos adquiridos, que hizo estas salvedades:

a)—Exceptuó la fuerza destinada al beneficio o explotación de predios o para mover maquinarias destinadas exclusivamente al mismo objeto (artículo 3º).

b)—Declaró que la reserva no perjudica los derechos adquiridos de acuerdo con la legislación vigente (artículo 3º, parágrafo 1º).

c)—Dijo que el uso de la fuerza establecido o concedido legalmente en favor de empresas públicas departamentales o municipales con anterioridad a la ley, no podría "ser suspendido por el gobierno sino mediante sentencia ejecutoriada del poder judicial" (artículo 3º, parágrafo 2º).

ch)—Advirtió que no se comprenden las caídas de agua explotadas o en curso de explotación por empresas públicas departamentales o municipales (artículo 3º, parágrafo 3º).

d)—Declaró válidas las concesiones hechas anteriormente a los departamentos o municipios, en la forma misma en que fueron otorgadas (artículo 3º, parágrafo 4º).

e)—Previno que cuando el Estado cediera a los departamentos o municipios el uso de

la fuerza hidráulica en su territorio, total o parcialmente, respetaría las concesiones anteriormente otorgadas (artículo 4º).

f)—Dispuso que en cada caso de concesión de fuerza a departamento, municipio u otras personas naturales o jurídicas, sería de cargo del concesionario el arreglo con los dueños de los predios riberanos y con las personas que estén usando las aguas de acuerdo con las disposiciones legales, "dejándose salvaguardiados en todo caso los derechos adquiridos, de los que sólo podrá ser privado el dueño en los casos de utilidad pública y previa indemnización" (artículo 6º).

g)—Finalmente, y aun para el evento de que el Estado mismo, es decir, el dueño de las aguas, utilice con cualquier fin una caída, ordenó que "indemnizará previamente de todos los perjuicios mediante contrato o expropiación legal, a los dueños de los predios riberanos y a las personas que tengan derechos adquiridos sobre el uso de las aguas en conformidad con lo dispuesto en los artículos 895 y 1001 del código civil (artículo 7º).

Si nuestro régimen legal de aguas no fuera tan diferente del francés, me permitiría traer algunos datos sobre lo ocurrido en Francia con la ley de 1919, datos que tomo de la obra "Trabajos Jurídicos", por el doctor Luis F. Latorre U.:

Una ley francesa de 1919 declaró denunciables las caídas de agua y explotable por concesión del Estado la energía hidráulica. Los riberanos no eran dueños de las corrientes, pero leyes anteriores les reconocían el derecho de usarlas y aprovechar las caídas en términos tan latos, que bien podían enajenar ese derecho a terceros interesados en utilizar la energía. Era cotizable con independencia de la tierra. Estoy reproduciendo la opinión del doctor Latorre U., casi con sus mismas palabras. Pues bien, en el caso de concesión otorgada a un tercero distinto del riberano, haya o no haya ejercitado un derecho, es decir, aunque nunca hubiese usado la energía de la corriente, el concesionario le debe pagar una indemnización en especie (si había ejercitado el derecho) o en dinero (en el caso contrario), y tanto la jurisprudencia de los tribunales como la doctrina de los expositores, están conformes en que por el hecho de la concesión el riberano sufre una expropiación.

El tribunal de St. Jean de Maurienne, en fallo de 8 de junio de 1922, fue más lejos, pues sostiene con argumentos de gran fuerza que la expropiación general se operó desde el 16 de octubre de 1919, por virtud de la ley de ese año. Dicho tribunal declaró que "la ley de 16 de octubre de 1919, por sus artículos 1º y 2º, priva a los propietarios del derecho de vender o arrendar la fuerza producida por la caída de agua.... que se causa una verdadera expropiación en provecho del Estado, una evicción completa de los derechos particulares, no pudiendo dar lugar sino a indemnización en dinero o en especie".

Planiol y Ripert sostienen que la ley no implica expropiación general, simultánea, *ipso jure*, por su propia virtud; sino en cada caso, al ser otorgada la concesión.

Charmont dice que la evicción de los derechos particulares al uso del agua, ejercidos o no, da derecho a una indemnización, si preexistían a la fecha de los anuncios de la demanda de concesión.

Hecha esta digresión, referente a la doctrina y a la jurisprudencia francesas, vuelvo al tema de mi estudio.

Creo que entre las maquinarias, a cuyo movimiento podía proveerse según el código civil, se contaban las generadoras de energía eléctrica.

El artículo 892 habla de "dar movimiento a sus molinos u otras máquinas". No excluye ninguna. Este mismo criterio de amplitud aparece en el artículo 1001, en donde se habla del que quisiere construír "un ingenio o molino, o una obra cualquiera". Nada importa que en la época de la expedición del código no fuesen conocidas las plantas eléctricas. El legislador estatuye para lo futuro, en ocasiones para siempre, y cuando es sabio, como lo fue el chileno, se vale de términos elásticos y flexibles —"u otras máquinas", "o una obra cualquiera"— para que cada descubrimiento o cada invención o cada progreso no exijan reforma de las leyes.

Si los propietarios marginales podían mover máquinas, protegidos por el artículo 892, y si cualquiera persona estaba en capacidad de construír cualquiera obra conforme al artículo 1001, parece claro que había derecho a mover con aguas de uso público las centrales eléctricas.

Estimo que era ésta la situación jurídica de las plantas cuando entró a regir la ley 113 de 1928.

IV

Los doctores Crisanto Luque, como obispo de Tunja, y Marceliano Pulido R., en su propio nombre, demandaron al distrito de Samacá con el fin de que se hicieran varias declaraciones. Entre ellas la de que los actores, por ser dueños de fincas riberanas del

río "Teatinos", tienen derecho a usar sus aguas para mover la maquinaria de la planta que suministra luz y fuerza a Tunja, Samacá, Boyacá y Soracá.

También pidieron se declarara que el distrito de Samacá no tiene derecho a derivar el agua del río sin observar lo que establece la ley sobre corrientes de uso público, y que, por tanto, deben destruírse las obras que ha levantado para recoger algunos afluentes, y cesar en la derivación, a fin de que sigan su curso natural sin menoscabar los derechos que corresponden a los actores como riberanos y dueños de la planta eléctrica.

El tribunal de Tunja admitió que los actores tienen derecho, como ribereños, a usar las aguas del río "Teatinos" en los términos del artículo 892, pero no decretó la solicitud especial sobre fuerza motriz; declaró probada la prescripción del uso de las aguas en favor del distrito de Samacá; condenó a éste a volver el sobrante al cauce natural del río, y le absolvió de los demás cargos que le fueron formulados.

La corte, en sala de casación en lo civil, no infirmó la sentencia del tribunal.

V

Con mi habitual respeto a las decisiones de la corte, y no sin temor de equivocarme, voy a comentar brevemente su fallo de esta fecha, en cuanto no aparezca ya comentado por las ideas generales expuestas en los cuatro capítulos anteriores, y en cuanto sea necesario adicionar mi salvamento del 11 de junio de 1935, publicado en Gaceta Judicial, Nos. 1905 y 1906.

Dice la corte que el artículo 892 del código civil está condicionado a los menesteres domésticos, los cuales "no son otros sino aquellos que aprovechan o benefician directamente las industrias establecidas en la heredad".

Como tuve oportunidad de explicarlo, el artículo 892 trae cierta enumeración —declaratoria, según Luis Claro Solar y Fernando Vélez; limitativa, según Valerio Botero Isaza— consistente en menesteres domésticos, riego, fuerza motriz y bebederos.

La norma no habla de menesteres domésticos, tales como regar, mover y abrevar. Tampoco dice que los menesteres sean sólo esos tres. Empleara dichos términos, y los servicios de regadío, movimiento y bebida quedarían englobados en el concepto genérico de las necesidades propias de una casa. Pero no lo dice así ni razonable sería que lo dijese, porque las labores agrícolas, industriales y pastoriles son diferentes de las domésticas, como preparar alimentos, lavar ropas, etc., etc.

Tal vez asustada la corte de su propia y estrecha exégesis, viene luégo a ampliarla diciendo cómo los menesteres domésticos no son otros que cuantos por modo directo aparejan beneficio o provecho a las industrias establecidas en la misma heredad riberana.

Parece que dentro del criterio de la corte, una fábrica de papel montada en predio ribereño, que proveyese a todo el país, atendería a un menester doméstico. Y la producción de energía eléctrica no es también una industria? El ribereiego pudo montar industrias en su finca. También lo cree así la corte. Yo no exceptúo ninguna. Me fundo en que el artículo 892 habla de "otras máquinas" y en que el 1001 autoriza "una obra cualquiera". (A propósito del 1001, sería curiosísimo, más bien absurdo, que terceros no riberanos pudieran usar las aguas en cualesquiera obras, mientras los riberanos estarían condicionados a los menesteres domésticos. En mejor condición el tercero que el marginal. No cabe esto en nuestro régimen legal).

Fúndase la corte, tanto en el texto del artículo 892 como en la circunstancia de que al expedirse el código chileno, "apenas empezaba a sospecharse la gran trascendencia de la fuerza hidráulica", de todo lo cual infiere que esa fuerza puede emplearse en "las industrias establecidas en la heredad", pero no en centrales eléctricas montadas en el fundo riberano. Ya he observado cómo el legislador previsor dicta leyes previsivas y cómo al conceder nuestro código el uso de la fuerza hidráulica para "otras máquinas" y para "una obra cualquiera", no excluyó ningún montaje lícito, de presente o de futuro.

Dice la corte que el artículo 677 del código civil da la clave para interpretar las demás normas sobre aguas, y que el dominio del Estado sobre éstas lo capacita para hacer ciertas reservas y establecer ciertas limitaciones, todo lo cual justifica la ley 113 de 1928.

No niego que el Estado haya podido reservarse las caídas de agua y considero que obró bien reservándoselas. Lo que pienso es que la ley 113 de 1928 respetó los derechos adquiridos, y que si se estima que en algún punto los afectó, ha de prevalecer la carta constitucional que los protege.

Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales pertenecen a "la Unión", excepto las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad. El dominio

de aquellos bienes le corresponde al Estado y el uso a los particulares, según las disposiciones del código y "las demás que sobre la materia contengan las leyes" (arts. 677 y 678). Como "la nación" tenía el dominio de las aguas, cuanto se reservó por la ley 113 de 1928, es decir, cuanto se guardó para en adelante, fue su uso como fuerza hidráulica, uso que antes pertenecía a los particulares. Si hubiese pertenecido al Estado, la reserva carecería de objeto. La nueva ley tiene que respetar los derechos adquiridos. De ahí que a cada paso hable ella de respetarlos, aunque no había necesidad de que siquiera los mencionase, porque estando guarnecidos por la constitución nacional, cualquier vacío o cualquiera restricción se llena o se amplía con la carta.

Prescindiendo del solo carácter de ribereno, y concretándome a empresas industriales montadas en ejercicio de facultad reconocida por leyes anteriores, veo que el derecho adquirido brotó para quienes ejercitaron esa facultad. Si se había autorizado a los ribereños para que usaran el agua dando movimiento a sus máquinas (art. 892) y si se había autorizado a todas las personas para que aprovecharan la que va a otras heredades o a otros establecimientos industriales, construyendo cualesquiera obras (art. 1001), me parece a mí que instalada la máquina o construída la obra al amparo de normas que así lo permitían, surgieron situaciones jurídicas concretas.

El artículo 677 da al Estado el dominio de las aguas que corren por cauces naturales y da a los particulares el uso de las mismas. Según ese precepto, tanto al Estado le corresponde el dominio como a los particulares les corresponde el uso. Este artículo 677 está reglamentado por otros artículos del mismo código. Como dueño, el Estado reglamenta el uso de las aguas que corren por cauces naturales.

No basta citar el artículo 677. Es preciso relacionar esta norma con las distinguidas en el mismo código civil bajo los números 678, 683, 892, 893, 894, 918 y 1001.

Mi tesis sobre derechos adquiridos no se quiebra ante la norma del artículo 32 de la ley 153 de 1887, tan discutida en Chile y en Colombia, norma en virtud de la cual las servidumbres naturales y voluntarias constituídas válidamente bajo el imperio de una antigua ley, se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que establecieren leyes nuevas.

En primer lugar, no entiendo cómo pueden constituirse servidumbres naturales, puesto que, naciendo de la naturaleza, el legislador las consagra y reglamenta pero no las constituye.

En segundo lugar, el artículo 892 del código civil, como muy bien lo dice la corte en su sentencia del 11 de junio de 1935, aunque colocado en el capítulo de las servidumbres naturales, no se refiere en realidad a ellas, "por la sencilla razón de que los derechos allí consagrados no corresponden en forma alguna a la noción técnica de servidumbre".

En tercer lugar, suponiendo que las servidumbres naturales pudieran constituirse por las leyes o por los hombres, y suponiendo también que el artículo 892 se refiriera a un gravamen de esa clase, el caso de la ley 113 no estaría dentro de un nuevo reglamento sobre uso de las aguas entre particulares, sino frente a una expropiación por causa de utilidad pública, que requiere previa indemnización puesto que el Estado vendría a incorporar en su patrimonio un derecho de uso otorgado a quienes ejercitándolo se colocaron en situaciones jurídicas concretas.

Ha sido tan respetuoso el legislador de las situaciones jurídicas concretas, como puede verse por los artículos 684 y 918 del código civil, que aun en calidad de constituyente insistió, al fijar la hacienda de la nación, en acatar los derechos adquiridos (art. 202 de la carta de 1886).

El artículo 677 da al público el uso de todas las aguas que corren por cauces naturales. No absoluto e irregular sino relativo y reglamentado. Si bastara pertenecer al público para usar de las corrientes públicas, no habría en Colombia un régimen legal de aguas. No se usa de éstas como de calles, plazas, puentes y caminos. Hay en Colombia un estatuto legal sobre el llamado "líquido elemento".

Dos artículos del código permiten sacar las aguas de sus cauces naturales para objetos industriales o domésticos, pero "con arreglo a las leyes respectivas" y "respetando los derechos anteriormente adquiridos": el 683 y el 918.

Para que una persona pueda colocarse dentro de los artículos 683 y 918, iguales en el fondo, necesita invocar uno de estos seis títulos:

1º—Ser dueña de una heredad por donde las aguas corran naturalmente (art. 892).

2º—Ser dueña de una heredad delimitada por las mismas aguas (art. 894).

3º—Ser distrito municipal, que necesite aguas públicas para los menesteres domésticos de los habitantes de su pueblo, caso en el cual adquirirá por las vías legales una

parte del uso de las aguas públicas (art. 893, ord. 3º).

4º—Construír un ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, con tal que no tuerza o menoscabe las aguas en perjuicio de aquéllos que ya han levantado obras aparentes con el objeto de servirse de dichas aguas, "o que de cualquier otro modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas" (art. 1001).

5º—Obtener del gobierno nacional una licencia para sacar los canales a que se refiere el artículo 683 del código civil, licencia que se le concederá "sin vulnerar derechos de terceros" (art. 8º de la ley 113 de 1928).

6º—Aprovecharse de la reglamentación que el gobierno haga sobre el modo de distribuír y aprovechar aguas de uso público (art. 8º de la ley 113 de 1928).

Como se ve, la persona que no éntre por uno de estos seis caminos, usa arbitrariamente de las aguas públicas. Su uso no es posible por voluntad de los particulares. Está sometido a un reglamento legal, por cierto muy amplio, en el cual se provee al respeto de los derechos adquiridos.

Pues bien:

No pudiendo colocarse el distrito de Samacá en los artículos 892 y 894 del código civil, porque no es ribereño; ni en el 893, ord. 3º, porque ocupó las aguas [illegible] tari; ni en el 1001, porque no ha construído ninguna obra o establecimiento industrial; ni en el 8º de la ley 113, porque no tiene licencia del gobierno, que quizá se le negaría porque su situación está regulada por el ord. 3º del artículo 893; ni en el 9º de la ley 113, porque tampoco ha apelado al gobierno como supremo administrador de los bienes de uso público; no pudiendo colocarse en ninguna de esas situaciones jurídicas, como a decirlo, se presenta como prescribiente.

Creo que la prescripción, como manera de adquirir el uso de las corrientes que van por cauces naturales, está al margen del régimen legal de aguas, que es de derecho público.

Me ratifico en mi salvamento de voto fechado el 11 de junio de 1935.

No terminaré sin hacer patente que Samacá derivó las aguas del río "Teatinos" para regar fundos no ribereños; que su pueblo tiene otras aguas para los menesteres domésticos, y que usa las derivadas únicamente en lavar ropas que pudieran lavarse en otras aguas del lugar, suficientes para todas las necesidades de sus habitantes. Véanse la inspección ocular y el dictamen de los peritos.

Bogotá, agosto 10 de 1937.

Miguel [illegible]

CUENTAS DE UN MANDATARIO, ADMINISTRADOR DE BIENES AJENOS.—OBLIGACION DE RENDIR CUENTAS DE LOS PRODUCTOS DE LOS BIENES

1. La ley no exige a las personas que administran bienes ajenos que justifiquen plenamente cada una de las partidas de sus cuentas. El artículo 1131 del Código Civil tan sólo impone al mandatario la obligación de presentar documentada su cuenta, mas no que ella esté plenamente comprobada. 2. La administración de todo patrimonio por un mandatario supone la actividad contenida de un perito encaminada a llenar el fin propio de aquélla, cual es, no el de mera custodia y conservación, sino el producir la explotación económica de los bienes. El mandatario en ese caso hace a débe hacer las veces del dueño. Y así como el dueño intenta perseguir con su esfuerzo la mayor utilidad o beneficio, porque que es lo que cumple la posesión de los mismos lucrativos, de la misma manera el mandatario administrador está obligado, en desarrollo del vínculo contractual que lo une al mandante, a mantener vigente la diligencia y cuidados del dueño, sin cuya observancia estricta defrauda la confianza en que se inspira el mandato, que es un contrato INTUITU PERSONAE. Por eso la ley tanto responsabiliza al mandatario hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo. (Art. 2158 C. C.). En virtud de esta norma de responsabilidad, pesa sobre el mandatario administrador de bienes la obligación abstracta e indeclinable de rendir cuenta de los productos de los bienes administrados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta).

Sentencia de instancia.

En sentencia de casación de 20 de febrero del año próximo pasado, esta Corte infirmó la que en segunda instancia había proferido el tribunal superior del distrito judicial de Pasto en el juicio ordinario de cuentas promovido por la señora Belarmina Córdoba v. de Rosero contra el señor Rodolfo Rosero, y dispuso que antes de acometer el estudio de fondo del pleito para dictar el correspondiente fallo destinado a reemplazar el del tribunal, se practicase, mediante auto para mejor proveer, un dictamen pericial tendiente a esclarecer previamente algunos puntos oscuros concernientes al contenido, al alcance y a la significación de las cuentas rendidas por el señor Rosero y de los comprobantes y documentos que a ellas acompañó.

Practicóse el dictamen pericial teniendo por principal materia la complejidad de las cuentas del demandado señor Rosero. Objetado, dio lugar al respectivo incidente que terminó con fallo en que fueron rechazadas las tachas propuestas. Sobrevino también un incidente sobre regulación de los honorarios de los peritos. Todo lo cual embargó el tiempo pasado desde el día ya distante en que fue dictada la sentencia de casación hasta fecha reciente en que los autos estuvieron debidamente preparados para formular sobre ellos la presente sentencia de instancia.

Por escritura número 40, otorgada en la ciudad de Pasto el día 20 de enero de 1923, la señora Belarmina Córdoba, viuda de Juan Rosero, le confirió poder general al señor Rodolfo Rosero "para que atienda y gestione en todas las cosas que dicen relación con la sucesión testada del que fue señor Juan Rosero para adelante (sic) y atienda hasta su terminación los inventarios y división de los bienes dejados por el extinto señor Rosero, para que verifique toda clase de arreglos relacionados con el activo y pasivo de la mentada sucesión; para que pueda prestar y recibir a préstamo cualquier suma de dinero, para que pueda recibir y pagar a los deudores y acreedores de la misma sucesión; para que lleve adelante cualquier contrato relacionado con los bienes de que se ha hecho mención; para que pueda obligarse en su nombre y en el de la sucesión y en provecho de ésta; y finalmente, lo faculta para

comprar y vender en lo relacionado con los mismos bienes, y asimismo tiene facultad para pagar y entregar a los acreedores o herederos universales y legatarios de la precitada sucesión los bienes que fueren del caso y recibir los bienes que a ella deban pertenecerle. Segundo. Que habiendo dejado el extinto señor Juan Rosero, a la señora Belarmina Córdoba, investida del carácter de primer albacea con manejo de bienes y encargado por lo mismo de arreglar la prenombrada sucesión, por el presente documento público confiere al señor Rodolfo Rosero, las mismas facultades legales y todas las mencionadas en la anterior cláusula, comoquiera que ellas van encaminadas a poner a cubierto a los bienes de cualquier evento perjudicial; y lo coloca por lo mismo al frente de la dirección y manejo de todos los bienes mientras sea liquidada la mencionada sucesión..... Presente el señor don Rodolfo Rosero..... manifestó que aceptaba el poder general que por ello (sic) se le confiere; y que cumplirá en un todo con las facultades que le da la poderdante en las cláusulas de este instrumento".

Tres meses después de otorgado el anterior poder, en los días 16, 22 y 26 de abril; 1º y 3 de mayo siguiente, fue practicado el inventario judicial de los bienes relictos de Juan Rosero, acto en el cual actuó el señor Rodolfo Rosero, como denunciante de los bienes en su calidad de apoderado del albacea. La relación de bienes manifiesta un crecido y complejo caudal hereditario, compuesto de fincas agrícolas y pecuarias, almacén de mercancías, empresas industriales, casas de habitación, etc., cuyo detalle tendrá ocasión de examinarse en capítulos subsiguientes. Ascendió el activo inventariado a la cantidad de ciento sesenta y un mil ciento veintiséis pesos cincuenta centavos oro ($ 161,126.50) afectado por un pasivo de ochenta mil trescientos ocho pesos sesenta y tres centavos ($ 80,308.63), computando gastos de la mortuoria y pago de legados.

Liquidada la mortuoria de Juan Rosero, hecho que se realizó voluntaria y extrajudicialmente entre la viuda y los herederos, según escrituras públicas números 83 de 9 de febrero de 1929 y 184 de 9 de mayo de 1930, ambas otorgadas en la ciudad de Pasto, la viuda doña Belarmina demandó en juicio especial de cuentas a don Rodolfo para que rinda las de los bienes que manejó en virtud del poder de que ya se hizo mérito. El exmandatario opúsose; pero tanto el juez de la causa como el tribunal obligáronlo a rendir las cuentas de su gestión concediéndole el término de sesenta días. El responsable rindiólas oportunamente valiéndose para ello de la presentación en copia particular, y no oficial, de asientos de contabilidad tomados del Diario y del Mayor, de las operaciones de la sucesión de Juan Rosero, asientos sin fechas ni referencias claras. A estas copias acompañó como documentos justificativos sendas copias de la escritura de protocolización de los inventarios de la mortuoria, del testamento de Juan Rosero, y de las escrituras de partición de bienes entre los herederos. En el memorial con que presentólas limítase el responsable a formular algunas aclaraciones respecto de cuatro partidas que figuran en las copias de los asientos del Diario, y termina así: "Según los documentos que he indicado, documentos que son públicos y auténticos, recibí en bienes y créditos de la sucesión la suma de $ 79,597.26, que hay que adicionar con la suma de $ 8,000, valor de la finca de Sucre, y según esos mismos documentos, se adjudicaron y entregaron a la cónyuge y a los herederos bienes y créditos por la suma de $ 101,000.00, exceso que responde al resultado de mi gestión como mandatario de la demandante en una sucesión que estaba comprometida por concepto de créditos exigibles, gastos y legados en más de ochenta mil pesos y con dos empresas en total fracaso y con la advertencia de que el almacén de mercancía hubo de venderse porque la continuación de esas operaciones producía pérdidas, en vista de que la administración era costosa y de que no había capital para poder renovar el viejo stock de mercancías".

Ha de advertirse que en la copia de las partidas del libro Mayor y como resumen de las operaciones realizadas, don Rodolfo Rosero deduce a su favor y a cargo de la sucesión de Juan Rosero un saldo por la suma de seis mil diez y ocho pesos cincuenta centavos ($ 6,018.50).

Estas cuentas fueron objetadas en su totalidad por el apoderado de la demandante. Alegó que basta la lectura de la escritura de poder "para convencerse de que Rosero no ha tenido intención de rendir seriamente su cuenta, y menos la cuenta comprobada de todos los bienes de la sucesión que administró". Luégo entra a examinar el inventario de los bienes sucesionales para deducirle al demandado una serie de cargos por razón de bienes que administró y de que no da cuenta. Por último, el objetante estima así, "objetada la supuesta cuenta, la falsa cuenta de don Rodolfo Rosero, cuenta que ha debido rendirse completa y detallada, de todas las operaciones que efectuó con los valiosos bienes herenciales del señor Juan Rosero,

exhibiendo los comprobantes legales, pues debe advertirse que la cuenta que ha debido presentar no es así a la ligera y de memoria y mal por mal, sino 'una cuenta detallada y comprobada con la debida separación de asuntos y partidas', como lo ordena la ley".

Estas objeciones a la cuenta dieron origen a la apertura del juicio ordinario, durante cuyos términos de prueba tanto el demandante como el demandado adujeron un copioso número de elementos de convicción.

Observaciones previas

"El mandatario es obligado a rendir cuenta de su administración", preceptúa el artículo 2181 del código civil.

Esta obligación del mandatario señor Rosero es la que está haciéndose efectiva mediante el actual proceso. Naturalmente para cumplirla a satisfacción, el obligado ha debido formular, durante el término que a ese fin otorgósele, un resumen sintético y claro en que constara el resultado del activo y del pasivo de las cuentas, tomado de los libros de contabilidad y demás documentos comprobatorios de todo el movimiento de la administración que confióle el mandante. Pero en lugar de hacerlo así, el mandatario limitóse a presentar una copia de varios asientos de contabilidad del Diario y del Mayor, sin fechas y generalmente sin discriminación de negocios y de partidas. Procedimiento tan irregular, mayormente tratándose de la gestión de un cuantioso y variado caudal, como fue el que manejó el señor Rosero, que, por su misma índole, requería un permanente movimiento de caja por ingresos y egresos de origen diferente, sitúa el debate en terreno inestable y asaz peligroso, tanto en relación con el demandante como con el demandado; para el primero, porque carece de la relación concreta de un activo y de un pasivo, que le suministre base cierta, que lo coloque en capacidad de formularle a la cuenta una objeción igualmente concreta; y para el segundo, porque colocando con semejante actitud al demandante, en la necesidad de vetar en globo la cuenta, vése expuesto a los resultados de una condena excesiva y seguramente superior a la que hubiera obtenido con una cuenta sin complicaciones en que cada partida encuentre fácil explicación y sobre todo la necesaria conexión de unos negocios con otros, que aleje en lo posible cómputos equivocados por defecto o por exceso.

Los peritos designados por la Corte, en el auto para mejor proveer, con el fin de que examinaran las cuentas de don Rodolfo Rosero, se expresan así al final de su dictamen, lanzando un justo y fundado reproche a esa forma extraña y absurda de presentar una cuenta:

"En concepto de los peritos que suscriben este dictamen, las cuentas presentadas por el señor Rodolfo Rosero, en el juicio que le promovió la señora Belarmina Córdoba viuda de Rosero, carecen de condiciones técnicas que permitan considerarlas seriamente.

"A la luz de los principios fundamentales de la contabilidad y en atención a las costumbres, prácticas, normas y reglas mercantiles, las tales cuentas no han sido rendidas en debida forma. A menudo constituyen una confusión de valores y guarismos, sin discriminación razonada, sin concatenación lógica y sin comprobación de ninguna especie.

"Ni falta tampoco tal o cual error puramente aritmético, cuya presencia hace inexplicable el ajuste de la cuenta afectada. Así sucede, por ejemplo, con uno de $ 200.00 ($ 41,071.00 por error de suma, en lugar de $ 41,271.00) en el asiento que aparece a folios 17 del cuaderno 2.

"Innumerables partidas de las que se presentan en el extracto de los libros carecen de fundamento por no hallarse comprobadas o documentadas, o porque faltan datos esenciales —en su misma presentación— relativos a la naturaleza o al origen de ellas.

"Técnicamente es muy escaso, por no decir nulo, el valor que tienen —en general— las cuentas presentadas por el señor Rodolfo Rosero en el juicio de que se trata.

"Esas cuentas, se dice, son una incorporación del movimiento de las operaciones de la mortuoria; y sin embargo, se observa que, por ejemplo, los productos que figuran en las copias de algunos asientos del Diario no fueron incorporados para el efecto de la presentación de dichas cuentas.

"Procedimientos tan inadecuados como los empleados para la rendición de estas cuentas no sólo revelan desconocimiento de elementales reglas de contabilidad sino que infrigen los mandatos de la ética mercantil".

Siendo la cuenta de una administración la que rinde el señor Rosero, es obvio que no puede circunscribirse a los bienes que recibiera al iniciarse, ni a los bienes que figuran inventariados en la mortuoria de don Juan Rosero, ni solamente a aquellos de que hace mérito el demandante en el memorial de objeciones. La cuenta abarca o debe abarcar todo el conjunto de bienes que fueron materia de administración, adquiridos

antes o después del inventario, inventariados o no inventariados, comprados ya con los productos de otros bienes o simplemente reemplazados. La única excepción admisible a este respecto constitúyela bienes que, aunque de la mortuoria, fueron sin embargo administrados por personas distintas del mandatario.

Podría admitirse alguna limitación en la extensión y generalidad de la cuenta, de haberla el demandante consentido al formular las objeciones. Pero bien al contrario, ya hízose notar al principio cómo vetó éste la cuenta. Empezando por su repudiación integral, para en seguida, referirse a determinados actos de la gestión, sin que ello indique el designio de restringir la investigación a esos actos, comoquiera que en el mismo memorial el objetante expresa el deseo de que la cuenta comprenda "todas las operaciones que efectuó con los valiosos bienes hereditales del señor Juan Rosero".

Tampoco sería legal admitir que, porque el poder de administración le fue revocado al mandatario el 20 de agosto de 1929, ahí concluye su responsabilidad. En manera alguna. Si se demuestra que con posterioridad a esa fecha el mandatario recibió o tuvo en sus manos dineros o bienes de la sucesión administrada, es apenas natural se le carguen al haber los respectivos valores, como provenientes de negocios postreros del mandato, los cuales, no por ser ejecutados después de retirado el poder, dejan de ser por ello atañederos a éste, pertenecientes por ende a póstumas actividades de la administración.

En cuanto a la comprobación misma de las cuentas por parte del responsable, la Corte cree oportuno reproducir y prohijar aquí la doctrina al respecto, sentada por la Sala de Negocios Generales en sentencia de primero de octubre de 1927, Gaceta Judicial, tomo XXXIV, página 268, columna 2, doctrina que es apenas el trasunto exacto de la ley y de la equidad, y que implícitamente reconoce la necesaria distinción que es de rigor en el suministro de la prueba, cuando el pleito tiene por objeto el esclarecimiento de un negocio jurídico determinado, y cuando abarca el examen de las múltiples actividades del mandatario en la gestión administrativa de un patrimonio. En el primer caso es natural que la ley sea rigurosa en la comprobación del hecho singular sometido a controversia; mientras que el mismo rigor, sobre todo refiriéndose a operaciones de poca importancia, verificadas por el administrador de bienes ajenos, iría en detrimento de la eficacia de la gestión, ya que el gestor comprometido a respaldar con comprobantes de plena prueba uno a uno todos los gastos, incluyendo aún aquellos de escasa cuantía, paralizaría por elemental precaución su actividad convirtiéndose así en simple depositario de bienes.

La mentada sentencia dice así en lo pertinente:

"Mas al aplicar esta disposición (la del artículo 48 del código de comercio), no debe perderse de vista que la ley no exige que respecto de cada una de las partidas de una cuenta se aduzca una plena prueba, requisito que por otra parte no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que las pequeñas operaciones que se ejecutan en el curso ordinario de una administración, tales como los pagos de jornales, las compras al por menor, etc., no son susceptibles por su naturaleza misma de una plena comprobación. Esta consideración ha tenido sin duda en cuenta la ley para no exigir ni aún a las personas que administran bienes ajenos, que al rendir cuentas justifiquen plenamente cada partida. Así, el artículo 2181 del código civil tan sólo impone al mandatario la obligación de presentar documentada su cuenta, y eso únicamente en lo que concierne a las partidas importantes de ella. Cuenta documentada no es equivalente a cuenta plenamente comprobada. Una cuenta es documentada cuando a ella se acompañan documentos que la fundamentan, como recibos expedidos por terceras personas, aunque no estén legalmente reconocidos y no constituyan por lo mismo plena prueba ni aún respecto de quienes los han firmado".

El responsable, como comprobante principal del estado del activo y del pasivo de la sucesión de Juan Rosero, y de los bienes que recibió en administración, adujo la copia de la escritura de protocolización de los inventarios judiciales practicados en Pasto en dicha sucesión, escritura marcada con el número 753 de 18 de octubre de 1926 otorgada ante el notario primero de dicha ciudad. Y, como principal comprobante de sus descargos, las dos escrituras de distribución, entre los herederos y la cónyuge, de los bienes hereditarios, en que constan los bienes que recibieron los copartícipes y cuáles fueron vendidos para pagar las deudas. De consiguiente, estas tres escrituras constituirán la base principal para reconstruir en esta sentencia la cuenta de la administración. Sin perjuicio de tomar en consideración otros elementos probatorios de los cuales se infieran cargos o descargos al haber del ex-mandatario señor Rosero.

Con el ánimo de metodizar el examen de las cuentas, o más bien su reconstrucción, porque como se dejó dicho antes, la que rindió el señor Rosero todo tiene menos de cuenta, la Corte tomará como punto de partida el referido inventario de los bienes de la sucesión, formulándole capítulo separado a cada partida del activo hasta determinar el fin que corriera el respectivo bien.

En seguida, en capítulo independiente, serán materia de examen los bienes de la sucesión que recibió el albacea y que no figuran inventariados.

Y por último, los productos de los bienes administrados y la inversión que se les diera por el mandatario.

CAPITULO I

BIENES INVENTARIADOS

Partida primera.—Mercancía existente en almacén.

Inventariése la mercancía existente en un almacén de la ciudad de Pasto, habiéndose avaluado dicha mercancía en la cantidad de doce mil pesos ($ 12,000).

En la cuenta presentada por el señor Rodolfo Rosero, o sea copia del Libro Diario de las operaciones de la sucesión de Juan Rosero, aparecen incorporadas las siguientes partidas, sin fechas, por ventas efectuadas a los señores Luna Hermanos (fl. 1? v., cuaderno N° 2):

Consignación	Art. 128 ....$	5,264.00	
"	Art. 132 ....$	3,816.00	
"	Art. 157 ....$	1,000.00	
	Saldo .....$	2,214.32	$ 11,730.32

En el memorial de objeciones el objetante afirma que además de esta venta el señor Rosero recibió la cantidad de mil pesos por venta que hizo a los señores Fernando Medina e Ignacio David Almeida, de los juguetes de celuloide del almacén (objeción 2ª, letra A).

Llamado a declarar Ignacio David Almeida (fl. 28, cuad. N° 3), dijo que con Fernando Medina compraron por mil pesos oro ($ 1,000) un lote de juguetes de celuloide a la casa de Juan Rosero, Sucesores, manejada entonces por don Rodolfo Rosero.

Además de los artículos del Diario que se dejaron copiados y de la anterior declaración de Almeida, existe como comprobante de que la venta de los juguetes de celuloide fue distinta de la de las mercancías a Luna Hermanos, la confesión del propio Rosero, contenida en la respuesta que dio a la pregunta primera de las posiciones que absolvió en primera instancia, respuesta que dice (fl. 32 v., cuad. N° 3): "Es verdad que yo vendí las mercancías del almacén de los sucesores de don Juan Rosero, y lo mismo los juguetes, a los señores Lunas y Fernando Medina e Ignacio David, sin poder recordar la suma que de dichos señores recibí, valor que debe constar en los respectivos libros".

El tribunal dice en la sentencia respecto de esta partida: "Evidentemente no figura en la cuenta la partida de $ 1,000.00 en que se vendió la existencia de juguetes a los señores Fernando Medina e Ignacio David Almeida y hay prueba de ello, según la confesión del mismo rindiente".

De lo anteriormente expuesto se deduce: 1º: que las mercancías del almacén fueron vendidas en la cantidad de $ 11,730.32, cantidad que aparece anotada en los libros del responsable, por cuya razón debe cargársele entre los ingresos de su cuenta; y 2º: que a esta partida debe sumarse la de mil pesos ($ 1,000) en que vendió el lote de juguetes de celuloide del almacén, partida ésta que omitió sentar en los libros, y que por consiguiente no computó el responsable entre los ingresos.

El cargo que se le deduce al ex-mandatario es, pues, por la cantidad de $ 12,730.32, que fue lo que efectivamente recibió, de la cual debe responder, y que por lo tanto constituye la primer apartida de los ingresos.

SON DOCE MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS TREINTA Y DOS CENTAVOS ($ 12,730.32).

Partida segunda.—Casa de habitación de dos pisos, de los herederos, en la calle 8ª

En la partida segunda del inventario relacionóse "la casa de habitación de los herederos del extinto, de dos pisos, situada en la calle 8ª, alinderada así: .....". Esta finca, perteneciente al área urbana de Pasto, recibió un avalúo pericial de quince mil pesos ($ 15,000.00).

En la escritura pública número 184, de 2 de mayo de 1930, otorgada en Pasto, en que hízose constar el segundo convenio de parti-

ción entre los herederos y la viuda, aparece adjudicada y entregada a ésta, dándole los copartícipes un nuevo avalúo de $ 24,000, para los efectos de la partición, la casa inventariada bajo esta partida. Véase la cláusula sexta de la escritura, renglón de inmuebles. Allí mismo dícese que "esta casa soporta una hipoteca por $ 4,000 en favor de la Curia". Lo relativo a este crédito será materia de estudio separado con el objeto de deducir el ingreso o el egreso correspondiente.

Y en cuanto a egreso, sólo se sabe por las posiciones que rindió doña Belarmina en segunda instancia, en la contestación a la pregunta décima del respectivo pliego (fl. 89 v., cuad. N° 3), que don Rodolfo Rosero arregló durante su administración el almacén que queda a la izquierda al entrar. El arreglo consistió principalmente en la construcción de unos arcos de mampostería para dar comodidad a las bodegas, colocación de vidrios, entablado del corredor, construcción de un horno y otros accesorios para fabricar pan. Pero se ignora cuánto costaron estas mejoras que el señor Rosero avalúa en más de dos mil pesos. Ni en la cuenta que rindió el señor Rosero, ni en las copias del Diario y del Mayor que figuran en el expediente, hay asiento de contabilidad relacionado con esa partida. Por tal razón, es imposible deducirle al responsable descargo alguno por concepto de los predichos gastos, los cuales podrán justificarse en la liquidación de frutos.

Partida tercera—Maquinaria de la fábrica de espermas.

"Se inventarió —dice el acta respectiva— la maquinaria que constituye la fábrica de espermas, maquinaria que se encuentra bastante deteriorada y por esto se avaluó en mil pesos ($ 1,000.00)".

En la mencionada escritura número 184 de 9 de mayo de 1930 adjudicóse esta maquinaria a doña Belarmina, con destino al pago de las deudas que permanecían insolutas. Véase la cláusula quinta, sección muebles.

Como el responsable entregó este bien no hay tampoco base para deducirle ningún cargo.

Partidas cuarta y quinta—Casa de tres pisos donde funcionan la maquinaria de los molinos de cilindro marca Bismarck y la fábrica de cigarrillos marca Chico. Y solar adyacente a la casa anterior.

Se inventarió "la casa de tres pisos donde funcionan los molinos y la fábrica de cigarrillos, alinderada así:..... Esta casa se halla inconclusa y teniendo en cuenta el estado en que la dejó el causante, se avalúa en doce mil pesos ($ 12,000.00)".

La siguiente partida del inventario dice: "Se inventarió el solar adyacente a la casa antes referida y se avaluó en mil pesos ($ 1,000.00)".

La escritura número 83 de 9 de febrero de 1929, otorgada en Pasto, en que consta la adjudicación de bienes herenciales que los demás herederos y la viuda de don Juan Rosero reconociéronle a la heredera Elvira Rosero de Puertas, enumera entre los bienes dejados por el difunto Rosero y que fueron enajenados para pagar las deudas de la mortuoria (cláusula segunda), "parte de la casa de tres pisos, donde funciona la fábrica de cigarrillos Galeras y el solar adyacente, casa situada en la misma calle 8ª de esta ciudad...". (Subraya la Corte).

En armonía con lo declarado en esta cláusula, están las ventas de que da cuenta la escritura número 625 de 28 de diciembre de 1928 (fl. 150, cuad. N° 2). Por esta escritura Rodolfo Rosero como apoderado general de la sucesión vendióle a la Compañía Colombiana de Tabaco, entre otros bienes, lo siguiente: "a) un predio que contiene un edificio de tres pisos construído de tapias, madera y techo de teja... y una construcción de un piso de los mismos materiales, en donde funciona actualmente la fábrica de cigarrillos Galeras, situado en el área de esta ciudad, entre calles octava y novena y la carrera décima...; b) el segundo y tercer piso del edificio que se encuentra marcado en el plano referido con las letras...; c) un lote de terreno con aire y suelo libra, en donde existe una construcción de un piso de tapia, madera y teja situado en el área de esta ciudad en el cruce de la calle 8ª con la carrera 10ª".

En la cláusula segunda de la misma escritura afírmase que las dos primeras son fincas de la sucesión y la tercera, que colinda con las anteriores, es de Rosero, por compra que de ella hizo para sí, a Juvenal Rosero, según escritura pública número 599 de 14 de diciembre de 1928, que allegóse al juicio y figura al fl. 184 del cuad. N° 3.

Por la tántas veces citada escritura número 184 de 9 de mayo de 1930, de partición de los bienes sucesorios, entre los bienes por partir se detallan: "los molinos de

cilindro movidos con energía eléctrica y montados en la casa de la calle 8ª bajo el número 882...; el taller de carpintería con sus correspondientes maquinarias y materias primas o maderas, montado en la parte posterior de los molinos hacia la calle 9ª, bajo el número 913...". De acuerdo con la cláusula quinta, doña Belarmina recibió en adjudicación y para el pago de las deudas pendientes de la mortuoria "una cuota de dominio equivalente a las siete veinticuatroavas partes en el local y en las maquinarias de los molinos de cilindro para trigo y otros cereales, movidos por energía eléctrica y alinderados así:... por la izquierda al entrar, con la casa de solar de la Compañía Colombiana de Tabaco, paredes de por medio...". Por la cláusula octava adjudícase al heredero Rodrigo Alberto Rosero, entre otros bienes, "una cuota de dominio equivalente a las diez y siete veinticuatroavas partes en los molinos de cilindro movidos por energía eléctrica y montados en la calle 8ª, en el edificio que está determinado por sus linderos en el numeral 5º de este instrumento". Esta cuota en la empresa de los molinos apreciósо por los partícipes en la cantidad de $ 8,533.

De lo anteriormente relacionado se infiere: 1º: que la casa de tres pisos y el solar adyacente, vinieron a formar un solo inmueble, quizá con otras agregaciones, donde funcionaban, en distintas dependencias, varias empresas de la mortuoria, como la fábrica de cigarrillos Galeras, que, como verá se más adelante, era la misma fábrica de cigarrillos marca Chico, ampliada; los molinos de cilindro movidos con energía eléctrica; un taller de carpintería, etc.; 2º: que ese inmueble así constituído fue, una parte vendida a la Compañía Colombiana de Tabaco por la escritura número 626, citada, donde consta que la Compañía adquirió un edificio de tres pisos, una construcción de un piso, contigua a la anterior, y el segundo y tercer piso de otro edificio, contiguo a los anteriores; y la otra parte, es decir, lo que quedó de los solares y edificaciones que la sucesión tenía en la calle 8ª de Pasto, inclusive el solar adyacente inventariado en la mortuoria por mil pesos, bajo la partida quinta del inventario, adjudicado en la división de los bienes hereditarios, a doña Belarmina y a Rodrigo Rosero, en la proporción descrita en la correspondiente escritura.

De ahí que los herederos en la escritura número 88 confiasen que parte de la casa de tres pisos y el solar adyacente fueron vendidos para pagar deudas. Y que en el activo repartido en la escritura 184 tuviérase en cuenta y adjudicárase la otra porción, en donde estaban funcionando por entonces los molinos de cilindro y el taller de carpintería.

Por tal razón carece de fundamento el demandante cuando al objetar la cuenta, pregunta por la suerte que corriera el solar adyacente al edificio de tres pisos inventariado por mil pesos, y afirma, sin el menor respaldo probatorio, que ese solar ya edificado fue vendido a la Compañía Colombiana de Tabaco por $ 4,000.00.

También los peritos que cumplieron el auto para mejor proveer, dictado por la Corte, incidieron en error al afirmar que el solar de la partida quinta "no aparece por ninguna parte como entregado realmente a los herederos". (Véase el dictamen pericial, anexo, fl. 46 del cuad. Nº 6).

Del examen de las escrituras hecho por la Corte, concluyese que el solar fue entregado a los herederos en parte, porque la otra parte ya había sido vendida junto con parte también de la casa de tres pisos, de la partida cuarta, para pagar deudas.

En resumen: no hay ningún cargo que deducirle a don Rodolfo Rosero por concepto de las partidas cuarta y quinta del inventario.

Partida sexta—Maquinaria de los molinos

"Se inventarió —dice la respectiva diligencia— la maquinaria de los molinos de cilindro, marca Monarch, de la fábrica Westinghouse y se avaluó en veinticinco mil pesos ($ 25,000.00)".

Según la escritura de partición número 184, citada, los molinos, que estaban funcionando en lo que le restaba a la sucesión del edificio de tres pisos de la calle 8ª, fueron adjudicados y entregados a doña Belarmina y a Rodrigo Rosero.

Tampoco hay, pues, cargo alguno para deducir por razón de la sola maquinaria de los molinos. En cuanto a sus productos, que es propiamente lo que es materia de observación en el memorial de objeciones (fl. 5, ordinal 5º del memorial), y cuyo cómputo en la cuenta rendida echa de menos el objetante, será objeto del capítulo especial que habrá de dedicarse al renglón de "productos de los bienes administrados".

Partida séptima—Maquinaria de la fábrica de cigarrillos "Chico"

Bajo la partida séptima inventaríose una maquinaria para la elaboración de cigarrillos marca Chico. "Esta maquinaria —dice la diligencia— está un poco deteriorada, le falta la alimentadora y otros accesorios y se avaluó en dos mil pesos ($ 2,000.00)".

Veamos lo sucedido con esta maquinaria según el proceso.

En las posiciones que rindió Rosero durante la segunda instancia del juicio (fls. 82 a 84 del cuad. Nº 3) y que versan en su mayor parte sobre sus actividades en la fábrica de cigarrillos Galeras, consta lo siguiente, confesado por el absolvente: 1º: que la maquinaria de la fábrica de cigarrillos Chico, que cuando recibióla Rosero estaba reducida a una maquinaria pequeña y deteriorada, apenas avaluada en dos mil pesos, fue ampliada y mejorada considerablemente con la introducción de nuevas unidades y accesorios complementarios; 2º: Que así mejorada la empresa, vendióle la mitad de ella al doctor Enrique Puertas, por la cantidad de quince mil doscientos noventa y ocho pesos cincuenta y cuatro centavos ($ 15,298.54). (Este precio resulta comprobado con el recibo expedido al comprador en mayo de 1928 (fl. 75, cuad. N. 3) y que aparece suscrito por Rodolfo Rosero, el contador R. R. Rangel Manrique y el cajero M. A. Benavides. En las predichas posiciones Rosero reconoció como suya la firma de ese recibo, (respuesta octava). Igual reconocimiento de la suya hizo Rangel Manrique en declaración visible a fl. 86 v. También Enrique Puertas (fl. 86) declaró confirmando lo de la compra de la mitad de la empresa por el precio del recibo. Y por último, para que no quede duda acerca de cuál fue el precio, el propio don Rodolfo dice que la venta hízose por una suma que puede ser la expresada en el recibo cuyo monto exacto no recuerda); y 3º: Que dueño Enrique Puertas de la mitad de la fábrica, formóse entonces entre él y la sucesión la compañía "Sucesores de Juan Rosero y Puertas", con un aporte de mil pesos ($ 1,000.00) cada socio, según la escritura pública número 819 de 28 de julio de 1927, otorgada en Pasto (fls. 46 v. a 49, cuad. Nº 3). Véase la respuesta a la posición tercera.

Después, por la cláusula décimaoctava de la escritura número 823 de 28 de diciembre de 1928, citada al tratar de la partida cuarta, Rosero y Puertas cancelaron el instrumento de asociación y dieron en venta la Fábrica de Cigarrillos Galeras a la Compañía Colombiana de Tabaco "con todas sus anexidades, marcas de fábrica, fórmulas para elaborar cigarrillos y enseres a que se contrae el inventario que se presenta para que se agregue a esta escritura", y por un valor de diez y siete mil doscientos cincuenta y nueve pesos con cincuenta y ocho centavos oro legal ($ 17,259.58) que los vendedores Rosero y Puertas declararon haber recibido de la Compañía.

De consiguiente, de la fábrica de cigarrillos Galeras resultan dos ventas distintas: la que Rosero hízole a Enrique Puertas de la mitad de la empresa y por la cantidad de $ 15,298.54, antes de constituir la compañía "Sucesores de Juan Rosero y Puertas", según escritura número 819 de 28 de julio de 1927; y la que Rosero y Enrique Puertas hicíéronle a la Compañía Colombiana de Tabaco por $ 17,259.58, según el instrumento citado en el párrafo anterior.

Pero como en la escritura pública número 88, de adjudicación de bienes a Elvira Rosero de Puertas, los herederos y doña Bolarmina declaran que la fábrica de cigarrillos Galeras fue incluída entre los bienes vendidos para pagar deudas, el juzgador tiene que considerar el producto de las dos ventas destinado a tal fin, en ausencia de otros datos en el particular.

En razón de lo expuesto, carece de motivo la glosa que el apoderado de la viuda le formula al informe del ex-mandatario, originada en los $ 15,000 que éste recibió de Enrique Puertas como precio de la venta de la mitad de la empresa de cigarrillos Galeras.

Partida octava—Casa de dos pisos ubicada en el barrio de Santiago

También fue materia del inventario judicial de los bienes relictos de don Juan Rosero una casa de dos pisos ubicada en el barrio de Santiago, con su solar adyacente, avaluada en la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000.00).

Con relación a esta casa sucede lo siguiente:

Por escritura pública número 564 del 23 de julio de 1923, otorgada en Pasto, y mencionada en el punto tercero, fl. 18 v. del cuad. Nº 3, del certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos del mismo círculo, traído al expediente como prueba, consta que esta casa fue vendida por doña Bolarmina, don Rodolfo y los herederos de don Juan Rosero, al presbítero Doctor Angel

María Medina, por la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000), pagados así: $ 5,000 en un crédito de Medina contra Rodolfo Evers; y $ 3,000 en una casa que dio Medina, situada en la calle 5ª de Pasto, computada en $ 3,000.

Esta última casa quedó hipotecada a favor del mismo presbítero Medina para garantizarle el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los vendedores Rosero, y especialmente, la de hacer cancelar las hipotecas que estaban gravando la casa del barrio de Santiago trasmitida a Medina, así: una a favor de los señores G. Amsink & Cº, por la cantidad de $ 3,352.60, según escritura número 159 del 22 de mayo de 1923, otorgada en Pasto y suscrita por don Juan Rosero; y otra a favor del presbítero Dositeo Insuasti, por la cantidad de $ 1,400, según escritura número 443, de 23 de agosto de 1925, también suscrita en Pasto.

Es de observar que la acreencia de G. Amsink figura en el pasivo inventariado de la sucesión de Rosero. Mas no así el segundo crédito hipotecario a favor del presbítero Insuasti.

Según el certificado del mismo registrador, dichas hipotecas fueron canceladas.

Según rézalo el mismo certificado, punto quinto, la casa de la calle 5ª, recibida del presbítero Medina, fue vendida por don Rodolfo Rosero a Carlos Benavides de la Rosa e Inés Hercilia Benavides por la cantidad de $ 2,700, según escritura número 372 de 6 de noviembre de 1926, otorgada en la notaría primera de Pasto.

El apoderado de la demandante, en el memorial de objeciones, pregunta por la inversión de los $ 8,000 valor de la venta de la casa al presbítero Medina.

Suministran la respuesta los numerales segundo y tercero de la escritura número 83 de 9 de febrero de 1929, donde todos los herederos y doña Belarmina incluyeron ese inmueble entre los bienes enajenados para pagar las deudas de la mortuoria.

Y efectivamente, canceláronse las deudas a favor de G. Amsink y Dositeo Insuasti, la segunda de las cuales fue rebajada por el acreedor a $ 1,300, de acuerdo con el asiento de contabilidad que figura en la copia del libro Diario presentada con las cuentas por el responsable, ff. 21, cuad. Nº 2; deudas que dan un total pagado de $ 4,652.60, es decir, mucho más del valor en que fue vendida la casa de la calle 5ª a Carlos Benavides e Inés Hercilia Benavides; quedando en consecuencia todavía un saldo en disponibilidad de $ 3,047.40, proveniente del valor pagado del crédito contra Rodolfo Evers, saldo que hay que considerar también como dedicado por el mandatario a la solución de otros créditos contra la mortuoria, de acuerdo con la declaración general terminante contenida en las predichas cláusulas del instrumento número 83.

Lo expuesto justifica suficientemente la actitud de la Sala al decidir que por razón del inmueble inventariado no hay cargo que deducir contra el responsable de las cuentas, desde que está explicada la inversión de los $ 8,000 en que fue enajenado.

Partida novena—Una casa pequeña de tres pisos ubicada en el barrio de San Juan Bautista

Esta finca fue avaluada en el inventario de la mortuoria en dos mil pesos ($ 2,000).

En la misma escritura número 83 de 9 de febrero de 1929 menciónase también esta finca entre los bienes de la sucesión que fueron vendidos para pagar deudas.

Y efectivamente del fl. 144 a 147 del cuad. Nº 3 aparece la escritura número 338 de primero de octubre de 1927 por medio de la cual Rodolfo Rosero, en su carácter de apoderado, vende a la Compañía de Teléfonos de Nariño la referida casa por la suma de $ 2,300, de los cuales recibió $ 300, dejando los dos mil restantes en poder de la Compañía compradora para que cancelara una deuda de la sucesión a favor de Rosa María de la Rosa. Esta venta dióle cumplimiento a una opción de compra que Rosero habíale concedido a la misma Compañía, según la escritura número 419 de 16 de diciembre de 1926, anotada en el punto sexto del certificado del registrador de instrumentos públicos de Pasto.

La objetante carece, pues, de razón al preguntarle al mandatario por la inversión que le diera a los $ 2,300, valor de la venta. La mencionada escritura número 83, firmada por ella, le da la respuesta.

Siguiendo la Corte el sistema que ha venido adoptando en esta sentencia, de abstenerse de reputar como ingreso efectivo los valores recibidos por el albacea a que dióles inversión especial y justificada, declara que con relación a la partida novena, el mandatario nada debe.

Partida décima—Un local pequeño situado en la planta baja de la casa municipal de Pasto

Este almacén fue inventariado con un valor de $ 500.

De idéntica manera que los bienes anteriores, el alcamén fue enajenado para dedicar su producto al pago de las deudas. Así lo declara la escritura número 83.

En el certificado del registrador de instrumentos públicos de Pasto aparece que esta finca vendióla Rosero al municipio de Pasto en la suma de $ 1,500 oro, que Rosero recibió en libranzas a cargo del Tesoro Departamental (punto 17). Pero estas libranzas vendiéronse con descuento, en $ 900, a juzgar por el asiento de contabilidad que don Rodolfo puso en el libro Diario, según la respectiva copia, fl. 17 del cuad. Nº 2.

Como en los casos anteriores, el objetante de las cuentas no fue razonable al preguntar por la inversión de los $ 300, producto definitivo de la venta del almacén.

Partidas undécima y vigésima segunda. Hacienda de La Pradera y terreno denominado Tartal, Tablón o San José

Bajo la partida undécima inventariése una hacienda denominada La Pradera, antigua Moscoso, situada en el municipio de Yacuanquer, a la cual diósele un avalúo pericial de nueve mil pesos ($ 9,000).

Y bajo la partida vigésima segunda, inventariése el terreno denominado Tartal, Tablón o San José y una acción de derecho al común de San José, colindante con la hacienda de La Pradera, y avaluado en cuatrocientos pesos ($ 400).

Por escritura número 204 de 23 de abril de 1928, otorgada en Pasto y que corre a los folios 208 v. y 109 del cuad. Nº 3, don Rodolfo vendió la hacienda de La Pradera, con el potrero adjunto denominado "San José", al señor Emiliano Santacruz y por la cantidad de doce mil pesos ($ 12,000), las dos fincas.

El producto de esta venta fue destinado también al pago de deudas hereditarias, según la tántas veces citada escritura número 83.

De manera que igualmente es inmotivada la objeción que el apoderado de doña Belarmina hácele a las cuentas del mandatario por concepto de los doce mil pesos de la venta.

Ahora, en cuanto a los arrendamientos producidos por esta finca durante el contrato que celebró don Rodolfo con los señores Daniel y José Félix Paredes, y de que da noticia la escritura pública número 165 de 8 de marzo de 1926, será materia de estudio especial en el capítulo correspondiente a productos.

Partida décimatercera—(La partida décimasegunda se estudiará adelante)—Casa, maquinaria y pequeño lote del aserrío de la hacienda de Miraflores

En la escritura número 184 de 9 de mayo de 1930, otorgada entre los herederos y la viuda, este bien fue relacionado entre los que por entonces constituían el activo partible de la sucesión (cláusula segunda, sección inmuebles), habiendo sido adjudicado a doña Belarmina, quien recibiólo con cargo al pago de deudas pendientes —cláusula 5ª

La objeción que formula la demandante por los productos del aserrío será examinada en el capítulo correspondiente.

Partida décimacuarta—Hacienda de Miraflores

En la misma escritura número 184 de 9 de mayo de 1930 se encuentra esta finca, ubicada en jurisdicción del municipio de Pasto, e inventariada en la mortuoria, entre los bienes por partir, así: "La hacienda denominada Miraflores, con sus correspondientes accesorios, como animales de trabajo, carros, herramientas, avaluada en la suma de $ 33,000". La finca así descrita adjudicóse a doña Belarmina, con la advertencia de que sobre ella pesa una hipoteca por valor de $ 19,000, a favor del Banco Agrícola Hipotecario.

La objeción acerca de los productos de la hacienda dejaráse para después.

Partida décimasexta. (La partida décimaquinta se estudia adelante).—Fundo Chaves

Esta finca, situada a cinco kilómetros de la ciudad de Pasto, recibió en el inventario un avalúo de cuatro mil pesos ($ 4,000).

En la escritura número 38 de 9 de febrero de 1929 esta finca aparece adjudicada y entregada a la señora Elvira Rosero de Puertas, casada con el doctor Federico Puertas, habiéndola estimado los herederos para este efecto en la suma de ocho mil pesos ($ 8,000).

En el expediente no hay otro dato acerca de este bien. Nada debe don Rodolfo, de consiguiente, por concepto del enunciado fundo.

Partida décimaséptima—Maquinaria eléctrica del fundo Chaves

En el fundo Chaves fue inventariada una maquinaria para producir fuerza eléctrica, avaluada con todos sus accesorios, como cables, transformadores, aisladores, etc., en la cantidad de quince mil pesos ($ 15,000).

El memorial de objeciones contiene este cargo contra don Rodolfo, letra N, fl. 4 v.: "Recibió del señor Julio Bravo $ 800, parte del valor de $ 20,000 en que vendió la maquinaria eléctrica que funcionaba en la finca Chaves".

En la pregunta quinta de las posiciones que absolvió Rosero en la primera instancia pregúntasele por el recibo de los $ 800, y él confiesa que los recibió, dando una explicación ajena a lo preguntado.

Conforme indicanlo los peritos designados por la Corte para cumplir el auto para mejor proveer, según asiento que aparece en la copia del Libro Diario que presentó el señor Rosero como cuenta, fls. 17 del cuad. Nº 2, Rosero vendió esta empresa al señor Julio Bravo por la cantidad de $ 20,000, de los cuales consignó el comprador a buena cuenta del negocio la suma de $ 4,200, que también aparece incorporada en la misma cuenta.

El saldo a deber, o sea la cantidad de $ 15,800, aparece adjudicado a la señora Belarmina Córdoba de Rosero, según la escritura número 184.

De los $ 4,200 que Bravo pagó de contado, don Rodolfo admite que él recibió $ 800, materia de la objeción. El apoderado de don Rodolfo, en el alegato de conclusión de segunda instancia, admite que su poderdante recibió la cantidad expresada (fl. 200 v., cap. III).

Luego como el responsable no ha suministrado ninguna explicación fundada acerca de la inversión de aquellos $ 800, integran una partida del debe de la cuenta.

Son pues, ochocientos pesos ($ 800).

Partida décimaoctava—Lote de terreno adyacente al fundo Chaves

Adyacente al fundo Chaves inventarióse un lote de terreno avaluado en mil pesos ($ 1,000).

En la copia del Libro Diario, presentada como cuenta, existe este asiento, fl. 17: "Por las siguientes ventas... Fundo inmediato a Chaves... $ 1,000".

Fuéra de este dato, el expediente no da ninguna otra noticia acerca de la venta del mencionado lote.

Pero ese apuntamiento es suficiente, ya que fue presentado por el responsable y está con otros asientos que han resultado verídicos. Por ende, como el mandatario no ha justificado la inversión de esta suma, de aquí surge otro cargo con imputación al debe del responsable.

Son por lo tanto mil pesos ($ 1,000.00) moneda corriente.

Partida décimanovena—Hacienda de La Toma

En el inventario figura la hacienda de La Toma, situada en el corregimiento del Peñol, distrito del Tambo, y avaluada en la suma de quince mil pesos ($ 15,000).

Esta finca fue entregada a la heredera Laura Rosero de Cifuentes, a quien adjudicósele mediante la escritura de partición número 184, cláusula séptima.

No hay, pues, cargo que deducir por esta partida.

Partidas vace, quince y vigésima—Semovientes de las haciendas de La Pradera, Miraflores y La Toma

En la hacienda de La Pradera inventariáronse treinta y una (31) reses de ganado vacuno, entre machos y hembras, avaluadas por un total de seiscientos sesenta pesos ($ 660.00).

En la hacienda de Miraflores figuraron en el inventario treinta y ocho reses (38), avaluadas en un total de quinientos ochenta y cinco pesos ($ 585.00).

Y en la hacienda de La Toma los semovientes de que debe responder don Rodolfo son cuarenta y cuatro reses (44) y veintiséis (26) bestias, muchas de ellas viejas, avaluadas en un total de dos mil quinientos treinta y nueve pesos ($ 2,539.00).

En total son, pues, ciento treinta y nueve semovientes (139) los que figuraron como inventariados en la sucesión de don Juan Rosero y que recibió el mandatario don Rodolfo.

El objetante, en el memorial de objeciones pregunta por el destino del ganado inventariado en las tres haciendas.

Pero la contestación encuéntrala en la escritura de partición número 184. Allí, en

efecto, figuran entregados y repartidos en conjunto más semovientes de los que el mandatario don Rodolfo recibió en administración. Pues la hacienda de La Toma, que según el inventario apenas contenía setenta semovientes (70), fue en el año de 1930 adjudicada a la heredera Laura Rosero, con un total de doscientas noventa (290) cabezas de ganado vacuno y caballar, fuéra de treinta (30) reses que en la misma escritura figuran como adjudicadas a doña Belarmina con destino al pago de deudas de la sucesión.

De manera que don Rodolfo recibió un conjunto de 139 semovientes, repartidos en las tres haciendas y, al terminar su administración, entrega trescientos veinte (320), reunidos en una sola hacienda.

Como no hay dato ninguno en el expediente destinado a comprobar que don Rodolfo vendió parte de los semovientes, ni que comprara otros distintos de los inventariados, ni que por hechos imprevistos sobrevinieran durante la administración naturales eliminaciones por muertes, pérdidas, etc., impónese necesariamente la presunción obvia de que el excedente de animales entregados obedece exclusivamente al rendimiento de los productos, sin que por este concepto sea dable deducir ni erogaciones abonables en la cuenta del haber del responsable ni mucho menos un crédito en su contra.

Además, nada significa la circunstancia de que los semovientes que entregó don Rodolfo estuviesen todos en la hacienda de La Toma, cuando al recibirlos encontrábanse reunidos en tres fincas. Porque de un lado, la hacienda de La Pradera fue vendida sin semovientes; y por otro, es natural que perteneciendo los semovientes a una sucesión que tenía varias propiedades rurales, el administrador haya trasladado de una finca a otra los semovientes, en orden a una mejor administración de los mismos, conforme insinúalo juiciosamente al apoderado de don Rodolfo ante la Corte, en su alegato de oposición al recurso.

Partida veintiuna—Acciones en una casa del barrio de San Felipe de Neri

Según el inventario, son cinco acciones correspondientes a la sucesión de don Juan Rosero avaluadas en la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000).

En la copia del libro Diario, a fl. 17 del cuad. N. 2, aparece incorporada la cantidad de dos mil doscientos pesos ($ 2,200), como producto de la venta de las cinco acciones inventariadas.

Como no aparece descargo justificado correspondiente a esta partida, hay necesidad de incluirla en el debe de la cuenta del responsable.

Son, pues, dos mil doscientos pesos ($ 2,200.00).

Partidas veintitrés y veinticuatro—(La partida veintitrés quedó estudiada con la partida novena)—Créditos a cargo de A. Orjuela y Rafael Rodríguez

En el inventario figuran dos créditos activos: uno a cargo del señor Aurelio Orjuela por tres mil trescientos pesos ($ 3,300); y otro a cargo del señor Rafael Rodríguez E., por dos mil ciento cuarenta y dos pesos cincuenta centavos ($ 2,142.50).

Según la copia del libro Diario, presentada por Rosero, en asiento que corre a folios 29 v. del cuad. Nº 2, se liquida la cantidad de $ 4,626.18 como producto de los créditos a cargo de los citados deudores, cobrados con el quince por ciento (15 por 100) de descuento.

El mandatario no admite que recibiera más por cuenta de los mencionados créditos. Tampoco está acreditado que su afirmación, por otra parte muy verosímil, sea inexacta, en cuanto hubo de hacer la rebaja anotada. Además, sería ilógico prestarle mérito probatorio a la copia mentada del libro Diario, en lo desfavorable al responsable y negárselo en cuanto tiendan los respectivos asientos a respaldar sus afirmaciones. La fuerza probatoria de ese documento es indivisible. (Art. 1763 del C. C.).

De ahí que el correspondiente ingreso sólo asciende a la cantidad confesada como recibida por Rosero, esto es, la suma de cuatro mil seiscientos veintiséis pesos treinta centavos ($ 4,626.18).

Partidas veinticinco y veintiséis—Casa del barrio de San Andrés y Finca Aranda.

Estas fincas, avaluadas en mil pesos cada una ($ 1,000), fueron entregadas por don Rodolfo Rosero a la respectiva legataria de dichos inmuebles, doña Herminia Benavides, según escritura número 76 de 7 de febrero de 1929, mencionada en el punto 35 del certificado del registrador de instrumentos públicos traído en la primera instancia del juicio.

CAPITULO II

Bienes no inventariados

a) Finca Sucre.

Esta finca no fue inventariada. Pero en la escritura número 83 aparece relacionada entre los bienes vendidos para pagar las deudas de la sucesión.

Además, Rosero, en el memorial con que presentó la cuenta de la administración, dice que en el inventario no figura en el activo el inmueble, ubicado en el municipio de Sucre, comisaría del Putumayo, porque cuando se practicaron los inventarios ya ese fundo había sido enajenado por tres mil pesos ($ 3,000), de acuerdo con las instrucciones de doña Belarmina.

Y, efectivamente, en el certificado del registrador, tántas veces nombrado en el curso de este fallo, se lee en el punto primero, que por escritura pública número 110 de 18 de febrero de 1926, pasada ante el notario de Pasto, la viuda, los herederos de don Juan Rosero y don Rodolfo Rosero vendiéronle al doctor Luis E. Cevilanes dos lotes de terreno en el nombrado municipio de Sucre, por la cantidad de tres mil pesos ($ 3,000).

Por esta razón, el objetante carece por completo de fundamento para interrogar en el memorial de objeciones por la inversión de los tres mil pesos valor de la venta de la finca de Sucre.

---

b) Finca de San José de Albán

El objetante dice en su memorial, fl. 4, cuad. N 3, letra V., que don Rodolfo "vendió una casa y solar en San José de Albán a Juvenal P. Rosero por $ 1,000".

Interrogado Juvenal Rosero declaró, fl. 26 del mismo cuaderno, haber comprado a Rodolfo Rosero una finca en San José de Albán, por mil pesos, perteneciente a la sucesión de Juan Rosero.

Interrogado don Rodolfo en la posición octava de las que absolvió en primera instancia, confirma la declaración de Juvenal, agregando que logró rescatar la finca para la sucesión, después de un largo pleito.

El señor Julio C. Burbano, fl. 91 v. del cuad. Nº 3, en declaración juramentada dice cómo vino a ser esa finca de la sucesión: "Es verdad que yo rematé en subasta pública una finca ubicada en el municipio de San José con dineros que me suministró el señor Rodolfo Rosero, finca que después traspasé a los herederos del señor Juan Rosero, por la suma de mil pesos oro, precio que no me fue entregado por dichos herederos porque ese remate lo efectué por cuenta de los sucesores de Juan Rosero, y por orden del señor Rodolfo Rosero".

De acuerdo con la clase de prueba que es dable exigir en esta clase de juicios, según lo expresado en el capítulo de "Observaciones previas", para la Corte esta declaración, de no mediar motivo distinto, sería suficiente a dejar acreditado que la finca de San José fue en realidad adquirida por don Rodolfo para la sucesión.

Pero existe otro motivo que es el fundamental para eliminar de la cuenta de ingresos, el valor de la venta de la finca de San José. Como esa finca no figuró en el inventario hay que presumir, porque no se dio prueba en contrario, que fue adquirida por don Rodolfo para la mortuoria en el ejercicio de su mandato, mediante una erogación que luégo, al enajenarse la finca, vino a quedar compensada o pagada con el producto de la venta, sin comprobación de saldo favorable o desfavorable respecto del responsable.

---

c) Finca del Tambo

En la respuesta a la novena pregunta del pliego de posiciones absueltas por don Rodolfo, fl. 33, cuaderno ya citado, confiesa que por $ 700, y no por $ 2,000, como asevéralo la demandante, vendió a Clímaco Burbano una finca situada en el distrito del Tambo.

Y del fl. 99 v. a 101 del cuad. Nº 3, léese la escritura número 405 de 4 de junio de 1926, otorgada en Pasto, mediante la cual don Rodolfo dio en venta a Clímaco Burbano dos lotes de terreno situados en el distrito del Tambo, que en su carácter de apoderado "compró por escritura pública número 404 de esta misma fecha, celebrada en esta misma notaría"; el precio fue de $ 700.

De manera que según la escritura de venta, don Rodolfo no hizo más que adquirir para en seguida enajenar, sin que se hubiese acreditado cuanto tuvo que pagar por la adquisición.

Por lo tanto, de igual manera que con relación a la finca del aparte anterior, también, por natural compensación, débese prescindir de la partida de los $ 700.

---

d) Casa y tienda en La Cruz

El objetante dice: "Vendió una casa y un

almacén situados en la población de La Cruz, por $ 1,300 (fl. 5, letra U., cuad. Nº 3).

La pregunta décima de las posiciones de primera instancia contéstala Rosero así: "Es verdad que en compañía de Rodrigo A. Rosero y Laura Rosero, herederos de la sucesión de Juan Rosero, vendimos una casa y un almacén completamente deteriorados, por $ 80 y un caballo, suma que se gastó en el viaje de los dos mismos herederos".

A fl. 55 del mismo cuaderno aparece el certificado del registrador de instrumentos públicos de La Cruz, en que consta la inscripción de la escritura mediante la cual don Rodolfo vendió una casa y una tienda al señor Aristóbulo Ordóñez por la cantidad de $ 260.

Y a fls. 95 y 96, respectivamente, del mismo cuaderno están las declaraciones de Rodrigo Rosero y Laura Rosero. El primero dice que la venta efectuóse por la cantidad de $ 80 y un caballo. El caballo lo tomó él para su servicio, pero rara veces lo usó y después nada volvió a saber del animal; y que es cierto que don Rodolfo hizo los gastos de viaje. Laura Rosero hizo el viaje a La Cruz con Rodolfo y Rodrigo, pero poco sabe de los términos del negocio.

Sea que se acepte la declaración de Rodrigo Rosero como corroborante de lo aseverado por don Rodolfo, o sea que se considere que, presumiéndose, como debe presumirse, que el inmueble fue adquirido durante el mandato, y que por lo tanto si por el aspecto de la venta hay que estimar que hubo un ingreso, por el aspecto de la adquisición del bien por el mandatario hubo naturalmente una erogación previa, es lo cierto que de todas maneras con respecto a la partida examinada hay lugar a deducir idéntica conclusión a la adoptada en los dos apartes precedentes.

---

e) Acciones y derechos en "Cucho Segundo"

A fls. 112 y 113 del cuad. Nº 3 encuéntrase la escritura número 362 de 28 de junio de 1929, en cuya virtud Rodolfo Rosero, como apoderado de la sucesión, y Elvira Rosero y Federico Puertas, personalmente, lo vendieron a Luis Aurelio Guerrero y por la cantidad de $ 5,000, de los cuales la mitad corresponde al precio de los derechos enajenados por la sucesión, las acciones, derechos y cuotas de propiedad de los vendedores en el inmueble de "Cucho Segundo".

Como del dato que trae la misma escritura acerca del origen de la propiedad, se deduce que lo vendido por la sucesión fue adquirido por ella en 1928, en pleno ejercicio don Rodolfo del mandato, con respecto a este bien sucede lo mismo que con los anteriores: que el ingreso de un lado y el egreso igual del otro se compensan y eliminan.

---

f) Lote denominado Turupamba

El objetante, en su memorial de objeciones, letra RR, dice que Rodolfo Rosero vendió este lote al doctor José María Moncayo Candia, por la cantidad de $ 4,500.

Al proceso trajo la escritura número 55 de fecha 27 de enero de 1927, fl. 105 a 106 del cuad. Nº 3, por medio de la cual Rosero, como apoderado de la viuda y de los herederos de don Juan Rosero, vendió al doctor Moncayo Candia el lote de terreno denominado Turupamba, situado en el punto de Miraflores, distrito de Pasto y colindante con la hacienda de Miraflores de la misma sucesión. Hizo la venta por la cantidad de $ 4,500.

Pero en el punto 13 del certificado del registrador consta que esta finca la compró Rodolfo Rosero, para la sucesión, al señor Hermógenes Erazo, por la cantidad de $ 4,000 oro, así: $ 2,000 en un lote de terreno denominado "Las Casas", de la hacienda de Miraflores, y $ 2,000 en dinero efectivo. Escritura número 9 de 12 de enero de 1927.

Los documentos relacionados justifican contra el mandatario un cargo por dos mil quientos pesos ($ 2,500). Proviene esta cantidad de la ganancia o utilidad que se le hizo al terreno en la operación de venta: quinientos pesos ($ 500); y del valor del potrero denominado Las Casas, el cual fue tomado de los bienes de la sucesión, para darlo en parte de pago del lote Turupamba.

Son, pues, dos mil quinientos pesos ($ 2,500).

---

g) Lote denominado El Purgatorio

El objetante le hace a don Rodolfo el cargo de haber vendido el lote mencionado por $ 5,500 (memorial del objetante, letra a.).

Pero al folio 169 a 174 del cuad. Nº 3 puede leerse la escritura número 153 de 6 de marzo de 1929, por medio de la cual don Rodolfo, con carácter de apoderado general de la viuda y de los herederos, la vendió al doc-

tor Primitivo Caicedo, por la cantidad de $ 3,000, "una cuota de dominio en el lote de terreno denominado 'El Purgatorio', perteneciente a la antigua hacienda de Miraflores". La cláusula tercera expresa que la cuota de dominio enajenada fue adquirida por Juan Rosero y por los mandantes por contratos celebrados con los esposos Enrique Salazar y Julia Eraso, según escrituras número 247 de 29 de diciembre de 1919 y 532 de 4 de agosto de 1927.

Esta propiedad estaba garantizando un crédito contra la sucesión de valor de $ 2,600 que contrajo don Rodolfo Rosero con Primitivo Caicedo, según escritura pública número 105 de 28 de febrero de 1927 (punto 29 del certificado del registrador, fl. 23, cuad. Nº 3).

Pero en la misma escritura de venta el comprador Caicedo dio por recibidos los $ 2,600 con sus intereses materia del préstamo hipotecario.

De todo lo cual resulta: 1º que el lote El Purgatorio no fue vendido a Luis Aurelio Guerrero por $ 5,500, como dice el objetante de las cuotas; 2º: Que el único comprobante traído al proceso, la escritura pública citada, pone en claro que lo enajenado por la sucesión fue "una cuota" de dominio en el lote de terreno denominado "El Purgatorio", al señor Primitivo Caicedo, y no a Luis Aurelio Guerrero, por $ 3,000; 3º: Que una parte de la cuota enajenada fue adquirida, según la escritura de venta, por don Juan Rosero, y otra parte después de su muerte, ignorándose las cuotas precisas de cada una de esas adquisiciones y su precio; 4º: Que de los $ 3,000, valor de la enajenación a Primitivo Caicedo, hay que descontar los $ 2,600 del crédito hipotecario; y 5º: Que el saldo en todo caso inferior a $ 400, pues hay que descontar lo pagado por intereses respecto de cuya cuantía guarda silencio el recibo del acreedor, debe compensarse con lo que debió erogar don Rodolfo Rosero por la compra de los derechos en 1927, según la escritura 532 citada, compensación que se hace apenas por aproximación, ya que ninguna de las partes preocupóse por allegar comprobantes tendientes a establecer el saldo preciso.

No se hace, pues, por este concepto ningún cargo al haber o al débito de la cuenta del responsable.

---

h) Edificio y maquinaria del taller de carpintería

En la escritura número 184 de 9 de mayo de 1930, cláusula segunda, encuéntrase entre los bienes partibles, "el taller de carpintería con sus correspondientes maquinarias y materias primas o maderas, montado en la parte posterior de los molinos hacia la calle 9ª, bajo el número 913, avaluado en $ 4,000".

Luégo, en la cláusula quinta, adjudicasele a doña Belarmina este bien para el pago de las deudas. Según la adjudicación, el taller comprende el edificio donde está instalada la maquinaria, situado al pie del edificio de tres pisos donde funcionaba la maquinaria de los molinos de cilindro, de que se habló al tratar de las partidas 4ª y 5ª, con el cual colindaba, por dos costados.

Bien se ve que el citado inmueble fue un desprendimiento del edificio de tres pisos de las maquinarias, que se hizo figurar en el inventario. No hay, pues, cargo por este capítulo.

---

i) Octava parte del fundo de Las Cochas

En la citada escritura número 184 adjudicósele también a doña Belarmina una cuota de dominio equivalente a la octava parte del fundo denominado Las Cochas, ubicado en el municipio del Tambo, y cuyos linderos son: ".....".

Pero la escritura informa que este derecho adquiriólo el doctor Federico Puertas para la sucesión. Nada se deduce contra don Rodolfo.

---

j) Lote de terreno Cruz Amarillo

Este lote le fue adjudicado por $ 800 a doña Belarmina por la escritura número 184 y es colindante con la hacienda de Miraflores.

Según consta en el punto 34 del certificado del registrador, don Rodolfo Rosero le compró por $ 867, para la sucesión, un lote de terreno colindante con la hacienda de Miraflores, a la señora Zoila Eraso viuda de Medina, por escritura pública número 61 de 28 de enero de 1929. Y aun cuando el certificado no da los linderos de lo comprado a la señora viuda de Medina, por los detalles del precio, $ 800, y la colindancia con la hacienda de Miraflores, se infiere que fue el mismo inmueble adjudicado después de doña Belarmina con el nombre de Cruz Amarillo.

De donde rectamente hay que deducir más bien en favor de don Rodolfo Rosero una

partida al haber de su cuenta por los $ 800 que erogó en 1920, la cual se tendrá en cuenta en el capítulo "Egresos".

---

m) Artículos del almacén de cigarrillos

Todos estos artículos fueron adjudicados a doña Belarmina en la partición de que da cuenta la escritura número 184, sección "muebles".

Estos artículos fueron avaluados para su adjudicación, así: los artículos del almacén de cigarrillos en $ 1,500; el hule en $ 242; y un lote de maderas en $ 265. No hay tampoco cargo ni descargo que imputar.

n) Créditos a cargo de Miguel R. Benavides, Jaime Bernal y Juan B. Ortiz

En la escritura de partición número 184 fueron adjudicados a doña Belarmina tres créditos contra los citados deudores, por las siguientes cuantías: contra Benavides por $ 200; contra Jaime Bernal por $ 300 y contra Juan B. Ortiz por $ 158.

Como no se encuentran comprobantes que definan el origen de estos créditos, ni fueron inventariados, es justo creer que nacieron durante la administración y por tanto su importe debe llevarse a la cuenta de egresos.

o) Créditos a cargo de Laura R. de Cifuentes y Rodrigo A. Rosero

Estos créditos, el primero por $ 2,000 y el segundo por $ 5,800, y cuyo origen también se ignora, fueron adjudicados mediante la escritura número 184 a cada uno de esos herederos.

La misma consideración surgida al rededor de la partida anterior, cabe hacer acerca de los dos créditos enumerados. No apareciendo en el inventario de la mortuoria, que en todo caso debe reputarse fiel y estricto, es natural pensar que fueron constituídos, por préstamos u otra causa, durante el ejercicio del mandato.

Otros ingresos

Préstamo al Banco Agrícola Hipotecario por $ 19,000

El objetante le hace el cargo a don Rodolfo Rosero de que recibió la cantidad de $ 19,000, valor de un préstamo que tomó la sucesión en el Banco Agrícola.

En la respuesta a la pregunta tercera de las posiciones absueltas por don Rodolfo en la primera instancia, confiesa lo siguiente: "Que es verdad que descontado el interés del mismo Banco se recibió lo correspondiente de esa suma para pagos inaplazables del extinto Juan Rosero cuyos pagos constan en los correspondientes libros".

Y en el punto 19 del certificado del registrador consta que por escritura número 101 de 24 de marzo de 1927, la sucesión recibió en préstamo del Banco Agrícola la cantidad de $ 19,000, al interés del diez por ciento anual y con garantía de unos lotes de terreno en la hacienda de Miraflores.

La hacienda de Miraflores fue adjudicada, como vióse atrás, a doña Belarmina, con el gravamen hipotecario; y en la relación del pasivo que trae la escritura número 184, el crédito figura ya reducido a la cantidad de $ 17,000.

No existe constancia alguna de la inversión que se le diera al mencionado préstamo; por lo cual impónese contra don Rodolfo un cargo por los $ 17,000 que quedó debiendo. Los peritos del auto para mejor proveer elevan este cargo a $ 19,000. Exagerado en vista de que el administrador de la sucesión canceló una buena cuenta de ese crédito.

Es un ingreso, por tanto, de diez y siete mil pesos ($ 17,000.00).

Préstamo al Banco del Pacífico, hoy Banco de Colombia

El objetante, en la letra c) de su memorial de objeciones, formula este cargo: "Recibió en préstamo del Banco del Pacífico, hoy de Colombia, $ 8,000.

En la contestación a la pregunta sexta del pliego de posiciones tántas veces nombrado, confiesa Rosero: "Es verdad que del Banco de Colombia para atender a diversas operaciones de la casa Juan Rosero sucesores, se sacó en préstamo diversas sumas, sin recordar la cuantía de ellas".

Esta declaración está confirmada y aclarada en la escritura de partición número 184, pues en la lista de las personas y entidades que son acreedoras de la mortuoria, está incluído el Banco de Colombia con un crédito a su favor por la cantidad de cinco mil ochocientos setenta y ocho pesos ($ 5,878), cláusula tercera.

Como don Rodolfo recibió la suma expresada y no canceló la deuda durante su administración, surge entonces en su cuenta

un ingreso por igual valor, de que es responsable.

Son cinco mil ochocientos setenta y ocho pesos ($ 5,878.36).

Otras deudas

Entre las deudas de la sucesión, la escritura número 184 enumera las siguientes, cláusula tercera: 1º A Genaro Delgado $ 1,650; 2º A la Compañía Colombiana de Tabaco, $ 2,131; 3º A Federico Puertas, $ 1,070; 4º A los Nogueras del Peñol, $ 270; 5º A Emiliano Bravo, $ 250; 6º A varios legatarios, $ 900; 7º A acreedores de las cuentas abiertas cuando administró el doctor Cifuentes, $ 551.

Estos créditos contra la sucesión encuéntranse incorporados en la copia del libro Diario allegada por don Rodolfo, fl. 19 v., cuad. Nº 2.

Los peritos toman en cuenta todas las deudas anteriores, salvo la 6ª, cargando su total en la partida de ingresos de don Rodolfo, con fundamento en que él recibió esas sumas de dinero, desde que quedó debiéndolas y no figuraron en el inventario de la sucesión.

La Corte comparte esta opinión de los peritos, pero advierte que de los ingresos debe igualmente descontarse la partida 7ª, por deudas contraídas durante otra administración. No hay prueba de que ese otro administrador lo fuera por delegación de Rosero.

En la respuesta a la posición diez y nueve del pliego de posiciones de primera instancia, sostiene don Rodolfo que aun cuando no hay recibo que lo compruebe, pagó el crédito a favor de Federico Puertas por $ 1,070. Mas fuera de la ausencia de prueba, apuntada por don Rodolfo, la afirmación de haber pagado ese crédito está contradicha con la escritura número 184, suscrita también por don Rodolfo, en que incluyóse el crédito mencionado entre los insolutos de la mortuoria.

En consecuencia, la totalidad de los créditos de las cinco primeras partidas representan otras tantas entradas o ingresos de que debe responder el administrador.

Así, pues, por el concepto expresado hay que deducirle un cargo por cinco mil trescientos setenta y un pesos ($ 5,371.33).

CAPITULO III

Egresos

— 1º —

Pasivo inventariado en el juicio de sucesión

La totalidad del pasivo inventariado en el juicio de sucesión arroja la cantidad de ochenta mil trescientos ocho pesos con sesenta y tres centavos ($ 80,308.63), incluyendo deudas hereditarias, valor de los legados por pagar hechos por el causante don Juan Rosero, y los gastos de la liquidación de la mortuoria.

Entre las deudas figura una a favor del propio don Rodolfo Rosero por la cantidad de cinco mil seiscientos pesos ($ 5,600), de la cual dice él en el memorial con que rindió la cuenta, que aunque figura en el pasivo de los inventarios no la describió en los libros de la mortuoria, lo cual no significa que él prescinda de hacerla efectiva.

En relación con la cancelación de aquel pasivo, las escrituras números 83 de 9 de febrero de 1929 y 184 de 9 de mayo de 1930, tántas veces citadas en el curso de este fallo, contienen declaraciones trascendentales.

La primera escritura concurrieron a otorgarla doña Belarmina Córdoba v. de Rosero, la demandante de las cuentas, y los herederos Laura Elisa Rosero, Elvira Rosero, representada por su esposo el doctor Federico Puertas, y Rodrigo A. Rosero, representado por su apoderado general señor Rodolfo Rosero. Este instrumento tuvo por objeto liquidarle y adjudicarle extrajudicialmente a la heredera Elvira Rosero de Puertas su participación en la herencia, de manera que de ese momento en adelante la comunidad herencial sobre los restantes bienes quedó limitada, según expresa declaración de los otorgantes, a la cónyuge supérstite doña Belarmina y a los otros dos herederos, Rodrigo y Laura.

La cláusula segunda contiene la enumeración de todos los bienes de la mortuoria, con cuyo valor, según la cláusula tercera, se pagaron las deudas "que gravaban la sucesión del señor Juan Rosero". En seguida, en la cláusula cuarta, afírmase que "en la actualidad sólo tiene dicha sucesión una deuda de diez y nueve mil pesos ($ 19,000) oro, amortizables en veinte años a favor del Banco Agrícola Hipotecario, para seguridad de la cual se hipotecó la hacienda de Miraflores". Por convenio especial esta deuda queda a cargo de la cónyuge y los herederos Rodrigo y Laura, quienes también se hacen cargo de pagar "los legados hechos por el testador

a favor de determinadas personas, así como cualquiera otra deuda que apareciere a cargo de la mortuoria".

Según esta última declaración, lo único que restaba por cancelar de las deudas de la sucesión eran todos o parte de los legados.

Por la escritura número 184, doña Belarmina, doña Laura y don Rodolfo Rosero, obrando éste como apoderado general de Rodrigo A. Rosero, le pusieron entre ellos término convencionalmente a lo que llamaron Casa comercial de "Juan Rosero Sucesores", que no es otra cosa que la misma comunidad herencial. Enumeran los bienes de la sucesión por entonces existentes y entre los créditos por pagar sólo mencionan los siguientes: el del Banco Agrícola, reducido ya a $ 17,000; el hipotecario a favor del Prelado Diocesano por $ 4,000; el del Banco de Colombia por $ 5,878; y a favor de Genaro Delgado, Compañía Colombiana de Tabaco, Federico Puertas, los Nogueras del Peñol, Emiliano Bravo, varios legatarios y acreedores de las cuentas abiertas, siendo administrador el doctor Enrique Cifuentes, créditos éstos de cuya cuantía, origen e inversión hízose mérito en el capítulo II, sección "Otras deudas", de esta sentencia.

Como se ve, por la primera escritura quedaron descartados por haberse ya cancelado todos los créditos hereditarios y gastos del juicio inventariados en el pasivo, en razón de que los otorgantes, entre los cuales encontrábase don Rodolfo, declararon como únicas deudas pendientes contra la sucesión del crédito del Banco Agrícola y los legados. Lo cual significa que don Rodolfo había cancelado esos créditos y gastos con los bienes de la sucesión. Pero también la escritura indica claramente cuáles fueron los bienes con cuyo producto de venta atendióse la solución de ese pasivo. Indicación que se hizo con el consentimiento de don Rodolfo, ya que el carácter de apoderado con que intervino en ese acto no era óbice para que personalmente la rechazara o modificara, o hubiese formulado al respecto alguna observación especial.

De consiguiente, determinados los bienes con cuyo valor fueron solucionados los créditos hereditarios y los gastos de la mortuoria, la operación en las cuentas queda reducida a cargarle a don Rodolfo en el haber el valor de los respectivos bienes y a descargárselo en el debe por la inversión comprobada que se hizo. Es decir, que para la sencillez de las operaciones, es mejor prescindir en la cuenta de egresos de una partida que virtualmente queda eliminada, por compensación, con otra igual de los ingresos.

Ahora, en cuanto a los legados cuyo pago declaróse pendiente en la escritura número 83, aparecen un año después, en la escritura número 184, reducidos a un valor de $ 900, probablemente, y así hay que suponerlo, a falta de demostración en contrario, por pagos efectuados por el apoderado de la albacea, don Rodolfo. De manera que como el monto global de los legados inventariados ascendió a la suma de tres mil cien pesos ($ 3,100), restados los novecientos ($ 900) que no alcanzó a pagar, queda un saldo de dos mil doscientos pesos ($ 2,200), que fue entonces la cantidad que efectivamente pagó el ex-mandatario por este concepto, cantidad que constituye así un egreso imputable en su cuenta.

Son pues, dos mil doscientos pesos ($ 2,200).

— 2º —

Lote de terreno denominado Cruz Amarillo

Al estudiar en el capítulo II, litra j), lo relativo a este terreno, vióse que su adquisición por don Rodolfo y su posterior adjudicación en la partición, origina un egreso de $ 800 que se debe abonar a la cuenta de egresos.

Son ochocientos pesos ($ 800).

— 3º —

El egreso de $ 658 procedente de los créditos a cargo de Miguel H. Benavides, Jaime Bernal y Juan B. Ortiz, de que se habló en la letra n) del capítulo II.

— 4º —

El egreso por $ 7,800 procedente de los créditos a cargo de Laura R. de Cifuentes y Rodrigo Rosero, de que se habló en la letra o) del mismo capítulo II.

Préstamo al Vicario General de la Diócesis

En el memorial de objeciones del apoderado en el juicio de doña Belarmina, en el punto 7º de sus objeciones, el memorialista dice que a la página 361 del Libro Diario,

día 2 de enero de 1929, partida 676, consta que don Rodolfo recibió la suma de $ 10,510 para pagar el crédito de la Curia al Padre Demetrio Guerrero, por capital e intereses, y como don Rodolfo sólo pagó $ 6,510, "resulta que se dejó para su bolsillo $ 4,000, de los cuales debe responder".

En los asientos del Diario, traídos en copia por don Rodolfo, figuran tres partidas relacionadas con este crédito, fls. 17 v., 18 y 19 v., así:

La primera partida dice:

"A Curia Diocesana:

Por intereses. . . . .$	430	
Préstamo. Art. 819 del Diario . . . . . .$	4,000	$ 4,430"

El segundo asiento reza:

"Curia Diocesana:

Art. 676 del Diario . . . . .$		10,510"

Y el último asiento es de este tenor:

"A crédito por pagar:
Para deducir el exceso que se imputó a la cuenta de la Curia, así:

Valor imputado . . . . .$	10,510	
Valor pagado . . . . .$	6,510	$ 4,000"

El señor Rosero, en el memorial con que presenta la cuenta, explica del siguiente modo el origen de estos asientos, un tanto contradictorios:

"En el artículo 676 del Diario se incidió en error al asentar como pagado, mediante cheque, el crédito de la Curia, o mejor de las M.M. Conceptas, por $ 10,510, cuando en realidad sólo se pagó al síndico de las monjas, Pbro. Demetrio Guerrero, $ 6,510, mediante cheque 23, serie 15,938 de 8 de enero de 1929. Esa la razón del asiento del artículo 819 porque en realidad no hubo tal pago total del crédito y la razón del error del contador al asentar el artículo 813 del Libro Diario, en el cual reconoce un crédito a mi favor. Probablemente, el contador tuvo en cuenta la cancelación de la escritura 420 de 1922, pero olvidó que el saldo de $ 4,000 pasó a figurar como deuda de la sucesión en la escritura Nº 13 de 8 de enero de 1929".

El mismo Rosero, en la contestación a la pregunta undécima del pliego de posiciones de primera instancia, dice lo siguiente:

"No es cierto que yo haya recibido de la sucesión Rosero un cheque de $ 10,510; sino que de los fondos que yo manejaba de la sucesión como apoderado general, pagué a la Curia Diocesana, por cuenta de un crédito de más de $ 10,000, que debía el extinto Juan Rosero, la suma de $ 6,510; en esa fecha no había más fondos para ese pago, y al suscrito en esa fecha se le debían más de $ 4,000 de préstamos que le había hecho la sucesión".

Al fl. 36 del cuad. Nº 3, corre un certificado del registrador de instrumentos públicos del circuito de Pasto, en que este funcionario certifica lo siguiente, de que hay constancia en sus libros: que por instrumento público número 12, de fecha 8 de enero de 1929, el señor Obispo de Pasto declaró cancelada y sin ningún valor, por haberle pagado el crédito correspondiente, el señor Rodolfo Rosero, como apoderado de la sucesión, la escritura número 420 de 6 de octubre de 1922, en la cual consta la hipoteca que don Juan Rosero constituyó sobre una casa de la ciudad de Pasto para responder del pago de la cantidad de $ 9,000 y sus intereses, que mediante esa escritura recibió a título de mutuo. Al propio tiempo, el mismo día de la citada cancelación, 8 de enero, don Rodolfo, en igual carácter de apoderado, otorgó la escritura número 13, en que a nombre de la sucesión constituyóse deudor del mismo señor Obispo por la cantidad de $ 4,000, dando en garantía de pago la hipoteca de la misma finca que acababa de ser deshipotecada por el instrumento anterior.

Llamado a declarar el Pbro. Demetrio Guerrero, a cuyo favor giróse el cheque para cancelar el crédito de 1922, como síndico de las Madres Conceptas, a quienes pertenecía el dinero, expresó que no recordaba con precisión la cantidad pagada para obtener dicha cancelación, pero que de ese crédito quedó debiéndose un saldo de $ 4,000, para lo cual otorgóse otra escritura de hipoteca a favor del señor Obispo por igual cantidad.

Al folio 40 del cuad. Nº 3 aparece la copia del cheque girado por don Rodolfo al Pbro. Guerrero, como Síndico de las Conceptas, por la cantidad de $ 6,510. Ese cheque tiene precisamente la misma fecha de la escritura de cancelación.

Con todos los antecedentes relatados aparece de modo claro que del crédito hipotecario contraído en el año de 1922 por don Juan Rosero, pagó efectivamente don Rodolfo la cantidad expresada en el cheque, reduciéndolo así el apoderado de la albacea de la mortuoria a $ 4,000, los cuales fueron materia de una nueva escritura hipotecaria.

Este crédito es el que en la escritura de partición número 184 se menciona como del Prelado Diocesano. Y que en la adjudicación que le hizo a doña Belarmina, por la citada escritura, de la casa hipotecada, situada en la calle 8ª, se dispuso que ella lo pagase.

Por tal razón, el crédito a que aludió el objetante, antes que un ingreso de $ 4,000, le ocasionó a don Rodolfo un gasto igual a la suma con que lo canceló parcialmente, es decir la cantidad de seis mil quinientos diez pesos ($ 6.510), suma que debe abonársele al haber de su cuenta, junto con la cantidad de $ 430, erogada también por concepto de intereses pagados de ese crédito, según el asiento que figura en la copia del Diario, fl. 17 v. del cuaderno Nº 2.

Son, pues, seis mil novecientos cuarenta pesos ($ 6,940.30).

Resumen de ingresos y egresos

Haciendo un resumen de los ingresos y de los egresos, se tiene:

Ingresos		
Partida primera	$	12,730.32
Partida décimaséptima	$	800.00
Partida décimaoctava	$	1,000.00
Partida veintiuna	$	2,200.00
Partidas veintitrés y veinticuatro	$	4,626.18
Lote "Turupamba"	$	2,500.00
Préstamo del Banco Agrícola .	$	17.000.00
Otras deudas	$	5,371.00
Préstamo del Banco de Colombia	$	5,878.00
Suma	$	52,105.45
Egresos		
Pasivo inventariado	$	2,200.00
Lote "Cruz Amarillo"	$	800.00
Préstamo al Vicario General .	$	6,940.00
Créditos de Miguel E. Benavides, Jaime Bernal y Juan B. Ortiz	$	658.00
Créditos de Laura R. de Cifuentes y Rodrigo A. Rosero . . .	$	7,800.00
Suma	$	18,398.00
Suma total de Ingresos	$	52,105.45
Suma total de Egresos	$	18,398.00
Saldo líquido en contra de don Rodolfo Rosero	$	33,707.45

CAPITULO IV

Frutos naturales y civiles de los bienes administrados

Los peritos designados por la Corte para darle cumplimiento al auto para mejor proveer, anotan con exactitud que en las cuentas presentadas por el señor Rosero, o sea, las copias tomadas por él de los libros Diario y Mayor de la sucesión, nada se menciona por concepto de frutos naturales y civiles de los bienes que recibió en administración. De tal manera que por parte del señor Rosero hay una ausencia completa de datos tendientes a precisar cuáles fueron los rendimientos de su gestión.

La administración de todo patrimonio por un mandatario supone la actividad sostenida de su parte encaminada a llenar el fin propio de aquélla, cual es, no el de mera custodia y conservación, sino el producir la explotación económica de los bienes. El mandatario en ese caso hace o debe hacer las veces del dueño. Y así como el dueño intenta perseguir con su esfuerzo la mayor utilidad o beneficio, porque eso es lo que explica la posesión de las cosas lucrativas, de la misma manera el mandatario administrador está obligado, en desarrollo del vínculo contractual que lo una al mandante, a mantener vigente la diligencia y cuidados del dueño, sin cuya observancia estricta defrauda la confianza en que se inspira el mandato, que como se sabe es un contrato intuitu personae. Por eso la ley hace responsable al mandatario hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo (art. 2,155 del C. C.), esto es, que debe velar como velaría un buen padre de familia sobre el patrimonio suyo y el de sus hijos, responsabilidad que se hace más exigente en el mandato remunerado como fue el que cumplió don Rodolfo Rosero.

De aquí se infiere una trascendental consecuencia en relación con la carga de la prueba, en juicio, de la existencia de productos provenientes de los bienes sometidos a la gestión del mandatario. Porque dentro de aquella noción de responsabilidad, lo presumible y lógico es que el administrador de bienes ajenos haya cumplido a cabalidad su misión, esto es, haya obtenido que los bienes lucrativos produzcan las utilidades normales y correspondientes a una adecuada y conveniente explotación. Y así colocados en este orden de ideas, cabe acaso dudar que es al mandatario administrador a quien compete demostrar en frente del mandante el insuceso de su gestión en cuanto a que un

bien o un conjunto determinado de bienes dejaron de producir rendimientos? Esta conclusión se impone porque el mandatario es el único que está en capacidad de saber cuáles fueron las inversiones, las operaciones realizadas, los gastos y las pérdidas o utilidades.

En el presente juicio se le ha hecho el cargo al ex-mandatario don Rodolfo de que no dio cuenta de los productos. El cargo es fundado conforme lo acredita el expediente, en donde no existe ni una sola alusión ni una sola prueba de parte del responsable, acerca de cuáles fueron los productos de los bienes administrados.

Semejante ausencia de prueba de parte de don Rodolfo sería extravagante que condujese a su absolución. Sobre él pesa, como se ha visto, la obligación abstracta e indeclinable de rendir cuenta de los productos de los bienes administrados, y esa obligación hay que reconocérsela expresamente en esta sentencia a favor de la contraparte, con el fin de que ella tenga poder para hacerla efectiva y concretarla, mediante el procedimiento que para casos análogos crea el artículo 553 del código judicial.

Ya que en este juicio se carece, como vamos a verlo, de datos seguros tendientes a esclarecer lo concerniente a los productos, datos que, vuelve a decirse, debió allegar don Rodolfo, lo indicado es remitir a las partes a una posterior liquidación sobre las bases que la Corte tendrá que señalar.

Afirma la Corte que en el expediente hay carencia de elementos ciertos para formular una liquidación de frutos, no obstante los documentos al respecto allegados por parte del demandante, encaminados a comprobar algunos ingresos por ese concepto.

En primer lugar consisten en la extensa copia que se lee de folios 117 a 143, del cuaderno N° 3. El tribunal superior de Pasto, con fecha 27 de febrero de 1934, ordenó, a solicitud del demandante, librar despacho al señor juez segundo superior para que éste, a costa del interesado, enviara copia autorizada de las siguientes piezas, tomadas de los libros Diario, Mayor y auxiliares de la casa "Juan Rosero Sucesores": "a) Diligencias de registro en la Cámara de Comercio de los libros Diario y Mayor referidos; b) Artículos primero y último del libro Diario; c) Artículos del mismo libro Diario en los cuales aparezcan debitada la cuenta de caja y acreditada la de inmuebles y maquinarias; d) Artículos del libro Diario en los cuales aparezcan debitada la cuenta de caja y acreditada la de Enrique Puertas; e) Asientos del libro Mayor relativos a las referidas cuentas de caja, inmuebles y maquinarias y Enrique Puertas".

El secretario del juzgado segundo expidió, en veintiséis fojas útiles, las copias decretadas conforme el pedimento del actor.

Posteriormente el tribunal, antes de proferir el fallo, ordenó practicar por la sala de decisión una inspección ocular sobre los libros originales que reposaban en el juzgado segundo superior, con el objeto de comparar algunas partidas con las copias que se habían traído al juicio.

Practicada la inspección ocular, el tribunal constató las informalidades de que en su concepto adolecen las copias.

El tribunal, en su sentencia abstúvose de deducir ningún cargo sacado de las copias antedichas, por dos razones: primero, que los libros de la casa comercial "Juan Rosero Sucesores" nada tienen que ver con la cuenta de la administración del poder que la albacea de la misma sucesión confirió a don Rodolfo Rosero mientras no se prueba la identidad de las cuentas; y segundo, que en la diligencia de inspección se observó que la copia no es conforme con los originales y por lo tanto no merece fe.

La primera razón del tribunal es absolutamente infundada. Basta la sola lectura de algunas piezas procesales para concluír sin vacilación que los libros de la administración del mandato corresponden a los de Juan Rosero Sucesores. Así se infiere: 1°) de que el responsable en el memorial con que presentó su cuenta refiérese siempre a los libros de la sucesión de Juan Rosero como los comprobatorios de las actividades de su administración; 2°) de que en las posiciones rendidas por don Rodolfo en la segunda instancia (fl. 82 a 84 del cuad. N° 3) confiesa que como administrador de la sucesión llevó sus cuentas en los libros de los "Sucesores de Juan Rosero", donde también incorporó las cuentas de la sociedad colectiva denominada "Sucesores de Juan Rosero y Puertas", aun cuando con la separación necesaria para no confundirse con las operaciones de la sucesión de "Juan Rosero"; y 3°) en el memorial en que don Rodolfo contesta el traslado de la demanda de rendición de cuentas, fl. 17 del cuad. N° 1, dice lo siguiente: "..... la cuenta de mi administración obra en los libros Diario, Mayor, Inventarios y Balances, como libros principales de los negocios de Juan Rosero, y los libros de Caja, Cuentas Corrientes, Copiador de Correspondencia, Talonarios, Legajadores, etc., etc., como li-

bros auxiliares. Así está perfectamente comprobada toda mi administración, desde el 20 de enero de 1926 en que se me confirió el poder, hasta el 20 de agosto de 1923, en que se me revocó por la misma constituyente".

No es forzado, pues, concluír, y antes así lo imponen las propias palabras de don Rodolfo, que toda la contabilidad de su administración hállase incorporada en los libros de Juan Rosero Sucesores, que son los mismos que pasaron luégo a poder del juez segundo superior de Pasto, con motivo de una investigación criminal, y de donde el secretario de este funcionario tomó las copias a pedimento del tribunal sentenciador y como prueba de la parte actora. Don Rodolfo conviene en que en esos libros está incorporada toda su administración.

La segunda razón del sentenciador, relativa a que la copia no está conforme con los originales de los libros, fue ya rebatida por la Corte en el auto dictado para decidir el incidente de objeciones al dictamen pericial rendido ante ella por los peritos señores José Luis Arango, Jesús M. Caro y Alberto Luna Cárdenas. En ese auto quedó demostrado que los hechos anotados por el tribunal en la inspección ocular están lejos de restarle mérito a las copias de los asientos, como comprobates de la existencia de éstos en los libros de donde fueron tomadas.

Los citados peritos, basados en las referidas copias, dicen lo siguiente:

"En el cuaderno número 1º (es número 3) aparece un extracto de los asientos de los libros en que se llevaban las cuentas de la sucesión en copia solicitada por la parte demandante, extracto que revela que sí hubo productos naturales y civiles por diversos conceptos.

"Del resumen que los peritos han podido confeccionar sobre dicha cuenta, aparecen los siguientes productos específicos:

"Por arrendamientos varios, sin incluír los referentes a la Planta Eléctrica y a la hacienda de La Pradera . . . . . .$	2,397.81
Por madera, leña y otros frutos . . . . . .$	14,409.29
Por ganado de "El Peñol" . . .$	320.00
Por los Molinos . . . . . .$	3,157.22
Por Planta Eléctrica, sin contar los arrendamientos cobrables por el contrato celebrado con Julio Bravo . . . . . .$	509.86
Por venta de un carro de El Peñol . . . . . .$	80.00
Por trigo . . . . . .$	168.00
Por tabaco y otros frutos . .$	28,074.02
Por pago de Enrique Salazar, cuenta de desistimiento de la compra de un lote en la finca de Miraflores . . . . . .$	250.00
Por aserrío . . . . . .$	3,505,64
Por papas . . . . . .$	128.10
Por maíz . . . . . .$	1.25
Por panela de "El Peñol" . . .$	275.00
Por la fábrica de espermas . . .$	6.66
Por servicio de camión y carros $	682.31
Por piedras. . . . . .$	20.00
Total de lo extractado . .$	53,836.16"

"Los peritos toman esta cantidad como ingreso en copia legalizada de los propios libros en que se llevaron las cuentas, sin perjuicio de que verificaciones ulteriores la modifiquen por rectificaciones o adiciones comprobadas".

La Corte, aunque admite la base sentada anteriormente, de que la fuente de información pericial es auténtica, porque los libros de la casa de Juan Rosero Sucesores, que a la fecha de la expedición de las copias reposaban en el juzgado segundo superior de Pasto, son los verdaderos libros de contabilidad de la sucesión de Juan Rosero, llevados por don Rodolfo, y porque las copias sí prestan fe, declara que la aceptación de la suma global suministrada por los peritos como cálculo aproximado del renglón de productos sería totalmente arbitraria e incompatible con la equidad, la ley y la realidad misma de las cosas.

Los mismos peritos advierten que la suma por ellos deducida está sujeta a verificaciones ulteriores que la modifiquen por supresiones o adiciones comprobadas. Y es natural que los peritos lancen su concepto con esa reserva.

Bien es sabido que la administración de todo negocio con ánimo de hacerlo producir rendimientos líquidos, está sometida a una serie de operaciones muchas veces sucesivas y permanentes representadas siempre y a la postre por inversiones y gastos de dinero. El simple arrendamiento de un inmueble supone gastos encaminados a adecuar y mantener adecuada la cosa para el uso convenido.

Y si las erogaciones se causan en lo tocante al acto menos complejo de un administrador en relación con el mandato, de pactar contratos de arrendamiento, qué no

sucederá cuando la gestión del mandatario se extiende a otras actividades más intensas, como los negocios de agricultura, de ganadería, explotación de empresas industriales, como fue el caso de don Rodolfo Rosero? Entonces si que es indispensable averiguar siquiera por aproximación cuáles fueron las inversiones conducentes a obtener el producto líquido.

La Corte no puede cerrar los ojos ante esas realidades cuya consideración fluye como simple principio de razón natural. De ahí que no pueda acoger sin reservas el extracto formado por los peritos, a base de asientos de contabilidad que por concretarse únicamente a ingresos provenientes de productos o frutos de los bienes administrados, constituyen una contabilidad incompleta en orden a servir de base para formar juicio exacto acerca de la cuantía líquida de los frutos naturales y civiles que adeude el ex-mandatario.

Esos asientos establecen multitud de entradas a caja por las fuentes y motivos más diversos. Pero se ignoran los gastos correlativos, los cuales no fueron computados por los peritos, en razón de que en la copia sólo se incorporaron los determinados artículos del Diario, en los cuales aparece debitada la cuenta de caja y acreditada la de inmuebles y maquinarias. Con estos datos aislados hácese impracticable conocer en conjunto el saldo líquido por productos.

Por tal razón, ya que en esta sentencia no es posible formular en concreto la respectiva condenación en lo concerniente a este capítulo, habrá de darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 553 del código judicial, conforme está dicho. En el incidente de ejecución de la sentencia previsto en este artículo, podrá regularse por el juez la liquidación en caso de que el demandado Rosero objete la que le formule la demandante, regulación que corresponde hacer teniendo por base lo alegado y probado en el respectivo término de prueba.

Tal liquidación comprenderá, como es obvio, los productos naturales y civiles de los bienes relacionados en el capítulo I de esta sentencia, incluyendo los arrendamientos de la planta eléctrica del fundo Chaves, arrendada a Julio Bravo por la viuda y los herederos mediante escritura pública número 223 de 30 de marzo de 1926, otorgada en Pasto, en cuanto se demuestre que estos cánones del fundo Chaves los recibiera el mandatario; las participaciones en la explotación de la misma planta durante la compañía con el doctor Enrique Puertas; los cánones recibidos por el contrato de arrendamiento celebrado con los señores Daniel y José Félix Paredes, según escritura pública número 165 de 9 de marzo de 1926, otorgada en Pasto, etcétera, etcétera.

Y como el responsable Rodolfo Rosero pretende descargarse de la suma de $ 10,086.79, invertida en reparaciones y mejoras de las maquinarias, descargo que originó la apreciación equivocada del tribunal, causa y motivo principal de la casación de la sentencia de segunda instancia, es natural que, derivándose esa partida de gastos en la producción, su incorporación y englobe total o parcial en la cuenta quede sometida a la prueba a cargo del mandatario en la posterior liquidación general de frutos.

En efecto, la Corte, en el fallo de casación, infirmó la sentencia de instancia, por interpretación errónea del ordinal 2º del artículo 2,181 del código civil, al sentar el tribunal la tesis de que las partidas importantes de una cuenta que requieren documentación, son aquellas que el responsable en su libre apreciación crea importantes, porque así quedaría al arbitrio del administrador la calificación de la importancia de una partida de sus cuentas para el efecto de justificarla o no justificarla. Esta interpretación de la disposición citada es equivocada, dijo la Corte, porque "partidas importantes" son aquellas que lo son de acuerdo con la costumbre y con las prácticas comerciales.

No empece, pues, la anterior decisión a que en la liquidación de frutos se incorpore una suma global o partidas parciales por concepto de reparación y mejora de maquinarias, si el responsable, en caso de que el demandante insista en rechazar ese gasto, justifica el descargo con los libros de su contabilidad, dictámenes periciales, recibos u otras pruebas.

El mandatario ejerció un mandato remunerado, según reiterada declaración de la mandante. Tiene, pues, derecho a cobrar sus honorarios en cuanto aún no le hayan sido satisfechos. Si sobre su monto no hubo convenio entre las partes, ellos serán regulados por peritos en la misma actuación ordenada conforme al artículo 553 del código judicial, y lo que por este concepto se debiere al mandatario, en su caso, será deducido del monto total de la condena que le hace esta sentencia.

La sentencia

Antes de concretarla conviene advertir:

1º—Que pudiéndose afectar por causa de

honorarios la cuantía del saldo numérico deducido en esta sentencia, es natural, y así también impónenlo la unidad y la naturaleza de la acción de cuentas, que el cumplimiento de la obligación proveniente de aquel saldo numérico quede subordinado a la pecuela y terminación de las diligencias subsiguientes encaminadas a practicar la liquidación de los frutos.

2ª—Doña Belarmina, en el libelo de demanda (cuaderno Nº 1, fl. 5), estimó la cuantía del negocio en la cantidad de $ 56,000. Por ende, el monto total y definitivo de la condena que esta sentencia pronuncia, no podrá exceder en ningún caso de $ 56,000, fijados por la actora como máximum de sus pretensiones.

3ª—Reconociéndose en esta sentencia que el demandado debe una suma ilíquida por frutos, en la liquidación subsiguiente cuando más podría llegarse a la conclusión de que no hubo frutos líquidos, pero en manera alguna a deducir contra la demandante saldo en su contra por pérdidas en las explotaciones, pues la ocasión para el demandado de haber acreditado o siquiera alegado tales pérdidas, caso de haberlas habido, ya pasó. El saldo de $ 33,707.48, deducido en esta sentencia, sólo puede afectarse por razón de honorarios del mandatario, según lo expuesto.

4ª—La demanda se entabló por la señora como albacea, que fue como confirió el mandato; el mandatario no objetó ese cargo, ni su vigencia; la personería de la actora no fue materia de controversia en el pleito; así las cosas, el juzgador no puede proceder al respecto sino en forma de que la condena a que ha llegado sea a favor del demandante, tal como aquí obra y figura, sin perjuicio de las relaciones a que ello dé lugar entre esa señora y los demás interesados en la sucesión de don Juan Rosero, las que son ajenas a este juicio.

5ª—No es procedente la condenación en costas contra el demandado en ninguna de las instancias.

Dabido a las precedentes consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve así en instancia el presente negocio:

Primero—Condénase a don Rodolfo Rosero a pagar un saldo de treinta y tres mil setecientos siete pesos cuarenta y cinco centavos ($ 33,707.45), procedente de sus cuentas como apoderado general de doña Belarmina Córdoba v. de Rosero, albacea del causante Juan Rosero, con tenencia y administración de bienes, según el poder general contenido en la escritura pública número 40 de fecha 20 de enero de 1926, otorgada en la notaría primera del círculo de Pasto. Este saldo se deduce sólo por concepto de capitales recibidos por dicho señor Rodolfo Rosero, durante el ejercicio del mandato.

Parágrafo.—El pago de este saldo queda subordinado a lo que con respecto a frutos y honorarios se resuelva en la actuación prevista en el ordinal siguiente.

Segundo.—Condénase a don Rodolfo Rosero a pagar los frutos líquidos, naturales y civiles, de los bienes que recibió en administración como mandatario del albacea, bienes relacionados en el capítulo primero de esta sentencia. La liquidación de estos productos se practicará mediante los trámites del artículo 553 del código judicial, sobre las bases establecidas al efecto en la parte motiva de este fallo.

Tercero—El monto total y definitivo de la condena a que se refieren los numerales precedentes no podrá exceder de la cantidad de cincuenta y seis mil pesos ($ 56,000), a que la demandante limitó sus pretensiones.

Cuarto—El monto total y definitivo será pagado a la demandante doña Belarmina Córdoba v. de Rosero, como albacea de don Juan Rosero.

Sin costas en las instancias.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Secr. en ppd.

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, trece de agosto de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor José V. Mogollón demandó en vía ordinaria al señor Elías M. Muvdi, vecinos de Barranquilla, a fin de que se declarase libre la casa de aquél, de esa ciudad, de obligación de soportar la incrustación sobre la pared, no medianera, que la separa del predio contiguo en que Muvdi estaba construyendo una obra cuyo peso no está obligada aquélla tampoco a aceptar, declaración igualmente solicitada, y de que se le condene a pagar al actor los perjuicios ya ocasionados y los gastos ya hechos y los que hayan de hacerse para repararlos.

Repartida la demanda el 12 de junio de 1933 al Juzgado 1º de ese Circuito, después de una tramitación lenta llegó al fin, con deplorable e injustificada demora, la sentencia de 7 de noviembre de 1935, en que se accedió a las súplicas aquí resumidas; de ella apeló el demandado y, surtida la segunda instancia en el Tribunal Superior de allí, se sentenció la causa revocando aquélla, según fallo de 15 de abril de 1937, conclusión a que llegó el Tribunal por estimar procedente la excepción fundada en no ser Muvdi dueño del suelo sobre el cual se levantó o levantaba la construcción en referencia.

Cabe advertir que hubo salvamento de voto del Magistrado que no compartió esa tesis, que, en su sentir, reduce indebidamente el alcance o sentido de la palabra predio y quebranta el art. 656 del C. C.

Contra ese fallo interpuso casación el apoderado del demandante, por lo cual subió el proceso a la Corte, donde se repartió el 19 de junio último. El recurso se admitió y su tramitación adelantaba, en forma de estar corriendo el término del traslado al recurrente para fundarlo, cuando ocurre que él desiste.

Lo hace por medio de apoderado constituído ad hoc y que, matriculado en dicho Tribunal, ante él presentó el memorial de desistencia. Lo coadyuva el apoderado que en la Corte ha llevado su representación. Concurre el demandado con el expreso fin de que no haya condenación en costas.

Llenadas como están las exigencias procedimentales respectivas, debe admitirse el desistimiento en las consecuencias del caso sobre firmeza de la providencia a que el recurso se referían, de conformidad con los arts. 461 y 463 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el desistimiento que el señor José V. Mogollón hace del recurso de casación interpuesto por él en el presente juicio contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el quince de abril del año en curso, la que, por tanto, queda en firme.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE CASACION CONTRA UNA SENTENCIA DE GRADUACION DE CREDITOS ALBACEAZGO

Siendo el albaceazgo el medio legal que tiene el testador para asegurar la ejecución exacta, diligente y completa de su voluntad póstuma, encargando de velar por ello a una o a varias personas cuando se susciten cuestiones relacionadas con este definición debe comparecer en juicio el albacea con intervención de los herederos. Pero cuando se trata de asuntos relacionados con simples actos de administración, en su carácter de curador de bienes lo que prevalece.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Por sentencia del 31 de marzo de 1936, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la de graduación de pagos y de remate dictada por el Juzgado 2º Civil de este Circuito, en las tercerías coadyuvantes promovidas en el juicio ejecutivo de Belén Alonso de Gómez contra Benjamín Trujillo. Las tercerías se tramitaron y fallaron por el procedimiento vigente cuando la iniciación de ellas.

El juicio principal se terminó a causa de la decisión que declaró probada una excepción perentoria. El lugar de éste lo ocupó la primera demanda de tercería de Belén Alonso de Gómez contra el citado Trujillo, promovida en su calidad de albacea en la sucesión de José Domingo Gómez C. La acción se basa en la falta de cumplimiento del arrendatario Trujillo a su obligación de restituír determinado número de semovientes. El contrato de arrendamiento consta en la escritura número 208, otorgada en 28 de abril de 1921 ante el Notario 1º de Bogotá. Aparece de esa escritura que Alonso de Gómez, en su calidad de albacea con tenencia de bienes del finado José Domingo Gómez C., arrendó a Benjamín Trujillo Lara la hacienda de San Jerónimo, ubicada en el municipio de El Espinal. La prestación de restituír al arrendador, a la expiración del contrato, un número igual de los semovientes que se le entregaron, no fue cumplida por el arrendatario sino parcialmente.. La demanda persigue el pago de la porción insoluta y el ejecutado es el fiador solidario del arrendatario.

El segundo lugar lo ocupa el juicio ejecutivo acumulado al actual que ante el Juzgado 2º del Circuito Belén Alonso de Gómez promovió contra Benjamín Trujillo para el pago de tres mil doscientos treinta y siete pesos cincuenta centavos ($ 3.237.50), precios no satisfechos del arrendamiento de la hacienda dicha. Sirvió de recaudo ejecutivo la copia de esa misma escritura.

El tercer lugar corresponde al Banco Hipotecario de Colombia, tercerista que acciona para el pago de siete mil cuatrocientos setenta y nueve pesos un centavo ($7.479.01) valor del crédito hipotecario a cargo de Trujillo.

El último lugar pertenece, en el orden de prelación de los juicios, a la misma Belén Alonso de Gómez, quien en su propio nombre demanda para el pago de los perjuicios provenientes de la mora del arrendatario en el cumplimiento de su obligación de entregar los semovientes a que se refiere el contrato mencionado.

Contenido del recurso

Contra la sentencia se interpuso por el ejecutado el recurso de casación, con base en las causales 1ª y 8ª del art. 520 del C. J. Recurso que se admitió en virtud del principio procesal del mayor favor.

La primera tercería de Belén Alonso de Gómez se ejercita por ella en su carácter de albacea con tenencia de bienes en la sucesión de José Domingo Gómez C. El Tribunal violó los arts. 1352 y 1353 del C. C., por cuanto Belén Alonso de Gómez, en su calidad de albacea, carece en este juicio de capacidad procesal y de derecho de gestión procesal.

El juicio, por consiguiente, es nulo, dado que su calidad de albacea no la habilitaba para iniciar la acción por sí sola. Esa nulidad es la del ord. 2º del art. 448 del C. J. El Tribunal violó, pues, este artículo.

La segunda de las tercerías, ejercitada en nombre propio por Belén Alonso de Gómez, adolece también de la misma carencia de los dos anotados presupuestos procesales. En efecto, el derecho de ella es el legal de usufructo sobre los bienes de sus hijos meno-

res. "De manera que la tercerista tenía derecho al usufructo de los bienes que fueron materia del contrato de arrendamiento celebrado con Benjamín Trujillo, pero no lo tenía por otra calidad distinta de la de representante de sus menores hijos, en ejercicio de la patria potestad".

De ahí que el Tribunal violara, por aplicación indebida, los arts. 823 y 291 del código civil.

Además, el juicio es nulo debido a ello, por ilegitimidad de la personería de la tercerista. El Tribunal violó directamente el art. 448 del código judicial.

Motivos

Vistos los arts. 1352 y 1353 del C. C., y considerando: que la calidad de albacea con tenencia de bienes, invocada por Belén Alonso de Gómez en el contrato de arrendamiento, no era esencial expresarla para la validez de ese acto jurídico y tenía como objeto justificar el título con que procedía a realizarlo; que la consecuencia de la expresión de esa calidad era la de dar acción a los herederos de José Domingo Gómez en el caso de incapacidad sobreviniente de la arrendadora; que de acuerdo con el art. 1637 ibídem, la tercerista puede recibir legítimamente; que siendo el albaceazgo (art. 1327 ibídem) el medio legal que tiene el testador para asegurar la ejecución exacta, diligente y completa de su voluntad póstuma, encargado de velar por ello a una o a varias personas, cuando se susciten cuestiones relacionadas con esta definición debe comparecer en juicio el albacea con intervención de los herederos. Pero cuando, como es el caso actual, se trata de asuntos relacionados con simples actos de administración, es su carácter de curador de bienes lo que prevalece. Por lo tanto, se desestima el cargo.

Vistos los arts. 823 y 291 del C. C., y teniendo en cuenta: que en la partición de los bienes herenciales de José Domingo Gómez consta que se adjudicaron a Belén Alonso v. de Gómez: a) "Todos los frutos de los bienes comprendidos en la partición percibidos desde la muerte del causante, así: los adjudicados a ella por accesión y los adjudicados a los herederos por virtud del usufructo que le concede la ley sobre los bienes de sus menores hijos, por efecto de la patria potestad hasta el día de la emancipación de cada uno de ellos"; y b) y a los hijos menores de ella la finca de San Jerónimo, arrendada a Trujillo; la tercerista tiene acción para pedir en su propio nombre el pago de los precios insolutos del arrendamiento. Por consiguiente, se desecha el cargo.

Visto el art. 448 del C. J., y considerando: que nadie puede ir lícitamente contra sus propios actos, siempre que éstos sean jurídicamente eficaces; que no es válido impugnar la personería de la parte a quien la haya previamente reconocido en el juicio o fuera de él; que sólo la parte mal representada tiene derecho para pedir por ese motivo la nulidad del juicio, no es procedente la causal 6ª del art. 520 del C. J., invocada por el recurrente.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida en este juicio ordinario por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 31 de marzo de 1936.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la Gaceta Judicial copia de esta sentencia.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCIONES DE REIVINDICACION Y DE NULIDAD ABSOLUTA.-SIMULACION DE LOS CONTRATOS.-RESTITUCION COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACION DE NULIDAD

1. La simulación de los contratos supone siempre dos convenciones coexistentes, total o parcialmente contradictorias entre sí, la una, ostensible y la otra oculta o secreta. El art. 1766 del C. C. implícitamente excluye la nulidad en la simulación al permitir que el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron, de modo que este acto es ley de las partes conforme al art. 1602, y el ostensible, por voluntad de ellas, carece de valor. 2. Nada importa, en sentir de la Corte, que en la misma demanda se ejerciten las acciones de un contrato de venta en virtud del cual se ha entregado la cosa vendida, y la de restitución por parte del comprador de lo que recibió del vendedor; porque la restitución no se efectúa, en ese evento, sino cuando está ejecutoriada la sentencia que contiene tales pronunciamientos. Pero si no prospera la acción encaminada a anular un contrato de venta que se impugna, carece de base la acción reivindicatoria, porque ningún efecto jurídico puede atribuírse a una causa inexistente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, agosto diecisiete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Germán Fernández)

Materia del pleito

En libelo de 8 de septiembre de 1933, que fue repartido al Juez primero del Circuito de Palmira, Dolores Donneys v. de Donneys, Samuel Donneys, Rosalina Donneys de Arciniegas y Agustín Arciniegas (los dos últimos marido y mujer) demandaron en nombre de la sociedad conyugal que existió entre Francisco Asís Donneys y Dolores Donneys, sociedad ilíquida aún, y de la sucesión intestada del primero, a "Ester Donneys de Guerrero, León María Guerrero (éste como representante legal de su hija menor de edad y soltera Berta Marina Guerrero Donneys), Leonor Guerrero Donneys y su esposo señor Abelardo Plaza o Campo —quien representa en juicio a su mujer menor de edad— Natividad Donneys de Salamanca y su consorte Joaquín Salamanca, quien la representa, Guillermina Donneys de Potes y su esposo Arcadio Potes, quien la representa, Emilio, Adriano y Fidel Donneys y Arcadio Potes como subrogatorio de Francisco A. Donneys en los derechos de éste en la sucesión de Francisco Asís Donneys", para que se hicieran estas declaraciones:

"a) Que pertenecen a la sociedad conyugal de los esposos Francisco Asís Donneys y Dolores Donneys de Donneys, fenecida pero no liquidada hasta el presente, y a la sucesión intestada del extinto Francisco Asís Donneys citado, los bienes inmuebles relacionados y singularizados en la demanda y en las escrituras de que se deja hecho mérito atrás; y que los tenedores de ellos, Ester Donneys de Guerrero, Berta Marina Guerrero Donneys, León María Guerrero —éste por la anterior— Leonor Guerrero Donneys y Abelardo Plaza o Campo demandados, están en la obligación de restituírlos dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia y la sociedad conyugal y sucesión damandante representadas por quienes nos hemos apersonado en su nombre como actores en el juicio.

"b) Que la ordenada restitución de los inmuebles relacionados comprenderá, además, la satisfacción o pago por los cinco demandados a los demandantes de los frutos naturales y civiles producidos por aquellos desde el 20 de diciembre de 1932, en que los retienen indebidamente en su poder hasta la fecha en que hagan la restitución dispuesta en la sentencia, y no sólo los perseguidos sino los que los dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniéndolos en su poder, frutos que se estiman en la suma de (aquí la que resulte de la tasación pericial que se haga en este mismo juicio, o se acredite en otro distinto en que no se discuta la obligación de satisfacerle sino su cuantía).

"c) Que por causa de simulación y quebrantamiento, además, del precepto del artículo 757 del C. C. en lo que éste tiene de excepcional o prohibitivo, no han jamás tenido ni tienen existencia ni valor legal alguno los contratos de compraventa que se relacionan en las escrituras números 736 de 17 de noviembre de 1928 y 97 de 16 de febrero de 1929, ni la tuvo el relacionado en la nú-

mero 421 de 20 de diciembre de 1921, todas ellas citadas en esta demanda, el último por la misma causa de simulación y por no haber sido aceptado legalmente por las terceras personas para quienes se lo pactó antes de haber sido revocado por los directos contratantes en la escritura 410 de 28 de agosto de 1924, también citada; y que tales escrituras y sus registros respectivos en la registraduría de este Circuito deben ser cancelados y se ordena su cancelación.

"n) Que deben los demandados satisfacernos las costas de este juicio, si lo afrontan contradictoriamente".

Como declaraciones subsidiarias de las distinguidas con las letras a), b) y c) se formularon estas otras:

"d) Que pertenecen a la sociedad conyugal de los esposos Francisco Asís Donneys y Dolores Donneys de Donneys, fenecida pero no liquidada hasta el presente, y a la sucesión intestada del extinto Francisco Asís Donneys citado, las cuotas de derechos en los inmuebles relacionados y singularizados en la demanda y escrituras de que se deja hecho mérito atrás que en ambas entidades demandantes corresponden o puedan corresponder al liquidarla sobre tales inmuebles a los suscritos actores, a la primera (Dolores Donneys v. de Donneys) como miembro activo de la sociedad conyugal memorada y a los dos últimos (Samuel y Rosalbina Donneys, ésta de Arciniegas) como a herederos declarados en su calidad de hijos legítimos del extinto Francisco Asís Donneys, cuotas de derechos las enunciadas de que hasta el presente no hemos dispuesto en forma alguna; y que los tenedores de tales inmuebles, Ester Donneys de Guerrero, Berta Marina Guerrero Donneys, León María Guerrero —éste por la anterior—, Leonor Guerrero Donneys y Abelardo Plaza o Campo demandados, están en la obligación de restituír tales cuotas de derechos dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia a la sociedad conyugal y sucesión demandante representadas por quienes nos hemos apersonado en su nombre como actores en el juicio.

"e) Que la ordenada restitución de las cuotas de derechos en los inmuebles relacionados comprenderá, además, la satisfacción o pago por los cinco demandados restituidores a los demandantes de los frutos naturales y civiles producidos por aquellos derechos desde el 20 de diciembre de 1921 en que los retienen indebidamente en su poder hasta la fecha en que hagan la restitución dispuesta en la sentencia, y no sólo los percibidos sino los que los dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniéndolos en su poder, frutos que se estiman en la suma de (aquí la que resulte de la tasación pericial que se haga en este mismo juicio, o se acredite en otro distinto en que no se discuta la obligación de satisfacerlo sino sólo su cuantía).

"f) Que son absolutamente nulos los contratos de compraventa declarados en las escrituras citadas números 788 de 17 de noviembre de 1928 y 97 de 16 de febrero de 1929, por las razones o tachas contra ellas alegadas en los hechos fundamentales de la demanda, y que se ordene su cancelación en las notarías donde pasaron esos títulos y los registros que de éstos se hizo en la registraduría de ese Circuito".

Según la escritura pública número 421, pasada el 20 de diciembre de 1921 ante el notario primero del circuito de Palmira, Asís Donneys vendió a sus nietas Leonor y Berta Marina Guerrero Donneys, menores de edad, representadas por su madre legítima, Ester Donneys, una casa y un solar situados en la ciudad de Palmira, comprendidos entre los linderos que se fijaron. El precio de la venta fue el de dos mil pesos ($ 2,000), que el vendedor confesó haber recibido.

Conforme a la escritura pública número 788, otorgada ante el notario segundo del circuito de Palmira el 17 de noviembre de 1928, Fidel, Emilio, Augusto, Adriano Donneys, Natividad Donneys de Salamanca y Guillermina Donneys, por una parte, y Ester Donneys, por otra, vendieron a Leonor y Berta Marina Guerrero D., representadas por su madre, Ester Donneys, todos los derechos que les puedan corresponder como hijos legítimos y herederos de Asís Donneys en los bienes inmuebles a que se refiere la escritura pública Nº 421 de 20 de diciembre de 1921.

Reza la escritura pública Nº 97, extendida el 16 de febrero de 1929 ante el notario segundo del circuito de Palmira, que Dolores Donneys v. de Donneys como cónyuge sobreviviente de Francisco A. Donneys y Arcadio Potes como subrogatario de los derechos de éste en la sucesión de Asís Donneys venden por doscientos pesos ($ 200) a Leonor y Berta Marina Guerrero D. los derechos que puedan corresponderles en la habitación y el terreno antes enunciados. El contrato fue aceptado también por Ester Donneys como madre legítima de las compradoras, menores de edad.

En compendio, los hechos en que se apoya la demanda son:

a) Los bienes raíces comprendidos en los contratos a que aluden las escrituras 788 de 1928 y 97 de 1929 pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida que existió entre Francisco Asís Donneys y Dolores Donneys y a la sucesión intestada del primero; b) los enunciados contratos son nulos de nulidad absoluta por ser simulados; c) tales contratos son asimismo nulos porque en ellos intervino Ester Donneys en representación de sus hijas Leonor y Berta Marina Guerrero, y no su padre legítimo, León María Guerrero; y d) para el otorgamiento de la escritura Nº 788 no se obtuvo por las mujeres casadas que en ella intervinieron como vendedoras autorización judicial, ni el decreto que da la posesión efectiva de la herencia.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en sentencia de 25 de julio de 1936, confirmó la del Juez de primer grado, que fue absolutoria; y para ello sentó estas consideraciones:

"Merced a un detenido estudio de los hechos consignados como base de la demanda, se ha convencido este despacho de que son dos las acciones ejercitadas, a saber: la de reivindicación y la de nulidad absoluta, porque aun cuando entre los arts. del C. C. citados por los demandantes no figura el 1748, claramente se ve que la acción de dominio no procede sino en virtud de la declaración de nulidad.

"Es obvio que el método racional en el presente caso impone estudiar primero el punto relativo a la nulidad, puesto que de la respectiva declaración depende necesariamente que proceda o no proceda la acción de dominio.

"La nulidad cuya declaración se pide es la absoluta, por causa de simulación, de los contratos de compraventa de que dan fe las escrituras Nos. 421, de 20 de diciembre de 1921; 788, de 17 de noviembre de 1928, y 97 de 16 de febrero de 1929".

"Mas es de saberse que este contrato (el que reza la escritura Nº 421) fue rescindido por la convención consignada en la escritura Nº 410, de 28 de agosto de 1924".

"Y como un contrato rescindido o deshecho no es contrato, se sigue que es metafísicamente imposible declararlo nulo, porque no existe, es nada, y respecto de la nada no puede hacerse declaración ninguna".

Concreta después el Tribunal el problema al estudio de los contratos consignados en las escrituras Nos. 788 y 97, contratos que se impugnan por simulación como causa generadora de la nulidad absoluta cuyo pronunciamiento se demandó, para concluir que de las pruebas producidas en el juicio no aparece tal simulación, "porque ni los demandados han hecho confesión que los perjudique, ni el testimonio allegado al proceso, por ser singular, forma plena prueba".

En orden a la representación de las menores Leonor y Berta Marina Guerrero por su madre en los contratos mencionados y no por su padre, a la falta de licencia judicial de las mujeres casadas que en aquéllos intervinieron para enajenar y a otros hechos alegados en la demanda, dice el Tribunal que bien pueden ser causa de nulidad relativa, mas no de nulidad aboluta, que es la que se ha alegado.

Advierte el Tribunal que como sólo Agustín Arciniegas y Samuel Donneys apelaron de la sentencia de primera instancia, ésta no es revisable en lo que atañe a los otros interesados en el juicio.

Demanda de casación

El apoderado de Agustín Arciniegas y de Rosalbina Donneys de Arciniegas, al formular demanda de casación ante la Corte, expresa claramente que el debate queda circunscrito a la simulación de los contratos contenidos en la escritura Nº 788, de 17 de noviembre de 1928, y 97, de 16 de febrero de 1929, y a la reivindicación de la finca y los derechos supuestamente vendidos. Previa esa declaración, acusa la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Cali por la primera de las causales definidas en el art. 520 del C. J. en cuanto aquélla "es violatoria de leyes sustantivas, ya por violación directa de ciertos preceptos civiles por falta de aplicación al caso del pleito, ya por mala apreciación de determinadas pruebas con motivos de errores de derecho y de hecho".

Estima el recurrente que el Tribunal violó de modo directo, por no haberlos aplicado, los artículos 15 de la ley 95 de 1890, 1740 y 1741 del C. C. y sus concordantes, porque la parte que representa tiene interés en impugnar los contratos celebrados por los otros herederos, ya que menoscaban su herencia sacando del patrimonio del causante el inmueble sobre que versan aquéllos mediante la simulación; y violó también, porque no los aplicó, los arts. 1502 y 1524 del C. C., puesto que los contratos atacados de nulidad por simulación carecen de causa.

"El heredero es completamente extraño —agrega el recurrente— a los actos jurídicos ejecutados por los otros causahabien-

tes del de cujus en lo que se refiere a los bienes de la herencia, es un tercero respecto de ellos y en esos actos no intervino en ellos personalmente ni jurídicamente de manera que puede demandar la nulidad de cualquiera de esos actos o contratos que considere perjudiciales porque ante todo no concurrió a su celebración".

Se observa:

En sentencia de 27 de julio de 1935 (Gaceta Judicial Nº 1899), al revisar otra, también del Tribunal Superior de Cali, sentó la Corte que la simulación en los contratos "supone siempre dos convenciones coexistentes, total o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta", y agregó:

"El art. 1766 del C. C., implícitamente excluye la nulidad en la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron, de modo que este acto es ley de las partes conforme al art. 1602, y el ostensible, por voluntad de ellas, carece de valor".

"Debiera ser innecesario añadir que si el acto simulado tiene tanto valor como el que no lo es, tampoco goza de mayores ventajas. Si la mentira no es causa de nulidad, no por eso puede convertirse en fuente de privilegios para quienes la ejecutan. Por consiguiente, si el pacto oculto o secreto presenta otro vicio distinto del de su simulación, puede llegar a ser considerado como nulo".

Bien examinados los contratos de que dan fe las escrituras Nos. 788, de 17 de noviembre de 1928, y 97, de 16 de febrero de 1929, se advierte sin mayor esfuerzo que los vendedores, en su carácter de herederos de Asís Donneys, trasmitieron a Leonor y Berta Marina Guerrero D. los derechos que en el enunciado carácter les pueden corresponder en los bienes inmuebles a que se refieren los predichos instrumentos públicos; esto es, venden derechos hereditarios que no se han liquidado sobre un cuerpo cierto, sin determinar cuota alguna. Mejor dicho, por los mentados contratos no se vende un cuerpo cierto de la sociedad conyugal que se dice existió entre Francisco Asís Donneys y Dolores Donneys y que puede pertenecer en todo o en parte a la sucesión de aquél, lo cual no se sabrá a ciencia cierta sino cuando se liquide tal sociedad, si hubiere existido.

No se ha intentado siquiera probar con elementos adecuados a este fin que Francisco Asís Donneys y Dolores Donneys contrajeran matrimonio en alguna época, para deducir de ese hecho (art. 180 del C. C.) que entre los contrayentes se constituyó en fecha cierta sociedad de bienes cuyo régimen se subordinó a lo prescrito en el art. 1774 del mismo código por no haberse otorgado oportunamente capitulaciones matrimoniales.

En el proceso aparece probado:

a) Que el juez segundo del Circuito de Palmira, en auto datado el 21 de febrero de 1925 (folios 5 y siguientes del cuaderno principal) reconoció que desde el 24 de enero de ese año quedó abierta la sucesión intestada de Francisco Asís Donneys, de quien es heredera —dijo— su hija legítima Rosalbina Donneys de Arciniegas;

b) Que en proveído de siete de marzo de 1925 el mismo Juez declaró "que Dolores Donneys v. de Donneys, en su carácter de cónyuge supérstite, es parte y tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión intestada de Francisco Asís Donneys, y que son herederos de éste, a título universal y sin perjuicio de terceros, sus hijos legítimos Fidel, Francisco, Adriano, Samuel, Emilio, Augusto y Ester Donneys y Natividad Donneys de Salamanca y Guillermina Donneys de Potes (folios 9 a 11 del cuaderno principal");

c) Que en la diligencia de inventarios, practicada el 4 de julio de 1925, se anotó como perteneciente a la sucesión intestada de Asís Donneys "una casa situada en la calle 12, en el barrio de la Estación (en Palmira) y determinada por los siguientes linderos: al oriente, con casa y terreno de Arcesio Villamarín; al sur, con propiedad de Mercedes Gaviria; al norte, calle al medio, con propiedad de Antonio Aparicio; y al occidente, carrera segunda al medio, con propiedad de Fermín Tenorio"; inmueble que "se halló en poder de Leonor y Berta Marina Guerrero Donneys, nietas del causante Asís Donneys (folios 5 a 8 del cuaderno principal)"; y

d) Que el bien que se inventarió en la diligencia últimamente mencionada está formado por los que adquirió el causante por escrituras 116 y 604 de primero de marzo y 25 de octubre de 1920, respectivamente, pasadas en las notarías primera y segunda del Circuito de Palmira (folios 8 y 9 del cuaderno de pruebas de la segunda instancia).

Aplicando al caso concreto que se estudia la teoría de la Corte y dando por sentado que un acto ostensible disimulara otro oculto, no se ve cómo los contratos cuya invalidación o ineficacia se ha exigido lleven en sí el vicio de carecer de causa lícita o el de encaminarse a la realización de un objeto ilícito, porque los vendedores no han enajenado sino derechos hereditarios que puedan caberles en un inmueble cuya partición está

pendiente; y aunque a ello se atribuye por el recurrente el ánimo de favorecer a dos nietas del causante, ánimo que de suyo no es censurable, eso no va en perjuicio de ninguno de los otros coherederos, cuyos derechos están a salvo y por lo mismo esos coherederos carecen del interés que justificara su acción.

No se han violado, pues, los arts. 15 de la ley 95 de 1890, 1602, 1524, 1740 y 1741 del código civil.

Error evidente de hecho y violación de los arts. 1759 del C. C., 603, 606, 663, 665 y 697 del C. J.

Táchase la sentencia de segunda instancia porque el Tribunal incurrió en error evidente de hecho en la apreciación de las escrituras Nos. 788, de 17 de noviembre de 1928, y 87, de 16 de febrero de 1929, en cuanto dejó de apreciar la confesión de simulación contenida en los contratos, en la contestación de la demanda y en posiciones que absolvieron los demandados.

Se observa:

Cualquiera que fuese la intención de los vendedores confesada en los instrumentos públicos contentivos de los contratos impugnados, o en la contestación de la demanda, o en las posiciones que absolvieron los demandados, ya se ha sentado que mediante los contratos predichos no se ha sustraído de la sucesión intestada de Asís Donneys el inmueble a que aquéllos se refieren para perjudicar a otros herederos, y aunque tál hubiere sido el móvil en lo que respecta a Rosalbina Donneys de Arciniegas, ese móvil no alcanza a realizarse, porque, reconocido como está su carácter de heredera del causante en su condición de hija legítima, habrá de llevar la cuota que le asigna la ley en la sucesión intestada de su padre al efectuarse la partición de los bienes que aún permanecen indivisos.

No hay, de consiguiente, violación de los arts. 1759 del código civil y 603, 606, 663, 665 y 697 del código judicial.

Violación de los arts. 946, 947, 949, 950, 1742, 1781 y 1782 del C. C. y 330 y 332 del C. J.

Alega el recurrente que teniendo, como tiene, sólido fundamento la acción de nulidad, ésta ha debido prosperar en el fallo, porque resulta probada; y, por tanto, la reivindicatoria debe correr la misma suerte.

La cita que se hace del art. 1748 del C. C. confirma lo expresado antes, esto es, haberse incoado la acción reivindicatoria como consecuencia de la nulidad absoluta de un contrato, judicialmente pronunciada.

Se observa:

Nada importa, en verdad, en sentir de la Corte, que en la misma demanda se ejerciten las acciones tendientes a la invalidación de un contrato de venta en virtud del cual se ha entregado la cosa vendida, y la de restitución por parte del comprador de lo que recibió del vendedor; porque la restitución no se efectúa, en ese evento, sino cuando está ejecutoriada la sentencia que contiene tales pronunciamientos.

Pero si no prospera, como se ha visto, la acción encaminada a anular un contrato de venta que se impugna, carece de base la acción reivindicatoria, porque ningún efecto jurídico puede atribuírse a una causa inexistente.

En el sentido indicado no hay violación de los arts. del código civil que definen la acción reivindicatoria y la reglamentan, ni de los del código judicial sobre materia probatoria.

En virtud 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, no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el veinticinco de julio de mil novecientos treinta y seis.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE HECHO.—CUANTIA DEL PLEITO

La situación prevista en el art. 524 del C. J. no puede ser materia de decisión para la Corte, que carece de facultad para determinar la cuantía de la acción para efectos del recurso, y que impone a los Tribunales, antes de resolver sobre su concesión, el deber de ordenar que la cuantía de la demanda sea estimada por peritos de su nombramiento. Este justiprecio pericial constituye así una formalidad cuya pretermisión, en casos en que sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda acerca de este punto, impide a la Corte la decisión sobre la legalidad con que haya sido denegado el recurso extraordinario de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en el juicio ordinario que sobre nulidad de una sentencia y otros extremos adelantan Macario Mora y otro contra Agustín y Remigio Prieto, fechada el 20 de mayo último, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado del actor. El Tribunal, en auto de 12 de julio, negó la concesión del recurso por considerar que la cuantía del negocio no alcanzaba la cifra legal. Ante esta negativa, el recurrente, doctor García, interpuso el recurso de hecho, para lo cual, como lo establece la ley, pidió reposición del auto negatorio y en subsidio copia de las piezas procesales necesarias, con las cuales ha ocurrido ante la Corte para que le sea concedido el recurso denegado.

Para resolver, se considera:

Se trata en este caso de una sentencia pronunciada en un juicio en que la cuantía determina la procedencia del recurso extraordinario de casación, y la negativa del Tribunal se hace consistir en que el valor del pleito no alcanza a los $ 3.000 que fija el art. 518 del C. J. En la demanda con que se originó el pleito se fijó en más de $ 3,000 la cuantía de la acción, pero los demandados, en escritos separados y dentro del término legal que señala el art. 206 del C. J., objetaron esta estimación de la cuantía, por lo cual el juzgado ordenó su justiprecio pericial por un avaluador, que nombró al efecto. Este perito fijó la cuantía en $ 1,000, pero de su dictamen no se ordenó dar traslado ni el juez hizo ninguna determinación de la cuantía después del avalúo pericial. Sobre el mérito de esta prueba hace reposar el Tribunal la negativa del recurso.

No considera la Corte que la cuantía aducida por el Tribunal tenga completa validez por no haberse hecho con observancia de los requisitos legales, ya porque de la prueba pericial no se surtió el traslado correspondiente, sin el cual la prueba no alcanza perfección legal, como por haber omitido el juez la determinación de la cuantía luégo de rendido el dictamen del perito de su nombramiento, como lo dispone el art. 206 del C. J.

Pretermitidas estas formalidades, no se puede considerar procedimentalmente determinada la cuantía del pleito, de tal modo que no existe el justiprecio legal que sirva, por sí solo, para conceder o negar el recurso de casación. No es, en este caso, el del dictamen pericial, porque ha sido obtenido con evidentes imperfecciones legales. Pero no es tampoco el señalado por el actor en la demanda porque contra él se formuló legalmente la objeción, que debe producir, cuando menos, la situación legal de duda sobre la verdadera cuantía del litigio.

Las especiales condiciones de este caso lo señalan inequívocamente como uno de los previstos en el art. 524 del C. J., en que siendo necesario tener en consideración la cuantía de la demanda, hay un verdadero motivo de duda acerca de este punto, que por haber sido objeto de errores procedimentales, sigue careciendo de adecuada definición.

No se trata en manera alguna de considerar la cuantía para decidir sobre la admisibilidad del recurso. El caso es de concesión del recurso, cosa que compete al Tribunal, y que la Corte no puede decidir porque carece de los elementos de juicio o de información indispensables para juzgar si el recurso fue legal o ilegalmente denegado. La situación prevista en el art. 524 del C. J., que

es la que corresponde al caso de estudio, no puede ser materia de decisión para la Corte, que carece de facultad para determinar la cuantía de la acción para efectos del recurso, y que impone a los Tribunales, antes de resolver sobre su concesión, el deber de ordenar que la cuantía de la demanda sea estimada por peritos de su nombramiento. Este justiprecio pericial constituye así una formalidad cuya pretermisión, en casos en que sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda acerca de este punto, impide a la Corte la decisión sobre la legalidad con que haya sido denegado el recurso extraordinario de casación.

Como consecuencia de esta manera de apreciar el caso resulta que el auto del Tribunal, de fecha 12 de julio último, en que negó la concesión del recurso, fue prematuro, y como tal debe ser invalidado para que puedan tener pleno cumplimiento las fórmulas procedimentales.

Con fundamento 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, resuelve: no es el caso de decidir el recurso de hecho.

Declárase sin efecto el auto del doce de julio para que el Tribunal decida sobre la procedencia del recurso de casación después de cumplir el trámite señalado en el art. 524 del C. J.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ADMISION DE UN RECURSO DE CASACION

1. En el auto en que se admite un recurso de casación estudia la Corte si se interpuso en tiempo y por persona hábil y si se trata de sentencia dictada con las calidades y en los juicios a que ceñidamente se refiere el art. 519 del C. J. Si el Tribunal yerra concediendo el recurso cuando lo veda la cuantía, la Corte no puede negar la admisión por prohibírselo la advertencia expresa del art. 529, en su inciso 2º. 2. En el auto sobre admisión del recurso de casación no se le presenta a la Corte campo legalmente adecuado para estudiar en el fondo la personería de las partes, con todo lo que ella significa, sin quebrantar las disposiciones legales que establecen cómo, cuándo y por quién se puede proponer aquella cuestión y decidírsela. Por la claridad que en aras de contraste cabe establecer, puede imaginarse, en viz de hipótesis y ejemplo, la concesión del recurso interpuesto por quien no fue parte en instancia. Ante hecho tan protuberante no cabría duda sobre que no está interpuesto por la persona a que se refiere el artículo 523, y la Corte habría de declararlo inadmisible; pero bien se echa de ver que podría proceder a este paso justiciero legalmente, puesto que, en tan extremo supuesto, para ello no tendría que incurrir en el aludido quebrantamiento de disposiciones legales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se ha llegado la oportunidad de decidir sobre admisibilidad del recurso de casación en el presente juicio ordinario seguido en primera instancia en el Juzgado 1º del Circuito de Santamarta y en la segunda en el Tribunal de allí por Uldarico Rocha y señora María Casilda Mejía de Rocha, padres y herederos ab intestato de Juan Bautista Rocha, contra The Santa Marta Railway Company, limited, sobre indemnización de perjuicios y otros puntos. Ambas partes recurrieron en casación contra la sentencia del Tribunal, que es de 24 de mayo del presente año. A ambas concedió aquél tal recurso.

Cuando éste se interpone, el Tribunal respectivo lo concede o lo niega. Si sucede esto último, procede el recurso de hecho (C. J., art. 527), y entonces la Corte ha de estudiar el punto con toda amplitud para corroborar o corregir ya los conceptos del inferior, ya su decisión misma, ya unos y otra, como cumple al recurso de hecho (arts. 514 y 516, ibidem).

Cuando el Tribunal lo concede, después de la fijación en lista y sin lugar, como sobra decirlo, al recurso de hecho que se acaba de traer a cuento para su caso, se decide sobre admisibilidad, y otro tanto acontece cuando

el Tribunal ha negado, pero la Corte, en el recurso de hecho, ha concedido el de casación (arts. 528 y 529, inc. 1º ibidem).

Así, pues, cuando, como ahora sucede en este litigio, se ha llegado a la oportunidad de decidir sobre admisión, no se trata ya de la sola concesión, acerca de la cual el Tribunal ha proveído en forma que ha dado lugar a aquello.

Con motivo de la admisibilidad estudiará en cada caso la Corte, revisando el proceso, si se interpuso en tiempo y por persona hábil (art. 523) y si se trata de sentencia dictada con las calidades y en los juicios a que ceñidamente se refiere el art. 519 del C. J. Es de advertir que en el evento de que el Tribunal haya errado concediendo sin llegar la cuantía a las cifras señaladas allí, la Corte no puede negar la admisión por vedárselo la advertencia expresa que al respecto hace dicho art. 523 en su inc. 2º Se observa que esta anotación no reza con el presente juicio, en que no hay duda sobre la suficiencia de la cuantía.

No la hay sobre oportunidad, pues una y otra parte interpusieron el recurso el mismo día de recibir cada cual la notificación de la sentencia recurrida (art. 521 ibidem). Ni la hay sobre que se trata de fallo acusable en casación a la luz del citado art. 519.

El apoderado de los demandantes en la Corte objeta la personería de la compañía demandada, por el cambio en la persona que ha obrado como gerente o apoderado general, por no saberse cuál de estas dos calidades ha tenido y por no obrar en autos poder alguno, a más de que si de apoderado se trata, no figura tal persona como abogado inscrito y consiguientemente capacitado para litigar.

Las indicaciones del objetante así resumidas y cuanto ellas sugieren acerca de la personería, no son para consideradas y decididas con motivo del auto de admisión, el que no presenta el campo legalmente adecuado, ni la oportunidad tampoco, para problema tan trascendental. Con motivo de tal auto, y sólo en ello se está ahora, no lo sería posible a la Corte estudiar en el fondo la personería de las partes, con todo lo que ella significa, sin quebrantar las disposiciones legales que establecen cómo, cuándo y por quién se puede proponer aquella cuestión y decidírsela.

Por la claridad que en són de contraste cabe establecer, puede imaginarse, en vía de hipótesis y ejemplo, la concesión del recurso interpuesto por quien no fue parte en instancia. Ante hecho tan protuberante, no cabría duda sobre que no está interpuesto por la persona hábil a que se refiere el citado art. 523, y la Corte habría de declararlo inadmisible; pero bien se echa de ver que podría proceder a este paso justiciero legalmente, puesto que, en tan extremo supuesto, para ello no tendría que incurrir en el aludido quebrantamiento de disposiciones legales.

En mérito de lo expuesto, se declara admisible el recurso de casación que contra la sentencia de segunda instancia en este pleito interpusieron una y otra de las partes litigantes.

Notifíquese.

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta.

COSA JUZGADA Y AUTOS INTERLOCUTORIOS

El auto que no admitió la denuncia del pleito, tuvo por objeto un punto incidental en el juicio. Véase el artículo 825 del código entonces vigente. Hoy tuviera ese mismo carácter por su analogía con las resoluciones enumeradas en el artículo 463, ordinal 2º, del código actual. Aunque interlocutorio, es definitivo en lo atinente a la cuestión allí decidida: no estar fundada la denuncia. Y así puede decirse que en eso solo es ejecutorio dentro del juicio. Pero carece de la autoridad irrefragable de cosa juzgada porque no fue, ni podía serlo, ese auto la sentencia firme proferida en el litigio. Cierto es que el tribunal motivó su negativa adoleciendo, entre otras razones, la de no estar el lote demandado dentro de la finca comprada al individuo a quien se denunció el pleito. Mas también es cierto que si la autoridad de cosa juzgada se atribuyese a decisiones distintas de las que ponen fin a los litigios, ocurriría que el juez pudiera prejuzgar antes de proferir su fallo definitivo. El tribunal cambió en su sentencia una apreciación hecha en su auto. Eso fue todo. Obrando de esta manera no ha reproducido un litigio ni violado la presunción legal de verdad que justifica la cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

CAPITULO I

1.—Por la escritura 352 de 12 de agosto de 1922, otorgada en la notaría 2ª de Santa Marta, fue protocolizado (folio 36, cuaderno Nº 7) este documento:

"El infrascrito Secretario de Estado del Despacho de Hacienda y Fomento del Gobierno de los Estados Unidos de Colombia, certifica: Que el Poder Ejecutivo ha dictado la siguiente resolución: 'Despacho de Hacienda i Fomento.—Bogotá, 25 de Marzo de 1867.—Habiendo el señor Francisco de Labarcés ocurrido por medio de comisionado al Poder Ejecutivo, solicitando se le espida título de propiedad del terreno llamado "Las Playitas de Riofrío" en el Estado S. del Magdalena, por haberse perdido el que su padre obtuvo del vendedor que lo fue el Gobierno Español; i resultando del espediente que se le ha presentado al efecto: Que a la familia de Labarcés se le promovió por el fisco pleito sobre la propiedad de dicho terreno; que aquélla comprobó que éste fue comprado i pagado por uno de sus ascendientes al Gobierno Español en almoneda pública; que el título de propiedad que obtuvo el comprador se perdió a la familia en la Ciénaga el año de 1823 a causa de un trastorno sucedido allí a la entrada de un cuerpo de tropas republicanas; que en mérito de lo actuado, el juez de Hacienda de Santa Marta dictó en 1846, sentencia declarando a la familia Labarcés la propiedad del referido terreno, cuya sentencia fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal del Atlántico en 1857, se resuelve: El Gobierno de los Estados Unidos de Colombia, reconoce la propiedad del señor Francisco de Labarcés i sus coherederos al terreno llamado Las Playitas de Riofrío en el Estado S. del Magdalena, cuya estensión superficiaria, según el plano respectivo, la exposición de los agrimensores i la sentencia de segunda instancia mencionada es de doscientas caballerías colombianas o doce mil fanegadas, que equivalen a siete mil seiscientas ochenta hectáreas, i bajo los siguientes linderos señalados en los mismos documentos: De la punta de Las Playitas de Riofrío, hasta la cabecera de la quebrada del Guáimaro por toda la cordillera, tomando de Este a Oeste los anegadizos de Ciénaga Grande, siguiendo después la línea diagonal de Sur a Norte i regresando por toda la margen derecha de Riofrío aguas arriba hasta llegar al punto de partida. En consecuencia, espídase a favor de la dicha familia el certificado que acredite la propiedad del mencionado terreno, i según lo solicitado por el señor Agustín Núñez a nombre del citado señor Francisco de Labarcés, en el precedente memorial, de 29 de noviembre de 1866. El secretario, A. Morales. En fe de lo cual se espide el presente a favor de la ya mencionada familia de Labarcés, que constituye suficiente título de propiedad de ella a los citados terrenos de Las Playitas de Riofrío, en Bogotá a veintiséis de marzo de mil ochocientos sesenta i siete.—Alejo Morales. Es copia de

su original. Santa Marta, octubre 21 de 1868. El secretario, Juan Bta. Durán".

2.—Por la escritura 26, de 9 de mayo de 1893, otorgada en la notaría de San Juan del Córdoba (folio 41, cuaderno Nº 7), fue protocolizado el juicio mortuorio de Francisco de Labarcés. En la partición, aprobada por auto de 22 de agosto de 1892, le fueron adjudicados a Francisco de Labarcés Perea "dos paralelogramos, uno de ellos marcado en el plano con las letras d-i-j-e".

3.—Por la escritura 183, de 10 de julio de 1921, otorgada en la notaría de Ciénaga, fue protocolizado el juicio de sucesión de Francisco de Labarcés P., en el cual le fue adjudicada a Blas García Rangel, José A. Ariza A., José Vicente Sánchez e Isabel María Labarcés Llanos la parte alta de un globo de terreno ubicado en Riofrío, "que consta, según aparece del plano, de mil ochocientas hectáreas, y se halla dentro de estos linderos: norte, el río llamado Riofrío, en una extensión de dos mil quinientos metros, desde las tierras ocupadas por Manuel Varela pertenecientes a la misma sucesión; este, las tierras ocupadas por Manuel Varela y la finca de Francisco Robles Samper, en una extensión comprendida desde donde empieza el lindero norte, hasta encontrar la línea recta que une el nacimiento de la quebrada del Guáimaro con la desembocadura de la misma quebrada; sur, la línea recta que une el nacimiento de la quebrada del Guáimaro con la desembocadura de la misma quebrada; y oeste, en línea recta hacia el norte, desde donde desemboca la dicha quebrada hasta encontrar el lindero norte, terrenos bajos de la misma sucesión" (cuaderno Nº 1º, folios 44 y siguientes).

CAPITULO II

Provistos de los documentos mencionados en el capítulo anterior, García Rangel, Ariza A., Sánchez y Labarcés Llanos demandaron a la United Fruit Company, para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Que perteneció a Francisco de Labarcés Perea, y pertenece hoy a sus sucesores, un lote de tierra comprendido en la parte alta del globo general conocido con el nombre de "Las Playitas de Riofrío", lote que se distingue en el plano con las letras d-i-j-e. (Delimitaron el globo general).

Segunda.—Que hace parte del globo de tierra que se distingue en el plano general de "Las Playitas de Riofrío" con las letras d-i-j-e, la porción de terreno de 400 hectáreas más o menos, comprendida dentro de estos linderos: "por el este, del punto de la margen derecha de la quebrada del Guáimaro que cruza la línea recta, perpendicular, que de norte a sur divide los lotes tercero y cuarto en el citado plano, distinguido (sic) la línea con las letras d-i siguiendo esa línea en la misma dirección de norte a sur, hasta llegar al punto marcado con la letra i limita con terrenos del tercer lote; por el sur, siguiendo de este a oeste la línea recta i-j desde el punto i hasta el punto j del plano, los terrenos conocidos con el nombre de Cañabobal están formando este lindero; por el oeste, a partir del punto j del plano, siguiendo la línea recta j-D del plano hasta encontrar la quebrada del Guáimaro, limita con el cuarto lote de la parte baja del globo general referido; del punto donde termina, al norte, el lindero del oeste, forma el lindero norte la quebrada del Guáimaro".

Tercera.—Que los demandantes son únicos dueños de la porción determinada en el punto anterior.

Cuarta.—Que la United Fruit Company queda en la obligación de restituir a los actores la porción de terreno delimitada en la súplica segunda, con sus anexidades, y con los frutos naturales y civiles percibidos y pendientes, a contar los primeros desde el año de 1913 (cuaderno Nº 1º, folios 68 y siguientes).

CAPITULO III

La United Fruit Company se opuso a la demanda diciendo que el lote de tierra no ha pertenecido nunca a los actores, y que es ella la dueña y poseedora actual de dicho lote, "que forma parte del mayor globo conocido con el nombre de 'Orihueca y Cañabobal', cuyo lindero norte es arcifinio y consiste en el curso de la quebrada del Guáimaro a partir del punto endonde la cruza el camino real de Valledupar, aguas abajo hasta su desembocadura en la Ciénaga Grande, según fue declarado en sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, proferida por el señor juez del circuito de La Ciénaga, doctor Blas García Rangel, el 1º de marzo de 1916, sentencia que fue confirmada por el tribunal superior del distrito de Santa Marta mediante fallo de fecha 28 de junio del propio año de 1916". Parece que debió citar el 27 de marzo de 1916. (cuaderno Nº 2, folio 84).

La United Fruit Company propuso estas defensas: carencia de acción, cosa juzgada, petición de modo indebido y prescripción.

CAPITULO IV

El juzgado del circuito de San Juan del

Córdoba absolvió a la compañía, diciendo: que son deficientes los títulos exhibidos por los actores; que es el plano un documento informal, y que la escritura de protocolización Nº 163, de 20 de julio de 1921, otorgada en la notaría 2ª de Ciénaga, es posterior al año de 1918, en que empezó a poseer la United. Por todo ello declaró probada la excepción de falta de acción (cuaderno Nº 3, folios 73 y siguientes).

El tribunal de Santa Marta confirmó la sentencia del juzgado, aunque por razones diferentes de las que éste expuso.

CAPITULO V

El tribunal, luégo de reconocer que el plano llena la finalidad perseguida por los demandantes en cuanto a demostrar cómo la porción que reivindican hace parte del paralelogramo adjudicado a Francisco de Labarcés Perea, formula esta observación:

"El título originario aludido señala estos linderos a las 'Playitas': 'de la punta de Las Playitas de Riofrío hasta la cabecera de la quebrada del Guáimaro por toda la cordillera...'. Este límite viene a ser el lado sur (sic) del terreno conforme a la leyenda del plano que figura en los autos (cuaderno Nº 1º) y que reza: 'Plano que manifiesta la mensura del terreno nombrado Las Playitas de Riofrío..... contenidos en su largo desde la cordillera por el este, hasta los playones inundables colindantes con Ciénaga Grande por el oeste y en su ancho desde Riofrío por el norte hasta la quebrada del Guáimaro por el sur.....'. Pues bien: los títulos que adujo la parte demandada para comprobar su derecho en las tierras de Orihueca y Cañabobal, señalan como límite de ellas conforme lo detalla la escritura otorgada en 1851 a favor del general Mariano Barrenechc, el siguiente: 'La boca de la quebrada del Guáimaro, ésta arriba hasta el pie de la cordillera...'. Esta quebrada es pues el lindero norte del globo de Cañabobal y al mismo tiempo, como antes se dijo, el lindero sur de las Playitas de Riofrío. De donde resulta que si el paralelogramo a que pertenece la porción reclamada o bien dicha porción, resulta al sur de la quebrada de acuerdo con el plano presentado por los mismos demandantes, la demanda propuesta viene a quedar desvirtuada por el propio título de los actores. Y no se alegue que por figurar en el plano la porción reclamada, por eso ha de entenderse que pertenece a los demandantes, porque para que ello fuera así sería menester que el plano coincidiera, por este aspecto, con el título y ya se ha visto que este último no atraviesa la quebrada en parte alguna sino que se detiene en ella, aparte de que el plano proviene de una de las partes, la que en él se apoya, sin que aparezca el asentimiento que le diera la otra en este particular. El actor ha querido probar un hecho nuevo no alegado en la demanda, cual es el de que el demandado varió el cauce de la quebrada del Guáimaro en el año de 1908. Pero ese hecho, aunque fuera admisible, no agrega ni quita nada a la presente litis, porque la porción reclamada se funda en el plano de 1892 época anterior, en mucho, a la que se fija a la variación del cauce. Más claro: si la variación modificó el curso que tenía la quebrada en 1892 a esa parte variada no se contrajo la demanda, de donde resulta improcedente la prueba de esa variación y más improcedente aún la alegación que en tal cosa se funda".

CAPITULO VI

Entre otros títulos, presentó estos la United Fruit Company:

1º—Por la escritura 8, de 7 de enero de 1918, otorgada en la notaría de Santa Marta, la United compró a Alzamora, Palacio & Cº cierta extensión de terreno perteneciente a un globo conocido con el nombre de "Orihueca y Cañabobal", delimitado así: "Al norte, quebrada del Guáimaro en medio, con terrenos de la familia Labarcés... y al oeste, con los desparramaderos de las quebradas del Latal, de Orihueca y del Guáimaro, partiendo del punto en que el camino real de San Juan del Córdoba al Valle de Upar, atraviesa la quebrada del Guáimaro, siguiendo en dirección general sur, por dicho camino, 1884 metros... se sigue entonces por dicha quebrada del Latal, aguas abajo hasta sus desparramaderos o desembocadura en los pantanos, por toda la orilla de esos pantanos contorneando los desparramaderos de la quebrada de Orihueca, hasta encontrar el cauce fijo de la quebrada del Guáimaro aguas arriba hasta el punto en que la atraviesa el camino real actual de San Juan del Córdoba al Valle de Upar, o sea el punto de partida...".

Declaró el vendedor que el globo de "Orihueca y Cañabobal" constituye acción y media de las seis que formaban el globo conocido con este nombre y cuyos linderos generales eran: "de la boca de la quebrada del Guáimaro encaminándose a buscar para arriba, el pie de la cordillera; de este punto, buscando la quebrada del Latal hasta abajo; de aquí, hasta su desembocadura en el río de Riofrío; y de este punto, Riofrío arriba, a buscar la boca de la quebrada del Guáimaro

que es el primer lindero" (cuaderno Nº 1, folio 24).

2º—Por la escritura 68, de 16 de enero de 1912, otorgada en la notaría 2ª de Barranquilla, Alzamora, Palacio & Cª hubieron de Alzamora, Palacio & Cª, en liquidación, la totalidad del inmueble que pasó luégo a ser de la United Fruit Company, una parte, otra de Jesurum y otra de Díaz Granados (cuaderno Nº 7, folio 110).

3º—Por la escritura 440, de 9 de junio de 1898, otorgada en la notaría 2ª de Barranquilla, Alzamora, Palacio & Cª, hubieron de J. Alzamora H. & Cª, en liquidación, un globo de terreno que compone acción y media de las seis que formaban los terrenos de "Orihueca y Cañabobal", cuyos linderos generales son: "de la boca de la quebrada del Guáimaro, encaminándose a buscar para arriba el pie de la cordillera...". Dicha acción y media formaba con otra acción y media, tres acciones que pertenecieron a Gregorio Beltrán Pinzón y Barcelay Angarita, delimitadas dicha acción y media como sigue: "desde el punto en que el camino real que conduce de San Juan del Córdoba al Valle de Upar, atraviesa la quebrada del Guáimaro, siguiendo en rumbo meridional...., se sigue hasta encontrar con los desparramaderos, también impenetrables, de la quebrada del Guáimaro, y siguiendo también por el perímetro de estos desparramaderos, hasta encontrar el cauce fijo de la misma quebrada del Guáimaro, de donde aguas arriba, se llega al camino real de San Juan del Córdoba al Valle de Upar, o sea el primer lindero" (cuaderno Nº 7, folio 95).

4º—Por la escritura 367, de 10 de junio de 1897, J. Alzamora H. & Cª hubieron de Benjamín T. Senior, Jacob Senior y Lilia Senior la mitad de un terreno que se halla en los de "Orihueca y Cañabobal", delimitados así: "de la boca de la quebrada de Guáimaro, encaminándose a buscar para arriba al pie de la cordillera..." (cuaderno Nº 7, folios 93).

5º—Benjamín T., Jacob y Lilia Senior hubieron la mitad del terreno, en la sucesión de David López Penha Jr., juicio protocolizado por la escritura 390, de 13 de agosto de 1894, otorgada en la notaría 2ª de Barranquilla, por estos linderos: "por el norte, terreno de los herederos de Francisco de Labarcés; por el sur, terreno de Apolonia Ounú de Sutory; por el oriente, el camino real que conduce de San Juan del Córdoba al Valle de Upar; y por el occidente, los anegadizos de Ciénaga Grande". La sentencia aprobatoria de la partición lleva fecha 6 de agosto de 1894 (cuaderno Nº 7, folio 97).

6º—Por la escritura 333, de 12 de diciembre de 1892, otorgada en la notaría 1ª de Barranquilla, David López Penha Jr. y J. Alzamora & Cª, hubieron de Gregorio Beltrán un terreno comprendido en los terrenos de "Orihueca y Cañabobal", que se delimitan así: "de la boca de la quebrada del Guáimaro encaminándose a buscar para arriba el pie de la cordillera..." (cuaderno Nº 7, folio 107).

7º—Por la escritura 21, de 28 de diciembre de 1885, otorgada en la notaría 2ª de Ciénaga, Gregorio Beltrán P. hubo de Barcelay Angarita acción y media de tierra en los terrenos denominados "Orihueca y Cañabobal". Los linderos del globo en que están comprendidas las acciones, son los siguientes: "la boca de la quebrada del Guáimaro, ésta encaminándose a buscar para arriba el pie de la cordillera..." (cuaderno Nº 7, folio 124).

8º—Por la escritura 12, de 1º de mayo de 1884, otorgada en la notaría 2ª de Ciénaga, Barcelay Angarita hubo de Carlos C. Simonds y Rosa de Simonds una acción en los terrenos de Orihueca y Cañabobal, dentro del globo de terreno conocido por estos linderos: "de la boca de la quebrada de Guáimaro aguas arriba hasta el pie de la cordillera..." (cuaderno Nº 7, folio 117).

9º—Por la escritura Nº 89, del año de 1885, otorgada en la notaría de Santa Marta, C. H. Simonds hubo de Pedro Salcedo la mitad del globo de tierras nombrado "Orihueca y Cañabobal", situado entre las quebradas del Guáimaro y Latal, y cuyos linderos son: "la boca de la quebrada del Guáimaro, ésta arriba hasta el pie de la cordillera..." (cuaderno Nº 7, folio 67).

10º—Por escritura de 1851, otorgada en la notaría de Santa Marta, Pedro Salcedo y Jacobo Henríquez, hubieron de Mariano Barreneche un globo de tierra, nombrado "Orihueca y Cañabobal", cuyos linderos son: "la boca de la quebrada del Guáimaro, ésta arriba hasta el pie de la cordillera....." (cuaderno Nº 7, folio 57).

11º—Por escritura de 1851, otorgada en la notaría de Santa Marta, Mariano Barreneche hubo de Joaquín de Mier, como albacea de Andrés del Campo, el inmueble de que se habla en el punto anterior y por los mismos linderos. Se agrega que está "entre las quebradas del Guáimaro y Latal". (cuaderno Nº 7, folio 52).

12º—Por escritura de 10 de septiembre de 1836, otorgada en la notaría de Santa Marta, Andrés del Campo hubo de Ramona Oligos, viuda de José de Jimeno, unas tierras de "Origüeca y Cañabobal", situadas

en el paraje que media entre las quebradas del Guáimaro y Latal, más allá de Riofrío. (cuaderno Nº 7, folio 49).

CAPITULO VII

I.—Estima el recurrente que la sentencia del tribunal viola los artículos 946, 947, 950, 952, 959 y 961 del código civil, por apreciación errónea de la prueba del dominio correspondiente a los actores en el lote demandado y por falta de apreciación de una parte de esa misma prueba, por lo cual considera haberse incurrido en error de hecho manifiesto en los autos. Cita las declaraciones de José Isabel Bustamante, Fernando Pertuz, José D. Bustamante y Antonio Granados, quienes identifican el lote mencionado, diciendo que su límite sur son las tierras de "Cañabobal" y su límite norte el cauce actual de la quebrada del "Guáimaro". Alega que si entre el plano general de "Playitas de Riofrío", elaborado en 1892, y el título original otorgado por el gobierno español al general Francisco de Labarcés, hay perfecta coincidencia, cualquiera desviación se explica por el hecho de que la United Fruit Company, desde el año de 1908, hizo cambiar el curso de la quebrada del "Guáimaro" hacia el nordeste de "Playitas de Riofrío", y observa que tal hecho, apreciable por los sentidos, quedó demostrado con las declaraciones de Fernando Pertuz, José Dolores Polo y José Isabel Bustamante.

II.—Observa el recurrente que por auto fechado el 15 de noviembre de 1924 (fojas 21 y siguientes del cuaderno Nº 3), quedó dicho que el globo materia de la reivindicación es distinto de los predios denominados "Orihueca y Cañabobal".

III.—Dice que si el lindero sur es una línea recta que tiene dos puntos conocidos, no es posible afirmar que todo lo que esté sobre la ribera izquierda pertenezca a "Cañabobal" y todo lo que esté sobre la derecha pertenezca a "Las Playitas", porque la sola tortuosidad de todas las corrientes naturales sería respuesta irrefutable a esa afirmación, y anota que por el plano se ve claramente el sinuoso curso de la quebrada, con tales vaivenes que su eje está unas veces hacia la derecha y otras hacia la izquierda, dejando que la función topográfica de la línea recta tome unas veces terrenos de aquel lado y otras de éste. El globo se halla delimitado en tal forma que la línea recta que ha de unir "el nacimiento de la quebrada con su desembocadura, permanece inalterable hacia el lado izquierdo de la quebrada, en tanto que ésta parece desviarse hacia la derecha, o sea al norte.

IV.—Sostiene que el tribunal incurrió en error evidente de hecho al apreciar la prueba del dominio presentada por los actores, porque refiriéndose al título originario confundió el lado sur con el lado oriente.

V.—Cita una sentencia del tribunal de Santa Marta (cuaderno Nº 10, folio 2), proferida en el juicio de Jacob B. Méndez y otro contra Aminta C. Rovero y otros, endonde aparecen unos linderos puestos por el mismo tribunal, que demuestran cómo éste había reconocido que el lindero sur de "Playitas de Riofrío" no está constituído precisamente por el curso de la quebrada del "Guáimaro", sino por una línea imaginaria que viene a ser la línea recta que aparece en el plano, línea que arrancando de la cabecera de la quebrada va a morir en su desembocadura, por lo cual puede afirmarse la coincidencia entre el título original y el plano.

VI.—Afirma que el tribunal incurrió en error de hecho, porque los linderos del título original coinciden con los del plano, y que la leyenda explicativa de éste tiene menor valor probatorio que su propia grafía.

VII.—Como la United Fruit Company ha negado la existencia de un título que ampare el dominio de los Labarcés Peres en la sucesión del general Francisco de Labarcés, observa que la carencia de título del antecesor debe afectar, con idéntica fuerza, a los que basándose en el título original aleguen el dominio de una parte que pertenezca al globo partido en la sucesión del general de Labarcés, y dice que es curioso anotar cómo la United afirma la inexistencia del título cuando se trata de combatir las pretensiones de los actores, y cómo se apoya en el mismo título para defender los derechos de ella en el fundo de "Playitas de Riofrío". Alega que de las declaraciones hechas por la United se deducen dos consecuencias: la de que reconoce la existencia del título originario, puesto que en él apoya su dominio en una parte de "Las Playitas", y la de que igualmente admite, de manera expresa, la exactitud y autenticidad del plano presentado, pues lo cita como prueba de su propio derecho.

VIII.—Dice, finalmente, que en el juicio de sucesión del general Labarcés se hace siempre referencia al plano y se identifican los bienes por los límites allí consignados. "Así podemos ver (fojas 46, 52 y siguientes del cuaderno Nº 1º) que el lindero sur de "Las Playitas de Riofrío" no es la quebrada del "Guáimaro" a secas, de tal modo que sus riberas sean los límites que separan los predios de "Cañabobal" y "Playitas" ".

CAPITULO VIII

La corte considera:

I

Dijo el tribunal que por cuanto la finca denominada "Playitas de Riofrío" tiene como lindero sur la quebrada del "Guáimaro" y por cuanto el globo materia de la reivindicación tiene como lindero norte la misma quebrada, es claro que este segundo predio no está comprendido en aquel primero.

Arguye el recurrente que el tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al tomar por lindero sur de "Playitas de Riofrío" la quebrada del "Guaímaro", cuando ese lindero sur es la línea recta que va desde el nacimiento de dicha quebrada hasta su desembocadura.

Los actores trajeron al proceso tres pruebas documentales: un certificado del despacho de hacienda y fomento, expedido el 25 de marzo de 1867; una hijuela, fechada el 22 de agosto de 1892 y desprendida del juicio de sucesión de Francisco de Labarcés, y otras hijuelas fechadas el 19 de abril de 1921, referentes a la adjudicación hecha a los demandantes en el juicio de sucesión de Francisco Labarcés Perea.

En el certificado, que alude al título de propiedad obtenido del gobierno español por Francisco de Labarcés, se fija el límite sur, desde la cabecera de la quebrada del "Guáimaro", "tomando de este a oeste los anegadizos de 'Ciénaga Grande' ". Como puede observarse, tal lindero no arroja luz sobre el punto controvertido. Según los términos empleados, el límite sur de "Playitas de Riofrío" con la finca de "Orihueca y Cañabobal" puede ser la línea recta que figura en el plano de 1892 con las letras i-j, como lo sostienen los actores, o la quebrada del "Guáimaro", como lo afirma el tribunal, u otra línea cualquiera orientada del mismo modo.

En la hijuela correspondiente a Francisco de Labarcés Perea, en la sucesión de Francisco de Labarcés, se le adjudica un paralelogramo "marcado en el plano con las letras d-i-j-e". Como puede observarse, aparece precisado con las letras i-j el límite sur de "Playitas de Riofrío" que en la adjudicación hecha por el gobierno español se indicó desde la cabecera de la quebrada del "Guáimaro", "tomando de este a oeste los anegadizos de Ciénaga Grande"; pero esto fue hecho por los herederos del adjudicatario, para el efecto de dividirse los bienes adjudicados, sin que intervinieran los dueños de "Orihueca y Cañabobal".

En las hijuelas correspondientes a los actores en la sucesión de Francisco de Labarcés Perea, consta que a aquéllos les fue adjudicado un terreno cuyo límite sur es "la línea recta que une el nacimiento de la quebrada del 'Guáimaro' con la desembocadura de la misma quebrada". Como puede observarse, este límite sur, fijado cuando ya existía el plano de 1892, en que el curso y la desembocadura de la quebrada del "Guáimaro" aparecen distantes de la línea i-j, es una línea recta que une el nacimiento de la quebrada con su desembocadura, y que resultaba ya para 1892 diferente de la línea i-j indicada por los adjudicatarios demandantes como divisoria de "Playitas de Riofrío" y "Orihueca y Cañabobal".

Estima la corte que si los linderos contenidos en el certificado de 1867 son vagos; que si el paralelogramo adjudicado en 1892 por las letras d-i-j-e figura en un plano hecho sin la intervención del colindante por el sur, y que si en las hijuelas de 1921 se fija como límite por este lado una línea recta que, según el mismo plano difiere de la línea i-j, no puede hacerse al tribunal el cargo de que incurriera en error manifiesto al apreciar las pruebas documentales exhibidas por la parte actora.

En apoyo de su acción, presentaron los actores dos grupos de testigos: uno formado por José Isabel Bustamante, Fernando Pertuz, José D. Bustamante y Antonio Granados (cuaderno Nº 11, folios 10 vuelta y siguientes) y otro formado por Fernando Pertuz, José Dolores Polo y José Isabel Bustamante (cuaderno Nº 6, folios 10, 11 vuelta y 13 vuelta).

Los testigos del primer grupo señalan como límite sur de "Playitas de Riofrío" la línea recta que une el nacimiento de la quebrada del "Guáimaro" con la desembocadura de la misma quebrada; dicen que el lote por ellos delimitado es exactamente el distinguido en el plano con las letras d-i-j-e, y agregan que hace parte de dicho lote un globo delimitado así: "este, del punto de la margen derecha del cauce actual de la quebrada del "Guáimare" que cruza la línea perpendicular d-i del plano de partición de las Playitas de Riofrío, siguiendo esa línea de norte a sur hasta llegar al punto marcado con la letra i limita con los terrenos del tercer lote de la parte alta; sur, siguiendo este a oeste la línea i-j desde el punto i hasta el punto j limita con terrenos de Cañabobal; oeste, siguiendo la línea j-d del plano hasta encontrar la quebrada del Guáimaro cauce

actual, limita con el cuarto lote de la parte baja, de norte a sur; y norte, el cauce actual de la quebrada del "Guáimaro". Este lote, según los testigos, es poseído actualmente por la United Fruit Company.

Observa la corte que estos testigos, luégo de afirmar que el límite sur de "Playitas de Riofrío" es la línea recta que une el nacimiento de la quebrada del "Guáimaro" con su desembocadura, sostienen que tal límite es la línea i-j del plano. Y no entiende ella cómo, conociendo los testigos ese plano, el elaborado desde 1892, en que aparecen el curso y la desembocadura de la quebrada tan distantes de la línea i-j, digan que esta línea es la recta que une el nacimiento de la quebrada con su desembocadura.

Con fundamento en estas declaraciones no puede afirmarse que incurriera el tribunal en error manifiesto de hecho al no tomar la línea i-j como límite de las dos heredades.

Los testigos empezaron hablando de la línea recta que une el nacimiento de la quebrada con su desembocadura. Así lo dijeron después de conocer el plano. Su dicho inicial, que ellos mismos desvirtuaron al identificar luégo dicha línea con la i-j, se acerca más, según el plano, al dato hallado en la prueba documental exhibida por la United y creada a lo largo de 77 años, que al dato suministrado por el mismo plano en la línea sur i-j.

La identificación no era objeto propio de prueba testimonial sino más bien de prueba pericial. Expertos, con vista de los títulos presentados por una y otra parte, han podido hacer, previo estudio del plano y empleando conocimientos técnicos, una identificación que no dejara la menor duda, como sí la deja ésta, efectuada por simples testigos. Más aconsejable hubiera sido una inspección ocular.

Llama la atención, eso sí, que tales testigos señalen como límite norte del globo demandado, no simplemente la quebrada del "Guáimaro" sino el cauce actual de dicha quebrada, y será ello tenido en cuenta más adelante. También hablan del cauce actual cuando fijan el lindero del este.

Los testigos del segundo grupo informan que la United desvió en 1908 el cauce de la quebrada del "Guáimaro" hacia el noroeste de "Playitas de Riofrío", en su parte alta.

Los testigos del primer grupo comienzan respondiendo qué el lindero del lote demandado es por el sur la línea recta que une el nacimiento de la quebrada del "Guáimaro" con la desembocadura de la misma quebrada, y seguidamente declaran que ese lindero es la línea i-j del plano. Incurren, pues, en visible contradición. Pudo el tribunal desestimar esa prueba de conformidad con el artículo 701 del código de procedimiento.

Los testigos del segundo grupo hablan del desvío de la quebrada en 1908, sobre lo cual dice el fallador que ese hecho no agrega ni quita nada a la presente litis.

No hay, por tanto, error manifiesto de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas, al conceptuar, como conceptuó el tribunal, que dicho lindero sur de "Playitas de Riofrío" es la quebrada del "Guáimaro".

Falta agregar, eso sí, que si ese es el lindero, el posible desvío de la quebrada para alterar lo que era su cauce natural y trocarlo en el actual, y se dice que son distintos, es algo extraño a lo aquí sentenciado; de suerte que, caso de haber habido efectivamente esa alteración, lo comprendido entre cauce y cauce, no siendo materia de la presente acción de dominio, queda amparado por las acciones que competan, ya que, por lo que se viene advirtiendo la sentencia dictada en este pleito no hace sobre aquello tránsito de cosa juzgada.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo, sin duda alguna.

No terminará la corte el estudio de esta causal primera sin hacer constar que no hay prueba de la perfecta coincidencia, alegada por el recurrente, entre el título original proveniente del gobierno español y el plano elaborado en 1892.

II

Es cierto que en auto fechado el 15 de noviembre de 1924 (cuaderno N° 3, folio 21), por el cual no fue admitida la denuncia del pleito, dijo el tribunal que el objeto de la reivindicación es distinto de la finca denominada "Orihueca y Cañabobal".

Fueron estas sus palabras:

"El tribunal observa que en realidad el predio sobre que versa la demanda es sustancialmente distinto del que afirma la parte demandada haber comprado a Alzamora, Palacio & Co. En efecto, el primero de los predios pertenece al globo denominado "Playitas de Riofrío", y el segundo hace parte del globo nombrado "Orihueca y Cañabobal"; luego es forzoso concluír que no siendo el mismo predio, no es procedente la denuncia del pleito....".

También se fundó el tribunal, para no admitir la denuncia del pleito, en que ésta fue hecha antes de contestada la demanda.

Este auto, que el tribunal no ha debido dictar porque la compañía compradora tenía derecho a citar a su vendedor para que compareciese a defenderla en la posibilidad de que se hallara que el globo perseguido es parte de la cosa comprada, decidió un punto incidental en el juicio. Véase el artículo 825 del código entonces vigente. Hoy tuviera ese mismo carácter por su analogía con las resoluciones enumeradas en el artículo 466, ordinal 2º, del código actual. Aunque interlocutorio, es definitivo en lo atinente a la cuestión allí decidida: no estar fundada la denuncia. Y así puede decirse que en eso solo es ejecutorio dentro del juicio. Pero carece de la autoridad irrefragable de cosa juzgada porque no fue, ni podía ser, ese auto la sentencia firme dada en el litigio. Cierto es que el tribunal motivó su negativa aduciendo entre otras razones la de no estar el lote demandado dentro de "Oribueca y Cañabobal" sino dentro de "Playitas de Riofrío". Mas también es cierto que si la autoridad de cosa juzgada se atribuyese a decisiones distintas de las que ponen fin a los litigios, ocurriría que el juez pudiera prejuzgar antes de proferir su fallo definitivo. El tribunal cambió en su sentencia una apreciación hecha en su auto. Eso fue todo. Obrando de esta manera no ha reproducido un litigio ni violado la presunción legal de verdad que justifica la cosa juzgada.

III

Se dice en la demanda de casación que por ser el lindero sur una línea recta entre dos puntos conocidos, no es posible afirmar que todo lo que esté sobre la ribera izquierda pertenece a "Cañabobal" y todo lo que esté sobre la derecha pertenece a "Las Playitas".

Esto es verdad siempre que el límite inferior de "Las Playitas" sea la línea recta; pero justamente es ello lo que no ha probado con plenitud la parte actora.

Los demandantes sostienen que el límite sur de su finca es la línea recta i-j del plano.

Sostiene la demanda que el límite norte de su finca es arcifinio y consiste en el curso de la quebrada del "Guáimaro", aguas abajo hasta su desembocadura en Ciénaga Grande.

Los actores fundan su pretensión en el título original, en las hijuelas formadas en dos sucesiones, en el plano elaborado en 1892 y en varios testimonios.

La reo exhibe en su defensa una serie de títulos otorgados a lo largo de 77 años, y alega además la leyenda del plano.

El tribunal prefirió las pruebas aducidas en favor de la parte poseedora. No puede decirse que incurriera en error manifiesto al obrar de este modo, mientras de tales pruebas no se dedujera mérito superior a la presunción de dominio que funda la posesión del demandado. En el capítulo VI del presente fallo se vio cómo los títulos presentados por la United dicen que la quebrada del "Guáimaro" es el lindero norte de "Oribueca y Cañabobal". De todos esos documentos, los únicos que no mencionan la quebrada como límite norte, sino "terreno de los herederos de Francisco de Labarcés, son las hijuelas hechas en la sucesión de David J. Penha Jr., lo cual no se opone a lo dicho en los títulos".

No puede pasarse por alto que la línea de la cual se dice ser recta, carece de la determinación de sus dos puntos extremos, que sería indispensable para precisarla debidamente, pues si comienza por la cabecera o nacimiento de la quebrada, se le asigna como terminación algo tan lejano de ser un punto, como esto: los anegadizos de Ciénaga Grande, la desembocadura de la quebrada, los playones inundables....

IV

Es innegable que la sentencia confunde el lado sur con el lado oriente, cuando habla del lindero que partiendo de la punta de "Playitas de Riofrío" va hasta las cabeceras de la quebrada del "Guáimaro", por toda la cordillera. Error sin ninguna trascendencia, porque no se discute el límite oriental. En la cuestión de fondo es claro el pensamiento del fallador.

V

En cuanto a la sentencia del tribunal, proferida el 29 de abril de 1912 en el juicio de Jacob R. Méndez, como apoderado de los Fernández, Luis y otros, contra Aminta C. Rovero y José Díaz Granados, bastaría observar que no constituye lo que en derecho se denomina cosa juzgada, porque le faltan los tres requisitos clásicos, a saber: identidad del objeto demandado, identidad de las partes e identidad de la causa petendi. Pero no se entra en el análisis de esta cuestión porque el cargo carece absolutamente de importancia. Trátase de un juicio de petición de herencia en que el tribunal confirmó el fallo de primer grado que contiene la enumeración de bienes dejados por Rita Labarcés de Rovero entre los cuales figura "Playitas de Riofrío" con el siguiente límite sur: "de este punto (quebrada del "Guáimaro") este a oeste a los anegadizos y manglares de

Ciénaga Grande". No se habla allí de la línea recta que aparece en el plano (cuaderno Nº 10, folios 10 y siguientes)

VI

No es cierto que esté probada, como lo afirma el recurrente, que los linderos del título original coinciden con los del plano.

Es verdad que de suyo la leyenda explicativa de un plano prueba menos que el plano mismo. Sin embargo, no puede negarse que en este caso tal leyenda coincide con el texto de numerosos títulos, lo que autorizaba al tribunal para tomarla en cuenta como elemento corroborante. Tal leyenda dice en lo pertinente: "... desde "Riofrío" por el norte hasta la quebrada del "Guáimaro" por el sur" (cuaderno Nº 1º, folio 89).

VII

No se estudian las observaciones del recurrente respecto a la existencia o inexistencia de un título en cabeza de los actores, porque el tribunal absolvió a la compañía demandada fundándose en una cuestión de límites pero sin afirmar ni negar la bondad del título exhibido por los demandantes.

En cuanto a lo que el recurrente llama reconocimiento del plano por parte de la United, fundado en el memorial de ésta corriente a folios 21 y siguientes del cuaderno número 1º, se observa que la alusión a ese plano no implica el reconocimiento de su exactitud ni inhibía a la United para sostener que el límite sur de "Playitas de Riofrío", en donde ella posee como dueña varios globos, es, en lo que separa a esta finca de "Criaderos y Cañabobal", la quebrada del "Guáimaro", como lo dice la leyenda del plano, y no la línea recta trazada en este último.

VIII

En la sucesión del general Labarcés Perea se habla de la línea recta que une el nacimiento de la quebrada del "Guáimaro" con la desembocadura de la misma quebrada, como límite sur de "Playitas de Riofrío". Ya se ha dicho que esto no prueba que ese límite sea la línea i-j del plano.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

falla:

No se casa la sentencia recurrida y se condena en costas al recurrente.

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

Juan Francisco Mújica.—Alberto Escobar.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

ACCION REAL HIPOTECARIA.—INTERPRETACION DE LA DEMANDA

Una demanda, como lo ha sostenido la Corte, es susceptible de interpretación, la cual se hace tomando todo el libelo en su conjunto. 2. La hipoteca es indivisible y da al acreedor el derecho de perseguir la finca, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido. (arts. 2473, 2452 del C. C.). La hipoteca, como la prenda, son obligaciones accesorias; cuando el que se constituye deudor garantiza su obligación con hipoteca, el acreedor tiene contra él dos acciones: la personal por el contrato principal, la real por el contrato de hipoteca. Enajenado el bien hipotecado, éste queda siempre bajo el imperio de una acción real, el acreedor conserva su acción personal contra el deudor, la real contra el inmueble hipotecado, pero es claro que la acción personal no puede recaer sobre el adquirente de la finca hipotecada, porque él no está ligado con ninguna relación personal con el acreedor. Basta ser poseedor de una parte del inmueble hipotecado para poder ser demandado con acción real.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

1º—Aparece de la escritura número 151 de 19 de enero de 1917 otorgada ante el notario 3º de Medellín, que Jesús Posada A. se constituyó deudor de José María Machado por la cantidad de mil doscientos pesos moneda corriente, por el plazo de un año y reconociéndole el interés del dos por ciento mensual. Para seguridad de su obligación, Posada constituyó hipoteca a favor de Machado sobre una casa, y su correspondiente solar, situada en la ciudad de Medellín, en la calle de Girardot, y por los linderos expresados en la demanda.

2º—Esta casa, con la hipoteca vigente, se la vendió Posada a Francisco M. Baena, éste a Jesús María López, y éste a Julio C. Villa Salón.

3º—En la sucesión de Villa Salón se adjudicó esta casa así: Una tercera parte al asilo de ancianos de Medellín; otra tercera al hospital de Rionegro y la tercera restante a la sala de maternidad del hospital de Girardot, Departamento de Cundinamarca. El hospital de Rionegro y el Asilo de Ancianos de Medellín vendieron sus respectivas terceras partes en el inmueble, siempre hipotecado, a la señora Aura Hernández de Restrepo.

4º—Son hoy dos los poseedores inscritos de dicha casa, a saber: la señora Hernández de Restrepo, dos terceras partes, y la sala de maternidad del hospital de Girardot, una tercera parte.

Demanda

Sobre estas bases, José María Machado entabló demanda ordinaria contra la señora Aura Hernández de Restrepo para que se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que dicha señora es poseedora de las dos terceras partes de la casa mencionada; b) Que en su condición de poseedora de una parte del inmueble hipotecado, está en la obligación de pagarle la cantidad de mil doscientos pesos oro con los intereses estipulados en la escritura respectiva, desde la mora hasta que se verifique el pago; c) Que como acreedor hipotecario tiene derecho a cobrar dicha cantidad con acción real sobre el inmueble hipotecado, y d) Que la demandada está en la obligación de pagarle las costas del juicio si se opusiere a ellas.

El demandante parte de la base y afirma que el señor Jesús A. Posada no le ha pagado el capital ni los intereses.

Fallos del Juzgado y del Tribunal

El juez 3º del Circuito de Medellín, en sentencia de 16 de octubre de 1935, falló el pleito de acuerdo con las pretensiones del actor y apelado dicho fallo, el Tribunal, en sentencia de 19 de mayo de 1936, lo confirmó, excepto en lo relacionado con las costas.

Recurso de casación

El apoderado de la demandada interpuso recurso de casación, que se le concedió, y, tramitado debidamente, pasa a decidirse.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: a) En que la demandada es poseedora del inmueble en las dos terceras partes de él y que como fue ejercitada únicamente la acción real, la acción es procedente; b) En que con la copia de la escritura 151 de fecha 19 de enero de 1917 está comprobado el gravamen hipotecario, el cual no aparece cancelado; c) En que 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.) y que cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y a cada parte de ella (artículo 2433 ibidem), y d) En que aun cuando la demandada consideró que el inmueble no está afecto al pago de manera real, sino supuesta, no demostró la simulación invocada.

Estudio de los cargos

El primer cargo lo funda el recurrente en el ordinal segundo del artículo 520, por cuanto sostiene que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas de los litigantes. Sostiene el recurrente que el actor no demandó que se declarara que la finca está hipotecada y que no obstante eso el Tribunal así lo declaró en el punto primero de la parte resolutiva con lo cual quedó infringido el artículo 471 del C. J. Que al hacer esta declaratoria se originaron las siguientes, las cuales sin aquélla no habrían podido pronunciarse.

La Corte considera:

Realmente la condenación del primer numeral de la sentencia del juez de circuito, que confirmó el Tribunal, no se halla textualmente en la súplica de la demanda; pero ello no quiere decir que por este motivo la sentencia no esté en conformidad con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por las siguientes razones: a) Porque una demanda, como lo ha sostenido la Corte, es susceptible de interpretación, la cual se hace tomando todo el libelo en conjunto. En los hechos expresados por el actor aparece que la casa de tapia y teja delimitada en el hecho tercero de la demanda, límites éstos reproducidos en el numeral 10 de la sentencia del juez de Medellín, fue hipotecada por la suma de mil doscientos pesos, por Pedro A. Posada, a favor del demandante José María Machado; que esa hipoteca está sin cancelar y que la demandada es la poseedora del inmueble hipotecado. Basado en esos motivos, entre otros, el actor hizo las peticiones que aparecen en su libelo y que parten de la base de que la casa está hipotecada; por eso en la segunda súplica de la demanda se lee: "Que en su condición de poseedora de una parte del inmueble hipotecado, está en la obligación de pagarme la cantidad de mil doscientos pesos oro con los intereses estipulados en la escritura respectiva", y en la súplica tercera de la demanda se lee que "como acreedor hipotecario tengo derecho a cobrar la cantidad de mil doscientos oro, con acción real, sobre el inmueble hipotecado por medio de la escritura número 151 de 19 de enero de 1917 de la notaría de Medellín". Es claro entonces que estas dos peticiones sólo pueden existir en cuanto que la casa de la ciudad de Medellín esté hipotecada y por lo menos implícitamente así lo entendió el actor no sólo en los hechos que fundamentan su demanda, sino en la súplica contenida en el punto segundo de éste.

b) También entendió la demandada, señora Aura Hernández de Restrepo, en la contestación de la demanda, que se trataba de saber si la casa estaba o no hipotecada y por eso al contestar el hecho primero de la demanda dijo lo siguiente: Es cierto, a juzgar por el tenor literal de la escritura número 151 de 19 de enero de 1919, de la notaría tercera de este circuito, que el señor Jesús María Posada A. se constituyó deudor del señor José María Machado.... por la cantidad de $ 120,000 papel moneda; pero varias circunstancias me hacen creer que el crédito no existe en realidad".

Así quedó trabada la relación jurídico-procesal, y el esfuerzo de la demanda no se ha encaminado a demostrar que la casa no esté gravada con hipoteca, sino a sostener que esa hipoteca no puede subsistir por simulación.

c) La súplica contenida en los números b) y c) del libelo no puede entenderse si no se parte de la base de que la casa está hipotecada. De modo que el fallador dividió esas súplicas en varias partes, y una de ellas vino a ser el numeral primero de la sentencia.

Las demás condenaciones están casi literalmente tomadas de las peticiones de la demanda.

El cargo que se estudia no es, pues, fundado.

Acusa el recurrente la sentencia por la causal primera del artículo 520 del C. J. y señala como violados los artículos 1491, 2432, 2448, 2452 del C. C. y 34 de la ley 57 de 1887.

El concepto en que el recurrente cree que se violaron dichas normas es este: "La

obligación de pagar que se declara en el punto segundo de la parte resolutiva del fallo, a cargo de la demandada, simple poseedora del bien, infringe directamente los preceptos citados".

El numeral 2º a que se refiere el recurrente dice así: "La señora Aura Hernández de Restrepo, en cuanto es poseedora de una parte del inmueble hipotecado, (subraya la Corte), está en la obligación de pagar al señor José María Machado la suma de mil doscientos pesos oro, con los intereses estipulados en la escritura citada número 281, desde la mora hasta que se verifique el pago". El numeral tercero de dicho fallo, que es una consecuencia del anterior, dice así: "El señor Machado tiene derecho a cobrar la expresada suma de mil doscientos pesos o su equivalente en moneda actual, con acción real sobre todo el inmueble hipotecado.... (subraya de nuevo la Corte).

Teniendo en cuenta el cargo y las dos declaraciones que acaban de trascribirse, la Corte observa:

La hipoteca es indivisible (artículo 2473 del C. C.) y da al acreedor el derecho de perseguir la finca, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido, (artículo 2452 ibídem). El actor ejercitó la acción base de este pleito en cuanto la demandada es poseedora del inmueble y ésta fue condenada a pagar el valor de la hipoteca, no en el concepto de deudora personal del señor José María Machado, demandante, sino en el concepto de que es poseedora del inmueble hipotecado y por eso la acción que se le reconoce a Machado en el numeral 3º de la sentencia no es la personal, sino la real, lo cual es obvio porque la demandada no ha sido deudora personal del demandante, ni éste lo ha afirmado, ni sobre este punto versa la litis. Quiere decir entonces, según los términos de la condenación, que la demandada paga con el valor de la casa y puede hasta abandonarla en favor del acreedor hipotecario, pero no significa esa condenación que si la casa fuera rematada en menos de los mil doscientos pesos y sus accesorios, la demandante tuviera que cubrir el exceso, como tampoco significa que el demandante pueda ejercitar contra la demandada una simple acción personal para el pago del crédito hipotecario. Si el acreedor hipotecario tiene, al hacerse pagar, sobre la cosa hipotecada los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda, (artículo 2448 del C. C.). Y si la hipoteca es un derecho de prenda, que produce acción real, y si el acreedor hipotecario puede perseguir la finca hipotecada, sea quien sea el que la posea, es claro que no se violaron las disposiciones que el recurrente cita como infringidas en el capítulo que se estudia, porque, como se ha dicho, la sentencia sólo reconoce la acción real a favor de Machado y condena a la demandante al pago del valor de la hipoteca en cuanto es poseedora del inmueble afecto al pago, y esto, que está muy claro en la sentencia, lo acepta también la parte opositora, la que en el alegato de oposición ante la Corte se expresa así: "La sentencia no ha declarado que la demandada, como persona natural y en tal carácter está en la obligación de pagar. Lo resuelto en dicho numeral es que la señora Hernández de Restrepo, en su calidad de poseedora del bien hipotecado, tiene que satisfacer el gravamen que pesa sobre el inmueble, por su condición de propietaria y poseedora inscrita; por esta razón y por este carácter, en otros términos, la sentencia condenó a la demandada en virtud del contrato accesorio de hipoteca, no de contrato principal".

La hipoteca como la prenda son obligaciones accesorias; cuando el que se constituye deudor garantiza su obligación con hipoteca, el acreedor tiene contra él dos acciones: la personal por el contrato principal, la real por el contrato de hipoteca. Enajenado el bien hipotecado, éste queda siempre bajo el imperio de una acción real; el acreedor conserva su acción personal contra el deudor, la real contra el inmueble hipotecado; pero es claro que la acción personal no puede recaer sobre el adquirente de la finca hipotecada, que la recibió con ese gravamen, porque él no está ligado con ninguna relación personal con el acreedor en un caso como el del presente pleito, y así lo entendió el fallador.

No sobrará recordar que conforme al artículo 1583 del C. C., no es preciso ser poseedor de todo y basta serlo de una parte del inmueble hipotecado para poder ser demandado con acción real.

Se rechazan, pues, los cargos.

Acusa el recurrente la sentencia como violatoria de la ley sustantiva, por falta de apreciación de determinada prueba y señala como infringidos los artículos 665, 593 y 594 del C. J.

La falta de apreciación de determinada prueba la hace consistir el recurrente en que el Tribunal no tuvo en cuenta y no valoró debidamente algunas de las respuestas, especialmente la segunda, sexta y séptima, que el demandante Machado dio al absolver posiciones en este juicio.

La demandada, al contestar la demanda, manifestó que la deuda garantizada con hi-

poteca de que se ha hecho mérito era simulada. El Tribunal estudió ese extremo y llegó a la conclusión de que los indicios alegados nada prueban.

La apreciación por el Tribunal de esos indicios no es extremo del recurso de casación. Al referirse el fallador de segunda instancia a las posiciones absueltas por Machado, sostiene que nada confesó que pudiera favorecer a quien pidió la prueba, en otros términos, que la confesión de Machado no demuestra la simulación, y éste es el extremo atacado en el recurso.

La Corte considera:

Sostiene el recurrente que el Tribunal no tuvo en cuenta y no valoró debidamente la respuesta dada por Machado a los postulados 1º, 6º y 7º del interrogatorio; estima el demandante en casación que de las confesiones hechas por Machado al contestar esas preguntas se deduce la simulación y que existe contradicción entre lo confesado en esa respuesta y lo confesado en las demás de las posiciones que absolvió.

Bien se comprende que el Tribunal de Medellín tomó, como tenía que hacerlo, íntegralmente la confesión de Machado a través de toda su exposición al absolver posiciones, y de ella resulta claramente lo siguiente: Machado confesó y sostuvo que la deuda contraída a favor de él por el señor Posada y garantizada con la hipoteca de la casa, tiene causa; que realmente Posada le debía esa suma, que le pagó algunos intereses, que más tarde no se la cobró por la mala situación de la familia y que si antes del 19 de enero de 1917 no tuvo liquidación de cuentas con Jesús Posada, sí la tuvo en la fecha en que quedó a deberle la suma de ciento veinte mil pesos papel moneda. De modo, pues, que la respuesta segunda debe armonizarse con la primera, con la cuarta, con la sexta y con la séptima, porque éstas se refieren al hecho fundamental o sea la existencia real de la deuda.

No se ve, entendidas así las cosas, la falta de apreciación de determinada prueba, confesión del demandante, que favorezca a la demandada, ni el manifiesto error del Tribunal a que se refiere el recurrente.

Por otra parte, no está por demás observar que las declaraciones de los testigos citados en este juicio corroboran la existencia real de la deuda.

Se rechazan, pues, los cargos contenidos en el tercer capítulo y su subsidiario de la demanda de casación.

En el último capítulo el recurrente señala como violadas las disposiciones de la ley 37 de 1932, sobre deudas particulares, el artículo 7º de la ley 46 de 1933 y el artículo 1º del decreto número 280 de 1932, adicionado por el 420 del mismo año, porque la sentencia, al declarar que pesa un gravamen hipotecario sobre el inmueble, por suma de pesos y que la demandada está obligada a pagarla, con intereses del 2 por 100 mensual, no tuvo en cuenta las deducciones de que tratan las normas mencionadas.

La Corte observa:

El cargo que se estudia es un medio nuevo porque no fue materia del debate y es solamente en el recurso donde se ha alegado. Además, no es procedente ahora el estudio de esos extremos, sino que, de serlo, su oportunidad podrá ser cuando se vaya a cumplir la sentencia.

El cargo no es, pues, fundado.

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, no casa la sentencia recurrida. Las costas del recurso son del recurrente.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

DEMANDA SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—COSTAS

La condena en costas coloca generalmente este extremo fuéra del recurso de casación

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

En libelo de demanda fechado el 17 de octubre de 1934, repartido al Juzgado 5º de este Circuito, Pedro Ignacio Rodríguez, mayor y vecino de Bogotá, expuso lo siguiente:

"I—Poseo una casa en esta ciudad, en la calle 1ª-B, número 4-52.

"II—Al occidente de mi casa, posee el señor Vicente Velosa otra casa de su propiedad, y ambos predios están divididos por una pared medianera;

"III—El señor Velosa construyó, apoyada a la pared medianera, una alberca de cemento, en malísimas condiciones, pues su derrame y desagüe eran insuficientes, por cuyo motivo, en el año de 1931 (uno de los primeros meses) el agua de tal alberca penetró en mi casa y destruyó en su totalidad, seis piezas de ladrillo y teja de barro, daño que se ocasionó, no obstante los muy reiterados llamamientos y observaciones que sobre el particular hice al señor Velosa;

"IV—Hice el reclamo al señor Velosa y me manifestó que no tuviera cuidado, que todo lo arreglaríamos. Así, pues, por mi cuenta, procedí a reedificar esas seis piezas con dinero de mi propiedad exclusiva. Pero es lo cierto, que el señor Velosa, ni me pagó los daños ni quitó la alberca, tal como me lo prometió, por cuyo motivo en el año de 1932 (por allá en el mes de abril), volvieron a caerse las seis piezas, por el mismo motivo, o sea por la humedad producida por el derrame de la alberca del señor Velosa;

"V—Volví a hacer el reclamo al señor Velosa y le pedí tres mil pesos moneda corriente, por los perjuicios ocasionados, pero pretextando que eso era muy caro, entró en un silencio absoluto, y hasta la fecha no me ha pagado ni un solo centavo;

"VI—Por los motivos expuestos, las seis piezas de que antes hablé estuvieron desocupadas durante cuarenta y cinco meses, que, a razón de siete pesos mensuales, como estaban arrendadas, cada una valen la suma de mil ochocientos noventa pesos moneda corriente;

"VII—La doble reconstrucción de las piezas de que he venido tratando, me costó la suma de mil quinientos pesos moneda corriente.

"Por consiguiente, yo, Pedro Ignacio Rodríguez, de las condiciones civiles antes expresadas, demando en juicio ordinario de mayor cuantía al señor Vicente Velosa, mayor de edad y vecino de Bogotá, para que, previos los trámites correspondientes, se le condene a pagarme el valor de los perjuicios que me ocasionó con la caída, dos veces, de las piezas de que antes hablé, así como el valor de los arrendamientos que haya dejado de percibir durante cuarenta y cinco meses, todo de conformidad con lo que expongan idóneos peritos nombrados en forma legal, dentro del término probatorio respectivo".

El Juzgado de Circuito, en sentencia de 31 de julio de 1935, absolvió al demandado de los cargos de la demanda y condenó en costas al demandante. Apelada esta sentencia, fue confirmada por la de segundo grado, proferida por el Tribunal de Bogotá el 8 de septiembre de 1936. Contra este fallo interpuso oportunamente el actor vencido en las instancias recurso de casación, el cual, admitido y tramitado en la forma legal, se procede a decidir:

Como motivo fundamental del recurso de casación se ha aducido el de ser la sentencia recurrida violatoria de la ley sustantiva por infracción directa y por error de hecho consistente en falta de apreciación de algunas pruebas, y también en haber condenado al pago de costas sin existir temeridad en la acción.

Escribe así el recurrente: "Fundamento especialmente el recurso de casación en que, en la sentencia recurrida, se violó el derecho sustantivo, por cuanto dejó de darse aplicación a los arts. 2350 y 2351 del código civil... Y sostengo que hubo error, por cuanto en la sentencia recurrida, el Tribunal, por indebida aplicación de las disposiciones que dejo citadas, absolvió al demandado con grave perjuicio de mis intereses..."

"Con el testimonio de los señores Pedro P. Méndez, Tulio Fuyar y Eduardo Estévez, rendidos ante el señor Juez del conocimien-

to, probé plenamente el daño causado por dos veces en mis edificaciones, por razón de la deficiente construcción de la alberca construida por el señor Vicente Velosa dentro de su propiedad. Estas declaraciones hacen plena prueba al tenor del art. 597 del C. J., y, como no fueron apreciadas en la sentencia recurrida, hubo por parte del Tribunal juzgador un error adjetivo, ya que faltó darle estricta aplicación al art. 697 que dejo citado...

"Hay también error en la condenación en costas —y éste es un error de hecho y de derecho— por cuanto que probada la destrucción de mis edificaciones, no cabe de mi parte temeridad de ninguna naturaleza en el pleito a que me refiero. Por este lado, el fallo del Tribunal interpretó erróneamente el art. 575 del código judicial".

La absolución contenida en la sentencia acusada tiene su apoyo en que a lo largo de las dos instancias del juicio no alcanzó demostración adecuada el hecho fundamental de la demanda de indemnización, esto es, que la defectuosa construcción de la alberca hecha por el demandado Velosa en el predio de su propiedad fuera la causa determinante del daño que el actor pretende haber sufrido en su edificación colindante. La culpa del demandado, señalada en este caso como la fuente de la responsabilidad civil que se ha pretendido hacer efectiva en este juicio, y que, como siempre sucede, se resuelve en una relación de causalidad lógica, no aparece establecida con las pruebas que obraron en el proceso y que fueron objeto de atenta consideración de la sentencia acusada.

La Corte considera los cargos:

a) No se ve la posibilidad de que el Tribunal haya incurrido en violación de la ley sustantiva por no haber aplicado al caso del pleito los arts. 2350 y 2351 del C. C., porque estas disposiciones contemplan un caso, o prevén un hecho, diferente del que se ha señalado como origen de este litigio. En ellas está consagrada la responsabilidad civil del dueño de un edificio para indemnizar los daños causados por la ruina de la edificación cuando acaezca por omisión de las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. Como se ve, el elemento material de esta disposición legal, el hecho allí previsto de donde se hace proceder la consecuencia jurídica de indemnizar el perjuicio, no es el determinado en los hechos básicos de la demanda. Tan claro es esto, que resulta menos inexacto afirmar que se habría incurrido en violación de la ley sustantiva al aplicar tales textos legales en la decisión de este pleito. A más de desacertado resulta contradictorio hablar de "indebida aplicación" de las disposiciones precitadas, ya que si no fueron aplicadas en el sentenciamiento del juicio, no pudieron ser objeto de ninguna interpretación, acertada ni errónea.

b) Respecto del cargo de error de hecho por cuanto no se tuvieron en cuenta pruebas aducidas en el juicio, no coincide con la verdad procesal porque la sentencia acusada contiene el recuento y análisis de los elementos probatorios producidos por las partes en los términos correspondientes. Sólo dejaron de estimarse algunas declaraciones testimoniales por no haberse obtenido su ratificación; pero sobre este punto no se formula el reparo, que se dirige a la falta de apreciación de los testimonios de Pedro P. Méndez, Julio Fuyar y Eduardo Estévez, como se dice en la demanda de casación. Los siguientes pasajes de la sentencia ponen de manifiesto lo infundado del cargo:

"Ahora pasa el Tribunal a considerar si la plena prueba mencionada traída por el demandado Velosa está destruída por las probanzas traídas por el demandante Rodríguez.

"La prueba traída por el demandante consiste en las declaraciones de los señores Pedro Pablo Méndez, Julio Fuyar o Carlos J. Fuyar y Eduardo Estévez, rendidas dentro del respectivo término probatorio ante el Juzgado de primera instancia. Las demás declaraciones, que son las rendidas extrajuicio, no pueden tenerse en cuenta, como ya se dijo.

"Todos estos testigos declaran sobre la existencia de la alberca en casa de Velosa, y atribuyen a ella los derrumbes de las construcciones del demandante Rodríguez.

"Más sus declaraciones son en sumo grado deficientes para establecer de manera plena esa causalidad, pues solamente dan como fundamento de su afirmación al respecto el conocimiento que dicen tener de la alberca y de las construcciones destruídas y la defectuosa construcción de la alberca; más no expresan en qué consiste esa defectuosa construcción que permita atribuírle la destrucción de las edificaciones. Por otra parte, los testigos Méndez y Estévez están de acuerdo en que la pared divisoria que queda cerca de la alberca está en perfecto buen estado, sin explicar eso en manera alguna, ni explicar por qué las construcciones destruídas que están más alejadas sufrieron por motivo de la alberca. Además, el testigo Méndez, quien dice conocer la alberca, dice que las dimensiones de ella son: 2 metros con 80 centímetros de largo, 1 metros

con 50 de ancho, y unos 80 centímetros de profundidad; en tanto que los testigos Fuyar y Estévez dicen que las dimensiones de esa alberca son de 1 metro de largo, 1 metro de ancho y 1 metro de profundidad, con lo cual están de acuerdo, además, con los peritos; estas discrepancias hacen sospechosa la declaración del testigo Méndez, que tan claramente se pone en contradicción con los otros testigos sobre un hecho comprobable por los sentidos. Los mencionados testigos niegan que 'La Jangada', a la cual atribuyen los peritos la destrucción de las edificaciones de Rodríguez y de otras varias edificaciones, sea la causa por las fallas que produce, de esa destrucción; mas no explican o no dan la razón de esa afirmación.

"En resumen, esas declaraciones, como lo anota el Juzgado en la sentencia apelada, pecan por la falta absoluta de las razones de donde deducen las conclusiones que sostienen sobre la causa de los derrumbes de que se queja el demandante Rodríguez; de donde se concluye que en caso de ser admisible la prueba testimonial sobre deducciones, esas declaraciones son deficientes para deducir la causa que atribuyen a la destrucción".

Como se ve, en la sentencia acusada sí se tuvieron en consideración los testimonios de Méndez, Fuyard y Estévez que inexactamente afirma el recurrente que no fueron materia de estudio al proferir el fallo de segunda instancia. El Tribunal analizó esta prueba testimonial, pero no la consideró merecedora de fe plena por haber llegado a la conclusión de que ella contiene más propiamente conceptos que afirmaciones. Sobre hechos de donde pudiera hacerse derivar el fundamento de la acción, y por este motivo concedió mejor mérito a otras pruebas legalmente producidas y más conducentes, tales como la inspección ocular practicada con intervención de peritos en la primera instancia. No parece en ninguna forma que el Tribunal haya incurrido en error de hecho ni de derecho en la apreciación de los elementos de convicción traídos a los autos, de manera que lo haya conducido a violar la ley sustantiva, porque de su estudio se desprende con plenitud probatoria que la construcción de la alberca del demandado ninguna relación ha tenido con la ruina o caída de las edificaciones del demandante Rodríguez, que obedeció a causas completamente diferentes, satisfactoriamente establecidas en el proceso.

En efecto, en la diligencia de inspección ocular practicada por el juzgado del circuito el 9 de febrero de 1935 (cuaderno Nº 3, folio 13) consta que fueron observados por el Juez los siguientes hechos y circunstancias, sobre los cuales el acta de la diligencia es plena prueba, de acuerdo con el art. 730 del C. J.: "Acto seguido se procedió a tomar las constancias del caso donde se hallan edificadas las casas del señor Rodríguez, demandante y objeto del pleito y la de su vecino y demandado señor Velosa, se pudo observar que tales edificaciones están construídas sobre un terreno deleznable, debido a su situación topográfica; que en las cercanías se han presentado deslizamientos y se han formado grietas. Examinada la alberca de cemento que hay construída en la casa del demandado Velosa, o sea en la marcada con el número 451 de la calle 1ªB, no se notaron filtraciones que fueran capaces de destruir las casas vecinas. Se halló igualmente que la alberca está construída entre el patio inferior de la casa de Velosa y las paredes divisorias de la casa del actor señor Rodríguez y las cuales conservan su estado normal; y que entre la parte destruída de la casa del demandante Rodríguez y la alberca de la casa de Velosa, se encuentran edificaciones en buen estado".

Con igual mérito probatorio al correspondiente a la inspección ocular, los peritos doctor Manuel Tejeiro, a cuyo dictamen adhirió el señor Víctor Manuel Hoyos, después de anotar qué la alberca está situada en el patio interior de la casa del señor Velosa contra la pared divisoria del lote y edicaciones del demandante; que la edificación destruída por el deslizamiento del terreno está cargada sobre el lindero occidental del lote del señor Rodríguez, es decir, el más lejano al punto de la alberca, y que entre ésta y el tramo destruído existe otra construcción de adobe que se halla intacta, dictaminan: "De todo lo anterior y para concretar el sentido de la pregunta, puedo afirmar a mi leal saber y entender y teniendo en cuenta los conocimientos técnicos sobre la materia, que la causa inmediata del derrumbe de las construcciones del señor Rodríguez y de otras varias situadas más lejos, ha sido el deslizamiento de la orilla derecha del zanjón de 'La Jangada', deslizamiento que se ha precipitado debido a las aguas lluvias y al desagüe de la alcantarilla de la calle 1ªA. Por otra parte, aseguro en las mismas condiciones, que la alberca de propiedad del señor Velosa, no puede ser causa de estos deslizamientos, ni aun cuando toda el agua contenida en ella se infiltrara en el terreno en un momento dado, y menos aún si, como lo observé, esta alberca se encuentra en perfecto buen estado y prácticamente imper-

meabilizada por la capa de cemento". (Art. 722 del C. J.). (Cuaderno Nº 3, folios 17 a 19).

Corroborantes de estas pruebas principales son varias declaraciones testimoniales y una copia de diligencia policiva, traídas a los autos por el demandado. En estas condiciones, el cargo formulado por el recurrente contra la sentencia en estudio es improcedente, y la Corte debe respetar la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas porque en ella no se incurrió en error de hecho ni de derecho que condujera a la violación de ninguna ley civil, único caso en que procede un nuevo análisis de los elementos de convicción que figuraron en los autos.

c) Con relación al cargo formulado como error de hecho consistente en haberse condenado al demandante Rodríguez al pago de las costas procesales, la Corte ha considerado que la naturaleza accesoria que corresponde a la condena en costas coloca generalmente este extremo fuéra del recurso de casación. En sentencia del 19 de agosto de 1935, dijo la Corte: "Siendo la institución de la condena en costas ya un complemento del derecho deducido en juicio, que se decretan para no menguar el contenido de éste, ya una parte de los daños ocasionados por la culpa del que temeraria o maliciosamente se opone a su declaración, tienen siempre la calidad de accesorias del derecho principalmente deducido en juicio, y su falta de reconocimiento, o su reconocimiento indebido, no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, por no poderse llegar a éste mediante lo accesorio. Y la segunda razón para no constituír un motivo de casación es que la condena en costas se subordina a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho discutido por acción o excepción, de manera que es aquel derecho el que debe atacarse y no la represión o la temeridad con que se ejercitó, que es lo que las costas sancionan. La sentencia recurrida examina el derecho que asiste a las partes, tal como quedó trabado en la litis contestación, sin que para alterarlo influya la mayor o menor o la ninguna temeridad con que se haya incoado o defendido posteriormente durante el proceso, y las costas sólo miran a este último aspecto.

"Y por último, para apreciar la temeridad o malicia tienen los tribunales una absoluta libertad de criterio, por no haber, ni poderlas haber, en lo general, reglas precisas que la determinen, y envuelven por tanto cuestiones de hecho extrañas al recurso de casación".

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 infirma la sentencia de fecha ocho de septiembre de mil novecientos treinta y seis, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Juan Francisco Mújica, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO.—CAUSAL QUINTA.—NULIDAD DEL PROCESO

1. En tratándose de la causal quinta, exige la ley que previamente se cumpla una condición, a saber: la de que la injusticia notoria haya sido debatida en las instancias. 2. La falta de identidad de los jueces de conciencia que deciden sobre la responsabilidad del acusado constituye motivo de nulidad del proceso, de conformidad con el artículo 265 de la ley 57 de 1887, numeral 3º

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, junio doce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

Interpusieron recurso de casación el reo Joaquín Gómez y su defensor, doctor Fernando Segura, contra la sentencia definitiva del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 27 de abril de 1936.

Ese fallo confirma la sentencia de 5 de diciembre de 1935, proferida por el Juez 2º Superior del mismo Distrito Judicial, la cual impuso a Joaquín Gómez la pena principal de siete años de presidio con aplicación del artículo 899 del Código Penal, en armonía con los artículos 587, numeral 6º, y 124 del mismo Código.

El apoderado del reo sustenta el recurso en dos causales: la segunda y la quinta de la ley 118 de 1931.

Refiriéndose a las dos causales invocadas, el señor Procurador delegado en lo penal las analiza y concluye pidiendo a la Corte que mantenga en firme la sentencia recurrida.

Para resolver, la Corte considera:

Causal quinta

En tratándose de esta causal, ante todo exige la ley que previamente se cumpla una condición, a saber: la de que la injusticia notoria haya sido debatida en las instancias.

Y puesto que en el presente caso, como lo acepta el señor Procurador, confrontado el proceso se advierte que tal debate no ocurrió, es improcedente el estudio de fondo sobre esta causal.

Causal segunda

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

Acerca de ella, el señor Procurador razona así:

"Fundamenta el señor apoderado esta causal en el hecho de que habiéndose sindicado a Gómez como autor del delito de heridas perpetrado en la persona de un señor de apellido Vargas, se le juzgó únicamente por el delito de homicidio cometido en la persona de Pardo, sin tener en cuenta la vinculación o conexidad entre los dos hechos criminosos, esto es, el homicidio en la persona de Pardo y las heridas en la persona de Vargas.

"Se observa, en primer lugar, que no existen los delitos conexos de que habla el señor apoderado del acusado, como puede verse en el auto de proceder que corre al folio 253 del cuaderno principal de este expediente.

"Por otra parte, las nulidades en los juicios criminales están taxativamente numeradas en los arts. 264 y 265 de la ley 57 de 1887, y fuera de los casos previstos en tales disposiciones, 'no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o las irregularidades que en él se anoten'.

"En el caso que se estudia no existe ninguna de las nulidades previstas por la ley y, por tanto, la causal que se analiza, carece de fundamento".

Además de la tacha de nulidad a que se refiere el señor Procurador, alegó el apoderado del recurrente, en memorial presentado ocho días después de concluído el término del traslado, que hay otro vicio de nulidad en el proceso, consistente en que el Tribunal Superior de Bogotá "dictó la providencia de fondo que puso fin al sumario en segunda instancia" con la firma de un solo Magistrado, "debiendo haber sido proferida tal providencia por todos los Magistrados de la Sala de Decisión".

Respecto del primer motivo de nulidad que invoca el señor apoderado del recurrente —conexidad de delitos— la Corte acoge lo dicho por el señor Procurador; máxime cuando los autos no arrojan elementos que autoricen para afirmar que el delito de heridas a que se refiere el recurrente haya debido juzgarse simultáneamente con el de homicidio en la persona de Sinforoso Pardo, del cual conoció, con indiscutible competencia legal, el Juzgado 2º Superior de Bogotá.

Por lo que hace al segundo motivo de nulidad propuesto por el doctor Fernando Segura, en punto a la decisión del recurso de alzada contra el auto de proceder, proferida por uno solo de los Magistrados, aparte de la extemporaneidad del reclamo, basta para desecharlo la simple consideración de que el auto de enjuiciamiento ni siquiera subió en apelación al Tribunal. Se basa, pues, el señor apoderado en un hecho inexistente.

En cambio, el reo, en memorial de fecha 16 de marzo de 1936, dirigido al Tribunal, plantea un problema sobre nulidad del proceso que el Tribunal no resolvió en la sentencia recurrida, y que la Corte tiene que tomar en cuenta, por tratarse nada menos que de la identidad de los jueces de conciencia que decidieron acerca de la responsabilidad del acusado; sin que para esto sea óbice la circunstancia de que esa tacha no se hubiese reproducido en el recurso de casación, pues, como lo dijo la Corte en caso análogo, "a pesar de lo muy deficiente del alegato de casación en lo que respecta a la causal 2ª, ella tiene que prosperar, para que los trámites se rehagan sobre bases de estricta legalidad procedimental" (casación de Segundo Barrera, sentencia fechada el 22 de septiembre de 1936, Gaceta Judicial número 1916).

Dice así el precitado memorial:

"Yo, Joaquín Gómez, refiriéndome al juicio que se me ha seguido por homicidio, respetuosamente solicito de esa Superioridad se digne declarar que la causa está afectada de una informalidad suficiente para ordenar su reposición. En efecto.

"En la diligencia de sorteo de 28 de octubre del año pasado, visible al folio 290, fueron sorteados los señores Gabriel Vergara y José Sánchez para que sirvieran el cargo de jurados, correspondiéndoles los números 539 y 502.

"Pero el traslado no se corrió a los ciudadanos designados, sino que el cargo fue servido por los señores Gabriel Vergara Rey y José Gil Sánchez, es decir, por personas distintas de las que figuraron en la diligencia de sorteo, incurriéndose así en una causal de nulidad igual a la que contempla el inciso 3º del artículo 265 de la ley 57 de 1887.

"Como el artículo 268 de la referida ley 57 establece que basta que se interponga el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que el superior pueda y deba examinar si se ha incurrido en alguna informalidad, considero esto como motivo suficiente para que no se oponga a mi petición la observación de que las causales de nulidad de que trata la ya referida ley 57, son taxativas.

"En tiempo oportuno dirijo la presente solicitud, y os pido la tengáis en cuenta al fallar el recurso interpuesto".

El Tribunal, antes del fallo, determinó devolver el asunto al Juzgado para que allí se estableciera claramente si los señores Gabriel Vergara Rey y José Gil Sánchez —que desempeñaron el cargo de Jurados en esta causa— eran las mismas personas que en la lista respectiva figuraban con los números 539 y 502.

Las diligencias que en el Juzgado se practicaron a este respecto no alcanzaron a aclarar aquella duda, en concepto de la Corte; pues lo que logró establecerse fue que el señor Gabriel Vergara, quien actuó como Jurado, es Gabriel Vergara Rey, y que el señor José Gil Sánchez, otro de los Jurados, puede llamarse también José Sánchez, puesto que José es el primero de sus nombres; pero lo que se había ordenado esclarecer, o sea si el nombre de Gabriel Vergara Rey correspondió a la ficha 539 y el de José Gil Sánchez, al número 502, quedó en idéntica perplejidad.

De donde se deduce que tiene razón el procesado al sostener que su juicio quedó viciado de nulidad por "figurar en la lista que se presenta a las partes, para que hagan uso del derecho de recusar, alguna persona que no pertenezca a la lista de designados" (numeral 8º del artículo 265, ley 57 de 1887); y el recurso debe prosperar por la causal 2ª

A esto se agrega que en la diligencia de sorteo de Jurados se advierte un equívoco en cuanto a que no se ve claro si fue el procesado quien hizo la recusación que le correspondía; pues sobre este particular no hay allí sino una frase ambigua que habla de tal recusación como si hubiese sido hecha por el Fiscal, lo que constituye otro factor de incertidumbre acerca de las personas que debían integrar el Jurado.

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 Bogotá, fechada el veintisiete de abril de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Joaquín Gómez la pena principal de siete años de presidio como responsable de la muerte de Sinforoso Pardo, y en su lugar declara nulo lo actuado en el proceso desde el auto de quince de octubre de mil novecientos treinta y cinco (folio 286), en donde se señaló día para el sorteo de Jurados, y ordena que el procedimiento se reponga de ahí en adelante.

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

José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

INJUSTICIA NOTORIA POR CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO—LA CAUSAL 6ª DE CASACION VIENE A INCIDIR EN LA CAUSAL 5ª

Debe estimarse contradictorio el veredicto del Jurado simplemente afirmativo respecto de dos acusados a quienes los cuestionarios atribuyen la ejecución del mismo hecho y con idénticas circunstancias, cuando tal hecho y en esas circunstancias no ha podido ser ejecutado sino por uno de ellos.

En casos como éste la contraevidencia del veredicto (causal 6ª de casación) reclama una declaración de notoria injusticia, que hace incidir la casación en la causal 5ª y trae como consecuencia la convocación de un nuevo Jurado, al cual deberán someterse cuestionarios, nuevos también, que no den origen a contradicción en el veredicto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, catorce de julio de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Veinte años de presidio impuso el Tribunal Superior de Bucaramanga a Santos y Celestino Hernández como responsables de asesinato en la persona de José Correa.

El defensor de los procesados interpuso casación invocando las seis primeras causales que consagra el artículo 3º, ley 118 de 1931; y el apoderado constituído por ellos ante la Corte fundó el recurso deteniéndose especialmente en la causal 6ª

La Procuraduría General de la Nación encontró, por su parte, plenamente justificado el cargo contra la sentencia, y coadyuvó el recurso pidiendo la invalidación de ella para que se convoque un nuevo Jurado "que resuelva las cuestiones planteadas en el enjuiciamiento".

Para resolver, la Corte considera:

Simplemente afirmativo fue el veredicto del Jurado para todas las preguntas relativas a cada uno de los procesados.

El asunto principal se planteó al Jurado en los dos cuestionarios siguientes:

"CUESTION PRIMERA:

"Santos Hernández Solano es responsable de haber dado muerte con arma de fuego a José Correa, a consecuencia de heridas que le ocasionó en las últimas horas de la tarde del día veintisiete de mayo de mil novecientos treinta y cinco, y en la ejecución de este hecho, ocurrido en el sitio 'Lagunitas', región de 'Salado Bravo', de la jurisdicción municipal de San José de Miranda, obró el acusado Santos Hernández Solano con intención de dar muerte?"

"CUESTION CUARTA:

"Celestino Hernández Naranjo es responsable de haber dado muerte con arma de fuego a José Correa, a consecuencia de heridas que le ocasionó en las últimas horas de la tarde del día veintisiete de mayo de mil novecientos treinta y cinco, y en la ejecución de este hecho, ocurrido en el sitio o lugar a que se refiere la cuestión primera, obró el acusado Celestino Hernández Naranjo con intención de dar muerte?"

La contradicción del veredicto respecto de los cuestionarios que acaban de copiarse ha sido planteada, tanto por los recurrentes como por el señor Procurador, por cuanto en uno y otro se formuló la pregunta de si el acusado es responsable de haber dado muerte con arma de fuego a José Correa, a consecuencia de heridas que le ocasionó, siendo así que, según la diligencia de autopsia y otras pruebas del proceso, las heridas del oc-

ciso fueron causadas con revólver, y que uno solo de los acusados —Celestino Hernández— disparó con arma de esta clase.

De aquí deduce, además, el señor Procurador que el procesado Santos Hernández lógicamente no puede reputarse sino cómplice.

La Corte estima que para llegar a la conclusión de que el veredicto es contradictorio, no es necesario entrar en el estudio de la tesis que formula el señor Procurador acerca de complicidad, pues la contradicción existe, sea que se considere que uno de los reos apenas tuvo participación accesoria, ya se les mire a ambos como coautores de la muerte de José Correa. La contradicción no estriba propiamente en el concepto mismo del grado de responsabilidad que se atribuya a cada uno de los reos; proviene de un defecto de forma, por la manera como se redactaron los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado.

El Juez hubiera podido formular los cuestionarios, de acuerdo con el auto de proceder, preguntando al Jurado sobre la responsabilidad de Santos y Celestino Hernández en la muerte de Correa, pero sin predicar respecto de uno y otro de los Hernández el hecho de haber causado materialmente las heridas que a aquél se le infirieron, por ser incompatible con la realidad de los acontecimientos, que los dos hubieran producido el único disparo mortal.

Los cuestionarios así redactados hubieran llevado implícita, en este caso, la figura jurídica del concurso recíproco, dados los cargos de premeditación y asechanza que se dedujeron en el auto de proceder.

Contradictorios, pues, como son los veredictos, por el indicado defecto en los cuestionarios, debe prosperar el recurso en virtud de la causal 5ª, con su natural repercusión en la causal 5ª

En sentencia citada por el recurrente (casación de Aureliano y Alejandro Vega, Gaceta Judicial Nos. 1891 y 1892), dijo la Corte lo siguiente:

"Para el evento de que prospere esta causal de casación, dispone el artículo 4º de la ley 118 de 1931, lo siguiente:

"Respecto de la causal 5ª (la Corte) invalidará el fallo y dictará la sentencia según el caso.

¿Cuál es el sentido de esta frase de la ley: "según el caso"?

El sentido obvio es que hay casos en que la Corte, al invalidar la sentencia en virtud de la causal 5ª, no habrá de dictar el fallo de fondo que la reemplace.

De todos modos, al invalidar el fallo queda el proceso sin sentencia; y como no es el caso de devolverlo al Tribunal para que la profiera de nuevo, puesto que no hay veredicto del jurado desde luego que es contradictorio, tiene la Corte que proferir la decisión que el Tribunal hubiera dictado en el evento de que, cuando le correspondía, hubiese reputado contradictorio al veredicto.

Dispone el artículo 50 de la ley 169 de 1896:

"Si a juicio del juez las resoluciones del jurado fueren contrarias a la evidencia, declarará injusto el veredicto y.... se convocará inmediatamente un nuevo jurado y la resolución no podrá ya ser declarada injusta".

Y el artículo 51 de la misma ley:

"Si el juez de la causa no declara notoriamente injusto el veredicto del jurado en los casos en que puede y debe hacerlo, el Tribunal hará tal declaración, de oficio o a solicitud de parte, siempre que el proceso se halle a su conocimiento por recurso legalmente interpuesto".

En este proceso el defensor pidió al juez después de proferido el veredicto y antes de dictada la sentencia, que declarara la "contraevidencia" del veredicto y ordenara el sorteo y convocatoria de un nuevo jurado, es decir, pidió la aplicación del artículo 50 de la ley 169 de 1896".

Y en aludida sentencia de casación hizo ver la Corte cómo de las disposiciones legales citadas se desprende que el veredicto en casos de esta naturaleza debe declararse injusto por contraevidente, ya que viola el principio de contradicción, que es el mayor esfuerzo que puede intentarse contra la evidencia.

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, infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga con fecha siete de julio de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Santos Hernández y a Celestino Hernández la pena principal de veinte años de presidio por asesinato; y en su lugar declara injusto por contradictorio el veredicto del Jurado, y ordena que se convoque un nuevo Jurado al cual se someterán las cuestiones planteadas en el enjuiciamiento, teniendo en cuenta los considerandos de la presente sentencia.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Vila Salas, Srio. en pdd.

RIÑA Y PREMEDITACION—DEFICIENCIA DEL FALLO SOBRE LA CUESTION DE INJUSTICIA DEL VEREDICTO

Lo deficiente de la parte motiva de la sentencia no equivale, en el presente caso, a "ser el fallo declarativo de incompetencia para conocer en última instancia de un recurso que sí es de competencia del Tribunal" (causal 8ª de casación). El auto de proceder adujo el cargo de premeditación; de suerte que aquel pasaje del auto en donde se habla de que la falta de testigos presenciales obliga a aceptar que entre víctima y victimario hubo "alguna lucha", no puede tomarse en forma aislada, sino que es preciso relacionarlo con los demás apartes de tal providencia.

No siempre que se hable de riña debe entenderse que se trata de un homicidio atenuado, siendo así que fuera de los casos que el Código Penal contempla en los artículos 602 y 603, otras disposiciones que también aluden a esa circunstancia se refieren al delito de homicidio premeditado (artículo 585) y aun al de asesinato (artículo 586, numeral 9º).

Formulado, pues, el cargo de premeditación en el enjuiciamiento, no se comprende cómo podría haber contradicción entre éste y la sentencia que condena por homicidio premeditado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintidós de julio de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Tres causales de casación se han propuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que condenó a Juan de Dios Mesa a la pena de doce años de presidio como responsable de la muerte de Ramón María López.

La 2ª, o sea nulidad sustancial en el procedimiento, invocada por el señor Procurador delegado en lo penal; la 3ª y la 4ª, sobre error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito y disconformidad de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder, alegadas por el recurrente.

El orden en que deben analizarse estas causales, dadas su naturaleza y relación con el asunto estudiado, es a saber: la 3ª, la 2ª y la 4ª.

CAUSAL 3ª

La sustenta el recurrente así:

"La sentencia por la cual se condena al señor Juan de Dios Mesa a la pena de doce (12) años de presidio es una sentencia que viola la ley —causal tercera— por cuanto que la prueba fue mal apreciada y por ende confundido el cuerpo del delito.

"En efecto, el expediente demuestra que el occiso recibió una herida esencialmente mortal, herida ésta que fue en la cavidad torácica y penetró en la aorta descendente (Ver autopsia, folio 2).

"La descripción de esta herida demuestra bien claramente que el occiso al recibirla cayó al suelo o al menos no tuvo fuerzas suficientes para descargar sobre Juan de Dios Mesa un golpe capaz de producir una herida en la cabeza.

"Juan de Dios Mesa recibió una herida en la cabeza en la región temporo-occipital (ver reconocimiento al folio 2) y esta herida la recibió en el lugar de los acontecimientos y de manos del occiso.

"Así las cosas, tenemos, señores Magistrados, que Mesa disparó sobre el ofendido Ramón López, cuando éste —López— ya había descargado su arma contra Mesa y cuando no había otro medio de repeler la agresión.

"Pero las cosas así planteadas no son una mera suposición, sino que la herida, y el lugar, recibida por Mesa demuestra que hay una imposibilidad física para que un hombre que tiene una herida en la aorta descendente tenga fuerzas suficientes para propinar a otro una herida en donde hay un cuerpo duro que presenta una fuerte resistencia.

"Porque esto es así el señor Juez segundo superior de Manizales en el auto por el cual citó a juicio a Juan de Dios Mesa violó la ley penal, ya que planteó el hecho ejecutado por Mesa dentro de disposiciones que por ninguna parte presentan el fiel reflejo de los hechos que son el cuerpo del delito".

La Corte observa:

En cuanto al factor meramente objetivo o material del homicidio en la persona de Ramón María López, ni siquiera el mismo recurrente lo pone en duda; y además resulta acreditado con la correspondiente partida de defunción y la diligencia de autopsia del cadáver.

Y por lo que hace al elemento subjetivo o dolo, los autos no dan base para concluír que Mesa al disparar sobre López obrara en trance de defensa legítima, de las que excluyen la punibilidad.

En primer lugar, no se puede perder de vista los datos que el proceso arroja acerca de premeditación, circunstancia que afirmó el jurado y que ninguna de las partes ha objetado por injusticia notoria (causal 5ª) en el presente recurso ante la Corte.

De otro lado, el argumento de que el primer agresor fue López y no Mesa, puesto que Mesa resultó herido y López sucumbió en el instante de recibir el disparo hecho por Mesa, no es en este caso un argumento decisivo en pro de la legítima defensa; porque no fueron sólo dos los contendores, y el mismo procesado declara que Manuel López —hermano del occiso— también lo atacaba con peinilla.

No prospera, pues, el recurso por la causal 3ª.

CAUSAL 2ª

Plantea el señor Procurador esta causal en la siguiente forma:

"Consiste la nulidad en haberse pretermitido la segunda instancia, en uno de sus puntos más interesantes y delicados, cual era estudiar el Tribunal si el veredicto adolecía de injusticia notoria.

"Efectivamente, tanto el acusado Juan de Dios Mesa como su defensor interpusieron recurso de apelación contra el fallo de primer grado.

"Estando el expediente en el Tribunal, el acusado Mesa elevó dos escritos planteando nítidamente el debate que debía surtirse en la segunda instancia, que no era otro que el de la justicia del veredicto y el relativo a la premeditación reconocida por el Jurado".

Agrega el señor Procurador que el Tribunal no cumplió con el deber legal de eximinar si el veredicto era notoriamente injusto, pues en la parte motiva del fallo se limitó a decir que no pugna contra la evidencia de los hechos, pero sin hacer análisis alguno de la decisión del Jurado confrontada con las pruebas.

Y expuso luégo el señor Procurador:

"Como lo dijo la Procuraduría en un caso semejante, quiere la Constitución, y es un principio que domina todo el derecho moderno, que toda sentencia sea motivada. Bien para evitar la arbitrariedad del juzgador, bien para la estabilidad de la jurisprudencia que demanda la interpretación doctrinaria de ciertas disposiciones, bien para la misma seguridad de los interesados que actúan en el debate judicial, a quienes debe vencérseles con pruebas y argumentos satisfactorios, y bien para la misma firmeza y autoridad de la cosa juzgada que cada sentencia definitiva lleva en sí.

"Y en acatamiento de estos postulados es por lo que el derecho penal procedimental, consagra los siguientes mandatos:

La sentencia tendrá una parte motiva y otra resolutiva. En la primera se hará una breve pero exacta relación del curso del juicio y de las pruebas en favor o en contra del reo, todo según lo que del proceso resulte, y se citarán las disposiciones legales aplicables al caso que se va a decidir. (Art. 1717 del C. J.).

En la segunda instancia la sentencia se pronunciará con arreglo a lo que se dispone en el Capítulo precedente, debiendo el Tribunal Superior resolver sobre todos los puntos que contenga la de primera instancia y acerca de las omisiones que advierta. (Art. 1725 ibídem).

Las sentencias definitivas de los Jueces Superiores de Distrito Judicial se consultarán con el Tribunal Superior respectivo para que éste declare si el juicio adolece de nulidad, si el veredicto del Jurado es notoriamente injusto y si la ley penal ha sido rectamente aplicada. (Art. 163, Ley 40 de 1907).

Recibidos los autos en el Tribunal, y posesionado el defensor, se dará traslado a las partes, por su orden, por tres días a cada una, para que aleguen. Dentro de los seis días siguientes al en que el expediente sea devuelto, fallará el Tribunal, dictando sobre lo principal, o anulando la causa si hubiere motivo suficiente para ello. (Art. 326, Ley 57 de 1887).

"El Tribunal violó, pues, estos preceptos legales que están íntimamente ligados con el artículo 26 de la Constitución Nacional. Y en tales circunstancias la segunda instancia no se surtió en debida forma puesto que dejó de resolver la apelación intentada contra el fallo del Juzgado.

"Por tanto, se ha incurrido en la causal primera de nulidad prevista por el artículo 264 de la Ley 57 de 1887, y el expediente debe volver al H. Tribunal para que profiera su sentencia de segunda instancia con arreglo a las prescripciones de la ley, en el sentido de que estudie ampliamente lo relativo a la injusticia del veredicto.

"En consecuencia, la Procuraduría General de la Nación pide comedidamente a la H. Corte Suprema de Justicia invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Manizales y ordene devolver el expediente a

esa corporación para los fines que se acaban de indicar".

La Corte observa:

En reciente sentencia (casación de Gregorio Hernández y Juan Candela, junio 25 de 1937), la Corte invalidó un fallo del Tribunal Superior de Bucaramanga porque éste se inhibió de apreciar el valor jurídico de cierta prueba de indicios, so pretexto de atribuírle al juzgador de primera instancia absoluta autonomía sobre el particular. El señor Procurador invocaba también allí la causal 2ª, y si el recurso prosperó, fue por haber hallado la Corte que en ese caso las alegaciones de la Procuraduría hacían incidir la casación en la causal 8ª, consistente en "ser el fallo declarativo de incompetencia para conocer en última instancia de un recurso que sí es de competencia del Tribunal".

No podía llegarse a la misma conclusión en el asunto que hoy se estudia; porque el Tribunal de Manizales no se declaró incompetente para pronunciarse acerca de injusticia del veredicto, sino que, por el contrario, dijo de manera rotunda en la parte motiva de su sentencia: "ni se observa que el veredicto pugne contra la evidencia de los hechos'".

Tampoco prospera así el recurso por la causal 2ª.

CAUSAL 4ª

Sobre esta causal, el recurrente alega:

"La sentencia por la cual se condena a Juan de Dios Mesa a doce (12) años de presidio no está en consonancia con el auto de proceder, ya que en ese mismo auto se declara expresamente que Juan de Dios Mesa se encontró en circunstancias de una riña.

"En efecto, el señor Juez dijo en el auto de proceder: '. . . .La falta de testigos presenciales obliga a aceptar que entre víctima y victimario hubo alguna lucha, y esto se confirma con lo dicho por Manuel Antonio López, quien cuenta que cuando llegaron a ese lugar encontraron que Juan de Dios Mesa, José y Luis del mismo apellido, le estaban tirando a mi hermano con palos y machetes y él se defendía con una peinilla que tenía en la mano'.

"Afirmar como se afirmó que entre Juan de Dios Mesa y Ramón López se trabó una riña, que por falta de testigos no se sabe quién la provocó, y después en la sentencia calificar el hecho delictuoso con todos y cada uno de los agravantes del C. Penal, es cuando menos una flagrante contradicción.

"Pero esta contradicción se hace más palmaria, señores Magistrados, cuando se piensa que el señor Juez de la causa analizó y pensó en la declaración Manuel Antonio López, declaración ésta que es de importancia máxima en este proceso.

"Este declarante llegó al lugar de los acontecimientos cuando todavía estaban peleando los contrincantes y llegó después de haber oído el disparo. Será posible, pregunto yo, que el occiso López hubiera tenido fuerzas suficientes para propinar a Juan de Dios Mesa la herida que le propinó sino que también las tuvo para defenderse por largo rato?

"Yo dudo mucho de lo que declara López y es por eso por lo que el señor Juez de la causa debió ser fiel al auto de proceder y limitarse únicamente al problema de la riña, ya que no había razones para justificar el ir más allá de esta modalidad jurídica.

"Por lo expuesto, creo haber demostrado sintéticamente, que el señor Juez segundo superior de Manizales y el H. Tribunal que conoció de la apelación violaron la ley penal porque confundieron las modalidades que formaron en este caso el cuerpo del delito y confundiendo estas modalidades apreciaron mal las pruebas que constan en el expediente. Además, estas mismas argumentaciones, demuestran que la sentencia por la cual se condenó a Juan de Dios Mesa es una sentencia que está en desacuerdo con el auto de proceder, por constar en éste expresamente que hubo una riña y esta afirmación es la demanda que se abre al reo, demanda ésta que no puede pasar de los límites expresamente consagrados en el libelo".

La Corte observa:

Como se dijo al analizar la causal 3ª, el auto de proceder adujo el cargo de premeditación; de suerte que aquel pasaje del auto en donde se habla de que la falta de testigos presenciales obliga a aceptar que entre víctima y victimario hubo "alguna lucha", no puede tomarse en forma aislada, sino que es preciso relacionarlo con los demás apartes de tal providencia.

No siempre que se hable de riña debe entenderse que se trata de un homicidio atenuado, siendo así que fuera de los casos que el Código Penal contempla en los artículos 602 y 603, otras disposiciones que también aluden a esa circunstancia se refieren al delito de homicidio premeditado (artículo 585) y aun al de asesinato (artículo 586, numeral 9º).

Formulado, pues, el cargo de premeditación en el enjuiciamiento, no se comprende cómo podría haber contradicción entre ésto y la sentencia que condena por homicidio premeditado".

No puede entonces prosperar el recurso por la causal 4ª.

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 del Distrito Judicial de Manizales, fechada en 30 de noviembre de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Juan de Dios Mesa la pena principal de doce años de presidio como responsable de la muerte de Ramón María López.

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

José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Ezequiel Baños, Srio. en ppd.

EN LOS SORTEOS PARCIALES DE JURADOS NO HAY LUGAR A RECUSACION

La insaculación de un número de balotas mayor al de los jurados que se trate de reemplazar, en los sorteos parciales, viene a introducir un factor de incertidumbre sobre la persona o las personas que debían desempeñar el cargo de jurados, lo cual es motivo de nulidad (numeral 4º del artículo 265, ley 57 de 1887).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintitrés de julio de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Dice así la vista del señor Procurador delegado en lo penal:

"El Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga, en sentencia de 16 de junio de 1936, condenó a Helí y a Abel Fajardo a la pena principal de nueve años de presidio, a cada uno, como responsables de homicidio simplemente voluntario en la persona de Alejandro Núñez, calificada la delincuencia en segundo grado.

"El H. Tribunal de aquella ciudad confirmó ese fallo y los acusados interpusieron el recurso de casación, alegando las causales primera y quinta del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

"La Procuraduría se abstiene de estudiar en el fondo las razones no despreciables invocadas por los recurrentes, porque estima que este proceso está viciado de nulidad sustancial y, en consecuencia, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 6º de la mencionada ley, ataca la sentencia recurrida con apoyo en la causal segunda.

"CAUSAL SEGUNDA

"'Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley'.

"Al practicarse la diligencia de sorteo parcial encaminada a reemplazar a los señores Carlos Julio Ardila y Alejandro Pieschacón, se insacularon seis balotas.

"La H. Corte, en fallo reciente, decidió que en los sorteos parciales no hay derecho para las recusaciones y que, por lo tanto, el número de balotas que deben sortearse debe ser igual al número de Jurados que se pretende reemplazar. Esta doctrina de la H. Corte se ha apoyado en los artículos 277 y 288 de la ley 57 de 1887 y en el artículo 8º de la ley 1ª de 1923.

"Cuando en un sorteo parcial se insacula un número de balotas superior al número de Jurados que se trata de reemplazar, se comete una irregularidad, violatoria de la ley procedimental, que implica el vicio de nulidad contemplado en el ordinal 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887.

"Este despacho se permite recordar a la H. Corte la doctrina —sentada por ella misma para que se digne tenerla en cuenta en el presente proceso.

"Pero hay una razón más poderosa para estimar que existe una nulidad, que mira también al sorteo de Jurados y que se encuentra contemplada en el artículo 265 ya citado.

"La nulidad estriba en que, tanto en el sorteo total como en el sorteo parcial, actuó como agente del Ministerio Público el doctor Leonardo Martínez Collazos; quien había intervenido con anterioridad, como Juez 2º Superior, y en este último carácter profirió el

auto de llamamiento a juicio contra Abel y Heli Fajardo.

"En diversos expedientes ha emitido la Procuraduría el concepto de que esta dualidad de funciones del doctor Martínez Collazos envuelve una anomalía de tan grande entidad que constituye no sólo un ataque a las normas procedimentales sino que llega a ser el desconocimiento de preceptos de orden constitucional y aún de principios que rigen la política social y jurídica de los Estados.

"No pretende este despacho hacer un reproche al doctor Martínez Collazos, quien seguramente en este asunto ha procedido con sana y limpia intención; pero sí es indispensable para la apreciación de la demanda de casación poner de presente que el doctor Martínez Collazos ha sido Juez y parte. Ha sido Juez, porque como tal negó la excarcelación de los sindicados, adelantó la investigación, hizo practicar las pruebas que creyó necesarias y profirió el auto de llamamiento a juicio. Ha sido parte, porque actuó en el mismo proceso como agente del Ministerio Público, y los agentes del Ministerio Público son partes en los negocios penales.

"Al sustentar la causal de nulidad, la Procuraduría en casos anteriores dijo lo siguiente:

"....

"La H. Corte no ha aceptado el razonamiento de este despacho, fundada en que el doctor Martínez Collazos ha debido declararse impedido para actuar como Fiscal, pero que una vez que no se hizo tal declaración, y que los acusados se abstuvieron de recusarlo, el impedimento de hecho quedó allanado y no hay motivo de nulidad.

"Con rendido acatamiento, la Procuraduría ruega a la H. Corte se digne recapacitar sobre este tema y tener en cuenta que la argumentación expuesta en los conceptos anteriores se basa precisamente en la omisión que apunta esa honorable entidad. El vicio se encuentra en la grave irregularidad consistente en omitir la declaratoria del impedimento, pues es claro que si el doctor Martínez Collazos, previa la tramitación del incidente correspondiente, se hubiera declarado impedido para actuar como Fiscal, no hubiera existido vicio de ninguna naturaleza, el procedimiento se hubiera ajustado a la ley y la nulidad ni hubiera surgido.

"Si se sostuviera que el interés de que habla la ley no se refiere al que pudo tener el doctor Martínez Collazos, el concepto de la Procuraduría sería descarriado y su argumento resultaría inconducente, porque entonces no habría motivo de impedimento y, por consiguiente, con pleno derecho el funcionario que profirió el auto de proceder pudo ejercer las funciones de agente del Ministerio Público durante la secuela del juicio. Pero si se acepta la existencia de la causal de impedimento, la doble intervención implica una violación de la ley que se traduce en nulidad sustancial del procedimiento.

"La hipótesis de una nulidad procedimental apoyada en el ordinal 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, después de surtido y tramitado el incidente sobre impedimento, es sencillamente imposible, porque si el doctor Martínez Collazos se declara impedido y se separa, en consecuencia, del conocimiento del asunto, entonces no asiste ni a las diligencias de sorteo de Jurados ni a las audiencias públicas. Y si lo recusan, pasa lo mismo: no hubiera intervenido como Fiscal.

"En otros términos: si se hubiera surtido el incidente de recusación o de impedimento, no habría problema.

"La dualidad de funciones y la unidad de criterio del doctor Martínez Collazos, en este expediente, se aprecian leyendo el auto de proceder y el acta de acusaciones. Los argumentos de estas dos piezas son los mismos, dichos más o menos con iguales palabras.

"La insistencia de la Procuraduría para que la H. Corte se digne meditar nuevamente sobre esta nulidad, tiene mayor justificación en este asunto en que existieron fuertes dudas sobre el valor de las probanzas y en que se alegó la injusticia notoria.

"Como consecuencia de lo dicho, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte Suprema de Justicia invalide la sentencia del H. Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el 26 de octubre de 1936, y declare nulo lo actuado a partir del auto en que se señaló día para el sorteo de Jurados (fs. 113 vto., cuaderno principal), a fin de que se reponga desde allí la actuación".

Para resolver, la Corte considera:

Está en lo cierto el señor Procurador al sostener que la sentencia del Tribunal de Bucaramanga debe infirmarse por la causal 2ª, en atención a las irregularidades de que adolece el sorteo parcial de jurados que obra al folio 128 del cuaderno 1º, ya que allí se insacularon seis balotas para reemplazar a dos jurados, a pesar de que en los sorteos parciales no hay lugar a recusación, como lo dijo la Corte en sentencia de catorce de junio del corriente año (casación de Alfonso Quijano).

La Corte en el fallo mencionado expresó cómo la insaculación de un número mayor de balotas al de los jurados que se trate de-

reemplazar en los sorteos parciales, viene a introducir un factor de incertidumbre acerca de la persona o personas que debían desempeñar el cargo de jurados.

Y según ha dicho también la Corte, en caso de declararse una nulidad de esta clase, forzoso es repetir la actuación desde el sorteo general de jurados, de conformidad con el numeral 5º, artículo 243 de la ley 57 de 1887.

En cuanto a la observación del señor Procurador respecto de la nulidad proveniente de haber actuado como fiscal en aquellos sorteos el doctor Leonardo Martínez Collazos, antiguo juez de la causa y quien profirió en primera instancia el enjuiciamiento, la Corte insiste en su doctrina anterior de que aun prescindiendo de entrar en el examen de si el doctor Martínez Collazos, Fiscal del Juzgado 2º Superior de Bucaramanga, estaba o no impedido para actuar en el proceso con tal carácter, resulta de autos que no se surtió en las instancias incidente alguno sobre impedimento o recusación; y, por consiguiente, aquél tenía que intervenir en los trámites del juicio en lo atañedero al Ministerio Público.

Insiste también la Corte en que tratándose de funcionarios impedidos, sólo su actuación posterior a la declaratoria de impedimento puede ser susceptible de nulidad; pero la anterior es válida, ya que el funcionario únicamente queda separado del conocimiento del negocio por virtud de la calificación que se haga de la existencia del impedimento.

Pero como la Procuraduría plantea ahora el problema de que la nulidad consiste cabalmente en el hecho de que hubiera actuado el Fiscal que según el señor Procurador se hallaba impedido, sin mediar el incidente que le levantara el impedimento, necesario es ahondar un tanto más en el asunto para responder a esta objeción.

A juicio de la Corte, no existía en el Fiscal doctor Martínez Collazos el susodicho impedimento, por lo que pasa a expresarse:

El artículo 166 del Código Judicial dice:

"Los agentes del Ministerio Público están impedidos para intervenir en los negocios cuando ellos, o sus consortes, o sus ascendientes, descendientes, o parientes colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tengan interés".

Preciso es armonizar el contenido de este artículo con lo dispuesto en los numerales 3º, 6º y 9º, artículo 435 ibídem. Si en esta última disposición distinguió la ley entre el interés en el pleito como causal de impedimento (numeral 3º), el hecho de haber dictado la providencia de cuya revisión se trata (numeral 6º), y la circunstancia de la intervención anterior del juez en calidad de agente del Ministerio Público (numeral 9º), ello quiere decir que no puede confundirse el interés con la ingerencia en la actuación anterior; y de tal suerte, debe evitarse también esta confusión al apreciar el interés que como único motivo de impedimento consagra el artículo 166 con respecto a los agentes del Ministerio Público.

Tan cierto es ello, que si por interés en el pleito hubiera de tomarse a todo trance la circunstancia de haber actuado antes en el juicio el respectivo funcionario, podría llegarse a extremos como el de considerar al juez que dictó el auto de proceder impedido para proferir la sentencia definitiva.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en lo principal con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, fechada el veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Abel y Heli Fajardo la pena principal de nueve años de presidio como responsables de la muerte de Alejandro Núñez; en su lugar declara nulo lo actuado desde el auto de cuatro de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, inclusive (folio 113 vuelto), en donde se señaló día para el sorteo general de jurados, y ordena que se reponga el procedimiento de allí en adelante.

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

José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mello Baños, Srio. en ppd.

¿ASESINATO?

Cuando la casación resulta fundada por las causales 4ª y 5ª, al prosperar el recurso por esta última, injusticia notoria del veredicto del Jurado, proveniente en parte de la disconformidad entre la pregunta propuesta al Jurado y los cargos formulados en el auto de proceder, ocurre una especie de interferencia entre dichas causales por la cual dispone la Corte que el Juzgado de instancia, al reunir el nuevo Jurado, modifique en forma adecuada el cuestionario que debe presentarse.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veinte de septiembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

El señor Procurador delegado en lo penal sustenta el presente recurso de casación en tres causales, a saber: error sobre la prueba del cuerpo del delito; disconformidad entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder, y notoria injusticia del veredicto.

De parte del procesado tan sólo se halla en el expediente un corto memorial de interposición del recurso, sin aludir a causal determinada.

Pasa la Corte a examinar cada una de las causales invocadas por el señor Procurador.

CAUSAL 3ª—Cuerpo del delito.

El dictamen pericial que obra al folio 5 del expediente, dice así:

"El cadáver presentaba una herida de cuatro centímetros de longitud situada en la región posterior del cráneo como a medio centímetro por debajo de la tuberosidad occipital. La profundidad de esta herida corresponde al espesor del cuero cabelludo y no interesaba en nada el hueso del cráneo. Más hacia abajo se notó un color morado que demostraba que había habido una fuerte contusión que había producido extravasación sanguínea. Tales manifestaciones me indujeron a hacer una exploración prolija, y en efecto, encontré que el hueso occipital fue fracturado en varias partes, que hecha una incisión me comprobó las fracturas dichas, de tal modo que extraje una de las esquirlas que estaba completamente desprendida como de siete centímetros.

"Conceptúo que la herida fue producida por instrumento cortante y el golpe de color amoratado producida por arma contundente, lo que produjo la fractura de los huesos del cráneo que trajeron como consecuencia la muerte instantánea. El cadáver no presentaba lesiones de ninguna otra clase".

Estima la Corte que las conclusiones del anterior dictamen, v. gr., "que la herida fue producida por instrumento cortante y el golpe de color amoratado producido por arma contundente, lo que produjo la fractura de los huesos del cráneo que trajeron como consecuencia la muerte instantánea" de Cristina Olivares, ser suficientes para fundar en el proceso criminal el elemento objetivo del cuerpo del delito de homicidio, y la relación de causalidad entre la muerte violenta y la obra de un agente extraño. No de otro modo pueden interpretarse aquellas apreciaciones sobre instrumento cortante, arma contundente.

La imputación del hecho a determinada persona y las circunstancias en que se cumpliera, que el señor Procurador plantea como elemento subjetivo del delito, son cosa que atañe propiamente al problema de la responsabilidad, que aun cuando suele ir estrechamente vinculado al cuerpo del delito, no puede confundirse con éste.

No prospera el recurso por la causal 3ª

CAUSAL 4ª — Disconformidad entre la sentencia y los cargos formulados en el auto de proceder.

El señor Magistrado del Tribunal sentenciador, doctor Octavio M. Gómez, en su salvamento de voto hace notar que el Juzgado no mencionó en el auto de enjuiciamiento la circunstancia de premeditación, y el señor Procurador dice al respecto lo que sigue:

"El auto de enjuiciamiento contiene el pliego de cargos sobre los cuales debe responder el enjuiciado y constituye, como lo ha dicho varias veces la Procuraduría, una especie de litis contestatio. El juicio criminal, el debate en las instancias, debe rodar sobre los cargos que se hagan al acusado en el auto de proceder, pues condenar a una persona por hechos que no le fueren imputados en aquella pieza constituye una falta contra la ley, contra la técnica, y aun contra la lealtad.

"Pues bien: a pesar de haberse planteado en el llamamiento a juicio un homicidio simplemente voluntario, en las audiencias se formularon los cuestionarios incluyendo los factores de la premeditación y de las circunstancias de asesinato, con lo cual se incurrió en la causal 4ª de casación, puesto que la sentencia fue proferida en desacuerdo con el auto de proceder.

"Si a Lino Olivares se estima responsable del homicidio de su hermana, debe condenársele de acuerdo con el cargo que se le hizo, esto es, un homicidio simplemente voluntario, que tiene por pena de seis a doce años de presidio, según lo dispuesto por el artículo 600 del código penal".

La Corte estima muy puestas en razón las observaciones anteriores; pero como halla al mismo tiempo que la sentencia recurrida es igualmente vulnerable por la causal 5ª, que afecta más fundamentalmente el proceso, entra en seguida al estudio de la última causal.

CAUSAL 5ª—Injusticia notoria del veredicto.

Es posible considerar este punto, por cuanto el señor Fiscal del Tribunal de Santa Marta, doctor Pedro Castro Trespalacios, en su escrito del folio 184 hubo de plantearlo en la segunda instancia.

Desde la instrucción sumaria hasta la sentencia de segunda instancia se ha hecho mérito en diferentes piezas de los indicios que obran contra el acusado Lino Olivares, concretándolos en trece puntos, así:

"1º—Que Lino Olivares Martínez, hermano de Cristina Olivares Martínez, profesaba a ésta, no un afecto de hermano, sino un cariño interesado;

"2º—Que varias veces Lino tuvo la costumbre de esconderse en los parajes cercanos a donde se bañaba Cristina para verla desnuda;

"3º—Que alguna vez en la misma casa de habitación de la familia Olivares intentó cogerle los senos a Cristina, lo que motivó que ésta le diera una bofetada;

"4º—Que estando los dos una vez en la recolección de una cosecha junto con otra persona de que hay constancia en el expediente, Lino dijo a Cristina que si él llegaba a saber que ella tenía amores con algún hombre, la mataba;

"5º—Que en definitiva Lino Olivares estaba enamorado de Cristina, apreciación que hacen algunos miembros de la familia y sobre todo el padre de ellos, señor Rudecindo Olivares, quien abunda en detalles sobre este particular (folio 74);

"6º—Que existía en el ánimo de algunos de los familiares de Cristina la creencia de que ésta tenía relaciones amorosas con Miguel Angel Cantillo (véase carta de Cristina para Cantillo, fl. 99);

"7º—Que el día en que se perdió Cristina, Lino se fue detrás de ésta y de Digna por el mismo camino (declaración de la misma madre, f. 7);

"8º—Que la familia Olivares no tenía enemigos en la vecindad, según declaración de ellos mismos;

"9º—Que Lino regresó a la casa de 'El Limón' como de ocho a nueve de la noche del mismo día en que acompañó a sus hermanas al cañaveral, de regreso de otra finca que fue el lugar de su destino, según manifiesta él, y que al llegar fue el único y el primero en manifestar que su hermana Cristina la habría matado una culebra y que no la encontrarían sino a los tres días cuando avisaran los goleros;

"10º—Que Cristina Olivares desapareció el sábado veinte de octubre y fue encontrada evidentemente el tercer día, su cadáver ya en descomposición, y habiendo servido como única señal unos goleros que volaban y caían en el lugar en que fue encontrado dicho cadáver, cumpliéndose así, en parte, lo pronosticado por Lino Olivares:

"11º—Que de las personas que encontraron el cadáver, Lino ocupaba el segundo lugar cuando penetraron en el rastrojo donde fue hallado y de todos los concurrentes el primero que lo vio fue él; ;

"12º—Que el rastrojo donde encontraron el cadáver era completamente espeso, intransitable y a pesar de esto Lino pudo ver el cadáver desde cierta distancia, y al momento de verlo, mientras que él lo hizo con facilidad, a los demás les fue difícil descubrirlo al momento por más que Lino les señalaba con insistencia;

"13º—La indiferencia que demostró Lino en presencia del cadáver, mientras que era bien distinta y más o menos uniforme la impresión causada a los demás al contemplar aquel cuadro doloroso, como también que Lino, para asistir al entierro del cadáver, fue necesario que por varias personas le hicieran insinuaciones para ello";

El señor Procurador analiza esta prueba indiciaria del modo siguiente:

"Como puede ver la H. Corte, los hechos marcados con los números 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º, caso de estar probados, constituyen en realidad una serie de indicios encaminada a probar un solo hecho, o sea el de que Lino

Olivares estaba enamorado de su hermana Cristina.

"El marcado con el número 6º constituye una simple apreciación, nacida después de la muerte de Cristina, y originada por el hecho de haber encontrado un papel escrito con lápiz, dirigido a Miguel Angel Cantillo y firmado por Cristina P. Olivares M., misiva que hizo creer que Cristina tenía relaciones amorosas con Cantillo, hecho que no aparece demostrado por ninguna parte.

"El hecho marcado con el número 7º no está demostrado, pues no se sabe con certeza si Lino salió primero o si salió después de Cristina, de la casa de ambos, la tarde que tuvieron lugar los acontecimientos. Pero en el caso de que estuviera demostrado, tan sólo probaría que Lino salió de la casa después de la salida de Cristina, lo que no sirve para fundamentar ninguna responsabilidad sobre el homicidio.

"El hecho 8º constituye una negación que no perjudica ni aprovecha al sindicado Lino Olivares.

"El hecho 9º se refiere a una apreciación de Lino que por sí sola no basta para formar un indicio grave. Y lo mismo puede decirse del hecho marcado con el número 10.

"Los hechos marcados con los números 11 y 12, son en verdad uno solo, o sea, que Lino fue el primero en ver el cadáver de Cristina, no obstante la dificultad presentada por el terreno para poder hacer aquel descubrimiento. Tampoco es un hecho que constituya indicio grave.

"El hecho marcado con el número 13 envuelve más bien una opinión sobre la poca sensibilidad de Lino ante el cadáver de su hermana.

"....

"Sintetizando, tenemos que los tres únicos hechos son: que Lino estaba enamorado de Cristina, que Lino salió detrás de su hermana el día de los acontecimientos, que él fue el primero que descubrió el cadáver.

"El último hecho pudo obedecer a una coincidencia. El hecho segundo no está demostrado, ni tampoco serviría de apoyo, en caso de estarlo, para inducir que el homicidio, si lo hubo, fue cometido por Lino. Y el hecho primero, tampoco está demostrado porque el tal enamoramiento del hermano por la hermana, nació en la cabeza del padre después de que Cristina murió; y tuvo su origen en un cúmulo de deducciones, más o menos imaginativas, como puede verse leyendo la indagatoria del mencionado padre de la víctima y del presunto victimario, señor Rudecindo Olivares L., quien no fue testigo presencial ni de los acontecimientos que se trataron de investigar, ni de ninguno de los incidentes anteriores a la muerte de Cristina relacionados con la posible inclinación amorosa de Lino por la joven.

"Con tan nebulosas probanzas se llevó la causa a las audiencias públicas y allí, en aquel solemne acto, el señor fiscal del juzgado superior, representante de la sociedad, afirmó que no había prueba para condenar a Lino Olivares. El señor defensor del reo abandonó a su defendido y no concurrió a aquellas audiencias, en donde hubiera sido tan fácil obtener un triunfo para su causa, puesto que el ministerio público pedía la absolución.

"Los señores del jurado contestaron afirmativamente los cuestionarios, no obstante la petición hecha por el fiscal para que se absolviera al sindicado. El veredicto fue condenatorio por mayoría.

"Si no existe ni prueba directa, ni prueba indirecta, ni prueba plena, ni siquiera semiplena de la responsabilidad de Lino, el veredicto es manifiestamente injusto.

"Lino Olivares pudo haber sido el autor de la muerte de su hermana Cristina; pero no hay ninguna prueba de esa responsabilidad; luego una mera hipótesis no podía servir para una condena.

"No cabe duda de que la prueba indiciaria es de difícil aplicación y permite, al propio tiempo, una conveniente elasticidad para la apreciación de los hechos. Pero esto no quiere decir que los indicios puedan adoptarse sin emplear la lógica y la verdad. Al fin de cuentas, la técnica probatoria moderna ha llegado a clarificar el concepto, ya expuesto por los viejos expositores de derecho, de que todas, absolutamente todas, las pruebas vienen a reducirse, en último término, a la llamada de indicios, porque con la confesión, con los testimonios, con los documentos, con las inspecciones oculares, etc., se acepta un hecho determinado para poder inducir otro hecho, o sea, el hecho delictuoso.

"Por lo mismo, no basta para aceptar ciegamente un veredicto, la sola circunstancia de que éste se apoyó en indicios. Es preciso analizar el expediente para ver si en realidad esos indicios existieron y pudieron ser una base racional para la decisión de los jueces de hecho, quienes a pesar de no estar sometidos a una tarifa de pruebas, no pueden abusar de esa libertad tomando determinaciones que ofendan claramente la verdad y los fueros de la justicia.

"Como este despacho considera que los jueces de hecho profirieron el veredicto sin que hubiera suficientes fundamentos para su

respuesta afirmativa, cree que está probada la causal que se estudia".

En varias sentencias ha dicho la Corte que no por erróneo puede calificarse de notoriamente injusto un veredicto, y en un fallo de antigua data se expresa que el veredicto fundado sobre prueba indiciaria no puede por ese solo hecho estimarse como injusto.

Pero aquellas tesis deben entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente el valor probatorio de tal. La ley define y da reglas especiales para apreciar el alcance de ese medio de prueba. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado.

El recurso debe prosperar, pues, por la causal 5ª; y en este asunto cabe observar que lo que más palpablemente revela la necesidad de repetir el juicio, es lo tocante a la condena por premeditación y modalidades de asesinato, a saber: alevosía, o a traición, a mansalva y sobreseguro, con previa asechanza, sorprendiendo a la víctima desapercibida e indefensa.

Nadie presenció la muerte de Cristina Olivares; y no hubo confesión del reo ni declaración de la víctima. ¿De dónde, así, la certidumbre acerca de las circunstancias que rodearon el hecho?

Y dada la circunstancia de que en el caso actual, como se observó en el análisis de la causal 4ª, el proceso adolece de la tacha consistente en la disconformidad entre la sentencia y los cargos formulados en el enjuiciamiento, hay una interferencia de las causales 4ª y 5ª, que obliga a la Corte a llamar la atención del señor juez a que hacia la manera de formular el cuestionario para el nuevo jurado, ciñéndose a los cargos del auto de proceder y teniendo en cuenta el estudio que de este punto se ha hecho en la presente sentencia a propósito de la causal 4ª de casación.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, fechada el diecinueve de noviembre de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Lino Olivares Martínez la pena principal de veinte años de presidio como responsable del asesinato de su hermana Cristina Olivares, y en su lugar ordena que se convoque un nuevo Jurado.

La Corte se abstiene de conceder el beneficio de excarcelación por no hallarse ahora el procesado en el caso del inciso 4º, artículo 4º, de la ley 118 de 1931.

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

José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mello Baños, Srio. en ppd.

DELITO DE FUERZA Y VIOLENCIA, NO DE MERA CORRUPCION DE MENORES

Aun cuando sea contranatural el abuso deshonesto CONSUMADO en una IMPUBER, y cualquiera que sea la tesis médico-legal que se profese acerca de los elementos constitutivos de los delitos contra la integridad sexual, aquel abuso constituye delito de fuerza y violencia, punible con la pena de que trata el artículo 633 del Código, en armonía con el inciso final del artículo 429.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo).

José Pilar Palacio Socarrás interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, que lo condenó a la pena principal de ocho años de presidio por

el delito de fuerza y violencia en la impúber Sixta Tulia Mejía.

La casación viene interpuesta asímismo por el señor Fiscal del Tribunal, doctor Pedro Castro Trespalacios.

Como causales se han invocado la 1ª y la 3ª, artículo 3º de la ley 118 de 1931.

El señor Procurador delegado en lo penal, en extensa y erudita vista, conceptúa en el sentido de que se mantenga firme el fallo recurrido.

La Corte, en otras ocasiones ha sentado la tesis de que cuando el recurso es interpuesto solamente por el Ministerio Público y el Procurador se manifiesta adverso a la casación, ello equivale a un desistimiento; y como en el presente caso el procesado se limitó a invocar la causal 3ª de casación, pero sin fundarla ni ante el Tribunal ni ante la Corte, lo procedente sería declarar desierto el recurso.

Con todo, puesto que los agentes del Ministerio Público han planteado una cuestión de doctrina, la Corte opta por decidir del recurso en el fondo.

Tanto para la causal 1ª como para la 3ª, el problema gira al rededor de si el reo debe considerarse forzador según el artículo 683 del Código Penal, o si hay que reputarlo únicamente corruptor de menores, de conformidad con el artículo 429 ibídem, dada la manera contranatural como Palacio abusó del cuerpo de la impúber Sixta Tulia Mejía.

El artículo 683 del Código Penal es terminante al preceptuar que quien "abusare deshonestamente de un impúber de sexo contrario, será tenido por forzador en cualquier caso, y sufrirá la pena de ocho a diez años de presidio".

Y el artículo 429 del mismo Código, luégo de enumerar los diferentes supuestos de corrupción, en su inciso final dice:

"Lo dispuesto en los números anteriores no impide que las personas en ellos mencionadas sean consideradas como forzadores, cuando ejecuten algún acto carnal con un impúber de sexo contrario".

En estas condiciones, cualquiera que sea la tesis médico-legal que se profese acerca de los elementos constitutivos de los delitos contra la integridad sexual, tratándose de una impúber y de un consumado abuso deshonesto, el problema está claramente resuelto por el Código Penal en las disposiciones arriba transcritas.

A mérito de los anteriores considerandos, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, fechada el veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y seis, que impuso a José Pilar Palacio Socarrás la pena principal de ocho años de presidio como responsable del delito de fuerza y violencia en la impúber Sixta Tulia Mejía.

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

José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mallo Baños, Srio. en ppd.

NULIDAD DEL PROCESO POR HABER DESEMPEÑADO EL CARGO DE JURADO EL PORTERO DEL JUZGADO SUPERIOR

La anomalía dimanada en el caso de autos de ser uno de los Jurados empleado del Poder Judicial, circunstancia que le inhibía para ser Jurado, es, por mandato expreso del legislador, una incompetencia de carácter improrrogable. Y siendo ello así ha producido una nulidad conforme al numeral 3º del artículo 265 de la ley 57 de 1887.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Por homicidio en la persona de Juan de la Cruz Sánchez condenó el Tribunal Superior de San Gil a Rafael Ruiz a la pena principal de seis años de presidio.

La sentencia definitiva condenatoria es de 27 de julio de 1936.

El defensor del reo, doctor Luis Antonio Martínez, interpuso recurso de casación, y como lo hizo oportunamente, el Tribunal se lo concedió el 20 de agosto del año pasado.

Ante la Corte el apoderado del reo, doctor Luis Martínez Mutis, presentó el alegato de regla invocando varias causales.

El Procurador delegado en lo penal, en su vista analiza las causales invocadas, así las que adujo el defensor al interponer el recurso, como las que invocó en el alegato ante la Corte el apoderado del reo.

CAUSALES ALEGADAS—Estas causales son:

La 1ª, la 2ª y la 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, la 3ª y la 5ª del mismo artículo. Las primeras fueron citadas por el defensor; las últimas por el apoderado, que también sustentó las anteriores.

No encuentra la Procuraduría fundada la demanda de casación por lo que hace a las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª, mas sí halla que el recurso prospera por la causal 4ª, que considera justificada, pues que según el auto de proceder "la imputación que se hizo al acusado Ruiz fue la de un delito de homicidio en riña provocada por el occiso, es decir, se catalogó el hecho dentro del caso especial de menos grave que contempla el inciso 1º del artículo 602 del Código Penal.

Y continúa anotando el señor Procurador delegado:

"Sin embargo, el Juzgado le formuló al jurado un cuestionario que no estaba de acuerdo con el auto de proceder, y lo que es más grave, sentenció a Ruiz sin tener en cuenta la modalidad específica de la riña provocada por el que murió.

"El Jurado, en presencia de ese cuestionario, lo contestó afirmativamente por unanimidad.

"En tales circunstancias, el Juez como el Tribunal desatendieron el artículo 26 de la Constitución Nacional y el 1715 del Código Judicial, porque condenaron a Rafael Ruiz por un cargo de que él no se había defendido, y así el fallo resulta atentatorio contra los derechos individuales y las garantías sociales que deben darse al acusado para que éste emprenda ampliamente su defensa y pueda ser condenado con lealtad.

"El objeto del auto de proceder, como lo ha dicho varias veces la Procuraduría, es formularle con toda precisión al responsable el conjunto de cargos que le apareja la investigación, para que él sepa de qué debe defenderse, así como también para que el juzgador tenga un derrotero cierto y limitado al imponer las sanciones contra el reo. De lo contrario podría reinar la arbitrariedad judicial y el auto de proceder carecería de objeto.

"En tal virtud, Rafael Ruiz sólo debe ser condenado por lo que se le llamó a juicio, esto es, por el delito de homicidio en riña provocada por el occiso".

LA CAUSAL 4ª—Materia hay para casar la sentencia por la causal 4ª invocada, y que coadyuva el señor Procurador, al considerar el aspecto primero de dicha causal, o sea: "No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder".

Empero, acontece que una casación basada en esa causal impone a la Corte, invalidado el fallo, dictar el que deba reemplazarlo, lo que implica considerar que la actuación anterior es legal y que no se ha inferido agravio al derecho, por otros aspectos.

LA CAUSAL 2ª—En el caso que se estudia, en concepto de la Corte, encuéntrase que la causal 2ª invocada por el defensor del reo y encontrada falla por el Procurador, es realmente la que justifica el recurso interpuesto.

Además, ella endereza las cosas en el procedimiento, dando así amplio campo para el debate, y consultando el espíritu y la letra del artículo 22 de la Constitución vigente, por cuanto permite la observancia de la plenitud de las fórmulas propias de cada juicio.

Ocurrió en este proceso, como se verá luégo, un vicio de nulidad sustancial, según la ley; de ahí que la sentencia dictada en él sea violatoria de la ley procedimental. En otros términos, la causal 2ª del artículo 3º es la que permite, con más propiedad, casar la sentencia, ya que conforme al artículo 4º de la ley 118 de 1931, invalidado el fallo se devuelve el expediente para que se reponga el procedimiento desde el punto en que ocurrió el vicio, y así se salvaguardia en su integridad el artículo 22 de la Constitución vigente.

ALEGACION DE LA CAUSAL 2ª—No oficiosamente estudia la Corte la causal 2ª Ella fue invocada por el defensor del recurrente. La sustentó también su apoderado ante la Corte.

Dice así el defensor del reo:

"La sentencia es violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial.

"El juicio del Jurado, o su veredicto, está viciado de nulidad sustancial, y sobre ese juicio fue dictada la sentencia.

"En efecto, el artículo 1º de la ley 1ª de 1923 establece que el Jurado se compondrá de cinco jueces de hecho; el Jurado que dio juicio en la causa de Rafael Ruiz está for-

mado por cuatro jueces que podían serlo, y por uno, que en concepto de la ley, no puede serlo, me refiero al señor Alfonso Díaz, quien desempeñaba el día de la celebración del juicio, el empleo de portero del Juzgado 1º Superior de este Distrito Judicial, donde se celebraba la audiencia; el artículo 76, Ley 100 de 1892, en su ordinal d) dice que están impedidos en todo caso para desempeñar el cargo de Jurados: 'D) Los empleados del Poder Judicial'; según el certificado expedido por el señor Juez 1º Superior referido, el señor Alfonso Díaz, uno de los jurados, era empleado del poder judicial el día de la celebración del juicio 29 de mayo de 1936; luego él estaba impedido para hacerlo, y si no podía serlo, el Jurado ante la ley sólo estaba constituído por cuatro jueces, y esos jueces por no formar la entidad designada por el artículo 1º, Ley 1ª de 1932, no tenía jurisdicción para pronunciar el veredicto, y la incompetencia de jurisdicción es causal de nulidad. (Artículo 264, Ley 57 de 1887, numeral 1º).

"Se argumenta que por no haber sido recusado el señor Alfonso Díaz se le prorrogó jurisdicción, pero en mi concepto el señor Díaz no podía prorrogar la jurisdicción porque en los términos de la ley "en todo caso" estaba impedido para ser jurado, es decir, aun en el caso de que se le prorrogara expresamente la jurisdicción; esta es una prohibición rotunda de la ley, y lo hecho contra esa clase de prohibiciones, no tiene existencia legal; luego existe la causal de nulidad de incompetencia de jurisdicción en la entidad que pronunció el veredicto, por estar formada sólo por cuatro jueces, ya que el señor Alfonso Díaz no lo era, porque no podía serlo en ningún caso: él era empleado del poder judicial de conformidad con los artículos 10, Ley 23 de 1912 y 5º del Código Político y Municipal.

"Pero se dirá que el señor Díaz por ser portero no está comprendido en la prohibición; pero la ley al decir que en todo caso están impedidos para ser jurados los empleados del poder judicial, no hace distingos entre empleados con jurisdicción o sin ella, entre jueces y subalternos, y donde la ley no distingue no es lícito distinguir, porque esto sería reformar la ley y esta facultad sólo reside en el Congreso.

"Luego es concluyente que la sentencia fue dictada sobre un juicio viciado de nulidad sustancial: el veredicto del Jurado".

A la anterior argumentación objeta el Procurador delegado que conforme al artículo 265 de la ley 57 de 1887, en los negocios en que interviene el Jurado además de las causales de nulidad previstas en el artículo 264 de la misma ley, lo son las siguientes:

"....2º. Haberse reemplazado indebidamente en el acto del sorteo alguno de los designados o no haberlo reemplazado si era el caso de hacerlo; pero en ambos casos es necesario que la parte que alega la nulidad haya reclamado de la resolución del Juez, sobre el asunto en el acto del sorteo".

"En el acta de sorteo de jurados, dice el Procurador, que obra al folio 58, no aparece que el defensor del acusado, Ruiz, ni éste hubiera reclamado contra el nombramiento recaído en el señor Díaz como jurado, requisito indispensable para que prospere la nulidad. Por esa razón no es atendible el reparo que se hace acerca del reemplazo del doctor Jorge Gómez Silva, como miembro del Jurado".

Se observa:

El reparo que hace el defensor del acusado se refiere no al señor Jorge Gómez Silva, jurado que resultó electo en un sorteo parcial verificado para reemplazar al jurado originario Victoriano Gómez. A su turno el señor Gómez Silva fue reemplazado después, también en sorteo parcial, por el señor Bernardo Torres (véanse folios 66 a 68).

La tacha se enderezó al señor Alfonso Díaz, quien figura desde el primer sorteo, cuya acta corre al folio 58, y quien desempeñó el cargo de jurado, concurrió a las audiencias y firmó el veredicto como consta al folio 72.

Sin embargo, lo sustancial en la argumentación del señor Procurador, puede concretarse así: si en el sorteo general de jurados salió electo el señor Alfonso Díaz y no se reclamó de esa designación en el acta del sorteo, no es posible alegar ya la nulidad.

Evidentemente consta en la diligencia de sorteo que no hubo reclamo respecto de la designación del señor Díaz; pero ello no obsta para considerar, como considera la Sala, que el señor Díaz no podía ser jurado.

En efecto, el señor Díaz era empleado del poder judicial tanto el día en que se celebró el sorteo general de jurados o sea el 27 de noviembre de 1935 como el día en que celebrada la audiencia, firmó el veredicto como miembro del Jurado, 29 de mayo de 1936. Así consta en los certificados expedidos por el Juzgado 1º Superior de San Gil.

La ley 100 de 1892, en su artículo 72 prohibe a los empleados del poder judicial desempeñar el cargo de jurados. Es un mandato imperativo. Dice la ley citada:

"Están impedidos en todo caso para desempeñar el cargo de jurados:

"...d) Los empleados del poder judicial".

Ahora bien, el artículo 265 de la ley 57 de 1887, dice:

"En los negocios en que interviene el Jurado son causales de nulidad:

"....3º. Figurar en la lista que se presente a las partes, para que hagan uso del derecho de recusar, alguna persona que no pertenezca a la lista de designados, o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar ese cargo".

Este caso es bien distinto del contemplado en el numeral 2º del mismo artículo 265 y no requiere el reclamo de las partes en el momento de la diligencia de sorteo de jurados.

La prohibición contemplada en el ordinal 3º es una incapacidad absoluta, distinta de la contemplada en el artículo 243 de la ley 57 de 1887, que se refiere, no ya a todos los casos en que determinados ciudadanos están impedidos para desempeñar el cargo de jurados, sino al impedimento para serlo en determinada causa.

Cuando el impedimento hace relación a determinada causa, parentesco, patrocinio, amistad íntima, etcétera, con el procesado, la falta de reclamación o la inadvertencia oportuna del impedimento, puede subsanar el vicio erigido en nulidad, cierra la puerta a la alegación. Hay entonces una especie de prórroga de jurisdicción.

Muy otro es el efecto que se produce cuando el jurado sorteado está impedido para desempeñar el cargo en todos los casos.

Reclámese o no oportunamente, su impedimento no es subsanable.

Ausencia tal de competencia no permite subsanar el vicio en la forma que señala el numeral 2º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, sencillamente porque la competencia no se radica en una persona en quien la ley ha dispuesto que es inhábil para desempeñar el cargo de jurado. Entonces tal persona es incompetente y siéndolo, la jurisdicción es improrrogable, pues no se prorroga aquello que no se tiene, que no está radicado, incorporado en uno, siquiera en potencialidad de serlo.

Semejante anomalía dimanada en el caso del jurado Díaz de su calidad de empleado del Poder Judicial, circunstancia que lo inhibía para ser jurado en ésta y en cualquiera otra causa mientras fuese empleado de ese ramo, es por mandato expreso del legislador, una incompetencia de carácter improrrogable. Y siendo ello así ha producido una nulidad conforme al numeral 3º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, aplicable a este negocio de intervención del jurado.

Lo expuesto lleva a la Sala a concluir que prospera la causal 2ª invocada por el defensor del acusado y que consecuencialmente la sentencia revisada debe casarse.

Y como en este evento, de conformidad con lo estatuído por el artículo 4º de la ley 118 de 1931, ha de invalidarse el fallo y devolverse el expediente para su reposición en lo afectado por la nulidad, y la surgida aquí comienza en el acta del sorteo general de jurado, síguese que la reposición debe efectuarse desde el auto que ordenó esa diligencia.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador delegado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero—Infirmar la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, de fecha 27 de julio de 1936, que condenó a Rafael Ruiz a seis años de presidio por la muerte de Juan de la Cruz Sánchez;

Segundo—Anular lo actuado, a partir del auto de fecha 20 de noviembre de 1935, visible al folio 57, que señaló día para el sorteo de jurados, y ordenar que se reponga el procedimiento de ahí en adelante; y

Tercero—Devolver el expediente al Tribunal de origen, para que de la providencia indicada en adelante se reponga el procedimiento.

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

José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Rico Baños, Srio. en pnd.

CONDENACION DE DOS PROCESADOS POR ASESINATO EN CONCURSO RECIPROCO

El auto de proceder formuló a los acusados el cargo de premeditación y consideró que uno y otro fueron autores del delito en concurso. No se preguntó al jurado si cada uno de los reos era responsable de haber causado materialmente la herida mortal, sino que la pregunta se enderezó a la responsabilidad de ambos sindicados en la muerte del agredido, con indicación expresa de lo atañedero al concurso recíproco. Al contestar, pues, el jurado de manera afirmativa los cuestionarios, declaró responsables como autores del delito a los dos procesados, sin que ello implique contradicción alguna. No prospera así la causal propuesta de veredicto contradictorio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Los cuestionarios que se sometieron a la consideración del jurado en la causa contra Alejandro y Celiano Bermúdez por homicidio en la persona de Pedro Alcántara Méndez, fueron contestados en forma simplemente afirmativa, y son del tenor siguiente:

"Alejandro Bermúdez es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Pedro Alcántara Méndez, el día treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y uno, en la fracción de El Tabacal, del vecindario de Guaca y en la ejecución de ese hecho procedió dicho acusado con premeditación, esto es, con deliberación o resolución previa de matar, y en concurso recíproco con otro?"

"Alejandro Bermúdez es responsable de haber ejecutado el hecho definido en la pregunta anterior con alevosía o a traición y sobreseguro, previa asechanza y sorprendiendo a la víctima descuidada, desapercibida e indefensa?"

"Celiano Bermúdez es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Pedro Alcántara Méndez, el día treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y uno, en la fracción de El Tabacal, del vecindario de Guaca, y en la ejecución de ese hecho procedió dicho acusado con premeditación, esto es, con deliberación o resolución previa de matar, y en concurso recíproco con otro?"

"Celiano Bermúdez es responsable de haber ejecutado el hecho definido en la pregunta anterior con alevosía o a traición y sobreseguro, previa asechanza y sorprendiendo a la víctima descuidada, desapercibida e indefensa?"

El juez del conocimiento, en sentencia que confirmó el Tribunal Superior de Bucaramanga, impuso a cada uno de los reos la pena principal de veinte años de presidio por asesinato.

Alejandro Bermúdez recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal; y aun cuando no presentó alegato, ni invocó causal alguna, le es preciso a la Corte estudiar en el fondo el asunto, puesto que el señor Procurador delegado en lo penal funda por su parte el recurso en la causal 6ª —veredicto contradictorio—, la que sustenta así:

"Observa este despacho que del informativo no aparece cuál fue el número de disparos que los Bermúdez, y sus dos desconocidos compañeros, pudieron hacer contra los Méndez. Ignorándose este elemento, surge inmediatamente la duda de si todos los asaltantes dispararon, o si solamente disparó uno de ellos, o si dispararon unos y los otros no.

La duda se agiganta cuando se considera que Pedro Alcántara tan sólo recibió una herida de revólver, lo que indica que el autor material de esa lesión, causante de la muerte de la víctima, fue una sola persona.

Quién fue el autor de ese disparo? Se ignora por completo.

A este respecto el Juzgado Superior, en la sentencia reproduce lo que ya había expuesto en el auto de proceder, en que dice: 'No se sabe cuál de los dos Bermúdez haría el disparo mortal y si acaso ambos dispararon. Junto con ellos había otras dos personas; pero como los testigos dicen que los que dispararon fueron los Bermúdez, es claro que no pueden atribuírse los tiros a los otros, so pena de hacerles decir a los testigos lo que ellos no han declarado. Pero sea cual fuere de los dos el que hubiera hecho el disparo, ambos deben responder en juicio en igualdad de condiciones, porque desde el momento en que esperan a la vera del camino a un pasajero desapercibido para atacarlo y matarlo, haciendo sobre él varios disparos, huyendo luégo juntos hacia una misma región, es porque entre ellos había acuerdo de voluntades para ese fin, algo como una

especie de premeditación, que es lo que se llama en nuestra ley penal "concurso recíproco" entre dos o más para cometer un crimen. La Corte Suprema también ha dicho que "aunque la víctima hubiese muerto a consecuencia del único disparo o balazo que se lanzó contra ella, hecho que no pudo ser ejecutado sino por uno solo de los procesados que intervinieron en la ejecución del delito, nada impide que los sindicados sean todos responsables como autores". (Casación de 4 de abril de 1920, Gaceta Judicial, Tomo 37, página 552). Y esto ocurre especialmente en los casos en que los agresores obran a traición, reuniéndose para esperar a la víctima en algún punto determinado y seguro, como ocurrió aquí en el caso de los Méndez. Los agresores se hallaban en asecho en el sitio del delito, dijo Pedro Alcántara en su declaración".

El H. Tribunal acoge en su fallo las ideas expuestas por el Juez Superior y confirma la sentencia de éste, aceptando la antigua jurisprudencia de la H. Corte de que el concurso recíproco es algo como una especie de premeditación.

La Procuraduría se permite en esta ocasión expresar lo que ya ha dicho en otras vistas fiscales en que se ha presentado el mismo tema del concurso recíproco.

Partiendo del hecho no discutido de que nuestra actual legislación penal se informa en los principios de la escuela denominada clásica, es indispensable en los casos en que exista cooperación delictuosa en la ejecución de un acto punible, distinguir si esa cooperación ha sido genérica o específica, entendiendo por la primera toda clase de participación voluntaria en el delito; y por la segunda, aquélla que nuestro Código llama concurso recíproco, esto es, concurrencia de acción en los actos consumativos del hecho delictuoso y de voluntad en los copartícipes.

Si toda infracción penal tiene dos elementos, uno físico y otro moral, la participación delictuosa puede tener tres figuras: primera, concurso de acción sin concurso de voluntad; segunda, concurso de voluntad sin concurso de acción; y tercera, concurso acumulativo de acción y voluntad.

El concurso puede ser precordenado o previo, lo que eleva el homicidio a la categoría de premeditado; o puede ser instantáneo, lo que excluye la premeditación.

En el caso de autos se trata de la tercera figura, pues, según parece, los Bermúdez, además de querer la muerte de Pedro Alcántara, intervinieron personalmente en los actos constitutivos del elemento físico, objetivo o material de la infracción. Para determinar el grado de imputación que deba atribuírse a cada uno de los participantes en el hecho investigado, es necesario analizar si aquella cooperación, en lo que respecta a la objetividad del delito, se limitó a los actos preparatorios, o si fue más adelante e intervino en los actos ejecutivos o si —lo que constituye la coparticipación específica o "concurso recíproco"— la cooperación material se fijó también en los actos consumativos del delito.

En otros términos, para que una persona pueda reputarse como autora de un delito en que hay varios partícipes, es preciso demostrar que ella ha participado tanto en su intención dolosa, como en la ejecución de actos materiales que constituyan la objetividad consumativa de la violación de la norma jurídica.

En un homicidio en que la víctima aparece con una sola herida, causada con un proyectil de revólver, la lógica indica que el causante de ese hecho material del disparo y de su consecuencia, la muerte del herido, sólo tuvieron como origen humano un individuo, salvo que se quiera admitir la fantástica hipótesis de que dos o más personas apretaron en un preciso momento y con una simultaneidad extraordinaria, el gatillo del mismo revólver.

Suponiendo que los dos Bermúdez dispararon contra Pedro Alcántara, o que no solamente aquéllos dispararon sino también los desconocidos de que hablan los declarantes, lo cierto es que únicamente un tirador dio en el blanco y ese tal tuvo tan acertada y desgraciada puntería, es el agente causante del daño material y el responsable, como autor, de la muerte de Pedro Alcántara.

Hay algo que impide que los sindicados sean todos responsables como autores, habiendo muerto la víctima a consecuencia de un único disparo. Ese algo son los principios de derecho penal clásicos y el conjunto de doctrina y de sistema establecidos por nuestro Código Penal.

Existen algunas legislaciones, como la del Uruguay, que estatuyen que en caso de que sean varios los que han disparado, sin que se sepa cuál fue el causante del disparo mortal, se reputarán todos como cómplices.

Entre nosotros, existen los siguientes preceptos, aplicables únicamente en el caso de existencia del fenómeno delictivo de cuadrilla de malhechores:

"Si no se descubriere cuál de los cuadrilleros es el autor de dichos delitos, se considerarán como autor o autores a los directores o jefes de la cuadrilla.

"Si tampoco se conocieren los jefes o directores, todos los cuadrilleros deben responder como autores".

Pero estas presunciones no pueden hacerse extensivas a los casos en que solamente hay pluralidad de personas en la ejecución del hecho sin que la concurrencia de ellas constituya cuadrilla.

Como corolario de lo expuesto se desprende que Celiano y Alejandro Bermúdez no pueden, dentro de nuestro sistema penal, ser reputados ambos como autores del homicidio que se estudia. O el uno es autor y el otro cómplice; o ambos son cómplices y el autor no se conoce, si el proyectil que causó la muerte de Pedro Alcántara fue disparado por uno de los dos desconocidos que huyeron.

Como el veredicto afirma que los dos Bermúdez son autores, existe una contradicción, no propiamente en las palabras o términos de las respuestas de los jurados o en la forma o redacción de los cuestionarios, sino en los conceptos jurídicos, allí expresados. El asunto de la contradicción es de fondo, pues los vocablos 'responsabilidad', 'autor', 'cómplice', 'concurso recíproco', tienen alcance especial y técnico que respondan a entidades jurídicas, a fenómenos o concepciones de derecho. Se trata de saber si dentro de las teorías de la escuela clásica y de acuerdo con nuestro Código Penal, pueden reputarse como autores y castigarse como a tales, a dos personas cuando la víctima ha perecido a consecuencia de una sola herida y sin que se sepa quién ha sido el causante de ésta.

Celiano y Alejandro Bermúdez han exhibido una máxima peligrosidad social y de ello tiene conocimiento la H. Corte, lo mismo que esta Procuraduría, no sólo por los hechos a que se contrae este expediente, sino por los antecedentes judiciales de los condenados, quienes figuran como reos en otros procesos. Pero esta consideración no es óbice para que la Procuraduría intente la demanda de casación que formula en este escrito, atemperándose a los preceptos legislativos que en materia penal se encuentran en vigencia.

Basta lo dicho para que la Procuraduría pida respetuosamente a la H. Corte que invalide la sentencia acriticada y en su lugar disponga la convocatoria de un nuevo jurado por ser contradictorio e injusto el veredicto proferido".

Para resolver, la Corte considera:

El señor Procurador delegado en lo penal, en la casación de Santos y Celestino Hernández, sostuvo la tesis del veredicto contradictorio, por cuanto las heridas del occiso habían sido causadas con revólver, y sólo uno de los acusados disparó con arma de esa clase; de donde dedujo allí el señor Procurador que al otro procesado únicamente podía reputársele cómplice.

La Corte, en proveído de 14 de julio de 1937, casó la sentencia recurrida; pero los razonamientos en que ella entonces hubo de basarse, constituyen la mejor refutación a los motivos que para el proceso actual aduce la Procuraduría, dada la manera como los cuestionarios se formularon para Alejandro y Celiano Bermúdez.

En el caso de que ahora se trata, el juez no preguntó al jurado, como lo hizo para los Hernández, si cada uno de los acusados era responsable de haber causado materialmente la herida mortal. La pregunta, tanto respecto de Alejandro como de Celiano Bermúdez, se endereza a la cuestión de si "es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Pedro Alcántara Méndez".

Y en la sentencia de los Hernández se dijo:

"La Corte estima que para llegar a la conclusión de que el veredicto es contradictorio, no es necesario entrar en el estudio de la tesis que formula el señor Procurador acerca de complicidad, pues la contradicción existe, sea que se considere que uno de los reos apenas tuvo participación accesoria, ya se les mire a ambos como coautores de la muerte de José Correa. La contradicción no estriba propiamente en el concepto mismo del grado de responsabilidad que se atribuya a cada uno de los reos; proviene de un defecto de forma, por la manera como se redactaron los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado.

El Juez hubiera podido formular los cuestionarios, de acuerdo con el auto de proceder, preguntando al Jurado sobre la responsabilidad de Santos y Celestino Hernández en la muerte de Correa, pero sin predicar respecto de uno y otro de los Hernández el hecho de haber causado materialmente las heridas que a aquél se le infirieron, por ser incompatible con la realidad de los acontecimientos que los dos hubieran producido el único disparo mortal.

Los cuestionarios así redactados hubieran llevado implícitamente en este caso, la figura jurídica del concurso recíproco, dados los cargos de premeditación y asechanza que se dedujeron en el auto de proceder"

El auto de proceder formuló a los Bermúdez el cargo de premeditación y consideró que uno y otro fueron autores del delito en concurso recíproco. Al efecto, en aquella pieza se dice lo siguiente:

"No se sabe cuál de los dos Bermúdez haría el disparo mortal, o si acaso ambos dispararan. Junto con ellos había otras personas; pero como dos testigos dicen que los que dispararon fueron los Bermúdez, es claro que no pueden atribuirse los tiros a los otros, so pena de hacerles decir a los testigos lo que ellos no han declarado. Pero sea cual fuere de los dos el que hubiera hecho el disparo, ambos deben responder en juicio en igualdad de condiciones, porque desde el momento en que esperan a la vera del camino a un pasajero desapercibido para atacarlo y matarlo, haciendo sobre él varios disparos, huyendo luégo juntos hacia una misma región, es porque entre ellos había acuerdo de voluntades para ese fin, algo como una especie de premeditación, que es lo que se llama en nuestra ley penal 'concurso recíproco entre dos o más' para cometer un crimen.

Colocados ahí los dos Bermúdez, es claro que deben responder por un homicidio en las más graves condiciones, o sea con premeditación y alevosía, por cuanto para matar así se necesita la previa deliberación en lo que se ha de hacer y en el modo como se hará, y porque ellos mataron a traición, sorprendiendo a la víctima desapercibida y sin darle lugar a su defensa".

Al contestar, pues, el jurado afirmativamente los cuestionarios que se le propusieron, declaró responsables como autores del delito a los dos procesados, sin que ello implique contradicción alguna, tanto más cuanto que según el ordinal 1º del artículo 22 del Código Penal, son autores del delito, "los que lo cometan espontáneamente, ya solos y aisladamente, ya en concurso recíproco entre dos o más".

En estas condiciones, si se estimara que a uno de los dos acusados no le incumbe responsabilidad principal sino accesoria, la tacha contra la sentencia podría derivar más bien de injusticia del veredicto, que no de contradicción; y la causal 5ª no se ha invocado.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el dieciocho de noviembre de mil novecientos treinta y seis, que impuso a Alejandro Bermúdez y a Celliano Bermúdez la pena principal de veinte años de presidio por asesinato en la persona de Pedro Alcántara Méndez.

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

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mala B., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

COMPETENCIA DE LA CORTE Y DE LOS TRIBUNALES PARA CONOCER DE LOS INCIDENTES DE EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN JUICIOS SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA, EN RELACION CON SU CUANTIA.—DECRETO-LEY Nº 1315 DEL 8 DE JUNIO DE 1936

1. Como el artículo 14 de la ley 102 de 1936 autorizó al Ejecutivo para fijar la jurisdicción de los empleados públicos que intervengan en la recaudación de las rentas e impuestos nacionales, el artículo 10 del decreto 1315 de 8 de junio de 1936, que fija el conocimiento por la Sala de Negocios Generales de la Corte y por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de las apelaciones y los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos de recaudación, es apenas el desarrollo de la facultad mencionada. 2. El decreto Nº 1315 de 8 de junio de 1936 es un decreto-ley. En consecuencia, la Corte conoce del incidente de excepciones y de las tercerías en estos juicios cuando su cuantía es de quinientos pesos o cuando pasa de esta suma y los Tribunales en los casos en que la cuantía es inferior a quinientos pesos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, siete de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Contra Aníbal Barbosa y su fiador Melquíades Jiménez, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad libró orden de pago por la vía ejecutiva, por la suma de doscientos pesos, sus intereses a la rata legal desde cuando tal cantidad se hizo exigible y las costas del juicio.

Sirvió de base a tal recaudo el documento privado que obra a fl. 1, cdo. Nº 1, con el cual se acredita que Barbosa recibió del Tesorero General de la República la expresada cantidad, como anticipo de sueldos, para que pudiera trasladarse a Arauca a desempeñar el puesto de administrador de la Aduana de aquel lugar.

El mandamiento ejecutivo fue intimado al deudor principal en 11 de mayo de 1927. Habiendo propuesto él las excepciones de prescripción de la acción ejecutiva y la innominada de que habla el artículo 329 del C. J., subió el negocio al conocimiento del Tribunal Superior de Cundinamarca, en virtud de lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 1315 de 1936.

El Tribunal, ciñéndose al concepto expresado en la vista fiscal de rigor, resolvió, en sentencia del 1º de diciembre del año pasado, declararse sin jurisdicción para conocer del asunto.

El proceso fue enviado a la Corte, donde ha llegado la oportunidad de resolverlo.

Debe estudiarse en primer lugar el problema que se ha suscitado sobre competencia, y luégo, si fuere el caso, analizar los medios de defensa propuestos por el ejecutado.

El Tribunal sostiene su tesis así:

En virtud del decreto 1135 de 1936, por el cual se crea en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público un departamento judicial encargado de la efectividad de los gravámenes fiscales, mediante el ejercicio de la jurisdicción coactiva, se dispuso por el artículo 10 del decreto 1315 de 1936 que el conocimiento de las apelaciones, tercerías y excepciones, que se presentase en tales juicios, correspondería a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la cuantía del negocio excediese de quinientos pesos y que cuando el monto de la acción no alcanzase a dicha suma, la competencia sería de los Tribunales Superiores respectivos. Que el legislador autorizó al Ejecutivo para la creación de esos cargos y la delimitación de funciones y jurisdicción de tales empleados, en virtud de la ley 102 de 1936. Que las autorizaciones allí conferidas no otorgan al Ejecutivo facultad para determinar competencia a la Corte y a los Tribunales Superiores, cuyos funcionarios no pueden considerarse como empleados que intervengan en la recaudación de los impuestos. Que lo ordenado por el decreto 1315 no puede tener efectividad jurídica por salirse su texto de las autorizaciones conferidas por el legislador. Que hay una clara oposición entre la ley 105 de 1931, artículo 36, y el decreto aludido. Que en esta suerte de colisiones, al tenor del artículo 12 de la ley 153

de 1887, debe primar la diposición legal. Que, por lo tanto, debe prevalecer el artículo 36 de la mencionada ley 105 de 1931 y, en consecuencia, conocer la Corte de tales incidentes, sin atender a su cuantía.

Dentro de la tramitación de las excepciones en esta superioridad, el señor Procurador delegado en lo Civil manifestó su asentimiento a la tesis del Tribunal, en concepto que puede sintetizarse así:

El ordinal 5° del artículo 36 del Código Judicial, estatuye que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema conoce privativamente de los incidentes sobre excepciones y tercerías en los juicios que se sigan por funcionarios investidos de jurisdicción coactiva. Que como tal precepto no hace distinción respecto a cuantía, la Corte tiene jurisdicción para conocer de todos los incidentes de que trata. Que las autorizaciones dadas al ejecutivo en el artículo 14 de la ley 102 de 1936 no se refieren a la fijación de jurisdicción y funciones de la Corte y los Tribunales Superiores, sino hacen mención a los empleados que deben intervenir en la recaudación de los impuestos, esto es, a los funcionarios de la jurisdicción coactiva. Que el Organo Ejecutivo se extralimitó en el desarrollo de tal facultad en el artículo 10 del decreto 1315 de 1936, pues con él vino a reformar, sin la autorización del legislador el citado artículo 36 del Código Judicial. Que con esto incurrió en expresa violación del artículo 76 de la Constitución Nacional. Que por esta razón tal decreto es inconstitucional. Agrega que el comentado decreto no es reglamentario, como piensa el Tribunal de Bogotá, sino que tiene carácter de ley, por ser expedido en uso de función legislativa de que el Congreso había investido al Presidente de la república. Planteada así la cuestión, dice que no es aplicable en este caso el artículo 12 de la ley 153 de 1887, sino que debe darse cumplimiento al artículo 150 de la Constitución Nacional, por tratarse de una manifiesta incompatibilidad entre la Carta Fundamental y la ley.

Considera la Corte:

Es cuestión principal en el estudio planteado sobre competencia privativa de esta Corporación o sobre la competencia ordinaria de los Tribunales de Distrito Judicial para conocer de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios de que se trata, la de determinar si el artículo 10 del decreto 1315 de 8 de junio de 1936 está comprendido dentro de los actos que el Organo Ejecutivo podía realizar en ejercicio de la autorización que le confirió el artículo 14 de la ley 102 de 1936.

El artículo 14 citado, dice:

"Autorízase al Poder Ejecutivo para organizar la administración y recaudación de las rentas e impuestos nacionales; para fijar la jurisdicción y funciones de los empleados públicos que han de intervenir en tales actividades; para señalar el personal; sus asignaciones y honorarios dentros de las partidas globales incluídas en el Presupuesto vigente; para establecer sanciones en los casos de contravención a las disposiciones reglamentarias que dicte y, en general, para dictar las medidas que estime convenientes en orden a hacer eficaz la administración y recaudación de los impuestos y rentas nacionales".

El artículo 10 del decreto 1315, reza:

"El conocimiento de las apelaciones, de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios ejecutivos de que tratan los incisos precedentes, corresponderá a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la cuantía del negocio, en su acción principal, sea de quinientos pesos ($ 500) o más; en los demás casos este conocimiento corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial dentro de cuya jurisdicción tuviere su domicilio principal el demandado recurrente o actor en la incidencia".

Observa el señor Procurador Delegado que la autorización legislativa consagrada en el artículo 14 transcrito no se refiere "a la fijación de jurisdicción y funciones de la Corte y de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, sino a la de los empleados que hayan de intervenir en actividades relativas a 'la administración y recaudación de las rentas e impuestos nacionales', o sea, a ciertos funcionarios que ejercen jurisdicción coactiva, pues ni la honorable Corte, ni los Tribunales ejercen función alguna administrativa de rentas e impuestos nacionales, ni mucho menos está facultada para ejecutar acto alguno relativo a la recaudación de impuestos o rentas...".

La recaudación de las rentas e impuestos nacionales, para cuya organización se autorizó al Organo Ejecutivo, comprende todos los actos conducentes a que las rentas e impuestos se satisfagan al erario nacional por las personas obligadas a hacerlo. El Congreso Nacional quiso conferir al Ejecutivo atribución bastante para que hiciese lo necesario a la recaudación de tales tributos; para que el Ejecutivo organizara todo lo relacionado con la administración y recaudación de los impuestos y rentas, en orden a

un eficaz recaudo de las imposiciones.

El cobro coactivo de las deudas a favor del Estado es un medio para la recaudación de las mismas, que cabe naturalmente dentro de la autorización dada al Ejecutivo para organizar la efectiva percepción de las rentas.

En el juicio respectivo existen apelaciones o incidentes. La apelación del mandamiento ejecutivo y las excepciones son parte integrante del proceso, pues ellas se encaminan a enderezar alguna irregularidad en su tramitación o a considerar si determinados hechos pueden enervar, destruir la acción o aplazar su exigibilidad.

La autorización al Ejecutivo para la recaudación de las rentas e impuestos nacionales no está limitada, como lo asegura el señor Procurador Delegado en lo Civil, "a ciertos funcionarios que ejercen jurisdicción coactiva", pues, como se ha visto, el recaudo de los tributos comprende todas las actividades que los empleados nacionales desarrollan, desde el simple cobro administrativo, pasando por el procedimiento de la jurisdicción coactiva y por la decisión de los recursos e incidentes judiciales, hasta el pago al recaudador. Los empleados nacionales, así los simplemente administrativos, como los que se hallan investidos de jurisdicción coactiva y los del orden judicial, intervienen todos en el procedimiento necesario para obtener la satisfacción de los impuestos.

No habiendo distinguido la ley, al autorizar al Organo Ejecutivo, entre unos y otros empleados nacionales, debe entenderse que se refirió a todos aquellos que según su carácter habrían de intervenir en la tramitación propia del cobro de las contribuciones.

Y como el artículo 14 de la ley 102 de 1936 autorizó al Ejecutivo para fijar la jurisdicción de los empleados públicos que intervengan en la recaudación de las rentas e impuestos nacionales, el artículo 10 del decreto 1315 de 8 de junio de 1936, que fija el conocimiento por la Sala de Negocios Generales de la Corte y por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de las apelaciones y los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos de recaudación, es apenas el desarrollo de la facultad mencionada.

La ley autorizó al Ejecutivo para todo lo referente a la recaudación de los impuestos, y en particular para que fijara la jurisdicción de los empleados que en ella intervinieran; el decreto adoptó varias medidas administrativas conducentes al fin buscado y señaló también reglas de jurisdicción. El decreto ejercitó debidamente la facultad otorgada por el Congreso.

La Corte no encuentra, por tanto, fundados los reparos que en este particular formulan tanto el Tribunal de Bogotá como el señor Procurador Delegado en lo Civil.

De las demás observaciones hechas considera la Sala necesario referirse a las siguientes:

Que la oposición de textos se contrae al de una ley (artículo 36, numeral 5º, del Código Judicial) con un decreto (artículo 10 del decreto 1315 de 1936), y que en esa oposición debe prevalecer la ley; que el decreto violó el artículo 70 de la Constitución; que hay incompatibilidad entre la Constitución y un decreto-ley.

No hay oposición entre una ley y un decreto reglamentario, pues en este punto la Corte participa del concepto del señor Procurador delegado cuando estima que la delegación de facultades del Congreso al Organo Ejecutivo, le confirió a éste el poder de sustituir la acción legislativa, y al hacerlo expidió no un decreto ordinario sino un decreto-ley, y no hay, por tanto, oposición entre una ley y un decreto.

En este orden de ideas, y como el numeral 3º del artículo 73 del Estatuto se refiere a una función del Congreso que le permite dar autorizaciones al Presidente de la República, no se ve cómo el decreto-ley pueda haber violado dicho artículo constitucional.

No existiendo tal violación, no hay tampoco incompatibilidad manifiesta entre el decreto-ley y la Constitución. Y por lo mismo no es el caso de examinar si haya de darse preferencia a una disposición constitucional frente a un precepto legal.

Las consideraciones expuestas demuestran que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema carece de competencia para conocer del incidente propuesto, en razón de su cuantía, pues ella no tiene jurisdicción para decidir de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos de esta clase que, en su acción principal, sean de una cuantía inferior a quinientos pesos ($ 500.00).

En consecuencia, devuélvase el expediente al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.

Cópiese, notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

NO REPONE LA CORTE EL AUTO ANTERIOR

La Sala de Negocios Generales de la Corte conoce de las apelaciones, excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, cuando su cuantía sea de quinientos pesos o más; en los demás casos el conocimiento corresponderá al respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y ocho de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Procurador delegado en lo Civil solicita reposición del auto de esta Sala fechado el día 7 del mes en curso, en el cual se declaró que, por razón de su cuantía, la Corte carece de competencia para conocer del incidente de excepciones propuesto en el juicio que por jurisdicción coactiva adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Aníbal Barbosa y su fiador.

Estima el señor Procurador que al atribuír el artículo 10 del Decreto-ley número 1315 de 1936 a la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios por jurisdicción coactiva, determina una instancia que antes no existía para esta clase de juicios, pues como el Código Judicial, en el numeral 1º del artículo 37, atribuye a la Sala de Negocios Generales de la Corte los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores, resulta que los fallos que dicten los referidos Tribunales en dichos incidentes serían apelables ante la Corte. Procedimiento que en concepto del señor Procurador ocasionaría una larga demora en la decisión de los respectivos negocios. Lo cual, en sentir del señor Procurador, contraría el espíritu de las facultades otorgadas al Ejecutivo, ya que ellas fueron dictadas en orden a hacer eficaz la administración y recaudación de las rentas e impuestos, cuando la medida del Ejecutivo la hace más dilatada e ineficiente.

De todo lo cual deduce dos conclusiones el señor Procurador: 1º Que en el entendimiento de los textos que con esta cuestión se relacionan ha de darse preferencia al artículo 36, ordinal 5º, del C. J., y no al artículo 10 del decreto 1315 de 1936 y que, en consecuencia, no corresponde el conocimiento de estos asuntos a los Tribunales sino a la Corte; y 2º Que el artículo 10 citado sobrepasó las facultades que la ley 102 de 1936, artículo 14, le había otorgado al Organo Ejecutivo, porque en vez de hacer eficaz la administración y recaudación de los impuestos, la hace más dispendiosa, por lo cual el artículo del Decreto-ley es inconstitucional, pues rompe los moldes de "precisas facultades extraordinarias" (artículo 76, numeral 10, de la Constitución).

Las mismas juiciosas razones aducidas por el señor Procurador delegado constituyen la mejor sustentación del auto proferido por la Sala, de que se hizo mérito al comienzo de esta providencia.

Precisamente para que no se llegue al extremo que con razón critica aquel alto funcionario, de alargar y hacer más difícil el despacho de los negocios de que se trata, en vez de facilitar el recaudo de los tributos, es inaplicable al caso contemplado la interpretación de que en tales asuntos hayan de conocer en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y en segunda la Corte. Conforme esta Sala con el parecer del señor Procurador de que la inteligencia de los textos debe hacerse con el criterio de la mayor prontitud y eficacia para las recaudaciones, estima que la más fundada aplicación del artículo 10 del decreto 1315, en relación con el ordinal 5º del artículo 36 del C. J., debe ser la de que los negocios de una cuantía inferior a quinientos pesos son de la competencia privativa de los Tribunales y del conocimiento de la Corte los que excedan de esa suma. Evidentemente repugna a la naturaleza de esta clase de juicios, que exigen una pronta decisión, el someterlos, para los negocios de ínfima cuantía, a la secuela de las dos instancias.

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), los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en su Sala Civil, conocen también privativamente y en única instancia de las apela-

ciones e incidentes en negocios de la misma naturaleza, pero de una cuantía inferior a quinientos pesos.

Y esto sentado, se hace fácil entender cómo el numeral 1º del art. 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 art. 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.

Sin que sea óbice a este entendimiento el que la dicha excepción la haya establecido un precepto consignado en un decreto del órgano ejecutivo, siendo así que la otra regla pertenece al Código Judicial, pues ya se vio que el decreto citado es un decreto-ley.

No resultando, como no resulta, según la interpretación anterior, que el decreto 1315, art. 10, haya extralimitado las facultades del órgano ejecutivo, tampoco aparece fundada la tacha de inconstitucionalidad que a tal disposición le hace el señor Procurador.

No es, por tanto, el caso de reponer la providencia de fecha 7 de mayo, dictada en estos autos.

Ni es procedente el recurso de súplica interpuesto, porque el auto reclamado fue dictado por toda la Sala.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL Y AMPLIACION ORDENADA DEL MISMO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, dos de junio de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Por auto fechado el veintitrés de julio de mil novecientos treinta y seis, el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, con apoyo en el art. 721 del Código Judicial, dispuso que por medio de peritos nombrados por la misma entidad se practicase un nuevo avalúo de la indemnización que, de conformidad con el fallo de la Corte Suprema debe pagar la Nación a la viuda e hijos del doctor Carlos Edmundo Cortés.

Habiéndose rendido el dictamen, fue puesto en conocimiento de las partes por el término legal, dentro del cual el Fiscal 2º del Tribunal lo objetó, porque los expertos incluyeron en él el avalúo de los perjuicios morales; porque no tuvieron en cuenta, para la estimación, la circunstancia de haberse expuesto la víctima, de manera imprudente, al peligro en que pereció, y porque, al señalar la cantidad de $ 200.00 por cada mes, a partir del veintiuno de julio de mil novecientos veintinueve hasta el pago, se condenó a la Nación "por no haber hecho un pago sujeto a litigio, y que no puede estimarse debido mientras no haya sobrevenido una sentencia en su contra."

En auto de nueve de febrero último, el Tribunal, en Sala plural, decidió el incidente así:

"1º Declárense no probadas las objeciones opuestas por el señor Fiscal segundo de este Tribunal al dictamen rendido por los peritos doctores Joaquín Acevedo y Gabriel Rodríguez Ramírez;

"2º Los peritos que se acaban de mencionar deben ampliar su dictamen en el sentido de indicar el porcentaje de reducción que en su concepto debe sufrir el monto de los perjuicios que ellos avaluaron, para el caso de que se estime que el doctor Carlos Edmundo Cortés se expuso imprudentemente al accidente que le causó la muerte, y

"3º Fíjase a los peritos el término de dos días para presentar la ampliación de su dictamen. Este término se contará desde el siguiente día a aquel en que se les notifique personalmente esta providencia."

Ambas partes apelaron, por lo cual acudió el negocio a la Corte, donde fue impulsado de acuerdo con los ritos procesales de esta instancia, hasta ponerlo en el estado de decisión, la que va a proferirse, previas algunas consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil descorrió el traslado, expresando los siguientes conceptos, que la Sala transcribe:

"Perjuicios morales.

"La primera de las objeciones propuestas contra el dictamen pericial consistente en tacharlo de 'error grave', por cuanto que se incluyeron en el monto del avalúo total los perjuicios morales.

"El Tribunal estima, en su providencia subida en apelación, con acertado fundamento jurídico, que decidir sobre la controversia suscitada por tal objeción, sería tanto como prejuzgar, ya que ello entrañaría resolver una cuestión de derecho condicionada a la sentencia definitiva.

"Como puede observarse de fs. 1 a 2 del cuaderno Nº 8, la demanda solicitó en su memorial de pruebas un avalúo pericial de los perjuicios que a ella y a sus menores hijos debe pagarles la Nación, por ser ésta civilmente responsable de la muerte del doctor Carlos Edmundo Cortés. Y dijo que los perjuicios morales debían 'ser estimados separadamente.' El Tribunal, en auto de 13 de febrero de 1934, al ordenar la práctica de tal prueba, incluyó la estimación de los referidos perjuicios en la forma pedida.

"Pero, no quiere decir lo anterior, que el Tribunal desde ese momento participó del mismo criterio de la demandante, por haber incluído, a petición de parte, los perjuicios morales entre los puntos sujetos al dictamen de los peritos.

"La honorable Corte, en la sentencia de 30 de junio de 1932, condenó a la Nación a pagar a la señora de Cortés y a sus menores hijos, 'el valor de los perjuicios que les produjo la muerte de su esposo y padre respectivamente.'

"Ahora bien: Interpretar esta declaración judicial en el sentido de comprender, en la palabra perjuicios, tanto los materiales como los morales, es cuestión de derecho que solamente debe decidirse en la sentencia definitva. Estima la parte demandante que tal condena se refiere a ambos perjuicios y pide que el avalúo pericial se extienda a los perjuicios morales.

"Rechazar de antemano esta pretensión, valdría tanto como decidir extemporáneamente una cuestión de puro derecho, sin el lleno de las ritualidades procedimentales y sin que los peticionarios sean oídos y vencidos en el juicio.

"De aquí la razón fundamental para que el Tribunal haya sometido al criterio pericial el avalúo de los perjuicios morales conforme lo pidió la parte interesada.

"Por otra parte, los peritos, con mayor razón, estuvieron impedidos para apartarse de la apreciación de tales perjuicios, ya que sometida a su estudio la determinación del monto de ellos, los peritos tuvieron que concretarse a esa regulación, de acuerdo con lo pedido por la parte demandante y con sus capacidades técnicas sobre la materia, pero en ningún caso ellos entraron a decidir acerca de la eficacia y valor jurídicos que dichos perjuicios tengan en el debate. Es decir, que de conformidad con el art. 717 del C. J., los peritos procedieron 'a estudiar las cuestiones o puntos a ellos sometidos' y por tanto, no puede decirse que incurrieron en error grave al fijar el monto de los perjuicios morales.

"Además, el Fiscal ha debido oponerse a la estimación de los perjuicios morales al tiempo en que fue dictado el auto de 13 de febrero de 1934, que decretó la práctica del dictamen pericial en el cual quedaron aquéllos comprendidos. Pero resulta fuera de lugar atacar el trabajo pericial por haber tasado lo relativo a tales perjuicios, cumpliendo, como ley del proceso que es, el contenido de la referida providencia en todos los puntos del interrogatorio.

"Lo relativo a que el Tribunal, en su sentencia definitiva deba considerar las autorizadas y jurídicas razones que aduce el señor Fiscal, para que no sea condenada la Nación a pagar perjuicios morales en este proceso, es ya cuestión diferente.

'La honorable Corte, en sentencia de 12 de marzo pasado, pronunciada en el juicio de Alfredo Borda P. y Cleofe Castro de Olarte contra la Nación, sienta esta doctrina, de magnífico fundamento jurídico:

"Cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe, de acuerdo con los preceptos de nuestra legislación, hacer una apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material, envuelve en sí misma una satisfacción por los perjuicios morales. En los casos en que no se ha podido hacer una apreciación del daño patrimonial y son evidentes los perjuicios de carácter moral, es procedente la estimación de éstos en dinero, siguiendo la doctrina sentada por la Corte, que tiene su apoyo en las opiniones de eminentes tratadistas y en los principios consagrados en otras legislaciones.'

"Efectivamente. Cuando se produce un daño que infiere a una persona simultáneamente perjuicios materiales y morales, como podría haber sucedido en el caso de la muerte del doctor Carlos Edmundo Cortés, la pérdida patrimonial generada, en razón de lo primero, sólo puede compensarse con una suma de dinero que reemplace esta pérdida. Pero como la reparación de la dolencia moral inferida tiene idéntica compensación, es decir, en dinero, con lo cual se trata de conseguir un alivio en la persona que sufre, de aquí se sigue que ambas indemnizaciones no pueden cobrarse al mismo tiempo, según acertadamente lo acaba de decir la honorable Corte, sino que el pago de perjuicios morales sólo es procedente, cuando ellos aparecen, sin perjuicio alguno material.

"Si en la reparación de los perjuicios morales se consiguiera un elemento compensatorio distinto del dinero, no cabría duda que en todo daño que produzca simultáneamente ambos perjuicios, pudiera perseguirse indemnizaciones por cada uno de ellos mediante un avalúo separado. Pero falta este nuevo elemento de compensación, y por lo tanto, sería injusto y antijurídico condenar doblemente a una persona al pago de una indemnización que va a cumplir idéntica finalidad, ya que el dinero que se entrega para reparar el daño material, cumple, al mismo tiempo, con el objeto de aliviar el dolor que el individuo experimenta con el hecho que le ha ocasionado una lesión espiritual.

"Son éstas, pues, razones que el Tribunal tendrá en cuenta al fallar la controversia que se estudia, pero que tuvieron que ser ajenas a los señores peritos en la tasación de los perjuicios que les fue sometida a su consideración. Por lo tanto, este despacho estima que es el caso de confirmar el auto recurrido en esta primera parte.

"Lucro cesante.

"El señor Fiscal tacha de error grave el dictamen pericial rendido, fundado en que

fijó como lucro cesante la suma de $ 200.00 por cada mes transcurrido desde el 21 de julio de 1929 hasta el día del pago de la cantidad fijada como daño emergente, con lo cual se condena a la Nación a pagar una cantidad que ha estado sujeta a litigio, y que no se debe hasta que se pronuncie sentencia definitiva.

"El Tribunal, al igual del caso anterior, declaró que este es punto de derecho que solamente puede decidirse en el fallo definitivo, y su resolución desde ahora lo llevaría a prejuzgar, ya que con ello el Tribunal se vería precisado a demostrar el criterio con que ha de estimar el dictamen pericial en lo relativo a la esta cuestión.

"Bastan las razones que expone el Tribunal y que aparecen de fs. 14 vta. y 15 del cuaderno Nº 16, para juzgar sobre el fundamento jurídico de su apreciación acerca de esta tacha.

"Si los peritos estimaron en $ 200.00 el lucro cesante, y que esta cantidad se debe desde el día del siniestro, 21 de julio de 1927, hasta el día del pago, cuestión es ésta que ellos deducen de su leal saber y entender en la apreciación del monto de los perjuicios. Otra cosa muy distinta podría ser el criterio con que el Tribunal considerará lo relativo a daño emergente y lucro cesante, y él decidirá desde cuándo deba computarse lo segundo, si a partir del día del daño o desde que la sentencia final quede ejecutoriada o si en la apreciación que hicieron los peritos del daño emergente, quedó comprendido el lucro cesante.

"La labor de los peritos en un interrogatorio sometido a su consideración es esencialmente técnica. Si ellos, fuera de cumplir la misión que se les ha encomendado, entran en consideraciones ajenas al campo que les corresponde, pecarían en todo caso por exceso pero nunca por error grave. La respuesta de los peritos en el caso que se analiza debió concretarse solamente a señalar las sumas a que, según su parecer, ascienden el daño emergente y el lucro cesante. Sólo al fallador corresponde investigar lo relacionado con la cuestión jurídica, y por lo tanto, en tratándose de una indemnización de perjuicios, a él concierne la aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia.

"Lo anterior no quiere decir que el señor Fiscal no tenga razón en sus argumentos contra la estimación del lucro cesante desde el día del siniestro, pues, como él lo dice acertadamente, 'esta suma no es aceptable (los $ 200.00), dado que falta a los principios generales sobre mora, como quiera que sólo en el caso en que se haya incurrido en mora de cumplir una obligación exigible se puede señalar y obligar al pago de una suma de dinero como indemnización por los perjuicios que pueda causar la mora, de acuerdo con los principios generales existentes establecidos por la legislación civil sobre esta materia.'

"También, pues, en esta segunda parte, la Procuraduría acepta la decisión del Tribunal Superior de Bogotá que ha llegado en apelación.

"Rebaja de la indemnización.

"Consiste la tercera objeción del señor Fiscal en que los peritos, al redactar su dictamen, olvidaron hacer en el monto total de los perjuicios la deducción a que está sujeta por el hecho de haberse expuesto imprudentemente al peligro el doctor Carlos Edmundo Cortés.

"Acepta el Tribunal esta última tacha, no como error grave, sino como una deficiencia en la exposición del dictamen, por lo cual ordenó la ampliación de éste, en el sentido de indicar el porcentaje de reducción que debe sufrir el monto de los perjuicios avaluados.

"Contra esta declaración del fallo apela la parte demandante, pero en concepto de la Procuraduría, sin ningún fundamento que lo justifique.

"Para los peritos, constituye ley en este proceso, a la cual debieron subordinarse, el auto fechado el 20 de abril de 1934 (fs. 36 vta. a 37, cuaderno Nº 8), y en la apreciación de los perjuicios cuyo monto estuvo a su cuidado, estaban obligados a dictaminar sobre la reducción que se ha mencionado. Pero como dice el fallo, este hecho no constituye error grave que invalide todo el trabajo pericial, sino sólo una deficiencia que necesita complementarse.

"Contra este hecho claro y escueto no vale argumentación posible. Habría necesidad de negar la existencia del auto de 20 de abril de 1934, ya citado, que ordenó a los peritos la estimación de tal rebaja, lo cual sería absurdo. Y si se pretende obtener desconocimiento del valor jurídico de este punto sometido al criterio de los peritos, se llegaría nuevamente a sostener la posibilidad de que el juzgador pueda definir una cuestión de derecho, cuya resolución solamente debe hacerse en la sentencia definitiva. Valdrían, pues, las mismas razones que ya se dejaron expuestas anteriormente."

El Tribunal, en el auto que se prevé, estimó que en el incidente de objeciones no puede decidirse si los perjuicios morales deben o no computarse entre los perjuicios a que

la sentencia se referirá, porque ello sería materia de la providencia que termine la articulación.

La Corte está de acuerdo con estas ideas, porque tal cuestión no constituye un error grave ni en los fundamentos ni en las conclusiones ni en el método del peritazgo. A los expertos se les dijo que avaluaran los perjuicios, y ellos tasaron tanto los materiales como los morales. Si estos últimos no están comprendidos en la sentencia de la Corte, es ello un asunto de fondo, es una cuestión jurídica que no puede decidirse en el incidente sobre objeciones por error grave en la tasación pericial.

El Tribunal considera que la objeción consistente en haber fijado los peritos la cantidad de $ 200.00 mensuales como lucro cesante, desde el 21 de julio de 1929 hasta el día del pago, es un punto de derecho, cuya resolución es propia del fallo definitivo, puesto que la solicitud en esta materia equivale a pedir que desde ahora se diga cuál es el criterio que se va a adoptar para la estimación del dictamen.

La Corte afirma que el Tribunal procedió acertadamente, porque el reparo así formulado no ataca el peritazgo en sí, sino que va encaminado a explorar el criterio con que en el fallo se apreciará la tasación. Y esto es punto de derecho que corresponde decidir en consonancia con la ley, cuando se resuelva el incidente.

La Sala encuentra base bastante en el razonamiento siguiente del Tribunal para desvanecer esta objeción:

"En resumen: a los peritos se les ha pedido que avalúen los perjuicios que la Nación debe pagar a la viuda e hijos del doctor Cortés por causa del accidente en que éste perdió la vida, y del cual la Nación fue considerada responsable por la Corte y, en consecuencia, si al estimar esos perjuicios los peritos tuvieron en cuenta el perjuicio moral y fijaron la época desde la cual, según su opinión, debe partirse para computar el lucro cesante, no puede imputáraeles error grave por este concepto, porque la decisión relativa a los elementos que han de tenerse en cuenta para fijar los perjuicios reclamados, sólo corresponde al juzgador, y el hecho de que los peritos incluyan en su dictamen determinados elementos que en su concepto constituyen tales perjuicios, no implica que el Tribunal haya de decidir de conformidad con tal concepto, pues, ante todo, debe apreciar el mérito probatorio del dictamen con relación a los puntos de fondo en que se informe su sentencia."

El Tribunal rechaza la objeción que se formuló por haber los peritos dejado de fijar los perjuicios habida consideración a la imprudencia de la víctima al exponerse al peligro en que halló la muerte.

Este reparo ataca el peritazgo, no porque en él se haya incurrido en error grave ni en sus fundamentos, ni en el criterio adoptado, ni en sus conclusiones. El puede relievar, como lo observa el Tribunal, una deficiencia, una abstención de los expertos, al no dictaminar sobre puntos que debieron ser considerados, lo cual sería una deficiencia, al tenor del art. 719 del Código Judicial.

La Corte estima que habiéndose ordenado por auto ejecutoriado, que es ley del proceso, dictaminar sobre la reducción a que estó sometida la indemnización por imprudencia de la víctima, el Tribunal ha aplicado rectamente la ley al disponer la ampliación del dictamen, como lo dice muy razonablemente esa entidad: "Como se trata del cumplimiento de una providencia ejecutoriada dentro del proceso, el Tribunal, por su parte, debe hacer uso de la facultad que le confiere el mencionado art. 719 del C. J. y ordenar la ampliación del dictamen."

Por las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto apelado.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el negocio.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES:

Las resoluciones reglamentarias de la Contraloría General de la República tienen la fuerza legal que les corresponde mientras no sean anuladas por el contencioso-administrativo. De modo que ella, en atención a la facultad que le confiere el artículo 15 de la ley 42 de 1923 puede, por no haber ley que lo prohiba, autorizar al Jefe de su Sección 6ª para que firme los avisos de observaciones y otras providencias, los cuales son válidos.

La Corte no es superior jerárquico de la Contraloría, por lo que no puede revisar las providencias emanadas de ésta.

La prórroga del término que autoriza el artículo 16 de la ley 42 de 1923, es potestativo de la Contraloría, de suerte que la no concesión de dicha prórroga no arrebata derecho alguno al responsable en el juicio de cuentas.

Si para deducir un alcance no hubo juicio de cuentas, se violan las garantías y formalidades con que la ley ha querido rodear su confección. En tal evento, por violación de esas formalidades, se arrebata un derecho al responsable, y el fenecimiento es ilegal, por lo que no es base para un juicio ejecutivo; y si éste se adelanta deben prosperar las excepciones correspondientes.

Es válido el auto de observaciones proferido por la Contraloría sobre la revisión de las cuentas de un responsable verificada por una persona independiente de esa entidad, ya por contrato o sin él, si encuentra seria esa revisión.

Las omisiones que puedan constituir una informalidad sustancial en un juicio de cuentas, deben ser alegadas en la segunda instancia ante el Consejo de Estado, y no ante la Corte, cuya misión no es rever ese juicio, ya que esa función legal le corresponde a aquella entidad.

Aunque es cierto que la fianza no se presume ni puede extenderse a más que el tenor de lo expreso (art. 2373 del C. C.), si ella se constituye por hipoteca en que se declara cancelada una que existía por prenda, declarando el fiador que ésta queda subrogada por aquélla, es evidente que el cauclonante hipotecario se hace cargo de las obligaciones del fiador prendario, las que quedan extinguidas en virtud de la subrogación. La hipoteca de fianza constituida así no queda limitada al tiempo de su inscripción, sino que abarca el período anterior cauclonado por la finaza prendaria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Excepciones de Raúl Jimeno y Rafael Argáez en el ejecutivo que les adelanta la Nación.

La historia de este negocio es como sigue:

1º—Al señor Rafael Argáez se le feneció por la Contraloría General de la República la cuenta de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, con un alcance de cuarenta y seis mil setecientos un pesos con cuatro centavos ($ 46,701.04), en auto Nº 318 de 15 de febrero de 1929.

2º—Dicho fenecimiento fue confirmado por el Consejo de Estado en providencia de 29 de abril de 1936.

3º—Con estas bases y con la copia de la escritura Nº 1222 de 22 de julio de 1922, otorgada ante la Notaría 3ª de Bogotá, y que contiene la fianza hipotecaria del señor Raúl Jimeno por la suma de cinco mil pesos ($ 5,000.00), el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales dictó el 28 de julio del año pasado auto ejecutivo en esta forma:

"Líbrase orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Rafael Argáez, para que al ser intimado de este auto de mandamiento ejecutivo, pague la suma de $ 46,701.04 moneda corriente, valor del alcance ya determinado; los intereses respectivos, sobre dicha suma al canon del 12 por 100 anual, a contar del día 27 de junio de 1936, hasta la fecha del pago; y las costas del juicio, si se causaren:

"Líbrase orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Raúl Jimeno, en su carácter de fiador hipotecario del señor Rafael Argáez, para que al ser notificado de este auto de mandamiento ejecutivo, pague la cantidad de cinco mil pesos ($ 5,000.00) moneda corriente, por la cual se constituyó fiador del señor Argáez: los intereses respectivos, sobre dicha suma, al canon del 12 por 100 anual, a contar del día 27 de junio de 1936, hasta la fecha del pago; y las costas del juicio, si se causaren".

Así las cosas, el doctor Federico Daza, apoderado de los ejecutados, relacionó varios hechos para que la Corte dedujera de allí las excepciones perentorias que encontrase.

Tales hechos fueron, resumiéndolos:

a) Que el aviso de observaciones Nº 855 no fue firmado por el Contralor sino por el Jefe de la Sección 6ª, correspondiendo al Contralor la competencia exclusiva para esto, lo cual, en sentir del excepcionante, hace írrito el aviso mencionado, y en consecuencia nulo el auto de fenecimiento que sobre el recayó.

b) Que el susodicho aviso se produjo con base únicamente en el estudio que el Ministerio de Hacienda envió al Contralor, sin que ningún empleado público hubiera siquiera ratificado el estudio y cuadros verificados por un particular, el señor Carlos J. Vargas.

c) Que tales cuadros y estudio los acogió y estimó la Contraloría como documentos bastantes para deducir la responsabilidad de Argáez, sin intervención de éste ni de su fiador, lo que implica que ellos no debieran ser el soporte del auto de glosas, fundamento principal del fenecimiento.

d) Que el mentado aviso de observaciones le fue notificado a Argáez, quien dentro del término legal para contestar las glosas, pidió prórroga de plazo para esto; pero que el Contralor, sin resolver tal solicitud, dictó el auto de fenecimiento.

e) Que dicho auto, pronunciado en semejantes condiciones, no puede obligar jurídicamente ni a Argáez y menos a su fiador.

f) Que ni en el estudio que fue base de las observaciones, ni en el aviso, ni en el fenecimiento se determinó en forma alguna la época en que pudo ocurrir "el faltante real o figurado de las especies venales cuyo valor se elevó a alcance", y que esa indeterminación ha hecho indeclinable la responsabilidad del fiador de Argáez, ya que la caución hipotecaria quedó registrada el 31 de julio de 1922, cuando aparece que Argáez venía desempeñando el cargo desde el 5 de abril del mismo año, sin que a la caución se le hubiera dado un efecto que comprendiese el tiempo anterior.

g) Que en el alcance dejaron de deducirse los saldos a cargo de las Recaudaciones subalternas y a favor de Argáez, por concepto de especies vanales remesadas a la oficina principal, los cuales ascienden a treinta y ocho mil quinientos setenta y siete pesos con treinta y nueve centavos ($ 38,577.39).

Tramitadas las excepciones, se procede a decidirlas, previas algunas consideraciones:

El señor Procurador delegado en lo Civil responde así al hecho marcado con la letra a): "Desde luego, si el aviso de observaciones Nº 855 no lleva la firma del Contralor, sí aparece suscrito por el Jefe de la Sección 6ª, quien lo hace, no a nombre propio, sino a nombre del Contralor.

"De conformidad con el oficio Nº 6032 dirigido a este Despacho por el señor Contralor de la República, el cual me permito acompañar, queda definida clara y precisamente esta cuestión del modo siguiente:

"'El artículo 75 de la ley 42 de 1923, orgánica... de este Departamento de Contraloría, dispone: Tan pronto como el Contralor General haya sido nombrado y éntre en ejercicio de su cargo, expedirá los reglamentos necesarios para la organización de su Departamento y para la liquidación, ejecución y verificación del Presupuesto.

"'La Contraloría, en desarrollo de dicho precepto legal, dictó la resolución Nº 57 de 1º de marzo de 1924, cuyo artículo 6º dice: El Jefe de la sección 6ª Auditoría de liquidación de cuentas de 1924, en adelante, firmará en nombre del Contralor los siguientes documentos: a) La correspondencia y todas las providencias relacionadas con los requerimientos, recibo, examen, glosas y fenecimientos de las cuentas de los responsables del erario nacional, cuyo estudio se halla a cargo de dicha sección'".

La Sala, para proceder con más seguridad en este asunto, dictó un auto para mejor proveer, a fin de que se enviase copia de la Resolución citada y de la que la reformara, si era el caso. En cumplimiento de este proveído, la Contraloría remitió las copias solicitadas, y, entre ellas, la de la Resolución Nº 102 de 1925, que reformó la 57 de 1º de marzo de 1924.

De la Resolución Nº 102 de 1925 se copia lo siguiente:

"Art. 7º Son funciones y deberes del Jefe de la Sección 6ª, Liquidación de cuentas de 1924 en adelante:

"1º... 2º El examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de custodiar fondos y bienes de la Nación, que rindan éstas directamente al departamento de Contraloría...

"9º Conceder a los responsables del Erario la prórroga de que trata el art. 16 de la misma ley para la contestación de las observaciones que se hagan en el examen de las cuentas, consultando en todo caso, con tal fin, el parecer del Contralor.

"10º Despachar y firmar todos los asuntos relacionados con el examen y fenecimiento de cuentas que no deban ser suscritos por el Auditor General o por el Contralor, o que éste no disponga que pasen al estudio de otra sección...".

Las anteriores transcripciones, así como lo que dictamina el señor Procurador, son suficientes para ver cómo es infundado el reparo que a este respecto se formula.

Además de esto, la Sala anota que la Corte no es superior jerárquico de la Contraloría, por lo cual no podría revisar las providencias emanadas de esta autoridad, ya que, por otra parte, fueron ellas también consideradas ante el Consejo de Estado, entidad que tiene la función legal de realizar tales revisiones.

Aún más: las resoluciones reglamentarias de la Contraloría tienen la fuerza legal que les corresponde, ya que no consta que hayan sido anuladas por lo contencioso-administrativo; y en cuanto a la delegación de ciertas funciones, el artículo 75 de la ley 42 de 1923 autorizó a la Contraloría para dictar las resoluciones necesarias para la organización de su Departamento. No hay tampoco una disposición legal expresa que terminantemente le prohiba a la Contraloría delegar en el Jefe de la Sección 6ª la función de firmar los avisos de observaciones. Todas estas objeciones, si se creían fundadas, debieron alegarse en la secuela del juicio de cuentas, pues en el estado actual del negocio, la Corte se encuentra ante una providencia dictada por el Contralor en ejercicio de sus funciones y la cual no ha sido atacada directamente en las excepciones.

La Corte ha sentado esta doctrina que por vía ilustrativa se reproduce: "Es claro que una ejecución que se basa en alcances deducidos contra tales responsables, o en reconocimientos hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores de impuestos, o en multas que deben ingresar al Tesoro, puede ser enervada o destruida, en diferentes casos, por ejemplo, cuando el alcance no lo deduce, el reconocimiento no lo hace o la multa no la impone un funcionario competente, o cuando se dicta contra persona no responsable, o el mandamiento de pago se extiende a suma mayor de la señalada en cualquiera de aquellos documentos. En esos y en otros casos que pudieran citarse, caben y pueden prosperar las excepciones...".

En relación con los hechos b) y c), la Sala acoge como suficiente argumento para desvanecer su fuerza, los siguientes razonamientos del señor Procurador:

"Si bien es cierto que la revisión de las cuentas del señor Argáez como administrador de hacienda nacional, la hizo una persona independiente de la Contraloría, desde el momento en que el resultado de sus investigaciones fue acogido en el respectivo auto de observaciones, debió considerarse como si ese departamento hubiera llevado a cabo por sí mismo aquella revisión.

"Cualquiera persona, no ya en cumplimiento de un contrato como en el caso presente, sino con base en un estudio personal hecho sobre las cuentas de un funcionario de manejo, puede presentar ante el Contralor, a manera de denuncio, una irregularidad o la constatación de un alcance en las referidas cuentas. Si el Contralor encuentra serio y fundado este denuncio, puede ordenar las investigaciones conducentes en orden a proceder al respectivo juicio de cuentas. Y aún más. Puede producir inmediatamente el aviso de observaciones, que en tratándose de una medida apenas provisional, en nada lograría perjudicar los intereses del responsable, ya que la ley otorga a éste un amplio término durante el cual puede hacer valer sus derechos en la forma que mejor le parezca.

"El estudio de las cuentas de los empleados de manejo nunca puede dar una certeza en las primeras conclusiones, ni tampoco tiene este carácter el respectivo auto de observaciones, que apenas es un tanteo para llegar más tarde, previo el descargo del responsable, al auto definitivo de fenecimiento, el cual, sin embargo, aún puede controvertirse ante el H. Consejo de Estado, quien en última instancia decide sin otro recurso sobre la validez de la expresada providencia".

En cuanto a los hechos marcados con las letras d) y e), se expone lo siguiente:

En relación con el reparo sobre la prórroga del término, basta considerar que conforme al artículo 16 de la ley 42 de 1923, la prórroga es potestativa de la Contraloría, de suerte que la no concesión de ella no arrebata derecho alguno al responsable en el juicio de cuentas.

Sobre este punto, el señor Procurador Delegado en lo Civil, dice con toda razón:

"Como se deduce, esta prórroga puede decretarla el Contralor ya de oficio o ya mediante petición de interesado, cuando encuentre fundada la reclamación, sin olvidar que por ser el Contralor la suprema autoridad en la fiscalización de las cuentas relativas a los empleados que manejan fondos del erario público, la ley deja a su libre voluntad, resolver lo conveniente en esta materia, y por tanto, puede dicho funcionario, aún con solicitud de parte, abstenerse de decretar la prórroga, sin que sea obligado a que por medio de una providencia manifieste los motivos en que se funde su negativa.

"El responsable Argáez, a tiempo de vencerse el término de los noventa días, pidió al

Contralor una prórroga, y en el auto de fenecimiento hay esta constancia:... 'solicitud que no le fue resuelta favorablemente' ".

Pero si esa omisión constituye una informalidad sustancial para poder dictar el fenecimiento, ello debió alegarse en la segunda instancia ante el Consejo de Estado, y no en la Corte, cuya misión no es rever el respectivo juicio de cuentas.

En lo que respecta al hecho f) dice el señor apoderado del excepcionante: "En esas condiciones, bien se comprende que el auto de fenecimiento se pronunció prematuramente y llevándose de calle todo un conjunto de normas y principios que consagran y aseguran el derecho de defensa. De consiguiente, ese fallo carece de asidero legal y no ha podido ni puede producir los efectos jurídicos que se ha pretendido reconocerle".

Si se hubiera demostrado que para deducir el alcance no había habido juicio, entonces aquél no habría sido precedido, en su formación, de todas las garantías y formalidades con que la ley ha querido que se confeccione.

En semejante circunstancia ha dicho la Sala, estudiando la invalidez de un título ejecutivo: "Los alcances líquidos y definitivos del Departamento de Contraloría contra los responsables del erario, prestan mérito ejecutivo; pero las leyes que reglamentan la materia han señalado procedimientos especiales para declarar tales alcances y los responsables tienen términos para dar sus descargos y presentar sus pruebas. Si no se cumplen esas formalidades, se arrebata un derecho, siendo, por tanto, ilegal el fenecimiento, y no puede aceptarse éste para fundar un auto ejecutivo". (Gaceta Judicial, Nº 1900, pág. 442).

En tal asunto se había deducido el alcance sin juicio de cuentas, lo que no sucede en el negocio acutal, pues en él se realizó el respectivo juicio en la Contraloría. Y ante el Consejo de Estado se tramitó la segunda instancia, que finalizó con la confirmación del auto en que se dedujo el alcance.

En el hecho correspondiente a la letra g) se pretende limitar la caución hipotecaria a un período que empieza el 31 de julio de 1922, fecha de la inscripción de la respectiva escritura.

Los excepcionantes se expresan así:

"Y el alcance, proveniente del aviso adicional de observaciones (el Nº 855), no fue causado por hecho o procedimiento cumplido durante el lapso comprendido entre el 31 de julio de 1922 —fecha de la inscripción de la hipoteca— y el 25 de octubre de 1925".

Ellos citan asimismo como apoyo legal los artículos 2338 y 2373 del Código Civil, en los que se dice que la fianza no se presume, ni se le puede asignar más extensión que la que aparezca de los términos en que fue constituida.

La Sala apunta la circunstancia de que en la escritura Nº 1222 de 22 de julio de 1922, suscrita por Raúl Jimeno y Rafael Argáez, se lee lo siguiente: "También declara (Argáez) cancelada la fianza prendaria que consta en la antedicha escritura número quinientos veintiocho, y hace esta cancelación en virtud de haber sido subrogada la fianza prendaria por la hipoteca que se ha constituído por el presente instrumento".

La palabra subrogación, empleada, está significando con plena claridad que la caución hipotecaria vino a reemplazar en todo a la caución prendaria, pues la subrogación, como dice Escriche, "es la acción de sustituír una cosa en lugar de otra". En el caso actual se ha hecho constar en la escritura que la obligación prendaria ha quedado extinguida, en virtud de la constitución de la caución hipotecaria, lo que revela claramente que la intención de las partes contratantes fue que el nuevo caucionante se hiciera cargo de las obligaciones del primero, las cuales, por este medio, quedaron extinguidas.

Siendo ello así, es palmar que la caución hipotecaria no tiene la limitación que quieren darle los excepcionantes.

En lo referente al último hecho, en el que se manifiesta que en el alcance se incluyeron partidas indebidas, la Sala observa que no aparecen en el expediente probanzas.

Con relación a estos descargos, si realmente existen, campo les queda a los excepcionantes para hacerlos valer ante la Contraloría.

No se encuentran, pues, fundadas las excepciones que pudieran surgir de los hechos enunciados.

Por las razones que anteceden, 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 perentorias basadas en los hechos relacionados, y ordena seguir adelante la ejecución.

Condénase en costas a los ejecutados. Tásense.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

Si la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado la fundamenta éste en que no existe la obligación, es improcedente, pues se impondría su absolución por falta de pruebas de la obligación, y no en virtud de un hecho que destruyera o enervara la acción. Esto, en el fondo, sería: o la carencia de acción del demandante, o la carencia de pruebas que lo demostrasen.

Cuando una entidad de derecho público demandada por una obligación que pudo emanar de uno de sus agentes, propone la excepción expresada, ésta no puede declararse, pues ella no puede resultar del fondo del derecho que se litiga, ya que esto dice relación al derecho invocado, y debe entonces estudiarse si éste existe o no.

Para que un contrato celebrado por los órganos de la Administración sea administrativo se requiere que su fin y su objeto se destinen a un aprovechamiento general, que tenga por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública esto es, que no se refiera a la satisfacción de necesidades comunes y privadas.

Cuando un Departamento obtiene una suma de dinero para aplicarla a una obra o empresa pública, procede como una simple persona jurídica cualquiera, porque la consecución de esa suma es cosa muy distinta de la obra pública misma a que debe ser aplicada.

Cuando se trata de un contrato de derecho privado no solemne celebrado por un secretario de hacienda departamental, aunque se estime que la competencia de hecho de este funcionario no ha sido suficiente, es válida la ratificación posterior que a él le den la Asamblea y el Gobernador. Pero si se trata de un contrato solemne, ni la ratificación tácita o expresa son bastantes para cubrir su nulidad o para dar vida jurídica a un acto que jamás la ha tenido; lo que sucede en el contrato privado no solemne, porque cualesquiera de esas circunstancias basta para purificar el acto de todo vicio y hacer que él mismo produzca efectos entre los interesados y respecto de terceros. Esta tesis surge de que los actos solemnes se relacionan con el derecho público o con los intereses de gran número de personas mientras que en los no solemnes, las exigencias externas tienen por fin, únicamente, la protección de los intereses privados.

En un principio, hay dos representantes del Departamento que deben obrar de acuerdo: la Asamblea y el Gobernador. Pero como aquéllas no ejecutan las normas que dictan, ni celebran contratos, la función constitucional de dirigir la acción administrativa corresponde al órgano ejecutivo. El Gobernador es, pues, el representante nato del Departamento, y quien tiene, por tanto, la capacidad de derecho para representar a esa entidad. Pero en la órbita del derecho administrativo, junto a la capacidad de derecho se produce la de hecho, la cual encarna en los funcionarios que pueden aparecer como que carecen inicialmente de esa facultad, pero que pueden tenerla por alguna circunstancia. Esta capacidad de hecho, en los casos determinados en que pueda surgir, es base suficiente para inducir una situación de derecho, siempre que se pruebe en tales casos la posible competencia o el fundamento con que obró el funcionario.

Para que un funcionario, como órgano de la Administración, preste un consentimiento válido, se requiere que obre con competencia, con observancia de los requisitos legales y con las autorizaciones del caso, todo lo cual emana de la ley, teniéndose en cuenta que el funcionario está facultado para hacer aquello a que está facultado y todo lo que fuere congruente con su función propia, siempre que se conforme a las disposiciones legales y reglamentarias que determinan su labor y actividad en el empleo que ocupa.

El secretario de hacienda de un Departamento es un funcionario, órgano de la Administración departamental. Por consiguiente, cuando él, por disposición de una Ordenanza es presidente nato de una Junta creada por la Asamblea, la esfera de su actividad lo pone en aptitud legal para ejercitar la facultad concedida a la gobernación, porque la facultad dada a ésta debe entenderse como dada a esa Junta y a su presidente nato, que lo es el Gobernador o dicho Secretario. Esto será así cuando, en primer lugar, la Ordenanza creadora de la Junta autorice a ésta para su organización comercial, pues entonces el giro del negocio lleva envuelto en sí el derecho facultad de obrar de un modo propio a la consecución de sus fines; y, en segundo lugar, cuando la Ordenanza no evoque un principio de derecho puro, sino que contenga un principio distinto a ese derecho puro porque organice una operación administrativa de derecho económico, es decir, que sea una ley de negocios.

La aplicación del artículo 2º de la ley 46 de 1936 a contratos celebrados antes de su vigencia no viola derechos adquiridos amparados por la Constitución, porque el sistema monetario de un país pertenece a su derecho público. Y como una cláusula contractual no puede comprometer las prerrogativas que corresponden a los poderes públicos por ministerio de la ley superna, aun cuando ella exista, no puede constituir derechos adquiridos; constituiría apenas

una aparente situación jurídica, cuyo desconocimiento no sería técnicamente la privación de un derecho adquirido.

No sucede en materia de contabilidad bancaria que un simple préstamo en moneda colombiana afecte las cuentas propias de las operaciones realizadas en monedas extranjeras. Si la contabilización la hace el Banco previa reducción a moneda colombiana, ello resulta de una obligación que le impone la Superintendencia Bancaria, pero no de que el préstamo se haya verificado en moneda colombiana.

Lo que decide si una operación bancaria se ha realizado en moneda extranjera o colombiana, es el mismo texto de la obligación y la razón de los asientos de contabilidad respectivos, porque, obedeciendo a las normas de la Superintendencia Bancaria, el Banco no puede hacer la contabilización sin reducir las monedas extranjeras a pesos colombianos, y, por tanto, sin tener en cuenta el tipo del cambio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Juicio del Banco de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca.

Antecedentes:

La Asamblea de Cundinamarca, por la Ordenanza N° 25 de 28 de marzo de 1925, autorizó a la Gobernación para contratar un empréstito con uno de los Bancos de la ciudad de Bogotá, "a fin de hacer frente a los gastos iniciales de producción y organización de las Rentas de Licores, Degüello y Tabaco", contrato que no era necesario someter a la ulterior aprobación de la Asamblea. (Art. 3º).

Posteriormente, el 10 de abril del mismo año, la Asamblea dictó la Ordenanza N° 32, por la cual creó la Junta de Rentas, asesora de la Gobernación, y dispuso que en ella tendrían voz y voto el Gobernador y el Secretario de Hacienda del Departamento, "quienes, en su orden, la presidirán" (artículos 94 y 95); y en el artículo 100, que "los empréstitos que contrate la Gobernación (se refiere al autorizado por la Ordenanza 25, según el artículo 98 de la N° 32) necesitarán para su validez de la aprobación de la mayoría de la Junta de Rentas".

Con estas autorizaciones (siendo Gobernador del Departamento el doctor Liborio Cuéllar Durán), el Secretario de Hacienda, doctor Rafael Abello Salcedo, y el Administrador General de las Rentas, señor Manuel Antonio Torres, obtuvieron del Banco de Bogotá, y por intermedio del Guaranty Trust Company of New York de París, a favor de la Maison Egrot de París, un crédito rotatorio por la suma de un millón cincuenta y cinco mil francos franceses (Frs. Fces. 1.055,000), para lo cual suscribieron el respectivo documento el 1º de agosto de 1933 (fs. 26 del C. 4º).

Por el decreto 1045 de 1933, la Gobernación nombró Secretario de Hacienda al doctor Antonio Mallarino Pardo (fs. 8 del C. 1º); y por el decreto 1079 del mismo año nombró para Administrador General de las Rentas al señor Alberto Fergusson (fs. 12 ibídem).

Dichos Secretario de Hacienda y Administrador General de las Rentas pagaron al Banco acreedor una parte de la deuda contraída por sus antecesores, y por el saldo, o sea por la suma de treinta y cuatro mil diez y siete pesos y diez y siete centavos ($ 34,017.17) oro colombiano acuñado, suscribieron al Banco, el día 14 de febrero de 1934, un pagaré de cartera, diciendo que obraban "con las debidas autorizaciones legales", y declarando que la suma la habían recibido en mutuo comercial con interés al seis por ciento (6 por 100), el que sería del ocho por ciento (8 por 100) anual en caso de demora. El plazo para el pago se fijó para el día 31 de julio de 1934.

No habiendo pagado el Departamento en esa fecha, el Banco estableció ante el Tribunal Superior de Bogotá juicio ejecutivo contra el deudor. Habiendo denegado el Tribunal la ejecución, subió el negocio a esta Sala de la Corte, la cual confirmó la providencia de primer grado, fundándose, en primer término, en que el pagaré no estaba firmado por el Gobernador, y que no aparecía claramente establecida la delegación que este funcionario hubiera hecho en los firmantes; y, en segundo lugar, en que las pruebas que se acompañaron posteriormente al debate no podían tenerse en cuenta por la Corte, en atención al mandato del artículo 505 del Código Judicial.

La demanda:

Así las cosas, el Gerente de la entidad acreedora, por libelo de 17 de octubre de 1935, demandó al Departamento de Cundinamarca, para que, con audiencia del señor Fiscal del Tribunal, por sentencia definitiva, declarase el Tribunal Superior de Bogotá:

"Que el Departamento de Cundinamarca debe al Banco de Bogotá, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, la suma de treinta y cuatro mil diez y siete pesos, diez y

siete centavos ($ 34,017.17) en oro colombiano acuñado o en su equivalente en moneda legal o en billetes del Banco de la República, más los intereses de esta suma a la tasa del ocho por ciento (8 por 100) anual desde el día treinta y uno de julio de 1934 hasta el día del pago".

Los hechos de la demanda, resumidos, son los siguientes:

Que el 1º de agosto de 1933 el Banco de Bogotá abrió dos créditos documentarios a favor de la Maison Egrot de París por cuenta de la Administración General de Rentas de Cundinamarca, el uno por 750,000 francos utilizables por el corresponsal del Banco en París, contra documentos de embarque, y el otro por 305,000 francos, utilizable por una letra a cargo del Banco; que esas sumas tenían por objeto pagar a la Maison Egrot las mercancías pedidas por el Departamento a dicha casa con destino a la Fábrica de Licores; que el Banco y la Administración de Rentas pidieron permiso a la Junta de Control de Cambios, la cual los autorizó para el cambio internacional; que para garantizar el pago de las sumas expresadas la Administración General de Rentas suscribió un pagaré de garantía; que el Banco pagó a la Maison Egrot las sumas provenientes de los pedidos de maquinaria hechos por el Departamento; que como el pagaré de garantía vencía el 14 de febrero de 1934, el Departamento pagó las sumas expresadas, parte en dinero, y, por el saldo, o sea la cantidad de $ 34,017.17, el Secretario de Hacienda y el Administrador General de Rentas suscribieron a favor del Banco el pagaré de que se habló arriba; que en ese pagaré se fijó como fecha para el pago el 31 de julio de 1934, y que en él se estableció un interés del 6 por 100 anual durante el plazo y uno de 8 por 100 anual para el caso de mora; que el Banco giró a favor del Administrador General de Rentas el 17 de febrero de 1934 el cheque Nº 31,835, que firmó el señor Alberto Fergusson y lleva el sello de la Administración de Rentas; que esta entidad es una dependencia del Departamento de Cundinamarca; que tanto la Asamblea departamental de Cundinamarca como el Gobernador han ratificado, no sólo de modo tácito, sino expreso también, la negociación, lo mismo que el nuevo Secretario de Hacienda; y, por último, que el Departamento no ha pagado.

El demandante comprobó su calidad de Gerente del Banco (fs. 7 del C. 1º).

El Fiscal del Tribunal contestó la demanda oponiéndose a que se hiciera la declaración solicitada. Respecto de los hechos, aceptó algunos y negó otros; propuso la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, con fundamento en que el Gobernador es el representante del Departamento, como lo dijeron el Tribunal y la Sala de Negocios Generales de la Corte al rechazar la demanda ejecutiva de que se habló. De esto sacó la conclusión de que el Departamento no tiene por qué responder de la obligación que se ventila en este juicio.

En tiempo oportuno el señor Fiscal presentó demanda de reconvención contra el Banco, la cual se estudiará más adelante.

Por sentencia de fecha 30 de septiembre de 1936, el Tribunal desató la litis así:

"Primero—El Departamento de Cundinamarca debe al Banco de Bogotá, sociedad anónima domiciliada en esta ciudad, la suma de treinta y cuatro mil diez y siete pesos, diez y siete centavos en oro colombiano acuñado ($ 34,017.17) o en su equivalente en moneda legal o en billetes del Banco de la República, más los intereses de esta suma a la tasa del ocho por ciento (8 por 100) anual desde el día treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y cuatro hasta el día del pago, en conformidad con el pagaré suscrito en esta ciudad el catorce de febrero del año de mil novecientos treinta y cuatro, base de este juicio.

"Segundo—Se absuelve al Banco de Bogotá de los cargos formulados en la demanda de reconvención.

"Tercero—No hay costas".

De este fallo apeló el personero del Departamento. En la segunda instancia, tramitada ante la Corte, se han cumplido todos los requisitos legales, y se procede a decidir sobre cada punto propuesto, así:

1º—Excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandada.

Esta excepción no la fundamenta el demandado en que no existe la obligación, pues si así fuera, sería improcedente, ya que en tal evento la absolución se impondría como el resultado de falta de prueba de la obligación, cuyo cumplimiento se pretendiese hacer efectivo, y no en virtud de un hecho que destruyera o enervara la acción. En el fondo sería: o bien la carencia de acción del demandante, o bien la ausencia de pruebas que la demostrasen.

Es muy distinto el caso: Se alega que se ha demandado al Departamento, cuando él no ha celebrado el contrato, pues es otra persona distinta la que lo ha verificado.

Vistas así las cosas, se diría que se ha demandado a una persona diversa de la obligada a responder, lo que constituiría la base para una excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

También se podría considerar que al afirmarse que el Departamento no estaba obligado, se le negaba la habilidad sustantiva para responder en el juicio. En este sentido ha dicho la Corte:

"Hay ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado cuando el demandante dirige contra el heredero, en su carácter personal, acción reivindicatoria de una finca poseída por el de cujus, en vez de haberla dirigido contra la sucesión, aún ilíquida, representada por el heredero".

Siendo que al Departamento se le ha demandado por una obligación que pudo emanar de uno de sus agentes, la excepción de ilegitimidad de su personería sustantiva no puede declararse, pues ella no puede resultar del fondo del derecho que se litiga, del fondo de la acción, o sea, sine actione agis, porque esto dice relación directa con el derecho invocado, que es lo que conviene ver si existe o no.

No pudiéndose declarar la excepción propuesta, precisa analizar si está comprobado el derecho que impetra el actor.

2º—Obligación contraída por el Departamento.

Se dijo antes que el Banco de Bogotá había establecido con el documento relacionado una ejecución contra el Departamento, y que tanto el Tribunal Superior de Bogotá como esta misma Sala de la Corte habían denegado la ejecución, fundándose, especialmente, en que para que el juicio ejecutivo prospere es necesario que el título de la obligación que se pretende ejecutar sea absolutamente claro, de conformidad con la ley, porque en el juicio ejecutivo no se trata de un debate judicial propiamente, sino de una orden de pagar, en atención a que resulta claramente demostrado, según la ley, que la persona que se obligó a dar, hacer o no hacer alguna cosa sí debe proceder al cumplimiento en virtud de que el título que presenta el ejecutante indica de un modo indudable que es el tiempo de proceder a cumplir. También se denegó la ejecución en consideración a que el título que presentaba el ejecutante no aparecía otorgado por el Gobernador del Departamento ejecutado, ni con su delegación expresa, por lo que se estimó que no emanaba de la persona obligada, pues los documentos que se acompañaron a la demanda no lo demostraban de un modo perfecto, y que las pruebas que se adujeron después no podían tomarse en cuenta.

Es necesario ver ahora si de las probanzas que se allegaron a este juicio ordinario resulta que las personas que suscribieron la obligación podían obligar al Departamento demandado.

No aparece demostrado que la entidad Junta de Rentas (o Administración General de Rentas) y el Secretario de Hacienda del Departamento obraran con delegación expresa del señor Gobernador, al pedir al Banco de Bogotá la apertura de los créditos documentarios y para firmar el referido pagaré de garantía.

Pero es lo cierto que el Administrador General de Rentas pagó al Banco la suma que rezaba el pagaré dicho, parte en dinero, y el saldo en un pagaré de cartera, el cual suscribió también el Secretario de Hacienda.

Para ver si la obligación que por este pagaré contrajeron el Administrador General de Rentas y el Secretario de Hacienda es válida, precisa analizar varios puntos, así:

Primero—Que no se trata de un contrato administrativo, sino de uno de derecho civil.

No se trata de un contrato administrativo, porque el celebrado con el Banco para la apertura de los créditos documentarios no tuvo por objeto directo un servicio público, ni tampoco tuvo este objeto el acto de la suscripción del pagaré. Y no se trata de contrato administrativo, porque si en los que celebran los órganos de la Administración el servicio público no es su objeto, ellos no son administrativos. Se requiere, para que lo sean, que el fin y el objeto del contrato se destinen a un aprovechamiento general, que tengan "por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública", esto es, que el contrato no se refiera a la satisfacción de necesidades comunes o privadas. El tratadista Santamaría de Paredes fija de la siguiente manera este criterio: "El objeto del contrato puede determinar y determina una diversa manifestación de la personalidad jurídica, sujeto del mismo. Y por lo que se refiere a los contratos de Administración, fácil es distinguir en principio (cualesquiera que sean las dificultades de aplicación práctica), que unas veces tienen por objeto satisfacer necesidades comunes a todo individuo o corporación, y otras veces necesidades derivadas de su peculiar naturaleza o misión propia. Ahora bien: cuando contrata sobre las primeras, obra como una persona jurídica cualquiera, ri-

giéndose por las reglas generales de la contratación que establece el Derecho común...".

Por manera que aunque la suma obtenida por el Departamento tenía por objeto el ser aplicada a una obra o empresa pública (la Fábrica de Licores), la consecución de esa suma es cosa muy distinta de la obra pública misma a que iba a ser aplicada. En el contrato de préstamo que los órganos de la Administración celebraron, ésta obró como una simple persona jurídica cualquiera, y, por consiguiente, el contrato no es administrativo, y, por lo mismo, no exigía el cumplimiento de requisitos solemnes ni esenciales.

Segundo—Que es necesario analizar si el Administrador General de las Rentas y el Secretario de Hacienda tenían capacidad para representar al Departamento y obligarlo.

Se sostuvo por esta Sala en el auto de 31 de mayo de 1935, por el que se denegó la ejecución, que el Banco, fundado en la misma obligación que ahora sirve de base a este juicio, estableció contra el Departamento, lo siguiente:

"Podría decirse que los más genuinos representantes del Departamento son las Asambleas; pero como estas corporaciones no ejecutan las normas que dictan, ni por sí mismas celebran contratos, es preciso que tengan un órgano ejecutivo. Por eso el artículo 59 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 expresa que es función constitucional del Gobernador dirigir la acción administrativa departamental, lo que realiza: nombrando o removiendo libremente sus agentes; reformando, revocando o confirmando los actos de éstos, o dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración, lo que naturalmente comprende la celebración de contratos con este fin. El numeral 3º del mismo artículo confiere al Gobernador la representación del Departamento no sólo en lo político sino también en lo administrativo.

"La ley 4ª de 1913 (Código Político y Municipal), en los numerales 3º y 4º del artículo 127, le asigna las mismas funciones.

"Todavía más: tanto el Acto Legislativo prenombrado como la dicha ley 4ª de 1913 (artículo 59, numeral 8º, y el 97, numeral 43) dan a las Asambleas las atribuciones o funciones que las leyes les señalan. En armonía con estas disposiciones, la ley 6ª de 1928 estableció que en ciertas circunstancias las Asambleas podrán autorizar empréstitos tanto internos como externos".

Según esto, en un principio, hay dos representantes del Departamento que deben obrar de acuerdo: la Asamblea y el Gobernador. Si éste celebra contratos para los cuales no está autorizado por las Ordenanzas de la Asamblea, existe un vicio del consentimiento que se une directamente a la noción de incapacidad, porque los representantes de las Administraciones públicas no las representan si no se ciñen en el ejercicio de sus funciones o facultades a los procedimientos y formalidades requeridos, porque si sus actos no se conforman a esas formalidades y procedimientos, ellos no ejercen válidamente su oficio de representantes, e incurren en lo que en Derecho Administrativo se llama una incompetencia.

Autorizado el Gobernador por la Ordenanza Nº 25 de 1925 para contratar un empréstito con el objeto de hacer frente a los gastos iniciales de producción y organización de las Rentas, él lo podía contratar sin sujetarse a ulterior aprobación de la Asamblea, como lo dispone el artículo 3º de dicha Ordenanza.

Con esas facultades, el Gobernador, si lo hubiera celebrado por sí mismo o hubiera autorizado para que se celebrase, habría prestado un consentimiento válido. Pero resulta que él no lo celebró directamente, ni aparece establecido de modo claro —como se dijo antes— que hubiera delegado en otras personas esa facultad. Incumbe, por tanto, estudiar si las personas que suscribieron la obligación pudieron prestar un consentimiento válido.

La Ordenanza 32 de 10 de abril de 1925 creó en su artículo 94 la Junta de Rentas "asesora de la Gobernación", y dispuso, en su artículo 95, que en esta Junta tendrán "voz y voto, el Gobernador y el Secretario de Hacienda, quienes, en su orden, la presidirán". Ordenó lo siguiente en sus artículos 98 y 100:

"Artículo 98.—La autorización dada a la Gobernación por la Ordenanza Nº 25 de este año, para contratar un empréstito, se amplía en sentido de que se pueda conseguir la suma necesaria para liquidar toda cuenta pendiente con la Compañía rematadora.

"Artículo 100.—Los empréstitos que contrate la Gobernación necesitarán para su validez de la aprobación de la mayoría de la Junta de Rentas".

Según el artículo 95 citado, el Secretario de Hacienda es presidente nato de la Junta de Rentas, por lo que es necesario ver lo siguiente: a): si él tenía facultad para celebrar el contrato de empréstito junto con el Administrador General de las Rentas; b): si de los términos del artículo 100 copiado puede deducirse la autorización del Gobernador para verificarlo, y c): si esta autorización

puede considerarse como dada por el Gobernador.

a) En cuanto a lo primero, hay que considerar que el Secretario de Hacienda es un funcionario órgano de la Administración departamental. Conforme a este postulado, él puede ejercer sus funciones dentro de los límites de la ley; pero si carecía de facultad legal y de autorización del Gobernador para celebrar el contrato, entonces no obró como órgano de la Administración y el acto realizado es inexistente por haberse atribuído facultades que no le correspondían a él sino al Gobernador, quien es el representante nato del Departamento, y quien tiene, por tanto, la capacidad de derecho para representar a esa entidad moral. Sin embargo, dentro de la órbita del Derecho Administrativo, junto a la capacidad de derecho se produce la de hecho. La primera —respecto de los Departamentos— encarna en el Gobernador, que es el órgano que tiene, como se ha dicho, la representación nata de esa entidad, y la segunda, en los funcionarios que pueden aparecer como que carecen inicialmente de esa facultad, pero que, por alguna circunstancia, pueden tenerla. En este evento, esa suitación de hecho, en los casos determinados en que pueda surgir, es base suficiente para inducir una situación de derecho, siempre que se pruebe en tales casos la posible competencia o el fundamento con que obró el funcionario.

Esta comprobación es necesaria, porque para que el consentimiento prestado por el órgano de la Administración sea válido, se requiere que el funcionario haya obrado con competencia, con observancia de los requisitos legales y con las autorizaciones del caso, todo lo cual emana de la ley. Pero debe tenerse en cuenta que respecto de la competencia precisa considerar que, salvo prohibición expresa, el funcionario está facultado para hacer no sólo aquello para lo cual está autorizado expresamente, sino también todo lo que fuere congruente con su función propia. Quiere decir esto que el funcionario está obligado a conformarse a las disposiciones legales y reglamentarias que determinan su labor y actividad en el empleo que ocupa, mas teniéndose en cuenta, eso sí, que esta observancia no implica que él sólo debe sujetarse a la letra de los textos de la ley o de los reglamentos, sino que tiene facultad para penetrar en su espíritu; por lo que en su ejercicio, el funcionario tiene que conformarse al texto y espíritu de la ley general como al texto y espíritu de la ley creadora de su empleo.

Siendo el Secretario de Hacienda presidente nato de la Junta de Rentas, la esfera de su actividad lo ponía en aptitud legal para ejercitar la facultad concedida a la Gobernación (así en abstracto se expresan los artículos 98 y 100 de la Ordenanza 32 y el 1º de la número 25) para contratar el empréstito, pues, llegando al espíritu de la Ordenanza 32, creadora de la Junta de Rentas, la facultad concedida a la Gobernación debe entenderse como dada a la Junta de Rentas y a su presidente nato, que lo es el Gobernador o el Secretario de Hacienda.

Este tiene que ser el espíritu de la Ordenanza 32, porque, aunque la Junta de Rentas no es persona jurídica ni una entidad autónoma propiamente, sino que es una dependencia de la Gobernación, dentro de su constitución y formación, ella —presidida por el Gobernador o por el Secretario de Hacienda— sí puede obrar con ciertas facultades, dado que la Ordenanza que la creó la autoriza para la organización comercial de las rentas; y en esta forma, el giro ordinario del negocio llevaba en sí envuelto el derecho o facultad de obrar de un modo propio a la realización de sus fines, entre los cuales estaba el de la consecución del empréstito. Por esto no es extraviado interpretar que la autorización dada a la Gobernación por la Ordenanza número 25 para la obtención del empréstito se extendió a la Junta de Rentas por la Ordenanza Nº 32, siempre que estuviera presidida por su presidente nato (Gobernador o Secretario de Hacienda). Se asevera esto, porque la Ordenanza 32 no evoca un principio de derecho puro en los artículos en que crea la Junta de Rentas, sino que contiene un principio distinto de este derecho puro al organizar una operación administrativa de naturaleza económica, por lo que esa Ordenanza, en esta parte, es una ley de negocios.

b) y c) En cuanto a la segunda y tercera cuestiones, existen en el proceso estos datos que, además de demostrar que la Junta de Rentas y el Secretario de Hacienda interpretaban bien el espíritu de la Ordenanza 32 y lo aplicaban, indican que el consentimiento del Gobernador fue requerido.

El señor Alberto Fergusson declara (fs. 195 del c. 3º): "Se insertó en el citado pagaré de 14 de febrero de 1934 la frase 'con las debidas autorizaciones legales' porque los firmantes de la obligación estimámos suficientes las que regían en ese entonces y que habían venido usándose en el Departamento desde tiempo atrás para casos similares, autorizaciones que consistían: Decreto reglamentario de la Ordenanza 32 de 1925, art.

93, sobre administración comercial de las Rentas. El número de este decreto no lo recuerdo por el momento; Código Fiscal de Cundinamarca, artículo 177; Ordenanza 29 de 1929, artículo 5º; Ordenanza 30 de 1932, artículo 9º; Ordenanza 39 de 1933, artículos 8º y 9º; autorización verbal, expresa y tácita del Gobernador del Departamento, doctor Miguel Arteaga H., desde luego que con él sostuvimos el Secretario de Hacienda y yo varias conferencias sobre el asunto, para ver de arreglar las cuentas con el citado Banco. Y la prueba de que estábamos obrando con conocimiento y anuencia del Gobernador es el hecho de que el día 30 de junio del mismo año el citado funcionario dictó el decreto 635 de liquidación del Presupuesto, en el cual apropió, de manera especial, los $ 34,017.17, que era el valor del pagaré que nosotros suscribimos el 14 de febrero anterior, para pagar 'la deuda proveniente de la compra de maquinaria' ".

El doctor Antonio Mallarino Pardo (fs. 197 ibídem) declara así: "En el pagaré se insertaron las palabras 'con las debidas autorizaciones legales', en virtud de la Ordenanza del año de 1925 que dá a las Rentas de Cundinamarca, o daba, en la época en que actuábamos el señor Fergusson y yo, una administración de carácter comercial. En virtud de esa Ordenanza, y del decreto reglamentario respectivo, antes de nuestra presencia en los cargos nombrados, no solamente obligaba al Departamento la firma de su Secretario de Hacienda, gestor legal de los bienes departamentales, sino la simple firma del Administrador General de las Rentas". Más adelante dice: "Las negociaciones celebradas con el Banco de Bogotá, en este caso concreto, tuvieron la aprobación tácita del señor Gobernador, y la expresa consignada en el Decreto de liquidación del Presupuesto para la vigencia de 1934 a 1935, puesto que la partida a favor del Banco de Bogotá fue debidamente incluída".

El doctor Rafael Abello Salcedo, Secretario de Hacienda el 1º de agosto de 1933, se expresa así (fs. 198 del mismo cuaderno): "... al punto 6º Es verdad que una vez abiertos y ordenados los créditos referidos por el Banco de Bogotá a favor de la Maison Egrot de París para pagar en moneda extranjera (francos) la maquinaria importada con destino al Gobierno de Cundinamarca, el declarante, en su carácter de Secretario de Hacienda, en unión del señor Manuel Antonio Torres, Administrador General de las Rentas de Cundinamarca, suscribieron el mismo día, con vencimiento al primero de febrero de 1934, un pagaré a favor del Banco de Bogotá por 1.065,006 f. f. como garantía, o mejor, como pago a plazo del valor de los créditos abiertos a favor de la casa Egret de que se habló atrás". Más adelante declara (fs. 198 vta. ib.): "... al punto 11º El señor Gobernador del Departamento autorizó ampliamente la compra de la maquinaria y enseres a la casa Egrot de París y para llegar a dicha compra con las mayores probabilidades de acierto facultó al Secretario de Hacienda para realizar un viaje a Cali con el objeto de estudiar o inspeccionar las baterías Egrot que el Departamento del Valle había adquirido para la fábrica de Cali y parte integrante de la negociación de la maquinaria fue la obtención que se hizo del Banco de Bogotá de la apertura del crédito irrevocable para atender al pago de dicha maquinaria de que tántas veces se ha hablado. Leída, la aprobó y contestó al punto 12º): Las autorizaciones que tanto el Secretario de Hacienda como el Administrador de las Rentas de Cundinamarca tenían para celebrar los contratos y negocios a que se refieren las preguntas anteriores, consistían en el espíritu y en la letra de las disposiciones siguientes: La Ordenanza 32 de 1925 y los Decretos números 125 y 172 de 1925, dieron a la Administración General de Rentas, dependencia de la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca, una organización comercial, es decir, la facultaron para hacer actos administrativos fuéra de las prescripciones fiscales ordinarias que rigen para las actuaciones oficiales. La Ordenanza 30 de 1932, en su artículo 9º y luégo en forma imperativa la Ordenanza 39 de 1933, en su artículo 8º, dispusieron la adquisición de maquinaria y enseres para la fábrica de licores que pusieran a ésta en capacidad de ofrecer un producto de primera calidad al consumo público".

El señor Manuel Antonio Torres, exponiendo lo mismo que el declarante anterior sobre la negociación, a folios 203 vuelta del mismo cuaderno, declara: "..... al punto undécimo.—Es verdad que el Administrador General de Rentas tuvo y tenía amplias autorizaciones para la compra de las materias primas, maquinarias y elementos que se requerían para el ramo, sin sujetarse a contratos ni licitaciones, y es verdad que el Gobernador del Departamento tuvo conocimiento del pedido de maquinaria que se hizo a la casa Egrot de París. Leído lo aprobó y contestó al punto duodécimo: Las autorizaciones que el Administrador de Rentas tenía para celebrar negocios, no solamente respecto de los puntos a que se refiere el interrogatorio que contesto, sino a todos los demás

que con el ramo se relacionaran, emanaban de la práctica seguida desde mil novecientos veinticinco para acá, y de disposiciones ordenanzales y de decretos que imponían el manejo comercial de las Rentas".

El doctor Liborio Cuéllar Durán, que era Gobernador del Departamento en el año de 1933, a folios 3 vuelta y 4 del cuaderno 7, expone: "... al punto e): Estudiado el pedido de la maquinaria a que se refiere el punto anterior, el señor Secretario de Hacienda de Cundinamarca y el Administrador General de Rentas del mismo, avisaron al suscrito que habían obtenido en el Banco de Bogotá un crédito irrevocable a favor de la dicha casa para cubrirle el valor de la citada maquinaria y sus accesorios; al punto f): Es cierto que para pagar al expresado Banco de Bogotá la suma por francos valor del pedido que dicho Banco se comprometió a pagar a la Maison Egrot de París, por cuenta del Departamento de Cundinamarca, el Secretario de Hacienda del Departamento de Cundinamarca y el Administrador de Rentas del mismo, suscribieron a favor del Banco de Bogotá el pagaré correspondiente, lo que me comunicaron los expresados funcionarios... Al punto i): La Administración de Rentas de Cundinamarca tenía en ese tiempo una organización comercial y autorizaciones por Ordenanzas anteriores para el manejo de los bienes puestos a su cuidado. La Gobernación discutía, naturalmente, con el Administrador, los puntos generales en los asuntos importantes como ocurrió en este caso; pero no se le dio autorización expresa por no haberlo juzgado necesario ni haber sido costumbre otorgarla".

Todos estos datos determinan claramente que los funcionarios que suscribieron la obligación lo hicieron con competencia, según el espíritu de las disposiciones de las Ordenanzas y Decretos que estaban ejecutando.

Tercero—Pero si la competencia de hecho del Secretario de Hacienda y del Administrador General de las Rentas no hubiera sido suficiente para celebrar válidamente el contrato, no siendo de derecho administrativo, es afirmable que éste no es solemne, por lo que conviene ver si es válida la ratificación que tanto la Asamblea de Cundinamarca como el Gobernador le dieron al contrato, la primera en la Ordenanza Nº 21 de 1934, "sobre Presupuesto de Rentas y Apropiaciones para la vigencia económica del 1º de julio de 1934 al 30 de junio de 1935" (Capítulo XVIII, Art. 5º, aparte d)—Vigencias expiradas. Admón. Gral. de Rentas); y el segundo en el decreto número 626 de 1934, sobre liquidación de ese Presupuesto (Cap. XVIII, Art. 5º, aparte b)—"Pago de la deuda proveniente de la compra de maquinaria. $ 34,017.17").

Esta ratificación se dio a un contrato de derecho privado no solemne, y por ello es necesario estimarla válida. Si se tratara de un contrato solemne, ni la ratificación tácita o expresa, serían bastantes para cubrir su nulidad, o para dar vida jurídica a un acto que jamás la ha tenido; pero tratándose de un contrato de derecho privado no solemne, cualesquiera de esas circunstancias basta para purificar el acto de todo vicio y hacer que él mismo produzca efectos entre los interesados y respecto de terceros. Esta tesis surge de que los actos solemnes se relacionan con el derecho público o con los intereses de gran número de personas, mientras que en los no solemnes, las solemnidades externas tienen por fin, únicamente, la protección de los intereses privados.

En consecuencia, si el contrato inicialmente hubiese llevado un vicio, la ratificación que lo dieron la Asamblea y el Gobernador es suficiente para declarar que él es válido y que la acción invocada en la demanda es pertinente.

Mirado el problema así, no hay necesidad de entrar a considerar la acción de in rem verso estudiada en la sentencia de primer grado e invocada por la parte actora en su alegato de la audiencia pública.

3º—Demanda de reconvención.

En la demanda de reconvención pide el señor Fiscal que se condene al Banco demandante a lo siguiente:

1º—A restituír o devolver al Departamento de Cundinamarca la cantidad de pesos moneda corriente en la cuantía que se fije en el curso de este juicio, y que la Administración de las Rentas de Cundinamarca pagó de más con fondos del epartamento al Banco de Bogotá al cubrirse el crédito constante en el documento de 1º de agosto de 1933, "teniendo en cuenta que la mencionada Administración de Rentas sólo estaba obligada a cubrir tal préstamo al tipo de cambio que regía en la fecha del préstamo o documento".

2º—En subsidio, a devolver o restituír al Departamento la cantidad de pesos moneda corriente, en la cuantía que se fije en el curso del juicio, pues la Administración de Rentas pagó de más con fondos del Departamento al Banco demandante el crédito de que trata el mencionado documento de 1º de agosto de 1933, y "teniendo en cuenta que

la Administración General de Rentas sólo estaba obligada a cancelar el préstamo de que trata la petición anterior al tipo del cambio que regía el 19 de septiembre de 1933".

3º—A pagar los intereses legales de una u otra suma desde que se causaron a deber hasta que se verifique el pago, y a pagar las costas del juicio.

Resumidos los hechos de esta contrademanda, son los siguientes:

Que Rentas de Cundinamarca suscribió el 1º de agosto de 1933 a favor del Banco de Bogotá un documento de préstamo por la cantidad de un millón cincuenta y cinco mil francos franceses; que para reembolsar al Banco la cantidad de francos de que éste se había desprendido para hacer el préstamo, Rentas de Cundinamarca solicitó y obtuvo permiso de la Junta de Control de Cambios para comprar oro en francos por la cantidad aludida; que el permiso lo concedió la Junta de Control con exoneración del impuesto de timbre por tratarse de una entidad oficial (la Junta de Rentas); que el Banco utilizó e hizo uso de este permiso, retirando así del Banco de la República la cantidad de dólares de EE. UU. $ 63,300.00, equivalente a la cantidad de francos que había dado en préstamo a la Administración de Rentas; que para retirar del Banco de la República la cantidad de dólares expresada, el Banco de Bogotá entregó a aquél una cantidad igual de pesos colombianos a los dólares que recibía, al tipo del cambio vigente el 19 de septiembre de 1933; que reembolsado así el Banco de Bogotá de la cantidad que prestó a Rentas de Cundinamarca, la obligación consignada en el pagaré de 1º de agosto de 1933 quedó convertida en una obligación en pesos colombianos al tipo del cambio que regía el 19 de septiembre de 1933; que conforme al artículo 2º de la ley 46 de 1933, las obligaciones contraídas en divisas extranjeras deben pagarse en moneda colombiana al tipo del cambio de la fecha del otorgamiento de la obligación; que al pagar Rentas de Cundinamarca la obligación contraída el 1º de agosto de 1933, entregó una cantidad mayor de la que debía pagar al Banco de Bogotá, así sea que se tenga en cuenta el cambio vigente en la fecha del documento, o el que regía el 19 de septiembre de 1933; que Rentas de Cundinamarca es una dependencia del Departamento de Cundinamarca sin personería jurídica independiente; y que los fondos de que ésta dispuso para hacer el pago eran del Departamento.

El Gerente del Banco contrademandado aceptó que Rentas de Cundinamarca había suscrito a su favor el pagaré de 1º de agosto de 1933, pero agregando que dicho pagaré lo canceló el Banco mediante el pago por parte del Departamento de una suma de dinero y del otorgamiento del pagaré que se cobra en este juicio. Negó que el Banco, para reembolsar la cantidad de francos de que se desprendió para hacer el préstamo a Rentas de Cundinamarca, hubiera solicitado permiso de la Junta de Control para comprar oro en francos franceses por 1.055,000, pues que la solicitud se hizo para la "apertura de un crédito documentario a favor de la Maison Egrot de París", y que se invertiría la especie extranjera solicitada —según reza la petición— "en la apertura de un crédito documentario e irrevocable con el fin de pagar el pedido cuya copia adjuntamos a la presente". "Y esto es perfectamente claro —dice el señor Gerente—, pues de la naturaleza misma de los créditos abiertos por el Banco, que fueron créditos irrevocables documentarios, y del texto de las órdenes, resulta que la suma en francos citada fue empleada en cubrir un pedido comercial hecho por las Rentas de Cundinamarca a la Maison Egrot de París, con destino a la Fábrica de Licores del Departamento".

Aceptó que la Junta de Control concedió el permiso con exoneración del impuesto de timbre.

Negó que el Banco hubiera utilizado el permiso concedido a Rentas de Cundinamarca, pues si ésta firmó la solicitud hecha a la Junta de Control fue para facilitar la consecución de la licencia; y que las sumas recibidas por el Banco no eran equivalentes a la cantidad de oro en francos que el Banco había prestado a Rentas de Cundinamarca, pues por la diferencia fue por la que se suscribió el pagaré por esta entidad.

Dijo que el hecho de que el Banco de Bogotá, para retirar del Banco de la República, entregara a éste la cantidad de pesos colombianos equivalentes a los dólares que recibía, está demostrando que el Departamento debía al Banco de Bogotá ese dinero.

Negó que este Banco se hubiera reembolsado la cantidad que prestó a Rentas de Cundinamarca.

Dijo que, aunque lo referente a la aplicación del artículo 2º de la ley 46 de 1933 es una cuestión de derecho, advierte que ese artículo consagra una excepción para las obligaciones que provengan de transacciones en el comercio de importación.

Manifestó que no era cierto que la Administración de las Rentas hubiera entregado al Banco una suma mayor.

Expresó que aunque Rentas de Cundinamarca es una dependencia del Departamento, es lo cierto que esa entidad tenía y tiene facultades especiales para manejarse, obligarse y organizarse comercialmente, como lo han entendido sus representantes; y que por este motivo, al disponer la Administración de fondos del Departamento, lo hacía en virtud de la vinculación que ella tenía con éste, el cual quedaba obligado.

El Tribunal sostiene en su sentencia que el artículo 2º de la ley 46 de 1933 no es aplicable al caso, porque ésta entró a regir en noviembre de dicho año, cuando ya se había perfeccionado (1º de agosto de 1933) el contrato en francos franceses, por lo que a éste se le deben aplicar las disposiciones vigentes al tiempo de su celebración, o sean, el artículo 1º de la ley 18 de 1904 y 9º de la ley 35 de 1907, porque estas leyes presidieron la creación de los derechos y obligaciones pactados, "leyes que necesariamente —dice— protegen y han de proteger en toda extensión y consecuencias los derechos adquiridos a su amparo".

En cuanto a la liquidación o conversión de francos franceses a billetes colombianos, dice el Tribunal que ella ha debido hacerse teniendo en cuenta el tipo del cambio vigente el día del vencimiento del plazo estipulado (1º de febrero de 1934), "porque ese día es el que debe entenderse como día del pago". Citó en apoyo de su aserto el artículo 2223 del Código Civil; y concluyó afirmando que lo dado en mutuo fue una cantidad de francos franceses, "es decir, una mercadería, una cosa fungible, y en manera alguna dinero; y no fue dinero, porque dinero en Colombia y para nuestro Código en esa disposición (art. 2223), es moneda corriente". Terminó afirmando que al deudor no le es posible devolver los mismos francos que recibió en mutuo aunque su precio haya subido o bajado en el intervalo, por lo que debe pagar los francos por lo que ellos valieron en el tiempo y lugar en que se ha debido hacer el pago, como lo establece el citado artículo 2223.

La Corte considera:

El Tribunal, al estudiar si es o no aplicable la ley 46 de 1933, se decide por la negativa en atención a que si dicha ley comprendiera contratos celebrados antes de su vigencia, se violarían derechos adquiridos amparados por la Constitución. La ley citada comprende tres cosas en su artículo 2º:

1º—Estipulación en monedas o divisas extranjeras;

2º—Estipulación en oro colombiano amonedado;

3º—Estipulación en moneda extranjera, de oro.

Acerca de la doctrina jurisprudencial que el Tribunal tuvo en cuenta, es necesario recordar los conceptos emitidos por la Corte Plena en la sentencia de 25 de febrero de este año, al decidir la demanda de inexequibilidad sobre los artículos 1º, 2º y 7º de la ley 46 de 1933. Dijo así:

"El sistema monetario de un país pertenece a su derecho público. Este, en su aplicación y sus consecuencias, se rige entre nosotros con el criterio de la primacía incondicional de lo público sobre lo privado, por ser ello característico de la democracia.

"La atribución concedida privativamente por el ordinal 15 del artículo 76 de la Constitución al Congreso, produce la consecuencia de que en la creación del derecho por los particulares, la determinación del signo monetario, como medio de pago, sea un simple acto de ejecución que por lo tanto no hace parte del contrato. Esto es así, porque la ley procedente que faculta a los contratantes para establecer libremente determinadas normas reguladoras de su conducta, no tiene como elemento de su contenido, el poder de crear la vinculación de las partes en lo relativo a fijar la diferencia de valor entre los distintos signos monetarios de igual poder liberatorio.

"Para que pudiera existir formación contractual de derecho respecto de las cláusulas convencionales sobre estipulación de determinado signo monetario, y por lo tanto hubiera lugar a la conereción del principio de la norma abstracta referente a la irretroactividad de la ley, sería necesario que el artículo constitucional citado impidiera modificar el estatuto monetario, esto es, permitiera el Congreso su fijación por una sola y única vez, o que por disposición expresa de la constitución de la ley monetaria tuviera carácter atributivo..."

En síntesis: la Sala Plena ha reafirmado el principio de que una cláusula contractual no puede comprometer las prerrogativas que corresponden a los poderes públicos por ministerio de la ley suprema, pues una pretensión de tal clase sería vana, y por tanto no podría constituir derechos adquiridos.

Ello sería una aparente situación jurídica, cuyo desconocimiento no sería técnicamente la privación de un derecho adquirido.

La Sala de Casación Civil, en sentencia de 28 de abril de 1937 (ponencia del Magistrado doctor Hinestrosa Daza) expresa lo siguiente:

"Esa sentencia de la Sala Plena, pronunciada el 25 de febrero del año en curso, negó

la inexequibilidad demandada, por los múltiples fundamentos que detenidamente expuso. En lo que respecta a la moneda optó por el sistema nominalista, en cuanto habla que el valor de ella se determina en cada Estado por las disposiciones de este Estado, y no por el precio comercial del metal contenido en cada pieza. Allí se ve también cómo las disposiciones de esta categoría son de interés general, no infirmables, por tanto, por convención particular".

En cuanto a la conversión de la moneda, debe tenerse en cuenta:

El primer inciso del artículo 2º de la ley 46 de 1933, dice:

"Las obligaciones originariamente contraídas en moneda nacional colombiana, a la cotización que las respectivas monedas extranjeras hayan tenido en la fecha en que se contrajo la obligación; a menos que tales obligaciones provengan de transacciones en el comercio de importación, o de contratos de compraventa de productos destinados a la exportación".

El segundo miembro de este inciso primero establece una excepción para las obligaciones que provengan de transacciones en el comercio de importación. Es necesario analizar, pues, si la negociación del Banco de Bogotá y la Administración de las Rentas tuvo ese objeto, y, por tanto, si la obligación contraída en francos franceses debe pagarse en moneda colombiana al tipo del cambio que regía en la fecha del otorgamiento de la obligación o el día en que debía hacerse el pago.

De las pruebas que aparecen en el expediente resulta:

a) Que la solicitud a la Junta de Control de Cambios "para la autorización de venta de cambio internacional", consistente en la apertura por el Banco de un crédito documentario a favor de la Maison Egrot, fue hecha por el Banco y la Administración General de Rentas, según el certificado de la Junta de Control, que obra a folios 202 del cuaderno 3º, y la copia de la solicitud que corre a folios 37 del cuaderno 4º

b) Que el crédito por francos franceses se abrió para pagar un pedido hecho a la Maison Egrot de elementos para la fábrica de licores. Así lo declaró expresamente el Administrador General de Rentas en la solicitud dicha, en que dijo: "Declaro: que invertiré la especie extranjera en: la apertura de un crédito documentario irrevocable con el fin de pagar el pedido cuya copia adjuntamos a la presente" (fs. 37 del cuaderno 4º). Esto aparece claramente confirmado por las declaraciones de los señores Fergusson, Mallarino Pardo, Abello Salcedo, Torres y Cuéllar Durán, transcritas arriba.

c) Que el Banco de Bogotá hizo el pago a la Maison Egrot en francos franceses. Aparece esto demostrado en la siguiente forma:

Primero—Con la inspección ocular practicada por el Tribunal de primera instancia con intervención de peritos, en la cual se lee (fs. 45 vta. y 46 del cuaderno 4º):

"... Estos pagos dieron origen a los siguientes asientos: en enero 9 de 1934 un abono en el diario, que dice: abonámos a responsabilidad de clientes por cartas de crédito; y en el Auxiliar respectivo: abonan las Rentas Departamentales de Cundinamarca a buena cuenta de sus créditos la suma de trescientos cinco mil francos (305,000) que a la par nominal, o sea cuatro centavos el franco, da un total de doce mil doscientos pesos ($ 12,200). Un abono a la cuenta de pérdidas y ganancias, que en el diario dice: abonamos a pérdidas y ganancias, cambios, comisiones, etc.; y en el Auxiliar respectivo: prima 0057 sobre trescientos cinco mil francos franceses (305,000) diez y siete mil trescientos ochenta y cinco pesos ($ 17,385). En febrero 20 de 1934 se hicieron los siguientes asientos: en el diario un abono a responsabilidad de clientes por cartas de crédito que en el Auxiliar dice: abonan las Rentas Departamentales de Cundinamarca saldo de sus créditos: setecientos cincuenta mil francos franceses (750,000) que a la par nominal valen treinta mil pesos ($ 30,000). Un abono que en el Diario dice: abonamos a pérdidas y ganancias, cambios, comisiones, etc.; y en el Auxiliar respectivo: prima 0057 sobre setecientos cincuenta mil francos (750,000) cuarenta y dos mil setecientos cincuenta pesos ($ 42,750), intereses trescientos tres pesos ocho centavos ($ 303.08).

"Hay que anotar que de acuerdo con las prescripciones legales, los libros del Banco se llevan en moneda colombiana, y cuando se trata de monedas extranjeras, en las cuentas extranjeras respectivas se contabilizan dichas monedas a una paridad fijada por la Superintendencia Bancaria, y la diferencia a valor o cargo se contabiliza en la cuenta de pérdidas y ganancias, cambios, que al fin del mes se ejecutan".

..Segundo—Con lo que resulta de los términos literales del pagaré primitivo (de 1º de agosto de 1933), como también de los asientos que aparecen en los libros del Banco, según quedó establecido en la inspección ocular, y, además, de los detalles y pormenores de la correspondencia del Banco, que obra en en el cuaderno de pruebas del Departamento. De todo esto se deduce claramente

que se hizo un préstamo en francos franceses; que ese préstamo se usó en pagar una compra de elementos cuyo valor se cubrió en francos franceses por el Banco; que éste adquirió por compra al Banco de la República la moneda extranjera respectiva; y que el saldo actual de la obligación primitiva aparece en moneda legal colombiana. Todo esto se desprende con evidencia de los asientos de contabilidad del Banco, en los que se ve que la operación no se verificó en moneda colombiana, sino que se perfeccionó, desarrolló y liquidó en francos franceses.

Es indudable que si la operación verificada se hubiera hecho en moneda colombiana, sobrarían todos los asientos hechos con imputación a cambio (como se desprende de la diligencia de inspección), porque no sucede en materia de contabilidad bancaria que un simple préstamos en moneda colombiana afecte las cuentas propias de las operaciones realizadas en monedas extranjeras. Y si la contabilización se hizo previa reducción a moneda colombiana, ello resulta del cumplimiento de una obligación impuesta a los Bancos por la Superintendencia Bancaria, pero no de que el préstamo se verificara en moneda nacional; pues lo que decide de si una operación bancaria se ha realizado en moneda extranjera o colombiana, es el mismo texto de la obligación y la razón de los asientos de contabilidad respectivos, porque, obedeciendo a las normas de la Superintendencia Bancaria, el Banco no podía hacer la contabilización sin reducir las monedas extranjeras a pesos colombianos, y, por tanto, sin tener en cuenta el tipo del cambio.

Ahora: como la moneda debe pagarse al tipo del cambio que tenga el día del pago, el cual debió verificarse por la Administración de las Rentas el 1º de febrero de 1934, habiéndose realizado la reducción el día catorce de ese mismo mes de febrero, podría pensarse que la rdeucción hecha en ese día fue más gravosa que la que correspondía al día primero del mismo mes. Pero aun cuando ello hubiera sucedido así, nada puede declararse, porque en la demanda no se ha hecho esta solicitud, y porque, aunque la demanda admitiera una interpretación extensiva, nada se ha probado sobre que el tipo del cambio fuera menor el día primero de febrero que el catorce de ese mes.

No habiendo el Tribunal decidido sobre la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada que fue propuesta por ésta, y que fue la que apeló de la sentencia, debe resolverse en este fallo sobre ese punto, confirmando el de primera instancia en tal sentido.

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,

Falla:

1º—Confírmase en todas sus partes la sentencia recurrida, declarando que no está probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

2º—Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

PENSION CIVIL.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, catorce de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La señorita Lucía Angulo Bucheli demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de Bogotá, con el objeto de que ésta fuese condenada a pagarle una pensión mensual de ochenta pesos ($ 80.00), basándose en su calidad de hija legítima del señor general don Euclides de Angulo, Presidente que fue de la República.

El Tribunal, en sentencia del 26 de noviembre del año pasado, accedió al pedimento de la señorita Angulo Bucheli y, en consecuencia, condenó a la Nación al pago de la pensión solicitada.

Ha subido a la Corte, en consulta, este fallo por declarar él una obligación a cargo del Estado; han sido agotadas las ritualidades procesales, y se procede a resolver el recurso, previas las consideraciones pertinentes.

Esta suerte de pensiones están establecidas en las siguientes disposiciones:

"Ley 29 de 1912.—Artículo 1º—Las viudas de los ciudadanos que hayan desempeñado la Presidencia de la República, y en su defecto las hijas solteras, o viudas, de aquéllos, disfrutarán de una pensión de cien pesos oro por mes, siempre que no tengan una renta mensual que alcance a esa suma. Cuando sean varias las hijas que se hallen en las condiciones que se dejan expresadas, se distribuirá entre ellas la suma de que trata esta ley, por partes iguales".

"Ley 7 de 1913.—Artículo 1º—Las viudas de los ciudadanos que hayan ejercido la Presidencia de la República, y en defecto de aquéllas las hijas de éstos, solteras o viudas, disfrutarán de la pensión de que trata el artículo 1º de la ley 29 de 1912, siempre que no posean una renta que sea o exceda de mil doscientos pesos anuales. Queda en estos términos aclarada la disposición del artículo 1º de la ley 29 de 1912".

La cuantía de la pensión aquí reconocida ha sido modificada por el artículo 2º del Decreto Legislativo número 138 de 1932, que dice:

"Desde la publicación del presente Decreto ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de $ 80.00 mensuales".

Se considera:

La señorita Angulo Bucheli ha acreditado con la documentación que obra en autos:

a) Que es hija legítima del señor don D. Euclines de Angulo, según copia de su partida de bautismo expedida por el señor Vicario de la Parroquia de las Nieves, de Bogotá.

b). Que sus padres —D. Euclides de Angulo y doña Adelaida Bucheli— han fallecido, como aparece de las copias de las partidas de defunción, expedidas por la autoridad eclesiástica correspondiente.

c) Que don Euclides de Angulo fue encargado de la Presidencia de la República, se posesionó de este alto cargo y desempeñó funciones oficiales en su ejercicio; lo que se desprende de los decretos número 441, 442 y 443 de 1908, publicados en el Diario Oficial número 13252, de 21 de abril del mismo año.

d), Que ni el general de Angulo, ni su señora esposa recibieron pensión o recompensa del Tesoro Nacional, ni sus legítimos hijos han disfrutado de tales beneficios, según certificaciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

e). Que la peticionaria es soltera y su única hermana es casada, se desprende de declaraciones, rendidas en legal forma, de testigos idóneos; y

f) Que la solicitante carece de bienes de fortuna y no dispone de renta mensual mayor de cincuenta pesos, según declaraciones de testigos hábiles y certificado de la Auditoría del Impuesto sobre la Renta de esta ciudad.

De las disposiciones legales transcritas y de los hechos enunciados aparece que la sentencia consultada fue dictada conforme a derecho; por ello, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, 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 26 de noviembre de 1936, subida a esta Superioridad en consulta.

Cópiese, notifíquese y publíquese. Oportunamente devuélvase el expediente. Remítanse las copias correspondientes.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna E, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

REQUERIMIENTO PARA LA CANCELACION DE UNA HIPOTECA

Un requerimiento es un acto judicial por el cual, a petición de interesado, se requiere al deudor para que entregue, haga o deje de ejecutar una cosa. En nuestro sistema jurídico el requerimiento es simplemente una condición que la ley exige en determinados casos para dar aplicación a la teoría general de la mora. El deudor debe ser reconvenido judicialmente por el acreedor para el efecto de reputarlo constituído en mora, y se entiende verificada la reconvención cuando se le notifica personalmente, por mandato del juez, la solicitud del acreedor en que se le pide satisfaga una obligación, con acompañamiento de la prueba de la existencia de ella.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Manuel Vicente Pardo, en su calidad de liquidador del Consorcio de Fermentadas, S. A., solicitó del Tribunal Superior de Cundinamarca requiriera al doctor Parmenio Cárdenas, en su condición de Gobernador del Departamento de Cundinamarca, para que dentro del plazo que el Tribunal designara cancelase la hipoteca contenida en el instrumento público número dos mil cuatrocientos cincuenta y cinco (2455) de dos (2) de noviembre de mil novecientos treinta y tres (1933) otorgada ante el Notario Cuarto de esta ciudad.

Como fundamento en su solicitud acompañó los siguientes documentos:

Copia de la escritura pública número 1257 de fecha 27 de julio de 1932, que contiene la constitución de la sociedad denominada Consorcio de Fermentadas S. A.;

Copia autenticada del número 5109 de la Gaceta de Cundinamarca, que contiene el contrato de fecha 23 de marzo de 1933, celebrado entre la citada sociedad y el Departamento de Cundinamarca sobre producción de bebidas fermentadas;

Copia de la escritura pública número 2455 de dos de noviembre de 1933, contentiva de la hipoteca a que se ha aludido;

Copia autenticada de la Resolución número 63 de 1934, de la Gobernación de Cundinamarca, sobre alcance de las estipulaciones del contrato mencionado;

Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá sobre el estado de liquidación del Consorcio de Fermentadas y la condición de liquidar que de ella tiene el peticionario.

El Magistrado a quien fue repartido el negocio ordenó el requerimiento solicitado, por auto de 2 de octubre último. El apoderado del Departamento pidió reposición de esta providencia; pero como el Tribunal observase que ella no había sido firmada por todos los Magistrados de la Sala de Decisión, dispuso declararla sin valor por auto de 29 de enero del corriente año, en el cual nuevamente se ordenó requerir al Gobernador en los términos del auto invalidado. Las partes dieron por reproducidas sus alegaciones anteriores, tendientes la una a pedir reconsideración del auto primitivo y la otra a solicitar su sostenimiento.

El Tribunal no accedió a la reposición impetrada y concedió apelación del auto revisto, para ante esta Superioridad.

El recurso ha recibido las ritualidades procesales pertinentes, y para resolverlo se considera:

El pedimento va encaminado a solicitar que se requiera judicialmente al doctor Parmenio Cárdenas, en su calidad de Gobernador de Cundinamarca —para que dentro de un término que el autor opina puede señalar el Tribunal— lleve a cabo la cancelación de la hipoteca otorgada para garantizar las obligaciones que el Consorcio de Fermentadas contrajo al celebrar con el Departamento el contrato de 23 de marzo de 1933.

Requerir significa intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública. Un requerimiento es un acto judicial por el cual a petición de interesado se requiere al deudor para que entregue, haga o deje de ejecutar una cosa.

En nuestro sistema jurídico el requerimiento es simplemente una condición que la ley exige en determinados casos para dar aplicación a la teoría general de la mora. El deudor debe ser reconvenido judicialmente por el acreedor para el efecto de reputarlo constituído en mora, y se entiende verifica-

do la reconvención cuando se le notifica personalmente, por mandato del Juez, la solicitud del acreedor en que se le pide satisfaga una obligación, con acompañamiento de la prueba de la existencia de ella.

En el presente caso el Consorcio de Fermentadas S. A. otorgó una garantía hipotecaria y tiene interés en la cancelación de ella, pues considera que en virtud de la Resolución 68 de 1934, de la Gobernación de Cundinamarca, el contrato que ella caucionaba fue declarado inexistente y, por lo tanto, dicha sociedad no está obligada legalmente a mantener la garantía.

Por ello solicita que su propósito se haga conocer judicialmente del Departamento, sin que esto signifique que el Tribunal tenga que hacer un estudio a fondo de la cuestión, ni que deba resolver si en realidad existe para el Departamento de Cundinamarca tal obligación y ella ya es exigible.

Por este aspecto, el auto del Tribunal, objeto del recurso, fue legalmente proferido.

En aquella providencia dicha entidad determinó un plazo de quince días para que el Departamento llevase a efecto la cancelación de la hipoteca, haciendo de esta manera exigible la obligación de que se trata, cosa que no es posible ordenar en esta suerte de diligencias. El Tribunal determinó por sí el establecer un término para el cumplimiento de la pretendida obligación, plazo éste que no fue acordado por las partes, ni está permitido al Juez señalar sino cuando esté expresamente autorizado por ello por disposiciones especiales. Al respecto es muy claro el texto del artículo 1551 del Código Civil:

"El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo. No podrá el Juez, sino en los casos especiales que las leyes designen, señalar plazo para el cumplimiento de una obligación;..." (Subraya la Sala).

La lectura de este precepto basta para concluir que no estando comprendido el caso de autos en los eventos excepcionales en que se faculta a la autoridad judicial para hacerlo, no podía el Tribunal señalar un plazo para el cumplimiento de la obligación a que se ha aludido.

Estas razones han de llevar a la Sala a reformar el auto del Tribunal, en cuanto él señala un plazo dentro del cual debe cancelarse la hipoteca referida.

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia resuelve: Con exhibición de los documentos presentados y del escrito que los acompaña, requiérase al señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca para que lleve a efecto la cancelación de la hipoteca contenida en el instrumento público número dos mil cuatrocientos cincuenta y cinco (2455) de dos (2) de noviembre de mil novecientos treinta y tres (1933) pasado ante el Notario Cuarto de Bogotá.

Queda así reformado el auto de 29 de enero del presente año, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, Heliodoro Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SOLICITUD DE REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR

No puede afirmarse que por el hecho de estar un deudor en alguno de los eventos señalados por el artículo 1608 del C. C. sea declarado como moroso de manera definitiva. Bien puede suceder de que a pesar de que aparenta y virtualmente el deudor se considera por ministerio de la ley como constituído en mora, haya circunstancias que desvistúen tal apreciación; en efecto, el deudor pueda comprobar que realmente, y no obstante la situación aparenta de mora que le desfavorece, no tenía por qué satisfacer esa obligación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y siete de junio de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Rafael Madero, en su calidad de apoderado del Departamento de Cundinamarca en las diligencias sobre requerimiento que contra tal entidad adelanta el doctor Manuel Vicente Pardo, como liquidador del Consorcio de Fermentadas S. A., solicita reposición del auto de esta Sala fechado el 25 de mayo último.

Como fundamento de su petición expone:

El artículo 1609 del C. C. dice que "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". Que el contrato a que se hace mérito en el auto reclamado es un contrato de dicha especie y que el representante del Consorcio no ha demostrado que se haya cumplido por tal sociedad en el lugar y tiempo debidos. Que, por lo tanto, no se puede por medio del requerimiento declarar en mora al Departamento, porque ello significaría obligarlo a pagar los perjuicios de que trata el numeral 3º del artículo 1610 ibídem. Que el Consorcio de Fermentadas no ha demostrado el cumplimiento por su parte del contrato, y que sólo ha fundado su solicitud en el vencimiento de él.

Se considera:

Sostiene el apoderado que en virtud del simple requerimiento, esto es de un acto por el cual el juez, fuéra de juicio, pone en conocimiento de una persona las pretensiones de otra sobre el cumplimiento de una boligación que cree existe a cargo de la primera, el requerido queda constituído definitivamente en mora, y, por ello, sujeto a las sanciones impuestas a los deudores morosos. De ahí que, lógicamente dentro de tal tesis, sostenga se debe hacer por el juez a quien se pide ordene la reconvención, un estudio a fondo del negocio para ver si existe en realidad la obligación y ella es realmente exigible.

Pero el requerimiento judicial no tiene ese alcance que le atribuye el señor apoderado, pues por él no se queda irremediablemente constituído en mora.

El artículo 1608 del C. C., dice:

"El deudor está en mora:

1º Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor, para constituírlo en mora;

2º Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

3º En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

De esta norma se desprende que los tres casos enumerados dan lugar a las mismas consecuencias, producen igual resultado y conducen a idéntico fin: la declaración de mora del deudor: en el primero, cuando no ha cumplido su obligación en el término estipulado; en el segundo, cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de determinado tiempo y lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla, y en el tercero, cuando ha sido judicialmente reconvenido.

Pero no puede afirmarse que por el hecho de estar un deudor en alguno de tales eventos, sea declarado como moroso de manera definitiva. Bien puede suceder que a pesar de que aparente y virtualmente el deudor se considera por ministerio de la ley como constituído en mora, haya circunstancias que desvirtúen tal apreciación; en efecto, el deudor puede comprobar que realmente, y no obstante la situación aparente de mora que lo desfavorece, no tenía por qué satisfacer esa obligación.

El artículo 1609 del C. C. establece que "En los contratos bilatrales 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". Esto viene a constituír una excepción a la regla general del artículo 1608 para las obligaciones emanadas de esta clase de convenciones, pues a ellas se aplica, a pesar de qëe han podido cumplirse los eventos señalados en los tres casos comentados, la regla de que un contratante no está en mora si el otro, a su turno, no ha satisfecho su obligación.

Pero el estudio y decisión de la eficacia jurídica de las circunstancias favorables al deudor, no puede hacerse en unas diligencias como de las que se trata en este asunto; ello corresponde verificarlo al juez ante quien se demande la exigibilidad y el cumplimiento de la obligación.

En el presente negocio, en virtud del requerimiento ordenado, se pone en conocimiento del Departamento la solicitud que le hace el Consorcio para que cancele una hipoteca contenida en instrumento público, y al hacerlo así no se decide que en realidad el Departamento esté obligado a efectuarla; simplemente se fija una fecha desde la cual tal entidad aparentemente se halla en mora. Pero cuando se demande el cumplimiento de la obligación —obligación de hacer— el Departamento, en virtud de la excepción legal que le concede el artículo 1608 o de cualquiera otra que compruebe puede demostrar que, en vurtud de ellas, no está obligado a verificarla. Establecido esto, el requerimiento no produciría ni aparejaría ninguna consecuencia desfavorable para el Departamento. O si, por el contrario, aparece en tal juicio que sí está obligado a efectuar la cancelación, por ministerio de la ley quedaría constituído en mora, con los efectos que de ella se desprenden, desde el día en que fue judicialmente reconvenido.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia no repone su auto de fecha 25 de mayo pasado.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SE INVALIDA LO ACTUADO POR NO SER COMPETENTE LA CORTE PARA CONOCER DE LA DEMANDA SOBRE DEVOLUCION O REINTEGRO DE IMPUESTOS PAGADOS

El Poder Judicial no es competente para conocer de las demandas sobre reintegro o devolución de impuestos, sino los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 39, 79, 89 y 96 de la Ley 130 de 1913 y con el 3º de la Ley 45 de 1931.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por los trámites de la acción ordinaria la Empresa Colombiana de Curtidos, representada por su gerente señor Plinio López Isaza, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que éste declarara que aquélla "está obligada a devolver a la sociedad demandante, las sumas que pagó, sin deber, y los intereses y recargos que le fueron liquidados, por razón del impuesto sobre la Renta, correspondientes a los años de 1921, 1922, 1923, 1924 y 1925, o sea la diferencia entre lo que cubrió por tal concepto —el 3% sobre la renta gravable en cada uno de los años dichos— y lo que debió legalmente cobrársele a cada uno de ellos —el 2% sobre esa misma renta gravable; o lo que es lo mismo, la tercera parte de las sumas pagadas, como Impuesto sobre la Renta, intereses y recargos, correspondientes a cada uno de los mencionados años; más los intereses legales desde las fechas en que fueron consignadas en la Administración de Hacienda Nacional de esta ciudad, hasta la correspondiente devolución".

El Tribunal puso fin al juicio, en primera instancia, en sentencia de fecha 26 de agosto del año próximo pasado, por la cual se absolvió a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Contra este fallo interpuso recurso de apelación el apoderado de la Empresa; en consecuencia, el asunto ha subido a la Corte, y, habiéndose él tramitado legalmente, se procede a resolverlo en forma definitiva, previas las siguientes consideraciones:

Los hechos en que se fundamenta la demanda pueden concretarse así:

La Empresa Colombiana de Curtidos fue calificada, para los efectos del pago al Impuesto sobre la Renta, como contribuyente de la clase A.

Las personas jurídicas o naturales clasificadas dentro de dicho grupo, debían pagar, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, el 3% sobre el valor de su renta gravable.

La mencionada Empresa consignó la cantidad correspondiente a la Categoría A. durante los años de 1921 a 1925.

Por tal concepto y por el de recargos pagó:

En 1921	..... $	258.00
" 1922	.....	450.00
" 1923	.....	1.290.90
" 1924	.....	1.033.27
" 1925	.....	569.95

La Empresa Colombiana de Curtidos es una sociedad anónima. Por esta razón —dice la demanda— le correspondía pagar el 2% sobre su renta gravable y no el 3%, como lo hizo. Es decir, debió ser calificada como contribuyente de la clase E y no de la A.

Como base legal de la demanda se adujeron las disposiciones de los artículos 2513 (inciso 1º), 2315 y 2318 del Código Civil y sus concordantes.

Aparecen comprobados en autos los hechos que se han concretado, así:

La existencia de la compañía demandante, su calidad de sociedad anónima y la circunstancia de ser el señor Plinio López Isaza gerente de la Empresa. (Fls. 1, 2 y 3 del cuaderno principal).

Asimismo se ha acreditado la clasificación que se hizo de la Empresa Colombiana de

Curtidos como contribuyente de la clase A, y que tal compañía pagó las sumas que le fueron deducidas como resultado de tal calificación, con sus intereses y recargos correspondientes (fls. 2 y 3 del cuaderno Nº 2).

Por lo tanto, se han demostrado los hechos básicos de la demanda.

Es el caso de estudiar si la clasificación de la Empresa dentro del grupo A, hecha por la Jefatura del Impuesto sobre la Renta, de esta ciudad, fue ajustada a las disposiciones legales vigentes o no. En el primer evento habrían de negarse las pretensiones del actor; en el segundo, sería el caso de resolver si la acción de repetición de lo indebidamente pagado, que es la intentada en la demanda, puede prosperar por estar debidamente ejercitada.

Se considera:

De la copia del fallo del Consejo de Estado, de 20 de octubre de 1932, y del salvamento de voto que en él hicieron algunos Consejeros, y que obra en autos, se desprende que tal entidad sentenció ya sobre la misma materia planteada ante el Organo Judicial; examinando tal copia aparece que al Consejo se le pidió decretase la repetición de lo que la demanda consideraba indebidamente pagado por concepto de impuesto sobre la renta en los mismos años a que se refiere el negocio que actualmente se estudia, y que tal Tribunal Administrativo así lo declaró respecto a las sumas consignadas en 1926 y se abstuvo de hacerlo respecto de las de los años anteriores, por considerar prescrita la acción para pedir; al respecto dijo tal sentencia, en su parte resolutiva: "1º Es ilegal la clasificación hecha por la Junta de Impuestos sobre la Renta de Bogotá, en la primera clase o categoría, de las que estableció la ley 56 de 1918, relacionada con el impuesto que debe pagar la Empresa Colombiana de Curtidos, por utilidades obtenidas en el año de 1926. Tal entidad debe pagar dicho impuesto clasificada en la segunda clase o categoría, o sea, con el 2 por 100 de la renta líquida. 2º Es ilegal el cobro hecho a tal sociedad por la Administración de Hacienda Nacional de Bogotá en cuanto al exceso cobrado según la anterior declaración y por razón de tal gravamen". El salvamento no consideró que se hubiese operado la prescripción, y se expresó así: "Por consiguiente, en nuestro concepto, que fue entonces el de la mayoría del Consejo, ha debido declararse nulo el aforo hecho a la compañía demandante, tanto en lo relativo al impuesto correspondiente al año de 1926, como al de los años anteriores que la demanda y su adición contemplan, y ordenarse el reintegro de lo cobrado con exceso por tales conceptos". (subraya la Corte).

Por lo transcrito se ve muy claro que el juicio que ahora se estudia tiene el mismo objeto y se funda en las mismas causas que el ya resuelto por el Consejo de Estado. La cuestión actualmente propuesta: devolución de las sumas consignadas por razón del impuesto sobre la renta, por ser la clasificación errónea, ya fue decidida definitivamente por esa entidad.

Y que al Consejo era a quien correspondía dirimir tal controversia, por tener él competencia privativa para conocer de las reclamaciones sobre impuestos nacionales, a causa de errores en las liquidaciones, que es el caso de que se trata, se deduce de claros textos legales:

El artículo 89 de la ley 130 de 1913, dice: "La persona a quien se exija un impuesto nacional, que crea no puede serle exigido, o se le liquide de manera que él juzgue incorrecta, puede ocurrir al Tribunal Seccional Administrativo correspondiente para que se revise la Resolución del Recaudador".

Asimismo, los artículos 39, ordinal b), y 19, ordinal e), de la misma ley, atribuyen a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión de las cuestiones que se susciten entre el Estado y los particulares respecto al monto, distribución o asignación de los impuestos nacionales.

Y más concretamente, la ley 45 de 1931, en su artículo 5º, se refirió al reintegro o devolución de sumas de dinero pagadas con exceso por impuestos nacionales y dispuso "que la sentencia de lo contencioso-administrativo, que califique la exactitud y legalidad del aforo, exprese la cantidad que debe devolver el fisco, cuando sea el caso.

El artículo citado reza:

"En los casos de los artículos 89 y 90 de la ley 130 de 1913, cuando se demande el reintegro o devolución de sumas de dinero pagadas con exceso por impuestos nacionales, departamentales o municipales, la sentencia expresará la suma líquida que debe reintegrarse por el Fisco respectivo. Para los efectos de este reintegro, estos fallos tendrán la fuerza de sentencia ordinaria".

De suerte que no sólo los Tribunales Administrativos tienen facultad para revisar las providencias de los recaudadores sino que son competentes privativamente para ordenar el reintegro de las cantidades pagadas con exceso, es decir, son ellos los llamados a decidir, en cada caso, si las acciones de repetición de lo indebidamente pagado, basadas en la ilegalidad de los aforos, pueden prosperar o no.

De lo expuesto se deduce que ni la Corte, ni el Tribunal Superior de Bogotá son competentes para conocer de la demanda de reintegro o devolución de impuestos presentada por la Empresa Colombiana de Curtidos.

La falta de jurisdicción que se observa debe llevar como consecuencia a la simple declaración de invalidez de lo actuado en el juicio. Sin que sea el caso de dar a este punto la tramitación propia de un incidente de nulidad, al tenor de lo previsto en el artículo 455 del C. J., porque no son aplicables aquí las reglas que él consagra. En efecto, previene dicho texto que cuando el Juez que conoce de un juicio observe que existe alguna causal de nulidad, la mande poner en conocimiento de las partes, a fin de que si la que tiene derecho a pedir la reposición ratifica lo actuado, se dé por allanada la nulidad. La Empresa demandante no podría acogerse a este precepto, porque su posible ratificación de nada serviría para allanar el vicio procedimental que se observa. Se trata de un caso de jurisdicción improrrogable, que no puede allanarse por las partes.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, invalida lo actuado en el presente juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor apoderado de la Empresa Colombiana de Curtidos, dentro del término legal, solicita que la Sala reponga su auto de 28 de mayo último, proferido en el juicio ordinario que adelanta la mencionada compañía contra la Nación —para la devolución de algunas cantidades de dinero consignadas por concepto de impuesto sobre la renta— y del cual la Corte conoce en segunda instancia.

Dice el memorialista que la Sala ha confundido dos conceptos distintos: el juicio ante lo contencioso-administrativo sobre ilegalidad de la clasificación hecha a la Empresa Colombiana de Cutridos por la Recaudación del Impuesto sobre la Renta y que se adelanta ante el Organo Judicial sobre reintegro de lo pagado sin deber en virtud de tal clasificación. Que el Consejo de Estado declaró ilegal la mencionada clasificación en lo tocante al año de 1926, y que como la correspondiente a los años de 1921, 1922, 1923, 1924 y 1925 fue hecha en idénticas condiciones tiene que ser también ilegal y que por lo tanto quien lo recibió debe repetirlo. Finalmente, dice que las disposiciones que la Sala transcribió en el auto reclamado establecen que la jurisdicción contencioso-administrativa es competente para decidir sobre la legalidad de las clasificaciones hechas por las oficinas recaudadoras, pero que ellas no excluyen el que los interesados puedan acudir a la justicia ordinaria para obtener la devolución de las cantidades pagadas sin deber, en virtud de tales aforos.

Considera la Sala:

En el auto revisto se estimó, en virtud de las copias —que obran en autos— del fallo del Consejo de Estado, de 26 de octubre de 1932, y del salvamento de voto que en él hicieron algunos Consejeros, que la cuestión sobre que versa el actual juicio ya fue resuelta por ese Tribunal Administrativo.

Asimismo, se expresó que, de acuerdo con terminantes disposiciones legales, era la jurisdicción contencioso-administrativa la llamada a resolver de esta clase de litigios, y al efecto se citaron las siguientes: artículo 89 de la ley 130 de 1913, artículos 39 y 19 de la misma y artículo 5º de la ley 45 de 1931.

La ley 130 de 1913 —Código de lo Contencioso-administrativo— otorga a tal jurisdicción competencia para decidir de las cuestiones que se susciten entre el Estado y los particulares respecto al monto, asignación y distribución de los impuestos nacionales.

Y el artículo 5º de la ley 45 de 1931, que ordena que la sentencia que se profiera en los casos a que se refieren las disposiciones anteriores exprese la suma líquida que deba reintegrarse o devolverse por el Fisco cuando se compruebe que ella fue pagada con exceso, no deja duda respecto a qué tribuna-

les deben conocer de controversias como la actualmente estudiada por la Corte.

Esta no ha confundido, como afirma el señor apoderado, el juicio que decide de la legalidad de una clasificación y el tendiente a obtener la repetición de lo pagado indebidamente por tal concepto. Simplemente ha dado aplicación a claros textos legales que ordenan que esas dos clases de controversias sean resueltas por la jurisdicción contencioso-administrativa. La que, en virtud de los preceptos citados, tiene competencia privativa para conocer de las controversias sobre tales devoluciones o reintegros.

Y como la Sala considera que no se han desvirtuado las razones que la llevaron a declarar la invalidez de lo actuado en este juicio, no accede a la reposición solicitada.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

INCIDENTE DE NULIDAD

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Han subido a la Corte, en virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Popayán, los juicios ordinarios seguidos ante esa corporación y seguidos, el uno por el doctor Joaquín Rebolledo, Fiscal del Distrito Judicial, y el otro, por el doctor Juan B. Negret, Fiscal 2º del mismo Tribunal, para que se decida sobre el auto interlocutorio fechado el cuatro de febrero del presente año y en el cual se declaró nula la actuación, a partir del día 26 de mayo de 1936, en que el Magistrado doctor José Rafael Cabanillas R. decretó la acumulación de los procesos prenombrados.

Tramitado el negocio de conformidad con los ritos procesales de esta segunda instancia, es llegado el momento de ponerle fin con la decisión correspondiente.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado, manifestó:

Que el motivo que ocasionó la nulidad se debió a que el auto interlocutorio que puso fin al incidente de acumulación no fue proferido por los Magistrados correspondientes de la Sala de Decisión, sino simplemente por el Magistrado ponente, contra lo estatuído por el inciso 3º del artículo 84 del Código Judicial.

Dice que divide el asunto en tres partes, así: la primera, relacionada con el procedimiento seguido por el Tribunal al declarar la nulidad; la segunda, que mira a la nulidad en sí misma; la tercera, sobre las costas del funcionario responsable.

1º—Sobre el procedimiento seguido por el Tribunal, expone: Que éste no debió declarar de oficio la nulidad procedimental sin llenar el requisito de ponerla en conocimiento de las partes antes de dictar la providencia en que la declaró existente, porque las partes podían haberla allanado, caso en el cual la actuación habría quedado válida; que eran las partes, y no el Tribunal, quienes podían manifestar si prorrogaban o no la jurisdicción del Magistrado; que hay dos procedimientos para declarar una nulidad procedimental: uno, a petición de parte, que se tramita como articulación (art. 456 del C. J.), y otro, cuando el Juez es quien advierte la nulidad (art. 455 ibídem). Que en ambos casos el punto queda sometido a la decisión definitiva de las partes, porque ellas pueden allanar o no la nulidad. Y, por último, que aunque una de las partes sea el Agente del Ministerio Público (como en el presente caso), el cual no puede allanar sino por causa de utilidad manifiesta (arts. 460 y 158 —inciso 3º— del C. J.) la nulidad que dice relación a incompetencia de jurisdicción improrrogable, no por ello debe dejarse de cumplir la ley.

2º—Sobre la nulidad en sí misma, dice: que no se deben multiplicar las nulidades, porque ello haría interminables las controversias judiciales (concepto de la Comisión que redactó el Código de Procedimiento Civil); que la nulidad es una sanción y, como tal, de aplicación estricta, como excepción

que es. Finalmente manifestó que si es nulidad la informalidad que dio lugar a su declaratoria, porque un solo Magistrado autorizó el auto interlocutorio que decretaba la acumulación, y no toda la Sala, contraviniéndose así al inciso 3º del artículo 84 del Código Judicial.

3º—Sobre el punto de costas dice que el Tribunal, al declarar la nulidad, no tuvo en cuenta el artículo 458 del Código Judicial, que ordena condenar en ellas al funcionario que dio lugar a la nulidad.

Termina diciendo: "La Procuraduría estima que se debe revocar el auto apelado y ordenar que se ponga en conocimiento de las partes la nulidad inherente al auto de fecha 26 de mayo de 1936".

La Sala, para resolver, hace las siguientes consideraciones:

Jurisdicción es la facultad de administrar justicia. Competencia es la facultad de los jueces para administrar justicia en ciertos asuntos. Un juez sin jurisdicción es nada; pero, aun gozando de ésta, puede carecer de competencia para determinados negocios.

Cuando en las actuaciones judiciales hay una irregularidad sustancial que dé por resultado el dejar el juicio sin juez, por concurrir en él incompetencia, existe una causal de nulidad, que el artículo 448 del Código Judicial denomina con toda propiedad incompetencia de jurisdicción. La jurisdicción viene de la ley, y es prorrogable o improrrogable; pero tanto la una como la otra parten del principio de que en el juez conociente haya alguna jurisdicción. La improrrogable no lo es tanto como parece, porque puede prorrogarse retroactivamente, revalidando o ratificando lo actuado.

Los juzgadores están investidos de jurisdicción, pero su ejercicio está regulado por las leyes, lo que significa que éste no depende de su propio arbitrio.

En el asunto que se estudia, uno solo de los Magistrados de la Sala profirió el auto de acumulación, cuando conforme al último inciso del artículo 84 del Código Judicial, tal auto debió proferirse por toda la Sala. Esto revela con toda evidencia que el Magistrado doctor Cabanillas R., conforme al artículo citado, era incompetente, por la naturaleza especial del susodicho auto, lo cual es causal de nulidad, comprendida en el artículo 488 del Código Judicial.

Es cierto que los motivos de nulidad son de enumeración taxativa y que por tanto no pueden multiplicarse; pero en el caso actual la causal está incluída en la ley.

Otra faz que es preciso analizar es si la anulación podía efectuarse de plano o si era necesario ponerla antes en conocimiento de las partes.

De conformidad con el artículo 455 del Código citado, el juez que observe la nulidad debe ponerla en conocimiento de las partes para que se ratifique o no la actuación.

El sentido estricto de la disposición es que cuando hay posibilidad de ratificar se hace saber previamente a las partes; pero cuando ello no es posible, tal noticia carece de objeto, siendo, por tanto, inútil el auto. Sabido es que de acuerdo con el artículo 472 de la obra citada, los textos sobre procedimiento han de interpretarse en armonía con la razón de ellos, con su finalidad.

Quiere decir lo anterior que cuando la ratificación no es viable, ningún objetivo tendría la providencia en que se ordenara poner en conocimiento de las partes la causal respectiva. En tales condiciones, lo racional, lo correcto, es anular de plano.

Ahora bien: tienen en este juicio las partes derecho de hacer la ratificación?

Una de ellas es la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público. Y al respecto dice el artículo 460 del Código Judicial:

"El Ministerio Público, los representantes legales de una de las personas jurídicas de que trata el Título 36 del Libro I del Código Civil y los guardadores, no pueden ratificar la actuación cuya nulidad proviene de incompetencia de jurisdicción improrrogable, sino por causa de utilidad manifiesta, judicialmente declarada".

Según la disposición transcrita, el Ministerio Público no puede ratificar lo actuado sino por causa de utilidad manifiesta, judicialmente declarada

En relación con la providencia cuestionada, la competencia es privativa de la Sala del Tribunal. Se trata de jurisdicción improrrogable; y la ratificación sería ineficaz porque no hay declaración judicial de utilidad evidente. En esas circunstancias procedió rectamente el Tribunal, al declarar de plano la nulidad. Esta sola consideración es bastante para la confirmación del auto.

Como el señor Fiscal, al solicitar la acumulación, se dirigió a los Magistrados de la Sala, no tiene culpa en la irregularidad. Corresponden, por tanto, las costas al señor Magistrado que dio motivo a la anulación. En esta parte debe adicionarse el auto recurrido.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia con-

firma el auto apelado, con la adición consistente en condenar al doctor José Rafael Cabanillas R. a las costas respectivas. Tásense.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

SE DEMANDA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR PERJUICIOS Y POR LA OCUPACION DE UNA ZONA DE TERRENO

Al tenor del artículo 739 del C. C., el dueño del inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, ya provenga de la accesión de la naturaleza, de obra del mismo dueño o de obra de un tercero.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio veinticinco de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En libelo de cuatro de marzo de mil novecientos treinta y cinco, el señor Pedro Elías Salazar entabló demanda contra el Departamento de Caldas, en los siguientes términos:

"Por tanto, yo Pedro Elías Salazar G., mayor de edad y vecino de Manizales, cedulado bajo el Nº 262399, demando ante el Tribunal Superior de Manizales al Gobierno del Departamento de Caldas, representado en este juicio que se inicia por el señor Fiscal del Tribunal Superior, para que previos los trámites de un juicio ordinario, se condene a dicho Departamento, o Entidad Departamental, a pagarme la cantidad de setecientos cuarenta y un pesos con veinte centavos, valor de los perjuicios y faja de terreno empleada la faja y los perjuicios ocasionados por la Empresa del Cable Aéreo al Chocó, en mi finca de La Linda, cuyos linderos quedaron pormenorizados, perjuicios detallados y debidamente especificados en esta demanda. Que se declare asimismo que mediante el pago de lo que se demanda al Departamento, quedo obligado a hacerle al Departamento de Caldas escritura de la faja que éste tomó para el expresado Cable".

Satisfecha la tramitación de esta clase de juicios, el Tribunal, por sentencia de tres de diciembre de mil novecientos treinta y seis, falló el negocio condenando al Departamento demandado a pagar al actor, dentro del término de tres días, la suma de trescientos diez y seis pesos con cincuenta centavos ($ 316.50), por concepto de la zona de tierra ocupada por el Departamento para la Empresa del Cable Aéreo, y por valor de los árboles destruídos en su sementera, en el terreno de su propiedad, situado en jurisdicción de Manizales.

El representante del Departamento apeló de tal sentencia, y así vino el asunto a la Corte, donde ya ha sido tramitado convenientemente y es llegada la oportunidad de decidirlo.

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así:

Que Salazar es dueño de un lote de terreno cultivado, situado en el paraje de "La Linda", por los linderos que se describen en el libelo; que hubo esa finca por compra hecha a Apolinar Salazar, en virtud de la escritura pública mil cuatrocientos once de veintitrés de noviembre de mil novecientos veinticinco, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Manizales; que por el mencionado lote pasó el trazado del Cable al Chocó, perteneciente al Departamento, sin que el demandante pusiera obstáculos para la ejecución de los trabajos indispensables; que hizo sí la advertencia de que terminada la obra se le reconocerían los perjuicios que se le ocasionaran y el valor de la zona de terreno necesaria; que la Empresa del Cable construyó en su terreno una torre doble, utilizando para ello una faja de 143 metros de largo por 12 de ancho; que para ello fueron destruídos cien árboles de café, en plena producción; que el terreno fue socavado para hacer una zanja que diera paso a las vagonetas; que la tierra resultante de esa excavación fue arrojada a lado y lado de la zanja y que por ello se deformó el terreno, fueron sepultadas las sementeras y se esterilizó la tierra; que en la parte superior del terreno

se separó del lote una zona irregular de 7 metros de largo por 6 de ancho, probablemente con el propósito de dar mayor amplitud al paso de las vagonetas, pero que, aunque ello no resultó indispensable para el servicio del cable, tal zona quedó haciendo parte del camino público; que después de verificados los trabajos acudió al representante del Departamento con el fin de que se le pagaran los perjuicios y las zonas ocupadas, pero que tan sólo se le ofrecieron cien pesos, lo que consideró inaceptable; que estima, por los cálculos que presenta, en $ 741.20 el valor de tales zonas y perjuicios.

Durante el término probatorio, en la primera instancia, se produjeron por ambas partes pruebas que el Tribunal comenta así:

"El demandante trajo a los autos como pruebas en la acción intentada, la escritura número mil cuatrocientos once (nº 1411) de veintitrés de noviembre de mil novecientos veinticinco, pasada ante el señor Notario Primero del Circuito de Manizales, por la cual el señor Luis Sáenz, en su carácter de apoderado legal del señor Apolinar Salazar, por medio de la escritura Nº 168, entendida en el Circuito Notarial de Tinjacá, hizo venta real y a perpetuidad a Pedro Elías Salazar G., de un lote de terreno cultivado situado en la fracción de 'La Linda' de este Distrito, comprendido por los siguientes linderos: (los mismos que constan en el numeral 1º del libelo). Este título aparece debidamente registrado, como lo ordena el numeral 1º del artículo 2652 del Código Civil, y, como es copia, está autorizada por el funcionario encargado del Protocolo, coom lo previene el artículo 630 del Código Procedimental, condición requerida para ser estimada como prueba.

Además, los testigos, Alejandrino y Francisco Antonio Dávila, declaran de fojas 3 vta. a 4 del cuaderno Nº 2, al punto 2º: 'Es verdad y me consta de manera personal y directa que en la faja de terreno que ocupó el Cable Aéreo de Manizales-Chocó, en terreno de propiedad de mi preguntante Salazar, en el paraje de 'La Linda'', etc., etc.

Y en la inspección ocular practicada por el Tribunal al terreno alinderado en la escritura Nº 1411, y propiamente al lugar o faja ocupada por el Departamento con los trabajos de la Empresa del Cable, por peritos nombrados por las partes dijeron aquéllos: 'Una vez en el lugar materia del litigio e identificado el predio respectivo. Es decir, el que determina la escritura número 1411, con el que posee y ocupa personalmente Pedro Elías Salazar G., y ejerce en él actos de dominio, como construcción de casas de habitación, siembre y disfrute de sementeras, etcétera, y en donde cobra la zona ocupada por la torre y los perjuicios ocasionados por banqueo y destrucción de cafetos y otros árboles de sombrío, resultando —sin duda alguna— que se trata del terreno de propiedad del demandante'.

Y se ha querido hacer resaltar la prueba en que aparece la propiedad del terreno del demandante, porque el demandado, en la contestación de la demanda habla de insuficiencia del título presentado por el actor; pero como se trata de un juicio ordinario donde se ha podido discutir con toda amplitud ese hecho y no de un juicio especial en donde el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos decide de la propiedad en el debate, el título presentado por el demandado es suficiente... Descartado este punto se entra a analizar las otras pruebas presentadas por el actor:

Los testimonios de Jesús María Losiza, Rafael Giraldo, Alejandro Dávila y Francisco Antonio Dávila, concuerdan en los hechos siguientes: '... Al punto 2º Me consta personalmente que en la faja del preguntante, terreno que ocupó el Cable Aéreo Manizales-Chocó, en La Linda fueron destruídos y arrancados cien árboles de café (100), cuatro (4) árboles de sombrío; que dicha zona terrena tomada por el Cable citado, está compuesta de barros para fabricar baja y adobe...' Estas declaraciones vistas de fojas 3 a 4 del cuaderno Nº 2 pueden considerarse dentro del precepto del artículo 697 del Código Judicial.

La inspección y el dictamen pericial vistos de fojas 6 v. a 7 v. del cuaderno Nº 2º, en el cual dictamen expusieron al interrogatorio del demandante, así: '... Alejandro Duque T. y Rafael Giraldo, nombrados peritos para la diligencia a que se refiere el acta anterior, con el fin de rendir el dictamen respectivo, expusieron: Como no nos fue posible estar de acuerdo en algunos puntos relacionados con la diligencia, designamos como perito tercero al señor Pantaleón González, mayor de edad y de este vecindario. En este estado y estando presente el señor González, el suscrito le recibió el juramento en forma legal, en la forma indicada en el acta de ayer. Acto seguido los peritos expusieron:

a)—Recorrimos la finca del demandante Salazar y constatámos que es la misma que figura en el título de propiedad presentado con la demanda.—b). Es verdad que por ese terreno pasa actualmente el Cable Aéreo Manizales-Chocó, sector de La Linda-Cueva Santa; c) Es verdad que dentro del terreno

de Salazar existe una torre doble marcada con el número 4; d) Es verdad que para el tránsito de ese Cable se ocupó u ocupa actualmente una faja de terreno de doce metros de ancho por ciento cuarenta y nueve metros ochenta centímetros de largo, no ciento cuarenta y tres (143), como dice el postulado, capacidad ésta que es la indispensable para la servidumbre del Cable; e) La faja de terreno para el servicio del Cable se socavó en una parte con una zanja de ochenta y tres (83) metros veinte (20) centímetros de largo; f) Medimos la profundidad de la zanja y en unas partes tiene cincuenta centímetros de profundidad y en otras mucho menos de la mitad; g) Como la zanja resultó si se quiere superficial apenas se movió la tierra vegetal, por consecuencia no se esterilizó el terreno de los lados; h). No encontrámos deformación notable ni estorbosa para el tránsito en forma rigurosa, porque la zanja da fácil tránsito; i) Es verdad que en la parte de arriba del terreno y en la parte que cruza el camino la sombra del Cable, quedó un lote de terreno en patio, banqueado por el Departamento, que mide cuarenta y dos metros cuadrados (42) de superficie y en forma irregular, trabajo que no fue indispensable porque las vagonetas del Cable pasan demasiado altas; j) Es cierto que la faja de ciento cuarenta y tres (143) metros de largo, por doce de ancho (12) que ocupa el Cable, linda así: Por la parte superior, con el camino que de esta ciudad conduce a la Cabaña; por los laterales de tal faja, con terreno de propiedad del demandante Salazar, y por la parte inferior, con el mismo camino antes citado'.

"El avalúo pedido en el punto tercero del memorial de pruebas, lo hacemos de común acuerdo los tres peritos, así: El producto de cien árboles de café, promediados en seis años (6), es de sesenta arrobas, a razón de tres pesos cada una, nos da la suma de ciento ochenta pesos .....$ 180.00

2º—El valor de cien árboles de café en plena producción, a setenta céntavos ($ 0.70), pero como en la faja o zona que ocupa el Departamento localizámos ciento cincuenta y cinco árboles de café que se destruyeron, valen a razón de setenta centavos ($ 0.70) .....$ 108.50

Este valor es con el terreno.

3º—Consideramos que no hubo desmejora en el terreno por la excavación.

4º—El valor de la faja de terreno queda incluído en el valor del café.

5º—El lote de terreno separado en la parte superior, lo avaluamos en la suma de veintiocho pesos .....$ 28.00

Son: trescientos diez y seis pesos con cincuenta centavos .....$ 316.50'

Hasta aquí la exposición de los peritos de acuerdo con los postulados del demandante".

... "los hechos contrapuestos por el señor representante del Departamento a la demanda, de que el actor estaba ocupando una faja correspondiente al Departamento, para lo cual hizo venir a los autos —como prueba— la Ordenanza Nº 18 de 1916, y que el demandante le queda debiendo al Departamente el hallazgo de depósitos de lodo o barros propios para los trabajos de alfarería, descubiertos con las excavaciones hechas en su terreno con los trabajos del Cable, quedan deshechos en la exposición pericial, la cual se expresa de la manera siguiente, sobre las preguntas que les formuló a los peritos el señor Fiscal:

'A los postulados que nos hace el señor Fiscal en el numeral VI de su memorial de pruebas, contestamos de común acuerdo, así: a) El lote de terreno que prácticamente cogió el Departamento, separándolo por un talúd del predio del señor Salazar mide siete metros de frente por seis de centro y lo avaluamos en veintiocho pesos ($ 28.00) y el resto de la faja que ocupa el Cable, incluyendo la sementera destruída ciento ocho pesos cincuenta centavos ($ 108.50). b) Es cierto que el camino tiene derecho a la anchura legal. c) No creemos que el demandante tenga cogida zona del camino con sus sementeras o cercas. e) (sic) Sí tiene el camino la anchura legal frente a la boca de las zonas que ocupa el Cable, ya por la parte alta, ya por la parte baja. e) Sí queda el camino con la anchura suficiente en la curva de que habla la pregunta, quedando un sobrante de cuarenta y dos metros (42) cuadrados que banqueó el Departamento del predio de Salazar. g) Como no existe zona del camino público cogida por Salazar con caminos ni cercos, el demandante sí tiene derecho a una indemnización por la faja del terreno que ocupa el Departamento con el cable. h) Tanto con la zona para el Cable, dentro de la cual se construyó la torre número 4, se destruyeron ciento cincuenta y cinco (155) árboles de café, o más de cien (100) árboles, como dice el demandante. i) Se ocupa con la zona para el Cable en terreno de propiedad de Salazar ciento cincuenta y nueve (159) metros ochenta (80) centí-

metros de largo por doce (12) de ancho en buena tierra y esa zona de terreno y el café destruído la estimamos en la suma de ciento ocho pesos con cincuenta centavos ($ 108.50), como dijimos arriba; j) Todos los trabajos de banqueo en la zanja a que se refiere la pregunta no descubrieron barros para alfarería, apenas se sacó la tierra vegetal que se ha repuesto ya; por consecuencia, por este aspecto, el demandante no sufrió perjuicio ni el Departamento tiene que cobrar hallazgo alguno. k) No hay para la finca de Salazar beneficio de plus-valía con la construcción del Cable, porque con la disposición de éste no sirve desde el punto de vista económico para el transporte de víveres porque éstos forzosamente tienen que ir hasta la estación final del Cable, y de este lugar a la plaza de mercado, los víveres quedan demasiado gravados con el transporte de sangre o de motor. l) Nada podemos decir a este punto, porque ni el señor Fiscal ni el demandante nos hicieron observación alguna. (Se refirió el señor Fiscal a la facultad de contrainterrogar a los peritos). ll) Ya dijimos que la zona de ciento cincuenta y nueve metros (159) de largo por doce (12) de ancho, es libre, es decir, descontando el pequeño sector cortado con el banqueo en la curva del camino y en la parte alta. m) Ya dijimos: Con el movimiento de tierra que se produjo con la anchura de la zanja para el Cable, la calidad del terreno no sufrió, pero tampoco se descubrieron minas de barro industrial, porque la profundidad de tal zanja fue poca relativamente. Así dejamos cumplido nuestro deber...'

Este dictamen no ha sido objetado por ninguna de las partes, y en consecuencia forma plena prueba en virtud de lo estatuído en el artículo 722 del Código Judicial.

Las pruebas aducidas por el señor representante del Departamento fueron procedentes, pero las recibidas no le son suficientes para establecer que no tiene obligación de pagar al demandante el valor de la zona ocupada con la torre y la servidumbre del Cable en su terreno alinderado en la escritura y en el punto primero de la demanda; porque nadie puede enriquecerse legalmente a costa de otro, y porque existen disposiciones como el Acto Legislativo N° 3 de 1910 que no es permitida la expropiación de la finca raíz sin indemnización, y además el artículo 34 de la Constitución Nacional prohibe las confiscaciones".

Como se ve, de este análisis de las pruebas aducidas, aparece nítidamente la obligación que tiene el Departamento de Caldas de pagar al actor el valor de la zona ocupada y los perjuicios sufridos con motivo de la construcción y paso del Cable por su predio.

El señor Fiscal, al contestar la demanda opuso a ella las excepciones de prescripción, inexistencia parcial o total de la obligación y la genérica de que trata el artículo 328 del Código Judicial; pero como no adujo ninguna prueba que demostrase la existencia de las dos primeras, ni se halla en el proceso respecto de la última ningún hecho que la acredite, el Tribunal, con buen acuerdo, a juicio de la Sala, las desechó y declaró no probadas.

En su alegato de conclusión en esta instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil hace dos reparos, que considera fundamentales, a la sentencia recurrida:

1º—Que Salazar no comprobó ser dueño de la zona cuyo valor se reclama, pues se limitó a acompañar la sola escritura de compra, siendo así que en derecho civil colombiano —donde vale la venta de cosa ajena— tal instrumento es insuficiente para acreditar el derecho de dominio sobre un bien inmueble, pues para ello se requiere una serie de escrituras que comprenda el lapso de la prescripción adquisitiva extraordinaria y el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados respectivo de que la posesión inscrita no ha sido cancelada por ninguno de los medios expresados en el artículo 789 del Código Civil; y

2º—Que tampoco ha demostrado el actor ser dueño de las plantaciones destruídas, pues no basta que el interesado compruebe que ellas se hallan dentro de su propiedad, sino que lo es necesario acreditar que fueron hechas a sus expensas y con materiales ajenos o propios y obreros a cargo suyo, o que siendo en terreno ajeno el interesado las hizo con materiales suyos y obreros pagados por él, conforme lo establecen los artículos 738 y siguientes del C. C.

Se observa:

1º—En este caso no se trata de un juicio especial en donde se discuta la propiedad y en el cual ella debiera acreditarse con la cadena de títulos que echa de menos el señor Procurador y en donde el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos decide en el litigio. Y en la sentencia del Tribunal, como puede verse por lo transcrito, se dio validez a los indicios y pruebas aducidos que establecían la propiedad del demandante, hecho que no fue discutido por la contraparte en el debate. La objeción del señor Procurador de que pudiera venderse cosa ajena, siendo con ello lesionado el Departamento, no es pertinente al juicio de que se trata. El demandante Salazar se hallaba en una si-

tuación jurídica de tenencia, posesión o dominio de la tierra, en el momento en que se le tomó para la obra del Cable. Se trata de indemnizarle el valor de lo que tenía y de los perjuicios ocasionados. No de celebrar una operación de compra-venta, en la cual el vendedor debería acreditar que es dueño. La empresa del Cable se subroga jurídicamente en la situación legal que tenía Salazar, de simple tenedor, poseedor o dueño. Por esto a Salazar no puede exigírsele que acredite condiciones distintas de las en que tenía tales bienes. Y por lo mismo, le basta transferir la zona comprobando únicamente que la inscripción del título en virtud del cual él adquirió no se ha cancelado.

En armonía con lo que aquí se expresa ha de modificarse la sentencia del Tribunal.

2ª—El segundo reparo es más débil que el primero: las disposiciones citadas por el señor representante de la Nación se refieren y son aplicables a casos en que se discute la propiedad de bienes que han accedido a un inmueble, cuando aquéllos y éste son de distintos dueños. En el actual litigio nadie ha puesto en tela de juicio el dominio de Salazar sobre las plantaciones de su predio. Asimismo, existe una presunción legal que favorece al actor: es la establecida en el artículo 762 del mismo Código:

2ª... "El poseedor se reputa dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Y la Corte Suprema ha sostenido, en reciente fallo, que al tenor del artículo 739 ibídem —texto al cual se refiere el señor Procurador— "el dueño del inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, ya provenga de la accesión de la naturaleza, de obra del mismo dueño o de obra de un tercero".

Por todo lo dicho se desprende que la sentencia del Tribunal está conforme a derecho en la parte en que condena al Departamento a indemnizarle a Salazar los perjuicios resultantes del paso del Cable Aéreo por su finca, indemnización dentro de la cual se halla comprendido el valor del terreno ocupado, pero ella adolece de una omisión que debe corregirse:

En efecto, el demandante, en su libelo, pidió lo siguiente: "Que declare asimismo que mediante el pago de lo que se demanda al Departamento, quedo obligado a hacerle al Departamento de Caldas escritura de la faja que éste tomó para el expresado Cable". A su turno, el señor Fiscal dijo al respecto, en la contestación de la demanda: En cuanto a la declaratoria solicitada para una vez se pague la faja quedar él comprometido a hacer la escritura correspondiente, es claro que la debe aceptar, por ser ello lo legal, y porque si así no se hace el pago no puede hacerse según las leyes fiscales".

Como se ve, el hecho de que el demandante debe ceder al Departamento la zona ocupada por éste inmediatamente que reciba la indemnización, se halla claramente establecido por los efectos jurídicos que deben deducirse de la litis-contestación. Además, ello es de estricta justicia y así lo determinan leyes fiscales especiales. Y en qué condiciones debe hacerse ella, ya se expresó.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Confírmase la sentencia apelada, debiendo pagarse la indemnización por el Departamento una vez que Pedro Elías Salazar haga la escritura que prometió, en las condiciones indicadas en este fallo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, ocho de julio de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Secretaría Ejecutora de la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia, con base en la copia de reconocimiento de 7 de enero del año próximo pasado, en 8 de febrero del mismo libró orden de pago por la vía ejecutiva contra la sociedad "Ruperto Echeverry & Cía", representada por su gerente don Gerardo Echeverry, por la cantidad de tres mil seiscientos diez y siete pesos con treinta y seis centavos ($ 3,617.36), proveniente de las sumas que tal compañía debía satisfacer por concepto del impuesto sobre la renta en el año de 1934, más los intereses a la rata del 1 por 100 mensual, has-

ta el día del pago, y las costas de la cobranza.

El mandamiento de pago fue intimado al nombrado gerente, quien constituyó fianza de saneamiento.

La sociedad demandada propuso, por medio de apoderado judicial, en tiempo hábil, varias excepciones.

Por ello, el negocio ha subido a esta Superioridad, donde se procede a resolver el incidente, después de haberle dado la tramitación reglamentaria.

Cinco son las excepciones planteadas, que se han sometido a la consideración de la Corte:

1ª—Falsedad del instrumento ejecutivo.
2ª—Error de cuenta.
3ª—Ineficacia del instrumento ejecutivo.
4ª—Ilegitimidad de la personería del demandado.
5ª—La genérica (artículo 329 del C. J.).

Y ellas pueden sintetizarse así:

1ª El instrumento ejecutivo es falso, no en el sentido a que se refieren las leyes penales, sino porque el reconocimiento no expresa la verdad, por haber tenido la Administración de Hacienda datos erróneos y falsos en la liquidación.

2ª Esta excepción se funda en que en la liquidación del impuesto no se tuvieron en cuenta datos precisos y se hizo caso omiso del informe y del balance presentados por la sociedad, todo lo cual condujo a que se computase una cantidad que no es la que se debe.

3ª El reconocimiento, que en esta ejecución sirve de recaudo, no es suficiente al fin propuesto, porque no está ajustado a las normas legales.

4ª Está fundamentada así: Se ha citado al señor Gerardo Echeverry, como gerente de "Ruperto Echeverry & Cía.", sin expresar la calidad jurídica de la sociedad demandada, ni aparecer ella acreditada en autos.

5ª Basada principalmente en que la entidad recaudadora ha debido liquidar el impuesto en forma distinta a como lo hizo y no ha debido aplicar las sanciones que impuso.

Es la principal de las excepciones propuestas, en concepto del excepcionante, la de error de cuenta: "... os pido, muy respetuosamente —le dice a la Corte—, os sirváis declarar probadas las excepciones propuestas, sobre la base de haber sido de $ 11,881.95 las utilidades de la Compañía, conforme al balance aprobado, y de ser las sanciones, multas o recargos que pueda haber en la suma por la cual se ejecuta, absolutamente ilegales".

Esta excepción es la síntesis y verdadera razón de los reparos que se formulan al juicio ejecutivo. En efecto, la compañía considera excesiva e injusta la contribución de tres mil seiscientos diez y siete pesos con treinta y seis centavos ($ 3,617.36) que se le cobra por concepto de impuesto sobre la renta en el año de 1934, y solicita se declare por la Corte cuál es la suma con que en realidad debe gravársele, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia.

En 1934 regía en lo referente al monto y recaudación del impuesto sobre la renta la ley 81 de 1931.

El artículo 11 de la citada ley exige que dentro del término allí señalado toda persona, natural o jurídica, sujeta al impuesto a que ella se refiere, presente a la oficina recaudadora respectiva un informe que indique su renta bruta durante el año gravable anterior y señale las deducciones y exenciones autorizadas por la misma ley.

Y el artículo 12 ibidem establece que:

"1ª Los informes requeridos de acuerdo con el artículo anterior, serán revisados en cada Departamento, por el Administrador de Hacienda Nacional o por los empleados designados por éste, y la renta gravable de cada persona o entidad indicada por dichos informes será determinada por el mencionado Administrador sobre las bases de la declaración y de toda otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada..."

Ordena esta disposición que presentado por el contribuyente el informe a que alude el artículo 11, el gravamen que aquél debe satisfacer será determinado sobre la base de su declaración o de cualquier otro dato que obtenga la Administración de Hacienda, dato que debe ser "plenamente comprobado".

En el caso de autos se tiene:

En el acta de la diligencia de inspección ocular, solicitada por la sociedad excepcionante, y verificadas en las oficinas de la Administración Nacional de Hacienda de Medellín, consta que la compañía denunció oportunamente, en 29 de marzo de 1935, la suma de $ 18,394.69, como monto de su renta bruta en el año anterior, cantidad que al reducirse por exenciones y deducciones, arroja un saldo líquido de $ 9,243.76 (fl. 23 v., cuaderno de pruebas del ejecutado).

Está, por tanto, acreditado que la sociedad "Ruperto Echeverry & Cía." dio cumplimiento a lo preceptuado por el artículo 11 de la ley 81 de 1931, al presentar a la Administración de Hacienda respectiva el informe

reglamentario, tanto de su renta bruta en el año de 1935 como de las deducciones y exenciones a que tenía derecho.

Evidentemente, a la suma denunciada por la compañía no corresponde una imposición de $ 3,617.86.

Pero pudiera creerse que la Administración de Hacienda de Medellín hizo la liquidación basada en "otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada". Pero esta hipótesis queda desechada porque en la diligencia de inspección ocular a que se ha aludido se comprobó que "en la documentación exhibida por el señor Administrador no existen datos, informes, pruebas sobre las cuales se haya podido fundar la Administración de Hacienda para hacer el aforo".

En consecuencia, queda claramente establecido que la liquidación hecha a la sociedad excepcionante no se ajustó a lo preceptuado por el artículo 12 de la referida ley, pues ella ha debido ser el resultado del examen hecho al informe rendido por la sociedad o producto del análisis de datos plenamente comprobados, obtenidos por cualquier otro medio de información.

Resta saber si en tal aforo, que parece excesivo, pueden hallarse incluídas algunas cantidades por concepto de las sanciones con que se castigan las violaciones de las disposiciones pertinentes sobre la materia, cometidas por los contribuyentes.

El decreto número 2244 de 1931, reglamentario de la ley 81 del mismo año, establece en sus artículos 10 y 11 las siguientes penas:

a) Un aumento de un 20 por 100 sobre la renta de la persona que dejare de presentar el informe requerido por el artículo 11 de la ley desarrollada; y

b) Una contribución del doble del impuesto que debiera en realidad satisfacer, en el evento de que se demuestre que la renta declarada es inferior a la que verdaderamente se ha obtenido.

La primera de ellas no ha podido ser aplicada, pues se ha visto que la sociedad ejecutada presentó en debido tiempo el informe exigido sobre su renta gravable en el año de 1934.

La segunda tampoco puede tener lugar, por las razones siguientes:

Está acreditado que la compañía denunció el 29 de marzo de 1935 la cantidad de $ 9,-243.76 como producto de su renta líquida gravable obtenida en el año anterior. Como este informe fue rendido sin que a él se acompañasen el balance y la cuenta en detalle de pérdidas y ganancias, la Administración de Hacienda, en nota fechada el 22 de abril, solicitó el envío de tales documentos (fl. 5, cdo. Nº 2). La sociedad no pudo remitirlos por los motivos que expresó en comunicación dirigida al Administrador, al día siguiente de la nota de éste. Y se expresó así: "Efectivamente, me fue imposible acompañar copia del balance anual de Ruperto Echeverry & Cía. y la explicación del renglón de pérdidas y ganancias, porque ese balance estaba en discusión en algunos renglones entre los accionistas, y no podía estimarse definitivo sino al terminar el estudio que se está terminando ahora de él".

Refuerzan y comprueban esta afirmación de la sociedad las declaraciones, legalmente recibidas, de los señores Eduardo Posada, René Sánchez y Joaquín Agudelo, quienes deponen en términos similares a los de la comunicación de aquélla.

El balance definitivo fue aprobado posteriormente, y él arroja la cantidad de $ 11,-881.95, como utilidad líquida obtenida por la compañía en el año de 1934 (fl. 1, cdo. Nº 2).

Podría pensarse que el Administrador de Hacienda aplicó la sanción de que trata el artículo 12 del decreto citado, elevando al doble el impuesto que debiera pagar la sociedad, por ser la renta declarada inferior a la que se desprende del balance definitivo.

Pero esta suposición queda desvirtuada porque la diferencia entre la declaración y el balance está explicada en la nota de 23 de abril de 1935 —de la cual ya se ha hecho mérito—, dirigida por la compañía a la Administración; tal explicación puede aceptarse como satisfactoria para la sociedad, la que manifestó en tal comunicación, por medio de su gerente: "Efectivamente, me fue imposible acompañar la copia del balance anual... Si hice la declaración de la renta de la Cía. en 1934, fue por no dejar agotar el término que se concede para ello; pero estaré listo a acompañar esos comprobantes referidos, y los presentaré a esa Admón. antes de quince días, término que solicito atentamente, por el motivo apuntado. Bien puede ocurrir que ese balance arroje un saldo apreciable para los intereses de la renta; era que lo buscado era solamente no perder la oportunidad en la declaración, pero esta sociedad no niega lo que deba pagar".

Justificadas plenamente las circunstancias de la demora en la presentación de los documentos exigidos por el Administrador y de la diferencia entre el informe y el balance, hay que descartar la mala intención que pudiera creerse existe en la denuncia que se hizo de una suma un poco inferior a la real.

Lo expresado hace ver cómo la segunda de las sanciones analizadas es inaplicable al caso de autos.

Por lo expuesto, la Sala considera que la Secretaría Ejecutora de la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia gravó a la nombrada compañía, en su Copia de Reconocimiento de 7 de enero de 1936, con una suma superior a la que ella legalmente estaba obligada a satisfacer.

Habiendo arrojado el balance definitivo, como utilidades correspondientes a la sociedad en el año de 1934, la cantidad de once mil ochocientos ochenta y un pesos con noventa y cinco centavos ($ 11,881.95), sobre ella debe la oficina recaudadora respectiva cobrar, de acuerdo con la rata correspondiente de la escala establecida en el artículo 3º, ordinal 5º, de la ley 81 de 1931, la contribución que en realidad debe pagar la compañía por su renta líquida gravable en tal año, aumentada con los intereses legales y los gastos de cobranza.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista fiscal de conclusión, opina, con razonamientos análogos a los anteriores, que esta excepción está suficientemente acreditada, "ya que la ejecución —dice aquel alto funcionario— se adelanta por una suma superior a la que quedó a deber la sociedad 'Ruperto Echeverry & Cía.' como impuesto sobre la renta en el año de 1934".

Apareciendo probada una de las excepciones, no es preciso entrar en el análisis de las otras.

Como consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema, en 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 en cuenta, sostenida en este incidente por la sociedad demandada, y ordena seguir adelante la ejecución por la cantidad que corresponda a la renta líquida que obtuvo la compañía en el año de 1934, según lo acredita el balance respectivo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PETROLEOS.—OPOSICION A UNA PROPUESTA PARA EXPLORAR Y EXPLOTAR PETROLEOS. COMPROBACION DEL DOMINIO PRIVADO DEL PETROLEO

1. Lo dispuesto en el artículo 7º de la ley 160 de 1936, sobre tarifa de pruebas en asuntos de petróleos, no es aplicable en los juicios ante la Corte, como que ésta decide de las pruebas aducidas con entera amplitud, sin sujetarse a la tarifa legal, la cual obliga solamente al Ministerio y no a la Corte. 2. Por no ser aplicable en el juicio ordinario ante la Corte el sistema especial de comprobación de la propiedad privada del petróleo, rigen en tales juicios las reglas generales sobre pruebas del dominio, dominado como base la norma del artículo 10 de la ley 160 de 1936. 3. En el Artículo 312 de la ley 110 de 1912 consagró el legislador la definición de lo que debe entenderse por petróleo de propiedad privada. 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. Al decir ese artículo LEGALMENTE, 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 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 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 pretendan 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 venta o adjudicación, o por cualquiera otra causa. 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 otros medios legales. 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 106 de 1935, conducente a establecer que los terrenos salieron legalmente del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Ministerio de Industrias y Trabajo, por resolución del 18 de febrero de 1937, dispuso suspender la tramitación de la propuesta para la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional hecha por Socony Vacuum Company de Colombia, y enviar a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema el expediente respectivo.

De conformidad con la ley 37 de 1931, la nombrada compañía presentó propuesta de contrato al Ministerio del ramo el día 4 de febrero de 1936.

Adelantábase el trámite administrativo de la propuesta cuando el doctor Miguel S. Uribe Holguín, obrando en nombre del Carib Syndicate, Limited, formuló oposición a dicha propuesta, en memorial presentado al Ministerio el 9 de febrero de 1937.

El artículo 5º de la ley 160 de 1936 establece:

"Si dentro del término señalado en el inciso segundo de este artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola de las pruebas de que trata el mismo inciso, se suspenderá la tramitación de la propuesta, y se enviará con los documentos que la acompañan, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo), a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario (artículos 1203 y siguientes del Código Judicial) en una sola instancia, y dando prelación al despacho de estos asuntos, decida si es o no fundada la oposición. En dicho juicio breve y sumario serán tenidos como partes el opositor, la Nación y el proponente del contrato".

La resolución del Ministerio acoge un concepto del señor Abogado y del Jefe de la Sección Técnica del Departamento de Petróleos, en el cual se expresa:

"1º—No consideramos que con los documentos acompañados se acredite en forma plena la constitución y la existencia legal y actual de la compañía en cuyo nombre dice hablar el doctor Uribe Holguín, ni probada tampoco la personería actual de dicho señor para representar a la mencionada compañía. Creemos que los documentos que en este caso deben traerse son los que mencionan los artículos 40 y 41 de la ley 28 de 1931. Igualmente opinamos que ha debido presentarse el ejemplar del Diario Oficial en que fue publicada la resolución que declara cumplidos por parte del Carib Syndicate, Limited, los requisitos exigidos en el artículo 1º del decreto legislativo Nº 2 de 1906, ya que la resolución publicada en los números 1758 y 1759 se refiere sólo a los requisitos legales relativos al apoderado, pero no a los requisitos establecidos en el artículo 1º del ya mentado decreto Nº 2 de 1906.

"2º De la simple lectura de los documentos presentados por el doctor Uribe Holguín se desprende que todos los derechos que tiene o puede tener el Carib Syndicate, Limited, sobre los terrenos denominados el Retiro y Corredor tienen su origen en las adjudicaciones hechas por el Gobierno Nacional en resoluciones de fechas 18 y 24 de agosto de 1880 por ser dichos terrenos baldíos. Por consiguiente, y de conformidad con el Código Fiscal vigente, desde el 28 de octubre de 1873 el subsuelo de dichos terrenos pertenece a la Nación por reserva expresa que de él se hizo en el mencionado Código Fiscal de aquel año. De aquí se deduce que las pruebas presentadas por el doctor Uribe Holguín para alegar la propiedad particular del petróleo en las extensiones de terreno ya nombradas, demuestran precisamente lo contrario, o sea que el petróleo que en dichos terrenos pueda encontrarse es de propiedad de la Nación, ya que ellos fueron adjudicados como baldíos con posterioridad al año de 1873.

"3º Dice el doctor Uribe Holguín que aun cuando los terrenos discutidos fueron adjudicados como baldíos, sobre ambos había títulos de propiedad anteriores al 28 de octubre de 1873. 'Es de inferir que las adjudicaciones de esos terrenos como baldíos fueron pedidas y obtenidas para evitar que esos mismos terrenos fueran pedidos en adjudicación, como baldíos, por otras personas, y para evitar también disputas'. El memorialista afirma la propiedad particular de esos terrenos pero no sólo no presenta prueba alguna para demostrar esa propiedad sino que él mismo dice, y así aparece en los documentos, que los terrenos cuya propiedad alega para el sindicato fueron adjudicados como baldíos, o sea que sienta una presun-

ción que va en contra de lo que él mismo afirma.

"5º... Pero hay algo más; la ley 160 de 1936, en su artículo 10º dice expresamente que 'sólo se considera de 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 cualquiera otra causa legal. Ya se ha visto cómo el mismo interesado afirma y comprueba que los terrenos reclamados pertenecían a la Nación con posterioridad a la citada fecha.

"6º El plano acompañado por el doctor Uribe Holguín a su memorial de oposición fue comparado con el plano aceptado y revisado por el Ministerio para la tramitación de la propuesta y también cotejado respecto a los linderos que se describen en las escrituras que se presentan como pruebas. De esta confrontación resulta lo siguiente:

"1º Los lotes de Santo Domingo y el Retiro, según el plano, se hallan dentro de los límites indicados en la propuesta aceptada por el Ministerio.

"2º Los linderos de tales lotes no concuerdan ni en su rumbo ni su extensión, con los que rezan en las escrituras".

En la Corte se ha surtido legalmente la tramitación del juicio, se oyó a las partes y se produjeron pruebas. Posteriormente al término probatorio el doctor Uribe Holguín sugirió a la Sala que profiriera un auto para mejor proveer, con el objeto de allegar dos pruebas consistentes, la una en el título de una adjudicación en Champan y Pariguarí, sitios del río Sogamoso, hecha a Pedro de Balduz por el Gobernador y Capitán General del Río de Oro, el 8 de mayo de 1675, y la otra, los inventarios de los bienes de la mortuoria de Santiago Jiménez de Luna, practicados en 1748. Como los documentos sugeridos no constituyen una aclaración a puntos oscuros o dudosos, sino que implican verdaderas pruebas, no pedidas en su oportunidad, la Sala se abstuvo de decretar su práctica en auto para mejor proveer.

Personería del opositor.

Dice el artículo 40 de la ley 28 de 1931 que para acreditar la constitución y la existencia de una sociedad o compañía comercial bastará un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara.

Pero cuando se constituyó en Colombia la Compañía que ha hecho la oposición, las formalidades respectivas debían cumplirse ante un Juzgado (art. 470, C. de Cº). Y a folios 3 del cuaderno de la oposición se halla, en el Diario Oficial Nº 15944, una certificación expedida por el por el Notario 1º del Circuito de Cartagena el 15 de abril de 1916, en la cual se expresa que con fecha siete del mes anterior fueron protocolizados en esa Notaría los estatutos en idioma extranjero y su traducción al castellano del Carib Syndicate, Limited, y el certificado de incorporación de dicha compañía. A continuación, el secretario del Juzgado 1º del Circuito de Cartagena certifica que el anterior extracto de escritura y el certificado notarial a él adjunto han sido registrados en la fecha (25 de abril de 1916) en el libro que para tal efecto se lleva en esa oficina, con indicación de los folios correspondientes.

Además, a folio 44 del citado expediente del Ministerio se encuentra agregado el Diario Oficial Nº 15986, en que aparece publicada la resolución ejecutiva por la cual se declaran cumplidos unos requisitos legales por parte del Carib Syndicate, Limited. En ella se lee:

"Que los Estatutos, el certificado y el poder a que se refiere el punto anterior, y según tales publicaciones, fueron autenticados y registrados, como está previsto en los decretos citados, se resuelve: Declárase cumplidos por parte de la nombrada sociedad Carib Syndicate, Limited, los requisitos exigidos en los Decretos Legislativos números 2 y 97 de 1906.—Comuníquese y publíquese. Dada en Bogotá, a 2 de diciembre de 1918. El Presidente de la República, José Vicente Concha.—El Ministro de Gobierno, Miguel Abadía Méndez".

Están, pues, acreditadas debidamente la constitución y existencia legal de la compañía opositora, requisitos cuya falta se había anotado para poder reconocerle personería al doctor Miguel S. Uribe Holguín.

Los linderos de los terrenos.

Los terrenos objeto de la propuesta del contrato se hallan alinderados así:

"Partiendo de la desembocadura de la Quebrada Payoa en el río Sogamoso con azimut sesenta y nueve grados (69º) y una longitud de mil cincuenta y siete metros y medio (1,057,5m.); de este punto con azimut setenta y tres grados treinta minutos (73.30') y una longitud de mil ciento cincuenta metros (1,150 m.) a dar al Cerro del Dominio, lindando hacia el Oriente con las tierras ha-

madas de Marta de propiedad de Pedro Mantilla, y reconocidas por el Gobierno como tierras no baldías en Resolución de fecha 4 de mayo de 1881, publicada en el Diario Oficial Nº 5,055, de fecha 24 de junio de 1881;

De este punto y con azimut de trescientos cuatro grados (304º) y una longitud de diez y siete mil quinientos setenta metros (17,570), lindando por el Norte con los terrenos contratados a la Nación por el señor Luciano Restrepo y cedidos luégo a esta compañía; de este último punto y con azimut de doscientos sesenta y un grados (261º) y una longitud de ocho mil quinientos metros (8,500 m.) y lindando siempre por el Norte con los terrenos contratados por Luciano Restrepo;

De este punto y con azimut Norte y una longitud de trece mil quinientos sesenta y tres metros (13,563 m.) y pasando por el antiguo kilómetro XX (veinte del Ferrocarril Central del Norte (Puerto Wilches), lindando por el Oriente con las mismas tierras contratadas con la Nación por el señor Luciano Restrepo.

La línea del lindero con los terrenos contratados por Luciano Restrepo es la misma fijada en el contrato respectivo que consta en la escritura pública número 1887 de fecha 3 de octubre de 1934, otorgada ante el Notario 3º de Bogotá.

De aquí con azimut doscientos sesenta grados (260º) y una longitud de doscientos cinco metros (205); de aquí con azimut trescientos siete grados treinta minutos (307º 30'); y una longitud de seis mil cuatrocientos noventa y cinco metros (6,495 m.) a dar a la desembocadura de la quebrada Champan en el lago llamado "Paturia o de Paredes" y lindando por el Norte con terrenos Joy; de la boca de la quebrada Champan en el lago de Paturia o Paredes, con azimut doscientos setenta grados (y una longitud de dos mil cuatrocientos ochenta metros (2,480 m.); y de aquí con azimut ciento ochenta grados (180º) y una longitud de once mil ochocientos cincuenta metros (11,850 m.) a dar a un mojón en la Quebrada Vaivén, marcado con las letras WHP; y de este mojón con azimut ciento ochenta y dos grados treinta minutos (182º30') y una longitud de diez mil cien metros (10,100) a dar a la mitad de la corriente del río Sogamoso frente al caserío de Pedral. El lindero oriental limita con tierras de la llamada Hacienda de Sogamoso, de propiedad del señor Willis E. Powers.

Por el río Sogamoso aguas arriba, siguiendo su corriente principal, hasta llegar al punto denominado Chapetón, y luégo siguiendo por brazo Guarumo, del mismo río, pasando por la vuelta de la Oreja, y luégo por el caño de la Muerte, del mismo río Sogamoso, hasta un punto que se encuentra a un azimut de doce grados (12º) y a treinta y un mil setecientos ochenta metros (31,780 m.) del punto anterior. Todo este lindero del río Sogamoso limita por la parte Sur con la concesión llamada de Mares.

De este punto por la corriente principal del río Sogamoso, a dar a la desembocadura de la quebrada Payoa, en el mismo río, punto de partida, siendo la línea que une estos dos puntos de un azimut de trescientos doce grados (312º) y longitud de dos mil ochocientos metros".

Los lotes de Santo Domingo y el Retiro a los cuales se refiere la oposición, se delimitan así:

El de Santo Domingo linda: "partiendo de la boca de la quebrada de la Muerte, en el Sogamoso, se sigue la quebrada dicha aguas arriba, en una longitud de cuatrocientos cuarenta (440) metros; del punto de donde termina esta distancia, se sigue una línea recta de seis mil setecientos setenta (6,760) metros, que termina en la quebrada Santo Domingo, doscientos cuarenta (240) metros arriba en su desagüe en el Sogamoso, se sigue luégo la quebrada Santo Domingo aguas abajo hasta su desembocadura en la extensión ya dicha de doscientos cuarenta (240) metros; de este punto se sigue el río Sogamoso en una extensión de tres mil cuatrocientos ochenta (3,480) metros, hasta encontrar la cordillera de 'El Loro'; de este punto se sigue por el filo de la cordillera en una longitud de cuatrocientos setenta metros; del punto donde termina la distancia anterior, se sigue una recta que partiendo del punto descrito forma un ángulo de cincuenta (50) grados en el río Sogamoso, y tiene una longitud de dos mil cuatrocientos veinte (2,420) metros";

El Retiro linda: "partiendo de la boca llamada 'Retiro', en el río Sogamoso, se sigue esta quebrada aguas arriba en una extensión de ochocientos metros; del punto donde termina esa distancia, se tira una recta que mide doce mil quinientos noventa (12.590) metros de longitud hasta llegar a una peña en la quebrada de La Ceiba, quinientos veinte (520) metros arriba de su desagüe en el Sogamoso; de aquí se sigue otra línea recta en una dirección magnética veinte y dos grados (22) al S. O. y en una longitud de nueve mil ochocientos treinta metros (9,830); del punto donde termina esa distancia se sigue otra recta de doce mil setenta (12,070) metros de longitud e inclinada 38' minutos 3'

segundos al Sur Oeste; del punto donde termina esta línea se sigue otra de dos mil quinientos diez (2,510) metros de longitud a dar al río Sogamoso, frente a la boca de la quebrada Muerte; y de este punto se sigue el río aguas abajo, pasando por la vuelta panela el brazo Cuarumo, hasta llegar al punto de partida, en la boca de la quebrada Retiro".

Según lo expresa el doctor Uribe Holguín, los lotes a que se refiere la oposición se hallan comprendidos dentro de los linderos que encierra el área sobre que versa la propuesta de contrato. Según la oficina respectiva del Ministerio, los linderos de Santo Domingo y el Retiro no concuerdan con los que expresan las escrituras. Sin embargo, el señor apoderado de la Socony Vacuum-Oil Company afirma, posteriormente, ante la Corte, que la oposición deja libre la mayor parte de los terrenos comprendidos por la propuesta de contrato y que se concretan a las islas de Pariguarí y de San Miguel, en el río Sogamoso, y a una faja de terreno situada sobre la orilla Norte del mismo río. Una diligencia pericial podría haber aclarado este punto. Pero la Sala se abstuvo de decretarla porque ello habría significado una dilación innecesaria en el despacho de este negocio, pues hay razones de otro orden suficientes para fundar el presente fallo, relacionadas con la eficacia de los títulos aducidos para probar la propiedad particular del petróleo.

Fundamentos de la oposición

Para sustentarla, el señor apoderado de Carib Syndicate, Limited, manifiesta que su poderdante adquirió el lote de Santo Domingo por compra hecha al señor William Michael Schaill el 12 de marzo de 1920, por ante el Notario del Condado de Estado de Nueva York, y la del lote El Retiro por compra a Carl Kendrick Mac Fadden, en escritura otorgada ante el mismo Notario el 24 de marzo de 1920.

Agrega que aunque el primero de los terrenos mencionados fue adjudicado como baldío y por razón de cultivo a un antecesor de su poderdante, por resolución de 24 de agosto de 1880, y el segundo, también como baldío y por razón de cultivo, igualmente a un antecesor, por resolución de 18 de los mismos mes y año, de ambos había títulos de propiedad anteriores al 28 de octubre de 1878.

Como títulos antedichos a esta fecha presentó el opositor los siguientes documentos:

a) Un certificado expedido por el alcalde de Girón el primero de octubre de 1780, que trata de la adjudicación al señor Juan Antonio de Frías, en pago de una deuda y en el concurso formado a los bienes del señor Salvador Romero, de una estancia de ganado mayor ubicada en la isla de Pariguarí.

b) La escritura Nº 229 de 7 de agosto de 1878, por la cual vende Francisco Gutiérrez Salgar la isla de Pariguarí al señor Demetrio A. Cruz, ante el Notario de Girón.

La propiedad del suelo.

En relación con el primero de los lotes referidos se trajo al expediente una certificación expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zapatoca, según la cual la escritura de venta que William Michael Schaill le hizo a Carib Syndicate Limited de las tierras de Santo Domingo (2,000 hectáreas), el 12 de marzo de 1920, fue registrada en Zapatoca el 1º de diciembre de 1934, y el registro correspondiente no ha sido cancelado. La misma certificación, completada posteriormente, comprende la historia de esa propiedad hasta remontarse al año de 1886, en que, según consta, el Alcalde del Distrito de Betulia, autorizado por el Gobierno, hizo entrega de dicho lote con terreno baldío a Demetrio A. Cruz. Las tierras de que se trata se hallan gravadas con hipotecas en favor de terceros.

La relación que precede da base suficiente para considerar acreditada la propiedad de las tierras (el suelo) de Santo Domingo por el Carib Syndicate Limited.

Respecto de las tierras denominadas El Retiro no puede hacerse igual afirmación por falta de pruebas que así lo acrediten en los autos.

La propiedad del petróleo

Interesa, en primer término, a la Sala falladora fijar su concepto acerca de la comprobación legal requerida para demostrar el dominio privado del petróleo.

Refiriéndose a este punto, el señor Procurador delegado en lo Civil se expresa así:

"La Procuraduría conceptúa que en el presente caso es aplicable el artículo 7º de la ley 160 de 1936, por cuanto él reglamenta la manera de comprobar la propiedad privada de tales yacimientos, en el caso de aviso para dar principio a explotaciones con taladro o perforación en busca de petróleo de propiedad privada, y ya que él determina la manera de acreditar la propiedad de tales yacimientos por los particulares que pretenden algún derecho a ellos.

"En efecto, tal artículo exige, aparte del Certificado del Registrador de Instrumentos

Públicos, los títulos de propiedad, todo lo cual debe comprender un período de treinta años, que es el lapso que la ley antigua señalaba para la prescripción extraordinaria, pues, aun cuando el artículo 1º de la ley 50 de 1936 redujo a veinte años dicho período de prescripción treintenaria, es lo cierto que quien quisiera acogerse a esta última ley, no podría pretender que dicho lapso se contara desde día alguno anterior a su vigencia sino desde el momento en que ella entró en vigor, de conformidad con el artículo 41 de la ley 153 de 1887.

"Además, debe presentar el título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, o en defecto de éste los documentos públicos de carácter oficial que acrediten su existencia".

No comparte la Sala el concepto del señor Procurador en cuanto estima aplicable en el presente juicio el artículo 7º de la ley 160 de 1936.

La tarifa de pruebas no se aplica en los juicios ante la Corte.

Funda su pensamiento la Sala en el particular en la diferencia que existe, legalmente, entre el criterio que informa el examen que el Ministerio hace en los casos de oposición, de las pruebas presentadas, para aceptarlas o rechazarlas, y el que practica la Sala de Negocios Generales de la Corte, en el juicio breve y sumario en que le corresponde fallar si es o no fundada la oposición. El Ministerio del ramo ha de proceder con sujeción a una tarifa de pruebas establecida por la ley; la Corte decide de las pruebas aducidas con entera amplitud, sin sujetarse a la tarifa legal.

El artículo 7º de la ley 160 de 1936 reza:

"Artículo 7º El artículo 28 de la ley 37 de 1931 quedará así:

"Artículo 28. Cuando el Ministerio del ramo, oído el concepto del Procurador General de la Nación y de la Junta Asesora de Petróleos, y en vista de los títulos, documentos y pruebas acompañados y de las demás informaciones que obtenga, estime que no hay observación que hacer sobre los títulos, sin más actuaciones declarará que se ha dado cumplimiento a la formalidad del aviso de que habla el artículo anterior y que se puede iniciar y adelantar la exploración con taladro o la explotación proyectada. Esta declaración deberá registrarse en el libro respectivo.

Lo dispuesto en el inciso anterior sólo tendrá lugar si entre las pruebas que acompañan el 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 dan el aviso, sobre el terreno de que se trata, y el certificado del Registrador de Instrumentos públicos correspondiente; títulos y certificados 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".

El texto aquí transcrito atribuye claramente al Ministerio la facultad de declarar si un interesado ha cumplido con la formalidad del aviso, pero solamente podrá hacer tal declaración cuando se le presenten el título emanado del Estado, los de propiedad sobre el terreno de que se trata y la determinación de éste.

Sirve para ilustrar el criterio del intérprete y fijar el alcance de la disposición que se comenta, el proceso que tuvo, desde los proyectos respectivos hasta la ley 160 de 1936, la disposición de que se trata.

En el proyecto de ley de petróleo elaborado por el Ministerio del ramo en 1929 se lee:

"Al aviso deberá acompañar (el que lo da) la prueba que acredite legalmente el derecho de dominio sobre el inmueble y un certificado, expedido por el respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, en que conste el movimiento del dominio del inmueble, desde el 28 de octubre de 1873 hasta la época del aviso.

"También será admisible la prueba que acredite la posesión que se invoque sobre terrenos reputados como petrolíferos, ocupados con anterioridad al 28 de octubre de 1873; pero sólo podrá justificarse dicha posesión con la prueba legal de haberse ocupado los terrenos cultivados, continua, real y efectivamente durante veinticinco (25) años anteriores a aquella fecha, como lo establecían los artículos 878 y 879 del Código Fiscal de 1873, o conforme a otras disposiciones legales aplicables en la época a que se refiere la posesión invocada".

El proyecto de ley sometido al Congreso en 1930 reprodujo textualmente la disposición del de 1929 transcrito.

La disposición correspondiente de la ley 37 de 1931 (art. 26) estableció:

"Mientras no se hayan transcurrido sesenta (60) días hábiles, a partir del cumplimiento de las formalidades dichas, toda persona puede oponerse al contrato propuesto, formulando su oposición por escrito ante el Ministerio respectivo o ante la Gobernación, Intendencia o Comisaría donde esté ubicado el terreno, y acompañando la prueba en que funde tal oposición.

"Vencido el término señalado en el inciso anterior sin que se hayan presentado la oposición y pruebas dichas, se adelantará la tramitación de la propuesta.

"Si dentro del término señalado en el inciso 2º de este artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañándola de las pruebas de que trata el mismo inciso, se suspenderá la tramitación de la propuesta, y se enviará con los documentos que la acompañan, como también el escrito de oposición y las pruebas en que se apoye (todo esto con carácter devolutivo), a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para que dicha entidad, en juicio breve y sumario...".

Hasta cuando rigió la ley 37 de 1931, en el punto que se analiza el criterio que había informado los proyectos y que inspiró finalmente dicha ley, puede explicarse así: el proyecto de 1929, el de 1930 y la ley de 1931 exigieron requisitos que debían satisfacerse, en materia de pruebas para acreditar el dominio privado del petróleo, pero sin atribuir al Ministerio del ramo la calificación de aquéllas. Cuando se hacía la oposición se pasaba el expediente a la Corte. Y en cuanto a las pruebas exigidas los proyectos de 1929 y 1930 pedían "la prueba que acredite legalmente el derecho de dominio sobre el inmueble y un certificado", o la prueba que acreditara una posesión de 25 años anteriores a 1873; la ley de 1931 ya no habló ni de posesión ni de título originario del Estado, sino de "las pruebas en que funde tal oposición", sin expresar cuáles.

Los motivos que tuviera el Congreso de 1931 para prescindir del señalamiento de determinadas pruebas, a manera de tarifa legal, para demostrar el dominio privado del petróleo, los expresó así el doctor Luis Felipe Latorre, abogado de la Presidencia de la República:

"Es verdad, como lo sostuvieron las Cámaras Legislativas, el Ministerio de Industrias y el Abogado consultor de la Presidencia, que la ley 'no versa sobre propiedad del petróleo, sino sobre su explotación', y que por eso se suprimió en el artículo 27 la tarifa de pruebas sobre dominio y posesión que traían los incisos 2º y 3º del proyecto primitivo, o sea el mismo salido del Senado en 1929.

"No se quiso hablar de títulos y certificados de propiedad anterior o posterior a 1873, ni de posesión material, ni de declaraciones de testigos, etc., para que esa cuestión sustantiva fuera considerada y resuelta de conformidad con las leyes generales y especiales que rigen la materia, ya interpretadas y aplicadas en gran parte por la Jurisprudencia de la Corte Suprema. En ese punto, la ley de que se trata ofrece la mayor amplitud, en términos que tanto en el caso del Capítulo IV como en el del V, el interesado particular puede aducir todas las titulaciones y comprobantes en general que considere conducentes". (Antecedentes de la ley del petróleo, Tomo VI, pág. 103).

El proyecto de ley sometido al Congreso por el Gobierno en 1936 tenía la siguiente modificación al artículo 28 de la ley 37 de 1931:

"Lo dispuesto en el inciso 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;

"b) Los documentos y pruebas que acrediten que los terrenos de que se trata eran de propiedad particular el 28 de octubre de 1873;

"c) Los documentos y pruebas que acrediten que las condiciones resolutorias del dominio a favor de la Nación, que consten en los títulos, resultaron fallidas;

"d) 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 certificados que deben comprender un período inmediatamente anterior de treinta (30) años; y

"e) La identificación del terreno de que se trata".

En la exposición de motivos del proyecto de ley de 1936, su autor, el señor Ministro de Industrias y Trabajo, explica nítidamente el pensamiento que informa la tarifa de pruebas del artículo transcrito, en cuanto ella solamente obliga al Ministerio y no a la Corte Suprema. Este importante antecedente legislativo, no contradicho ni modificado en la secuela de expedición de la ley, es del siguiente tenor:

"Considero necesario advertir —dice el Ministro— que estas pruebas sólo obligan al Ministerio y que están destinadas a ser apreciadas y aplicadas por el Ministerio. El Poder Judicial, que es el que en definitiva debe entrar a juzgar estas cuestiones, queda con la natural libertad de apreciación de pruebas que el caso requiere, como en todos los demás que caen bajo su jurisdicción. Y además, que al entrar el Ministerio a hacer una estimación sobre la validez de los documentos que se le presenten, no juzga sobre el fondo de la cuestión. Apenas con el concepto previo del representante de los intereses nacionales y de la Junta Asesora de Petróleos, hace una estimación provisional sobre la validez de esos títulos, estimación que en ningún caso genera derechos definitivos y que está sujeta a las normas de derecho común. En consecuencia, lo que se pretende es que el Ministerio, como representante de los intereses de la Nación y como parte interesada, pueda aceptar determinados títulos como demostrativos de dominio sobre ciertos terrenos petrolíferos, aceptación que tiene el carácter de provisional y que deja a salvo todos los derechos que contra ella puedan y quieran hacer valer tanto la Nación como los particulares interesados, pero eso sí dentro de determinado plazo, de que se hablará más adelante".

La ley 160 de 1936 modificó el texto del proyecto, en el punto a que se alude, suprimiéndole los numerales b) y c), cambiando la expresión "título originario expedido por el Estado" por "título emanado del Estado", y la de "identificación del terreno" por "determinación del terreno".

No es, por lo dicho, aplicable sino por el Ministerio del ramo el artículo 7º de la ley 160 de 1936, en cuanto establece una tarifa de pruebas para acreditar el dominio privado del petróleo.

Y hoy sí puede el Ministerio, a diferencia de lo que disponía la ley 37 de 1931, calificar las pruebas que se le presenten, aplicando para hacerlo la norma consignada en el referido artículo de la ley vigente.

Comprobación ordinaria del dominio privado del petróleo.

Por no ser aplicable en el juicio sumario ante la Corte el sistema especial de comprobación de la propiedad privada del petróleo, rigen en tales juicios las reglas generales sobre pruebas del dominio, tomando como base la norma del artículo 10 de la ley 160 de 1936.

Antes de la expedición de dicha ley no había texto alguno que definiera lo que ha de entenderse por petróleo de propiedad privada.

Al leer la exposición de motivos al proyecto de ley mencionado se encontrará cómo su autor subrayó, entre las novedades del mismo, la definición del derecho de propiedad privada sobre el petróleo. Interesa traer aquí un pasaje de tal exposición de motivos:

"El artículo 4º de la ley de petróleos establece que 'los derechos de los particulares sobre el petróleo de propiedad privada serán reconocidos y respetados como lo establece la Constitución, y el Estado no intervendrá, con respecto a ellos en forma que menoscabe tales derechos'. Se reconoce, pues, la existencia de petróleo de propiedad privada en el territorio del país, pero en ninguna parte de la ley se define cuál es el petróleo. A llenar este vacío viene el artículo undécimo (último del proyecto) que consagra en forma legal las doctrinas generalmente aceptadas hasta ahora al respecto. Actualmente, este punto capital, tanto para los intereses nacionales como para la industria del petróleo, obra en forma de doctrina y opiniones más o menos jurídicas y acertadas, pero que por sí solas no resuelven el problema que se contempla, y, antes por el contrario, cada nueva opinión, cada nueva tesis, cada nuevo concepto es un motivo más de duda, sin que jamás por ese camino se pueda llegar a resolver el punto, cuya decisión necesariamente debe estar consagrada en una norma legislativa que basada en la historia de nuestra legislación y en los estudios de los expertos sobre la materia, defina esta situación inestable y equívoca.

El artículo-norma a que se refirió el proyecto decía:

"Artículo undécimo—Es de propiedad particular el petróleo que se encuentre en terrenos cedidos o adjudicados por el Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad o resolución de la cesión o adjudicación que de ellos se hubiere hecho o por cualquiera otra causa legal. Son también de propiedad particular los petróleos legalmente adjudicados como minas durante la vigencia del artículo 112 de la ley 110 de 1912".

El artículo de la ley dice:

"Artículo 10—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 y que no hayan sido recuperados por la Nación por nulidad, caducidad, resolución o por cual-

quier 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 sexto de la presente ley, presentar el título de adjudicación expedido por autoridad competente durante la vigencia del citado artículo del Código Fiscal".

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:

"Esta definición de propiedad privada sobre el petróleo, se funda en principios muy conocidos, difundidos y consagrados en el país; definidos por la autoridad de la ley y confirmados irrevocablemente por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia; lo que excusa a la Comisión de entrar en nuevas explicaciones sobre los elementos de ese artículo, que se limita a reproducir postulados acerca de los cuales puede decirse que existe pleno y popular conocimiento de causa.

"Con todo, si esta definición no trae nada nuevo en el campo jurídico, sí tiene una notoria importancia psicológica como confirmación práctica de los principios de reconocimiento y respeto al legítimo dominio privado que pueda existir sobre yacimientos de petróleos, principios ya consignados en la forma abstracta de tesis en el artículo 4º de la ley 37 de 1931.

"Esperan la Comisión y el Gobierno que este artículo nuevo, que concreta y determina una tesis legal, y reconoce la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, constituya una nueva consagración de los derechos adquiridos y estimule a los legítimos dueños para el aprovechamiento adecuado de su propiedad, condición indispensable para que ésta pueda reclamar un completo goce de garantías sociales".

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 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 de 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 otros medios legales.

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. En cada caso debe estudiarse la cuestión. 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.

El doctor Miguel S. Uribe Holguín, apoderado del opositor, afirma, refiriéndose a los requisitos y comprobaciones exigidos por el artículo 10 de la ley 160 de 1936, que no es indispensable para demostrar el dominio privado del petróleo, que se acredite que los terrenos salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, porque dicha exigencia no se compadece con el control que el Estado ejerce sobre las tierras baldías, que no es el de dueño o señor de ellas, las que por lo mismo no se hallan en el patrimonio de la Nación, y no hallándose, mal pueden salir de él para pasar al patrimonio de los particulares: "los baldíos —dice— no están, ni han estado durante la República, por lo menos, en el patrimonio del Estado (res privata)". Y agrega que el Estado no tiene dominio privado de los baldíos, aunque el artículo 44 del código fiscal reza que le pertenecen, y el 675 del código civil, que son bienes del Estado; pues los baldíos son cosas de dominio público, adjudicables, sobre los cuales tan sólo tiene el Estado una especie de superintendencia; el poder público los adjudica, no la persona jurídica del Estado.

La Sala juzga acertadas estas opiniones, pero no las estima bastantes para demostrar que los baldíos no son susceptibles de pasar del patrimonio del Estado al patrimonio de los particulares.

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 código fiscal, que dice que el Estado es dueño de los baldíos "por carecer de otro 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 en que el Estado se desprende legalmente de sus tierras baldías en beneficio de terceros.

Examen de los títulos presentados por el opositor.

Con las premisas sentadas, ha de pasar la Sala al estudio de los títulos allegados por el opositor con el fin de comprobar el dominio privado del petróleo.

Los títulos aducidos, anteriores al año de 1873, son, como ya se expresó, el certificado expedido por el alcalde de Girón el primero de octubre de 1730, de una adjudicación a Juan Antonio de Frías, de una estancia de ganado mayor en la Isla de Pariguarí, y la escritura número 229 de 7 de agosto de 1873 por la cual Francisco Gutiérrez Salgar vende la Isla de Pariguarí a Demetrio Cruz.

Ambos documentos se refieren a un mismo lote, la Isla de Pariguarí. Este lote hace parte del dominio de Santo Domingo, de que arriba se trata en este fallo.

En relación con las tierras llamadas el Retiro no se ha traído documento alguno para acreditar el dominio privado del petróleo en ellas.

a) La adjudicación a Juan Antonio de Frías

Expresa la certificación que figura en autos, expedida por el Alcalde Ordinario más antiguo de la ciudad de Girón, que en el concurso de acreedores seguido contra los bienes de la sucesión de Salvador Romero, se le adjudicó a Juan Antonio Frías una estancia de ganado mayor en la Isla de Pariguarí, cerca del Champán, en el río Sogamoso, la

que está incluída en un título anterior a favor de dicho Romero, referente a varias estancias, el cual título se halla en poder de María de Colmenares, su mujer. El certificado, que aparece extendido en papel y escrito en caracteres al parecer antiguos, está encabezado con un sello borroso y con un membrete en que se lee: "..... SELLO..... AÑOS DE MIL SETECIENTOS Y VEINTE Y OCHO Y VEINTE Y NUEBE", y se halla firmado por Manuel Gutt. Calderón, y los testigos Diego... y Sebastián Díaz de Mayorga.

No hay comprobación alguna en el expediente sobre la existencia del funcionario que aparece expidiendo el certificado, ni acerca de la facultad con que obraca para hacer la adjudicación a que él se refiere.

Es, además, extraño que un documento de esta clase permanezca en poder de particulares más de doscientos años, sin que los interesados lo hubieran defendido protocolizándolo en alguna Notaría.

Tal certificación, en el caso de ser auténtica, podría servir como elemento de prueba, al cual no quiere la Sala restarle importancia o valor. Pero no hay pruebas en autos que sirvan para establecer la autenticidad del documento.

Por lo cual la Sala no puede aceptar la dicha certificación como medio probatorio en este juicio.

Y estas razones son suficientes, en concepto de la Sala, para estimar que el certificado del alcalde de Girón no acredita propiedad particular sobre la Isla de Pariguaní, y que, por tanto, con él no se demuestra legalmente que aquélla hubiera salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873.

b) La venta de Gutiérrez a Cruz

En la escritura número 229 de 7 de agosto de 1873, por la cual Francisco Gutiérrez Salgar vende a Demetrio Cruz un terreno denominado "La Isla de Pariguarí", a orillas del río Sogamoso, no hay más datos sobre el origen de esa propiedad sino el de que el terreno "lo hubo el otorgante por herencia de su finado padre el señor Marcos Gutiérrez", y en la pruebas traídas por el opositor no hay ninguna que explique cómo y cuándo adquirió Marcos Gutiérrez el dicho terreno.

No hay prueba sobre posesión anterior a Gutiérrez Salgar, con la cual pudiera, acogiéndose el interesado a ciertas leyes, llegar a demostrar la prescripción adquisitiva del dominio en su favor.

Tampoco aparece comprobada la propiedad por otro medio legal.

En tales circunstancias, es lo procedente que la Sala se abstenga de reconocerles validez o eficacia a los títulos presentados para comprobar con ellos la propiedad particular de los lotes a que se refiere la oposición, con anterioridad al 28 de octubre de 1873, y, por ende, el dominio privado del petróleo que se alega.

Por todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decide que no es fundada la oposición que el Caribe Syndicate, Limited, formuló a la propuesta de exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional hecha por Socony Vacuum Oil Company de Colombia el día 4 de febrero de 1956, en los municipios de Puerto Wilches y Lebrija, y ocasionalmente en el de Barrancabermeja, del Departamento de Santander.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Ministerio de Industrias y Trabajo.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS, CABLES AEREOS, POR PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO EN ESTOS CASOS

1. Las disposiciones sobre empresas ferroviarias son aplicables a las empresas de cables aéreos, de acuerdo con el Decreto Nº 1471 de 1932. 2. Tanto la ley 62 de 1887, como la 76 de 1920 hacen responsables a las empresas ferroviarias de los daños que se causen a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y las obligan a reparar los perjuicios consiguientes. 3. Las entidades de derecho público son responsables de los daños que por culpa de sus agentes se causen a terceros, por la relación de dependencia de tales agentes y empleados con respecto a aquellas entidades.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio siete de mil novecientos treinta y siete.

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

El doctor Francisco José Ocampo, como apoderado de los señores Pedro Pablo Alvarez O. y Susana Botero de Alvarez, demandó por los trámites ordinarios al Departamento de Caldas, para que con citación y audiencia del Agente del Ministerio Público, se declare que la expresada entidad está obligada a pagar a los poderdantes, seis días después de ejecutoriada la respectiva sentencia, la suma que en el curso del juicio se demuestre por medio de peritos que valen los perjuicios causados por razón de la muerte del joven Hernando Alvarez Botero, hijo de los demandantes. Subsidiariamente pidió que se condene al Departamento o a la empresa del Cable Aéreo del Norte, de propiedad de dicha entidad, a pagar la cantidad de dinero que en juicio separado se acredite, como valor de los perjuicios aludidos en la petición principal.

Los hechos de la demanda son los siguientes:

"1º Pedro Pablo Alvarez O. y Susana Botero, mis mandantes, están casados legítimamente por los ritos eclesiásticos, y de dicho matrimonio nació el joven Hernando Alvarez Botero, quien tenía cuando murió dieciocho años.

"2º El nombrado joven Alvarez Botero murió el día veinte de noviembre del año de mil novecientos treinta y tres, con motivo del grave siniestro ocurrido el mismo día, ocasionado por la caída violenta de la vagoneta en que viajaba en compañía de otro joven, señor Noel Flórez Alvarez, quien pereció también. Dicha caída se originó por causa de que a su vez se cayó una de las torres próximas, sobre la cual se vino un gran bloque de tierra, deslizamiento que se produjo en el paraje de 'El Cardal', jurisdicción del Municipio de Neira, en donde se hizo un banqueo que suele conocerse con el mismo nombre de 'El Cardal', zona ésta por donde pasa la línea del cable mencionado.

"3º La Empresa referida es de propiedad del Departamento de Caldas y se explota por su cuenta.

"4º Esta Empresa presta servicios de transporte de carga y de pasajeros en el trayecto comprendido entre esta ciudad y la población de Aranzazu.

"5º El accidente aludido en el hecho segundo anterior se originó por culpa de la Empresa mentada, una vez que no se suspendió el servicio de transporte para pasajeros en la época en que sobrevino, a pesar de que ello hubiera sido lo indicado, lo prudente y lo que aconsejaban las circunstancias: un fuerte invierno que por entonces se presentó y que tomó caracteres verdaderamente alarmantes; lo deleznable de algunas zonas de la vía; el peligro que ofrece en forma normal ese peculiar sistema de transporte, y, en fin, la razón muy clara de que los empresarios debieron tener conocimiento de que precisamente en el sitio donde se derrumbó la torre que causó la caída de la vagoneta en que viajaba el joven estudiante caía, en la víspera del acontecimiento, de la parte superior del talud del corte denominado en el punto segundo precedente, tierra sobre el lugar donde estaba situada la torre que se derrumbó, siendo evidente el peligro para la vida de los pasajeros.

"6º La Empresa no puso, pues, los medios adecuados para evitar este siniestro ni otro ninguno, no obstante el mal estado de la vía y de la naturaleza peculiar de este sistema de transporte".

El Fiscal 2º del Tribunal contestó la demanda aceptando los cuatro primeros hechos y negando el quinto, considerando que el siniestro fue fortuito, inesperado y en manera alguna previsible.

El Tribunal, en sentencia de fecha veintiuno de octubre del año pasado, reconoció el derecho de los demandantes a la indemnización de perjuicios, por considerar que el siniestro ocurrió por descuido de la Empresa; pero declaró establecida la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante, y como consecuencia, absolvió al Departamento de los cargos de la demanda. El fallo fue apelado por el doctor Ocampo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente en la Corte, se pasa a decidirlo.

Las pruebas

Para declarar la excepción de ilegitimidad de la personería de los demandantes, el Tribunal se fundó en que en el expediente no aparecía la prueba del matrimonio de éstos. Durante el término de prueba de la segunda instancia, se trajo a los autos copia de la partida respectiva, expedida por el señor Cura Párroco de Marulanda, en la cual consta que el 20 de mayo de 1912 contrajeron matrimonio el señor Pedro Alvarez y la señora Susana Botero. Figura también en autos la partida de nacimiento de Luis Hernando Alvarez, quedando en esa forma comprobado el carácter de los demandantes como padres legítimos del joven Alvarez, víctima del siniestro a que se ha hecho mención. La omisión anotada por el Tribunal fue corregida satisfactoriamente.

El testigo Juan de la Cruz Ríos declaró lo siguiente durante el término de prueba de la primera instancia:

"Es cierto y me consta personalmente que el día 20 de noviembre de 1933 ocurrió un siniestro en el Cable Aéreo del Norte, en el paraje de 'El Cardal', municipio de Neira, motivado por un derrumbamiento de tierra que hizo caer la vagoneta en que viajaban los jóvenes Noel Flórez y Hernando Alvarez Botero, quienes perecieron en el siniestro. Al punto 2º: Es verdad que conozco personal y directamente la brecha o corte de 'El Cardal', en el Cable Aéreo del Norte; y es verdad que de la misma manera conozco el sitio donde ocurrió el deslizamiento, y por ese conocimiento me consta que antes del siniestro del 20 de noviembre rodaba tierra del talud a la brecha, que el terreno en este sitio estaba tarjado, que el agua penetraba por las hendiduras del mismo, y que se comprendía claramente que de un momento a otro, debido al fuerte invierno, ocurriría el deslizamiento que se presentó. Al punto 3º: Es verdad que en la semana anterior al siniestro y por motivo del fuerte invierno que hacía, el Cable era suspendido casi diariamente por el peligro de siniestro que ofrecía. Al punto 4º: Es verdad que por motivo de un derrumbamiento en la torre Nº 29, entre 'Tareas' y 'El Cardal', el Cable se desniveló o descentró; y es verdad que la torre Nº 29 tuvieron que pasarla en esos días a otro lugar. Al punto 5º: Es verdad que los empleados del Cable, como visitadores, revisores, engrasadores visitaron antes del siniestro la brecha de 'El Cardal' y se dieron plena cuenta de que el terreno ofrecía allí tarjaduras y graves peligros de un siniestro, máxime tratándose de un terreno deleznable y en una época de crudísimo invierno como el que se presentó generalmente en los últimos meses del año pasado. Al punto 6º: Es verdad que el día del siniestro de los jóvenes Flórez y Alvarez, y momentos antes de ocurrir, el Cable estuvo parado por más de quince minutos y estaba parado en los momentos del siniestro, por causa de los trabajos que ejecutaban la empresa para mover una torre que ofrecía peligro de caída, y si el Cable no hubiera sido parado, el derrumbe ocurrido no había cogido en este sitio la vagoneta de los jóvenes Flórez y Alvarez. Al punto 7º: Es verdad que en la región de 'Tareas', 'El Cardal', etc., todos los habitantes temían y esperaban de un momento a otro un grave siniestro, por razón del crudo invierno y de las tarjaduras que ofrecía el deleznable terreno que atraviesa la línea en esos sitios, así como el descuido de la Empresa, que no suspendió el servicio para pasajeros, como era el público clamor de los habitantes. Al punto 8º: En mi concepto, el siniestro y la muerte de los jóvenes Flórez y Alvarez se debió a descuido, impericia y omisiones de la Empresa del Cable, que con las amenazas de derrumbamiento que ocurrían en esa región y por el crudo invierno que reinaba entonces, debió suspender el servicio de pasajeros".

Este testimonio está corroborado por los testigos Luis Angel Ríos, Horacio Ríos, Asnoraldo Parra, Pedro Luis Tabares, Jesús Giraldo, Darío Ramírez, Antonio María Loaiza, Severiano Franco, Argemiro Cardona, Carlos Acebedo y Ramón Osorio. Todos los testigos terminan sus declaraciones afirmando que en su concepto el siniestro y la muerte de los jóvenes Flórez y Alvarez se debió a descuido, impericia y omisiones de la empresa del Cable, que con las amenazas

de derrumbamientos que conocían en esa región y por el crudo invierno que reinaba entonces, debió suspender el servicio de pasajeros.

El hecho del siniestro en el cable aéreo, ocurrido el 20 de noviembre de 1933, en el punto de "El Cardal", en el cual perdió la vida el joven Hernando Alvarez que viajaba en aquel vehículo, está plenamente establecido en el juicio. Sobre ese hecho declaran los testigos citados y consta en el informe del Administrador, señor Francisco Luis Arango, dirigido al Gobernador del Departamento, ratificado bajo juramento durante el término de prueba. El hecho de que el joven Alvarez murió a consecuencia del siniestro, está plenamente establecido además por el testimonio de los médicos doctores Néstor Villegas y Abelardo Arango, quienes reconocieron el cadáver.

La causa del accidente fue un deslizamiento de tierras sobre la torre, en el corte por el cual pasa el cable en el punto de "El Cardal", debido al fuerte invierno que hacía; la tierra al deslizarse hizo caer la vagoneta en que viajaba el joven Alvarez. Sobre esto declaran los testigos citados y el Administrador de la empresa. También declaran sobre el particular los testigos presentados por el señor Fiscal del Tribunal durante el término de prueba de la primera instancia, que son: Francisco Jaramillo G., Gregorio González, Jorge Arredondo, Eduardo Pulgarín, Juan Salgado, Efraín Hurtado, quienes dicen además que no observaron nada anormal en la vía el día del siniestro, circunstancia por la cual afirman que éste fue un caso fortuito que no se podía prever.

Los peritos doctores Julio Buitrago y Francisco Londoño, en la diligencia de inspección ocular practicada a petición del señor Fiscal, dijeron lo siguiente:

"1º La torre está a un lado de la vía, perfectamente inutilizada, pues toda su armadura está torcida. La consistencia y solidez de las bases es muy buena; pues son de concreto asentadas sobre una roca esquistosa y resistieron el empuje del derrumbe que desplazó la torre; 2º El sitio donde estaba la torre el día del siniestro, es el indicado por la técnica, y el sitio por sí mismo no supone peligro para seguridad del vehículo; pero el peligro viene de la gran altura del corte y de la naturaleza del terreno en el talud izquierdo; 3º La torre es de muy buena construcción y está instalada sobre terreno y base sólida, pero como está situada en un corte de cajón muy alto por el talud izquierdo, pueden presentarse casos fortuitos de derrumbamientos que ocasionen daños en la vía y hacerla peligrosa. A las preguntas formuladas por el doctor Francisco José Ocampo contestaron así: a) Examinado el corte, los taludes y la parte del terreno, en la brecha del 'Cardal': encontramos que la base del corte hasta unos 3 metros de altura, es un esquisto pizarroso y sobre esta capa está asentada otra capa de conglomerado de unos 37 metros de altura. El corte tiene una altura aproximada de 40 metros verticales, y por la parte sana de talud en el esquisto, se nota que el talud primitivo era del medio, porcentaje que consideramos insuficiente en un terreno como el examinado. La capa de conglomerado es porosa y presenta vestigios de capas de arena y además en su parte superior se encuentran tarjaduras viejas. Corrientes de agua viva no las hay, pero por la configuración topográfica se ve que en tiempos de lluvias, gran cantidad de aguas vienen sobre el corte, y probablemente en un invierno fuerte, estas aguas provocarán nuevos derrumbamientos. b) Es verdad que una de las torres del Cable entre el Cardal y Tareas necesitó ser cambiada a otro sitio por motivo de un derrumbamiento del terreno; y esta torre es la número 29 del cable, la que fue trasladada unos cuarenta metros adelante. c) Un invierno fuerte como el del año de 1933, muy probablemente se presentarán desmoronamientos en terreno como el examinado, teniendo en cuenta su formación y la altura tan grande del corte y las aguas que recibe".

Durante el término de prueba de la segunda instancia se trajeron al expediente varias actas de las sesiones de la Junta Directiva del Cable Aéreo del Norte, que dicen así:

"ACTA Nº 255 de fecha tres de noviembre de mil novecientos treinta y tres. "....

.....

"5º Para conocimiento de la Junta, el señor Administrador informó lo siguiente: 1º Que debido al crudo invierno de las últimas semanas de octubre y noviembre en curso, anunciaba que en la 4ª sección había una torre que estaba desnivelándose debido al mal terreno donde estaba colocada. Que al dar este aviso quería anunciar que estaba estudiando la forma de remediar tan grave mal. 2º Que con los sucesivos empalmes que estaban haciendo en las cuatro secciones del Cable del Norte, la existencia de rollos de cable ya se terminaban, lo que precisa obtener cotizaciones para nuevo pedido que debía hacerse. Que en tal caso solicitaba la autorización para solicitar las cotizaciones del caso con el fin de obtener el mejor precio. De acuerdo con esta solicitud, determinó la

Junta darle la autorización para solicitar las mencionadas cotizaciones".

"ACTA Nº 256 de fecha 9 de noviembre de 1933". ..... 2º—UN INFORME.—El señor Administrador de la Empresa solicitó la palabra para dar cuenta del accidente ocurrido el día 6 del mes en curso.—Dijo cómo, después de una investigación muy severa y minuciosa de lo ocurrido, no había hallado una causa que lo justificara, salvo el que hubiera tenido como única causa un fuerte vendaval que en los precisos momentos del accidente azotaba la región donde éste ocurrió. Descartando con precisión absoluta ninguna responsabilidad por parte del personal de la Empresa.—Largamente se ocupó la Junta en analizar este asunto y después de estudiar la manera de darle al Cable la más completa seguridad, fue acordado lo siguiente: Redoblar el cuidado y la vigilancia en todas las dependencias de la Empresa, asunto éste que ofreció hacer cumplir el señor Administrador y que el mismo Administrador suministrara por escrito un detallado informe sobre la manera como viene atendiéndose el servicio diario en el Cable y las posibles causas que a su juicio hubieran podido motivar el accidente recientemente ocurrido".—ACTA Nº 257 de fecha 16 de noviembre de 1933.—"..... Finalmente el mismo señor Administrador el deseo de que la H. Junta tomara una resuelta determinación para investigar si la Empresa de los Cables estaba en las malas condiciones de organización en que la han venido haciendo aparecer algunos individuos en artículos publicados en periódicos locales, en cuyo caso él en su nombre y en el de sus subalternos, abriría amplio campo para que se investigara hasta el más mínimo detalle en ella y si en realidad se encontrara algo que justificara estas apreciaciones transmitidas por la prensa, se procedería sin ninguna consideración a buscar la forma de darle la conveniente organización a tan importante Empresa y al contrario si no se encontraba el motivo para estas censuras, se le diera, no sólo para él sino para el mismo personal subalterno, un voto de confianza por parte de la Junta que los pusiera en condiciones de tranquilidad, para poder continuar luchando en su favor. Al efecto, solicitó permiso para retirarse de la reunión mientras fuera considerado el punto, solicitud que le fue negada por el señor Gobernador, Presidente de la Junta, manifestándole que no era preciso que se ausentara para considerar un asunto demasiado conocido por el Gobierno que presidía, pues que tanto él como el señor Secretario de Obras Públicas ya habían conceptuado que lo ocurrido en el Cable era sólo efecto del crudo invierno que se venía sufriendo, que en consecuencia podía contar el señor Administrador con esta confianza. Los señores miembros de la Junta manifestaron estar acordes con lo dicho por el señor Gobernador y como resultado de sus apreciaciones dejaron su constancia por medio de la siguiente proposición, que fue aprobada unánimemente: "La Junta de los Cables Aéreos, no obstante cualquier versión que circule respecto de la efectividad con que administra la Empresa de los Cables el doctor Francisco Luis Arango, se complace en manifestar que está satisfecha de la manera eficaz como dicho señor se preocupa por la buena administración y organización de ella, así como por la inmediata solución que procura a los graves problemas que se han presentado en ella".....

ACTA Nº 258 —de fecha noviembre 21 de 1933—. "..... El señor Gobernador, presuponiendo que de todos los miembros de la Junta era conocido el informe del señor Administrador de la Empresa sobre el daño ocurrido en la 3ª sección y el siniestro en que perdieron la vida los estudiantes señores Hernando Alvarez y Noel Flórez hizo una amplia exposición demostrando que el siniestro ocurrido no tenía otra causa que el fenaz invierno que estábamos sufriendo por cuyo motivo había resultado el gran deslizamiento de tierra que trajo como consecuencia la sensible tragedia que hoy se lamentaba. No obstante esto, conceptuaba debía darse una clara explicación haciendo notar que ni la Gobernación ni la Junta descuidaban un solo momento la correcta marcha de la Empresa y que la estricta vigilancia tenida hoy en ella no había evitado un accidente de tánta magnitud, mas en un punto donde el terreno ha dado las mayores seguridades por su solidez y por no haberse notado el más mínimo detalle que pudiera presagiar peligro alguno. Que para conseguir este fin, conceptuaba debiera designarse una comisión de dos ingenieros que estudiando el lugar del siniestro, dictaminaran el motivo de él así como el estado del terreno, etc. Así como también pensar si se suspendía el tráfico para pasajeros, asunto que consideraba oportuno en vista de tántos desastres. Oída la exposición, hicieron uso de la palabra los vocales señores Castro L. y Echeverri para demostrar que estaban conformes con lo insinuado por el señor Gobernador y que en consecuencia debiera obrarse de conformidad. El señor Administrador expresó su concepto favorable en cuanto a la designación de la comisión de Ingenieros, mas no así en la suspensión del tráfico para

pasajeros, poniendo como causa los graves perjuicios que sufrirían las gentes con tal determinación, ya que los caminos de herradura estaban intransitables. Orientado el criterio de los HH. miembros, fue acordado lo siguiente: 1º El doctor Echeverri sentó la siguiente proposición, que fue aprobada: 'Comisiónese al señor Secretario de Obras Públicas para designar, previo arreglo con ellos, dos Ingenieros que hagan una inspección ocular sobre posibles causas y resultados de un deslizamiento de terreno en el punto de 'El Cardal', sección 3ª, que causó el daño en este sector y del cual resultaron muertos los estudiantes señores Hernando Alvarez y Noel Flórez'. 2º En cuanto a la suspensión del tráfico, autorizar al señor Arministrador para que lo haga cuando lo encuentre conveniente".

Los peritos que practicaron la inspección ocular dicen que la torre ofrecía peligros, especialmente en invierno, por estar situada a gran altura del corte, muy alto por el talud izquierdo. De las actas de la Junta Directiva en los meses de octubre y noviembre de 1933, se desprende que con anterioridad al veinte de noviembre, día en que murió el joven Hernando Alvarez, ocurrió otro siniestro en el cable; que la prensa se quejaba de la desorganización y descuido de la empresa; que la Junta tenía noticia de los peligros que ofrecía la vía por causa del invierno; que se había pedido la suspensión del servicio para evitarlos. Numerosos testigos coinciden en afirmar que la vía ofrecía peligros de derrumbamientos por el invierno. De todo esto se concluye que el suceso se hubiera podido evitar si la empresa hubiera tomado las medidas necesarias para conjurar el peligro que ofrecía la vía.

La cuestión de derecho

El demandante apoyó su acción en las disposiciones del Título 34 del C. C. sobre responsabilidad común por los delitos y las culpas (libro 4º), especialmente en los artículos 2341, 2349 y sus concordantes, en el artículo 5º de la ley 62 de 1887 y en el artículo 26 de la ley 76 de 1920.

Está probado que el Cable Aéreo del Norte es propiedad del Departamento de Caldas, destinado al servicio de pasajeros y de carga. La construcción de la obra fue ordenada por la Asamblea de Caldas, por la Ordenanza Nº 11 de 1924, copia de la cual figura en autos.

Las disposiciones sobre empresas ferroviarias son aplicables a las empresas de cables aéreos. El decreto Nº 1471 de 1932 establece lo siguiente:

"Artículo 1º Para los efectos de la ley 1ª de 1932 y del presente decreto, se entiende por empresas ferroviarias las que en seguida se indican, siempre que se encuentren en explotación y presten servicios al público:

"a) Ferrocarriles propiamente dichos;
"b) Tranvías;
"c) Funiculares;
"d) Cables áreos.

La ley 1ª de 1932 y el decreto citado, se refieren concretamente a la jubilación de empleados y obreros ferroviarios; pero la definición de empresas ferroviarias dada en la disposición mencionada, se puede aplicar por analogía a todos los demás casos, por ser una norma autorizada de interpretación legal, que consulta la técnica y la índole especial de las mencionadas empresas de transporte.

El artículo 5º de la ley 62 de 1887, dice que los empresarios de vía férreas serán responsables de los daños y perjuicios que se causen a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y que sean imputables a descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos. Con arreglo al artículo 26, ordinal e), de la ley 76 de 1920, las empresas férreas están obligadas a indemnizar los daños que se causen a las personas que vayan en los trenes o estén en las inmediaciones de las vías, motivados por descuidos, omisiones o impericias de tales empleados.

El artículo 2341 del Código Civil establece: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido". Y el artículo 2356 de la misma obra dice que "por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

Las entidades de derecho público son responsables de los daños que por culpa de sus agentes se causen a terceros, por la relación de dependencia de tales agentes y empleados con respecto a aquellas entidades. Esto se desprende de las disposiciones de los artículo 2347 y 2349 del C. C.

De los textos legales citados surge claramente la responsabilidad del Departamento de Caldas, como propietario de la empresa del Cable Aéreo del Norte, en el siniestro que se ha mencionado.

La Corte en numerosas sentencias dictadas en casos análogos ha sentado la doctrina de que las entidades de derecho público,

como la Nación, los Departamentos y los Municipios, son susceptibles de condenaciones a que puede dar lugar el daño acusado por el hecho, negligencia o imprudencia de sus agentes.

El señor Procurador cita los artículos 306, 818 y 822 del Código de Comercio, y 1604, 2071 y 2072 del C. C., para llegar a la conclusión de que no se trata de la culpa contractual en este caso, por cuanto no está comprobado el respectivo contrato de transporte. Conceptúa igualmente que no puede considerarse al Departamento como responsable de una culpa extracontractual, porque no aparecen acreditados todos los requisitos necesarios para llegar a esa conclusión. Se expresa así el mencionado funcionario:

"No aparece por parte alguna comprobación fehaciente del elemento objetivo, pues aun cuando se ha acreditado que los jóvenes iban en el cable aéreo de propiedad del Departamento, no se ve a su vez la comprobación de que el cable funcionara en el momento del accidente, evacuando el servicio oficial; o que un empleado departamental haya conducido en ese preciso momento, el cable desde la oficina central destinada al efecto, ni tampoco se ve o aparece comprobado que la vagoneta por sí sola pudiera causar algún daño. Se pudo acreditar el punto 4º de los hechos que dice: "que la empresa transporta carga y pasajeros", pero no se demostró que en el momento del accidente estuviera cumpliendo el servicio.

"Pero hay más: aun comprobados los elementos anteriores, quedarían además por justificar otros dos hechos:

"1º El viajero que sufrió el accidente, usaba normalmente del bien o del servicio que pudo ocasionarle ese daño, pues no podría sentirse lesionado y exigir la correspondiente indemnización aquél que no comprobara que ejercitaba el servicio de acuerdo con las condiciones que la empresa, (sic) porque en este caso, el viajero asumiría los riesgos naturales del transporte. Tal puede suceder en el evento de que el viajero no hubiera comprado pasaje, o graciosamente hubiera viajado por virtud de la autorización de un empleado, que no tenía facultad de obligar a la empresa que transitara por una carrilera, por una zona de tiro, etc.

"Se echa de ver, en este caso, la falta de este medio de prueba.

"2º El vínculo de causalidad entre el hecho u omisión y el perjuicio, esto es, que el último no hubiera ocurrido sin aquél, pero esta causalidad no puede ser remota, como en el evento de una construcción deficiente de los frenos de un automóvil en su fabricación, desconocido por el conductor del carro y por cuyo motivo sucede un accidente de tránsito, que sería imputable, no al dueño del carro, sino a la casa constructora. Esta causalidad debe ser próxima; si el agente fue causa del acto perjudicial, la culpa se radica en él, no en otro.

"En cuanto a la causalidad próxima no aparece acreditada en forma alguna en los autos, pues apenas se destaca en ellos, como generadora del accidente, una causa remota, o sea, la deficiencia técnica de la construcción de un talud".

A lo anterior se hacen las siguientes observaciones:

No se necesita acreditar, tratándose de un cable aéreo, que en el momento del accidente cumplía un servicio oficial o que iba manejado por los empleados de la empresa, porque se trata de un medio de transporte que tiene una instalación complicada, que sólo puede manejarse por los técnicos y expertos de la empresa respectiva. Por otra parte, la empresa no ha negado ese hecho ni tampoco el representante del Departamento al contestar la demanda, ya que al referirse a los primeros tres hechos de ella, los aceptó. El Administrador de la empresa tampoco negó el hecho de que el cable realizaba un servicio oficial, pues en la nota en que da cuenta del siniestro al Gobernador se limita a decir que la catástrofe fue un caso fortuito, porque la empresa había puesto todos los medios para evitar el peligro. Por tanto, la primera observación del señor Procurador carece de fundamento.

Tampoco ha sido negado por la parte demandante que el señor Hernando Alvarez, en el momento del siniestro, usaba normalmente del vehículo. La empresa ha reconocido que iba en calidad de pasajero, en vía hacia Manzanares. Por consiguiente, no es necesaria la prueba que echa de menos el señor Procurador.

El vínculo de causalidad entre el hecho u omisión y el perjuicio, está probado, porque se estableció que la línea ofrecía deficiencias que conocía la Junta Directiva de la empresa y que ésta no puso todo el cuidado necesario para proteger a los viajeros de un posible derrumbamiento de la vía. Por tanto, las razones expuestas por el señor Procurador, así como la excepción de caso fortuito alegada por el señor Fiscal del Tribunal, no pueden prosperar.

Sobre esto último dice lo siguiente el Tribunal, que la Sala encuentra fundado:

"Se alega por la parte demandante que el siniestro ocurrió por caso fortuito. Las pruebas de testigos de esta parte dan fe de que

la vigilancia de la empresa, a lo largo de la vía, se aumentó con motivo del invierno. Pero la prueba sobre la vigilancia para desvirtuar la omisión o el descuido o impericia demostrada por las pruebas del demandante, y corroborada con la inspección ocular transcrita, no es suficiente, porque la vigilancia por estricta que hubiera sido, llegaba a ser nula ante el peligro constante que constituía el talud mal construído, y minado por la acción de las aguas lluvias, cosa que era previsible, como se deduce del dictamen pericial y de las declaraciones de los testigos que vieron con anterioridad el peligro. Y si esto fue previsible, no existe el caso fortuito alegado".

Los peritos Ricardo Jaramillo Arango y Luis Jaramillo Restrepo avaluaron los perjuicios causados con la muerte del joven Hernando Alvarez, tanto los materiales como los de orden moral, en la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000). El dictamen no fue objetado y como reúne las condiciones exigidas por el artículo 721 del C. J., constituye plena prueba.

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 al Departamento de Caldas, como propietario de la empresa del Cable Aéreo del Norte, a pagar a los señores Pedro Pablo Alvarez O. y Susana Botero de Alvarez, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de ocho mil pesos ($ 8,000), por los perjuicios causados a los citados señores por razón de la muerte de su hijo menor Hernando Alvarez Botero, ocurrida en el siniestro del Cable el día veinte de noviembre de mil novecientos treinta y tres, en el punto de "El Cardal", jurisdicción del Municipio de Neira.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna S.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SE DEMANDA LA CANCELACION DE UNA MATRICULA DE ABOGADO

Para privar a un abogado del ejercicio de su profesión, de acuerdo con la ley, las causales alegadas deben aparecer plenamente probadas porque el fallo condenatorio en este caso envuelve no solamente una gravísima sanción moral, sino un perjuicio de carácter material, ya que se priva al acusado de los medios de ganarse la vida. Por eso el juzgador debe reclamar la comprobación plena y convincente de los hechos alegados, para ponerse a cubierto de cometer una injusticia. Si es verdad que causan alarma los agobiados negociantes, que van envileciendo la profesión, no sería menos grande la sorpresa que produciría el hecho de prohibirle a un abogado el ejercicio de su profesión por medio de un fallo apoyado en simples indicios y conjeturas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta y siete.

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

El doctor Gerardo Arias Mejía demandó ante el Tribunal Superior de Manizales la cancelación de la inscripción y admisión del doctor Elías Gómez Robledo como abogado, a que se refiere el acuerdo número 100 de 22 de enero de 1929, expedido por el referido Tribunal. Se apoyó en los artículos 10 y 11 de la ley 21 de 1931.

El Tribunal, en sentencia de fecha 23 de septiembre del año pasado, declaró que no es el caso de cancelar la inscripción y admisión del doctor Gómez Robledo, ni de invalidar el certificado respectivo, ni de cancelar la matrícula. Condenó al demandante a pagar al demandado, a título de sanción, la suma de cien pesos moneda corriente.

El doctor Arias Mejía apeló de la providencia y el Tribunal le negó el recurso. Ocurrió de hecho a la Corte, y esta Sala, por auto de fecha dos de febrero pasado, admitió el recurso de hecho y concedió en el efecto suspensivo la apelación interpuesta contra la sentencia. Tramitado el negocio legalmente en la segunda instancia, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Los cargos del demandante se concretan así: Haber escrito el demandado doctor Gómez Robledo el testamento de don Nepomuceno Mejía en que hay dos cláusulas que lo favorecen; y haber dispuesto con un hermano suyo, sólo los dos, de los bienes de Nepomuceno Mejía, burlando el pago de los derechos de lazareto y a varios acreedores de la sucesión.

Para comprobar el primer cargo se pidieron durante el término de prueba las declaraciones de los señores Samuel Uribe, Eudoro Galarza Ossa, Ernesto Arias Echeverri y Miguel Henao, quienes firman la cubierta del testamento del señor Mejía y quienes presenciaron la diligencia respectiva. De estos testigos el único que dice que el doctor Gómez Robledo estaba presente en el momento del otorgamiento del testamento, es el señor Galarza Ossa, quien agrega que no recuerda o ignora si en poder del referido demandado hubiera quedado el testamento de que se trata. Ni con estos testimonios ni con ninguna otra prueba del expediente se pudo acreditar el hecho alegado por el demandante de que el doctor Gómez Robledo escribió el testamento de don Nepomuceno Mejía.

Sobre el particular se practicó igualmente una inspección ocular con peritos, pedida por el demandante, para comprobar que varias cartas y documentos firmados por el doctor Elías Gómez Robledo y el testamento de don Nepomuceno Mejía, fueron escritos en la misma máquina. Dicen los peritos que este hecho lo pueden asegurar porque en todos los documentos vistos la á minúscula está quebrada y aparece recortada en su curva. También declaran algunos testigos que el señor Mejía no sabía escribir en máquina.

Los hechos anteriores no acreditan que el doctor Gómez Robledo escribiera el testamento, ni puede desprenderse este hecho de las demás pruebas que obran en autos sobre la amistad del señor Mejía y del doctor Gómez Robledo y de la circunstancia de que el último le prestaba sus servicios profesionales al primero.

Respecto del segundo cargo concretado por el doctor Arias Mejía, el Tribunal hace el siguiente análisis de las pruebas que obran en autos:

"El actor deduce el segundo cargo formulado del hecho de haber intervenido el demandado y su hermano en la liquidación de la sociedad Agrícola e Industrial de que habla la escritura pública Nº 852 de fecha 8 de julio de 1933, cuando estaba impedido moralmente para ello, porque en dicha sociedad era accionista de las veinte acciones que el testador le había donado, y su intervención en liquidarla antes de protocolizar el testamento y seguir el juicio de sucesión equivalía a defraudar a los legítimos acreedores y al Fisco con los derechos de Lazareto, ya que todos o casi todos los bienes del señor Nepomuceno Mejía quedaron incluídos en la referida sociedad. Es decir, el actor considera como atentatorios de la moral profesional, los actos realizados por el doctor Gómez Robledo de liquidar en asocio de su hermano la sociedad adjudicándose en dicha liquidación las veinte acciones donadas por el testamento y los bienes que ellas representaban, aun antes de la protocolización de tal testamento, la cual se hizo posteriormente, cuando, según el demandante, "el demandado tenía sus acciones en caja y los bienes que a ellas correspondían los poseía por escritura pública".

"Concretado el cargo en la forma indicada, procede analizarlo a la luz de las pruebas aportadas al debate para saber si del estudio de éstas resulta probado el dolo o la intención inmoral que el actor atribuye a las actuaciones del demandado, ya que el tribunal no puede penetrar al fuero interno de las personas que en la ejecución de ellas intervinieron para fijar el alcance que persiguieron sus autores, porque esto escapa a la condición que tiene de juez de derecho, la que necesariamente lo constriñe en este caso a moverse y a obrar para producir su fallo dentro de los límites que le fijan las constancias oficiales del juicio.

"Resulta de autos que el señor Nepomuceno Mejía fundó con otras personas una compañía o sociedad, de naturaleza anónima, con un capital determinado, dividido en cien acciones de precio también determinado y negociables por la simple entrega del título, puesto que eran al portador. Esta sociedad se denominó Agrícola e Industrial, y en ella aportaron los socios varios bienes, distinguiéndose por su mayor aporte el hecho por el señor Mejía. Tal sociedad tuvo cinco reuniones de la asamblea general de accionistas, cuyas actas fueron traídas al juicio. Por la primera, se formó dicha sociedad y por la última se liquidó. En las tres primeras reuniones el citado señor Mejía presentó en cada una de ellas un título al portador correspondiente a una acción de su propiedad, y el señor Ramón E. Mejía, también en cada una de ellas, títulos por noventa y nueve acciones de su propiedad, quedando así representadas las cien acciones en que se dividió la compañía. En las dos últimas reuniones se representaron las acciones en esta proporción: el mismo señor Ramón E. Me-

jía, noventa y nueve acciones, y una el demandado doctor Gómez Robledo; y en la última reunión, el señor Luis Carlos Gómez, como apoderado de la señora Emilia Mejía de Mejía, representó ochenta acciones y el demandado veinte de su propiedad, completándose las cien acciones. En esta última reunión, que fue presidida por el demandado Gómez Robledo, en su calidad de primer suplente del gerente principal, se presentó y aprobó una proposición por la cual se dispuso liquidar la compañía, adjudicándose al demandado las veinte acciones representadas por éste, y las ochenta restantes a la mencionada señora de Mejía, autorizándose a la vez al gerente para que elevara a escritura pública el acto correspondiente. Esta es en síntesis la historia de los hechos de los cuales hace proceder el actor el cargo que se examina.

"De acuerdo con los estatutos de la sociedad, las acciones emitidas eran al portador y negociables por la simple entrega del título. El carácter de accionista se demostraba depositando los respectivos títulos en la gerencia con anterioridad o bien presentándolos el día y hora de la reunión. El gerente, de acuerdo con lo dispuesto en los mismos estatutos, podía ser persona que no fuera accionista de la compañía. La asamblea general de accionistas podía decretar la prórroga del término de duración de la sociedad o su disolución antes del tiempo prefijado para su existencia.

"Ahora bien: Para que la intervención del demandado, al liquidar la sociedad y adjudicarse en dicha liquidación las veinte acciones que representó en la última reunión de la asamblea general de accionistas, pudiera encajar dentro de la causal del artículo 10 de la ley 21 de 1931, hubiera sido necesariamente indispensable demostrar en este juicio que tal liquidación obedecía única y exclusivamente al fin determinado de sustraer los bienes pertenecientes al haber de tal sociedad del pago de deudas contraídas por ésta, o que se hubiera comprobado que al formarse la cuestionada sociedad, el señor Nepomuceno Mejía tuvo la intención de aportar todos sus bienes o la mayoría de ellos para sustraerlos de la persecución de sus legítimos acreedores, aceptando que apareciere establecido en este litigio que aquél, en el momento de aportar tales bienes realmente tuviera varias acreencias y que todos esos esos bienes formaban su patrimonio. Pero en ninguna parte está esto demostrado. Todo lo contrario, de autos aparece que se formó la sociedad cuyo aporte se hizo por todos los socios, y que uno de ellos, el señor Mejía, se desprendió de sus acciones antes de liquidarse la compañía, la cual gerenció en la cuarta reunión de la asamblea general de accionistas porque los estatutos le permitían tal cosa, aun cuando no tuviera el carácter de accionista de la institución. Luego, si al tiempo de liquidarse la compañía y en el momento de su muerte, el mencionado señor Mejía había transmitido a la señora Emilia Mejía de Mejía todas las acciones que poseía, transferencia autorizada por los estatutos y no prohibida por la ley, puesto que nada lo vedaba para aportar todos sus bienes a una sociedad cualquiera y después vender sus acciones, es claro que la sociedad podía liquidarse si así lo disponía la asamblea general sin que se tuviera que esperar a seguir el juicio de sucesión, porque los bienes aportados por aquél a la sociedad habían salido de su patrimonio desde mucho antes de la época de la liquidación, y por consiguiente, no estaban sujetos a denunciarse o ingresar a los inventarios del juicio de sucesión, ni sobre ellos pesaba el impuesto de Lazaretos.

"Por otra parte, el demandado, al presidir la última reunión de la asamblea general de accionistas en la cual se convino la liquidación de la sociedad, que la formaban en ese entonces, dicho demandado y la señora de Mejía, puesto que ambos poseían los títulos de todas las acciones; y al acordar con el señor Luis Carlos Gómez, su hermano, quien representaba a la referida señora de Mejía, la liquidación y adjudicación de los bienes que constituían el haber social, no hizo otra cosa sino amoldarse en un todo a los estatutos, sin que pueda discutirse lícitamente que sus actuaciones fueron indebidas por el hecho de representar veinte acciones de su propiedad, ya que era el verdadero dueño de éstas, porque presentó los títulos correspondientes, y tenía por tanto el derecho a que se le adjudicaran los bienes que correspondían a dichas acciones. Además, se repite, no se ha establecido el dolo que se alega por parte del actor, de que el demandado procedió con su hermano a la liquidación de la sociedad para sustraer los bienes de ésta del pago de deudas de legítimos acreedores, desde luego que no se ha comprobado que la tal sociedad tuviera deudas, y respecto de las que pudo haber tenido el señor Mejía, legalmente no tenían por qué satisfacerse con los bienes sometidos a la adjudicación por la liquidación, porque éstos lógicamente debían repartirse entre los socios de la compañía, de los cuales no hacía parte el prementionado señor Mejía, ni la sucesión de éste.

"Si la formación de la sociedad de que se habla tuvo por fin incluír todos los bienes

del señor Nepomuceno Mejía para impedir que éstos fueran perseguidos por sus acreedores, ha debido demostrarse esta circunstancia, y entonces sí podrían tenerse como delictuosos o inmorales los actos ejecutados por el demandado, pero nada de eso se comprobó en este juicio, y ya se dijo que el tribunal no puede entrar al fuero interno de las personas que intervinieron en tales actuaciones, porque su labor se concreta en este caso a deducir y apreciar los hechos de acuerdo con las probanzas del expediente.

"El hecho de que el testador señor Mejía haya legado en su testamento las veinte acciones que correspondieron en la liquidación de la sociedad al demandado, tampoco indica un acto inmoral por parte de ninguno de los dos, porque para ello sería necesario que el primero hubiera procedido engañado por el segundo por carecer de personalidad suficiente y de una cabal conciencia en el momento de testar, lo que no está probado, ya que todos los testigos están acordes en afirmar que el testador gozaba de su cabal juicio y de su plena conciencia en el momento de otorgar su testamento, y también, porque el texto de la misma cláusula que contiene la donación remuneratoria parece indicar que el móvil que tuvo el testador para hacerla fue el de satisfacer al demandado el pago de honorarios por servicios profesionales prestados por éste y que aún no se habían satisfecho".

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado de este negocio, considera que se debe confirmar el fallo apelado por falta de pruebas. Sobre el segundo cargo hecho por el doctor Arias Mejía, dice aquel alto funcionario lo siguiente, que la Sala acoge por estar de conformidad con lo que aparece de autos:

"....No podría llegarse a la conclusión de que los actos del doctor Gómez Robledo hubieran tenido por fin sustraer bienes a la persecución del fisco nacional. Sin la demostración de que hubo una apropiación indebida de las acciones de la Sociedad Agrícola e Industrial, es evidente que el Juzgador no podría en este asunto deducir contra el doctor Gómez Robledo las responsabilidades y consecuencias penales a que se contrae el pedimento de la demanda".

Según el artículo 10 de la Ley 21 de 1931, son causales para no ser admitido como abogado o para que se cancele la inscripción y admisión las siguientes:

1ª Haber sido condenado a sufrir una pena aflictiva y no haber sido rehabilitado por el Senado;

2ª Haber sido condenado por prevaricato o por violación del secreto profesional;

3ª Haber intervenido en cualquier forma en la celebración de actos tendientes a sustraer fraudulentamente los bienes a la persecución de los acreedores de una persona o a menoscabar las legítimas establecidas por la ley;

4ª Haber intervenido en actos o contratos simulados;

5ª Haber usado a sabiendas, como pruebas, declaraciones de testigos falsos o perjuros;

6ª Haber ejecutado actos notoriamente atentatorios de la moral profesional, a juicio del Tribunal respectivo.

Establece el artículo 11 de la misma ley que la resolución sobre cancelación del recibimiento puede dictarse a petición de cualquier ciudadano y previa sustanciación de un juicio sumario con audiencia del Ministerio Público.

El artículo 1208 del C. J. referente a los juicios sumarios, dice que en tales juicios se entiende que el Juez "no debe acceder a lo que se le pide sino cuando están probados los hechos en que se funde la solicitud".

Por consiguiente, cuando se trata de la cancelación de una matrícula de abogado, es necesario que los hechos alegados aparezcan plenamente comprobados para poder acceder a lo pedido. En el caso que se estudia, no está comprobado que el doctor Gómez Robledo se encuentre en ninguno de los casos contemplados en el artículo 10 de la Ley 21 de 1931.

Para privar a un abogado del ejercicio de su profesión, de acuerdo con la ley, las causales alegadas deben aparecer plenamente probadas porque el fallo condenatorio en este caso envuelve no solamente una gravísima sanción moral, sino un perjuicio de carácter material, ya que se priva al acusado de los medios de ganarse la vida. Por ese el juzgador debe reclamar la comprobación plena y convincente de los hechos alegados, pero ponerse a cubierto de cometer una injusticia. Si es verdad como lo dice el demandante que causan alarma los abogados negociantes, que van envileciendo la profesión, no sería menos grande la sorpresa que produciría el hecho de prohibirle a un abogado el ejercicio de su profesión por medio de un fallo apoyado en simples indicios y conjeturas.

Estima la Sala que la sentencia apelada debe ser modificada en el sentido de sancionar al demandante con la multa de cien pesos, por no aparecer de autos que en el ejercicio

de la acción que le concede la ley procediera con temeridad.

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 con la modificación de eximir al demandante de la multa de cien pesos que le fue impuesta.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA SOBRE ENTREGA DE UN CAMINO PARA HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN IMPUESTO, SOBRE PAGO DE PERJUICIOS, ETC.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Antecedentes:

El día treinta de diciembre de mil ochocientos noventa y dos el Gobierno Nacional celebró con el señor Miguel Perdomo Falla un contrato en virtud del cual éste se obligaba a construír un camino de herradura desde el Municipio de Campoalegre hasta el río Caguán, afluente del Caquetá. En dicho contrato se especificaban las condiciones de anchuras, pendientes, desagües del camino, la fecha de la iniciación de los trabajos y la época en que el camino debía estar terminado. El Gobierno no contraía las obligaciones del contrato, como aparece en las cláusulas del mismo, mientras el contratista no llevara a cabo la construcción del camino en la forma y condiciones en él estipuladas. El concesionario solicitó primero prórroga para iniciar los trabajos y le fue concedida; después la solicitó para construír el camino y se accedió igualmente a la misma solicitud del contratista. Antes que este plazo hubiera trascurrido, se celebró un nuevo contrato con los sucesores del señor Perdomo Falla. Esta segunda convención celebrada el día veintiséis de junio de mil novecientos cinco (1905) no fue cumplida por los contratistas y por ello la Nación, representada por el señor Procurador General, solicitó y obtuvo la resolución de tal contrato. Con fecha veinte de octubre de mil novecientos quince la Corte Suprema de Justicia declaró resuelto el contrato de fecha veintiseis de junio de mil novecientos cinco, celebrado por el Gobierno Nacional con los señores Gabriel Perdomo Falla, Soledad Buendía de Perdomo y Ester Perdomo; condenó a dichas personas a restituir a la Nación los terrenos baldíos, bosques y demás concesiones que se les habían otorgado y dispuso además que los derechos reconocidos a Miguel Perdomo Falla en el contrato de treinta de diciembre de mil ochocientos noventa y dos, pasaran a los herederos de dicho señor, en caso de que tal contrato exista legalmente.

Basados en esta declaración de la Corte y trece años después de proferida la sentencia de que se habla, Soledad Buendía de Perdomo, cónyuge sobreviviente de Miguel Perdomo Falla, Jorge Enrique Perdomo y Ester Perdomo de Millán, hijos legítimos del expresado señor Perdomo Falla, promovieron demanda ordinaria contra la Nación para que por sentencia definitiva se hagan las siguientes declaraciones en favor de la sucesión de Miguel Perdomo Falla, o de su cónyuge e hijos legítimos, que la representan legalmente:

1ª Que el contrato de 30 de diciembre de 1892 celebrado por el Ministerio de Fomento con el señor César E. Bravo, apoderado del señor Miguel Perdomo Falla, contrato que trata de la apertura de un camino de herradura desde el punto de la Virginia, antes Municipio de Campoalegre, Departamento del Tolima, hoy Municipio de San Juanito, Departamento del Huila, al puerto de San Ve-

nancio o San Vicente, antes del Departamento del Cauca, hoy de la Comisaría del Caquetá, ha existido legalmente desde la fecha de su aprobación por el Ejecutivo Nacional, o sea desde el 31 de diciembre de 1892 hasta el momento en que ese contrato fua sustituído por el de fecha 26 de junio de 1905, contrato éste último que la Corte declaró resuelto en sentencia definitiva de fecha 20 de octubre de 1915.

2ª Que por efecto de la resolución del contrato de 26 de junio de 1905, las cosas volvieron a su estado anterior, y por lo tanto quedó de nuevo vigente y en toda su fuerza legal el contrato de 30 de diciembre de 1892.

3ª Que los herederos y representantes de Miguel Perdomo Falla tienen derecho a que la Nación los sostenga en el uso y goce del privilegio que les concede la cláusula 6ª del contrato ya citado, o sea, a cobrar los impuestos de pasaje establecidos allí, y a las concesiones de baldíos otorgadas en el mismo.

4ª Que para hacer efectivos los derechos que a los representantes de Miguel Perdomo Falla les concede el contrato, se requiere que el Gobierno Nacional ponga el camino de la Virginia a San Vicente en el mismo buen estado en que le fue entregado por los concesionarios en el año de 1907.

5ª Que el término de 40 años de que trata el Art. 6º del contrato no debe contarse sino desde el día en que el Gobierno haya puesto el camino de San Vicente en el mismo buen estado en que lo recibió de los concesionarios.

6ª Para el caso de que la Corte no acceda a hacer las declaraciones solicitadas, se pide en subsidio, que se declare que la Nación está obligada a indemninzar a los herederos de Miguel Perdomo Falla, en dinero efectivo el monto de los perjuicios que en los 40 años de duración del contrato implica la privación de su ejercicio, uso y goce; que en consecuencia se condene a la Nación a pagar a los demandantes la cantidad que en este juicio comprueben que valen sus derechos y a entregarles además las correspondientes hectáreas de baldíos según lo estipulado en la concesión privilegiada del contrato de 30 de diciembre de 1892.

Como hechos fundamentales de su pedimento exponen los siguientes:

Primero: El señor Miguel Perdomo Falla, por medio de su apoderado el señor César E. Bravo, celebró con el Gobierno Nacional en diciembre de 1892, un contrato sobre apertura de un camino de herradura desde el sitio de la Virginia, antes Municipio de Campoalegre, Departamento del Tolima, hoy Municipio de San Juanito, Departamento del Huila, al puerto de San Venancio o San Vicente, antes en el Departamento del Cauca, hoy Comisaría del Caquetá.

Segundo: Dicho contrato está distinguido con el Nº 115 de 30 de diciembre de 1892. Fue aprobado por el Ejecutivo Nacional en 31 de diciembre del mismo año. Se encuentra publicado en el Diario Oficial Nº 9053 de 25 de enero de 1893. Y está protocolizado en la Notaría Primera de Bogotá según el instrumento número 825 de 21 de septiembre de 1893.

Tercero: Para garantizar el cumplimiento de dicho contrato Nº 115, el señor Miguel Perdomo Falla contituyó una fianza por escritura 825 de 21 de septiembre de 1893, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá.

Cuarto: Dicha fianza fue cancelada por escritura número 846 de 28 de septiembre de 1907, otorgada en la Notaría Primera.

Quinto: El contrato 115 mencionado fue sustituído por el contrato de 26 de junio de 1905, publicado en el Diario Oficial Nº 12414 de 3 de agosto de 1905.

Sexto: Este contrato de 26 de junio de 1905 fue declarado resuelto por la Corte Suprema a virtud de demanda promovida por el Procurador General de la Nación. La resolución fue declarada en sentencia de 20 de octubre de 1915, publicada en la Gaceta Judicial de 12 de julio de 1916.

Séptimo: En dicha sentencia la Corte hizo la siguiente declaración: "Tercero: los derechos otorgados al señor Miguel Perdomo Falla en el contrato Nº 115 de 30 de diciembre de 1892, pasaron a los herederos de dicho señor, en caso de que tal contrato exista legalmente".

Octavo: Los herederos de Miguel Perdomo Falla entregaron al Gobierno Nacional el camino de herradura de la Virginia a San Vicente de conformidad con las estipulaciones del contrato 115 del año de 1892.

Noveno: El Gobierno Nacional recibió el camino de la Virginia a San Vicente, y el acta de recibo está publicada en el Diario Oficial Nº 13131 de 2 de diciembre de 1907.

Décimo: En la escritura Nº 546 de 28 de septiembre de 1907, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, se declara cancelada la fianza constituída en la escritura 825 de 21 de septiembre de 1893 y en dicha escritura se hace la declaración de que están libres de toda responsabilidad el contratista Perdomo Falla, sus herederos y su fiador señor Muñoz U. "por haber cumplido en todas sus partes el contrato mencionado". (El 115 de 1892).

Undécimo: Los sucesores de Miguel Perdomo Falla y sus representantes actuales por razón del contrato 115 de 1892 no han podi-

do aún ejercitar los derechos que se le otorgaron al contratista Miguel Perdomo Falla en el artículo 1º de tal contrato, a causa de la sentencia de la Corte de 20 de octubre de 1915 y a causa de que la Nación ha ocupado el camino de San Vicente.

Duodécimo: El camino de la Virginia a San Vicente se encuentra en muy mal estado, porque hace varios años que la Nación no lo mejora; casi todos sus puentes se cayeron y en su totalidad es intransitable, con grave perjuicio para la colonización del Caquetá.

Décimo tercero: La construcción de ese camino, tal como le fue entregado al Gobierno Nacional, no puede estimarse en menos de cuatrocientos mil pesos.

Décimo cuarto: Actualmente, y á pesar del mal estado del camino, se conducen por dicha vía del Huila a las fincas de San Vicente y de éstas al Huila, no menos de mil quinientas reses por año, mas las cargas de mercancías, pasajeros de a pie y a caballo, cuyo cómputo se hará en el término respectivo del juicio.

Como fundamento legal de sus peticiones aducen los demandantes lo estatuído en el artículo 1602 del Código Civil y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de fecha 20 de octubre de 1915.

La Procuraduría General de la Nación al dar contestación a la demanda manifestó que se oponía a los pedimentos hechos en la misma por carecer actualmente los demandantes de derecho para intentar las acciones que han ejercitado y en vista del art. 950 del C. J., propuso en defensa de los intereses de la Nación las excepciones de cosa juzgada y ser condicional la obligación que se demanda y no estar cumplida la condición. Además, propuso demanda de reconvención contra los demandantes para que se declarara caducado o resuelto el contrato de fecha 30 de septiembre de 1892, celebrado entre el señor Ministro de Fomento y el señor Miguel Perdomo Falla, para la construcción de un camino de herradura entre el sitio de la Virginia y el punto de San Vicente sobre el río Caguán, por cuanto habiéndose puesto en mora el concesionario y sus sucesores en el cumplimiento de algunas de las condiciones especificadas en el contrato, desde antes de 1905, está cumplida la condición resolutoria conforme al artículo 1544 del Código Civil.

Posteriormente la Procuraduría General de la Nación, al formar el alegato de conclusión en este juicio, manifestó que prescindía de la demanda de reconvención propuesta anteriormente, por cuanto no habiéndose producido las pruebas necesarias para respaldar la solicitud de resolución del contrato, que hubiera sido decisiva para los intereses nacionales, no podía sostenerse en definitiva la precipitada contrademanda, pero que reproducía las excepciones perentorias propuestas en la contestación de la demanda principal.

Competencia de la Corte

La competencia de la Corte para conocer de este asunto la fija el artículo 40 del C. J., el cual dispone que la Sala Civil de Unica Instancia conoce privativamente, en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona aunque la Nación haya transferido en todo o en parte sus derechos.

La tramitación del juicio

Tanto los actores como el señor Procurador General de la Nación hicieron uso del término probatorio, en el cual se produjeron las pruebas solicitadas por ambas partes.

Los demandantes pidieron que se practicase una prueba pericial, la que fue decretada, pero posteriormente manifestaron a la Corte que renunciaban a dicha prueba y que deseaban que el juicio se adelantara sin ella, y así se dispuso.

Surtidos los traslados, recibidos los alegatos y llenadas las demás ritualidades del juicio, es llegada la oportunidad de proferir el fallo correspondiente, a lo cual se procede.

Estudio de las excepciones

Pasa la Sala a examinar las excepciones perentorias propuestas por el señor Procurador General de la Nación (fls. 51 y siguientes, cdo. número 1) y que él denomina "de cosa juzgada" y de "ser condicional la obligación que se demanda, y no estar cumplida la condición".

Cosa juzgada

Fundó el señor Procurador esta excepción en que lo que piden los demandantes en el presente juicio fue ya demandado en reconvención por ellos con motivo de la demanda promovida por la Procuraduría en el mes de octubre de 1908 contra los herederos de Miguel Perdomo Falla para que se declarara resuelto el contrato de 26 de junio de 1905; en que los pedimentos que entonces se hicieron son muy semejantes en sus puntos principales

a los que constituyen la base de esta litis; que ambas demandas tienen los mismos fines, que los dos juicios van entre las dos partes contendoras y que la sentencia pronunciada por la Corte en el primer pleito no admite recurso alguno, por tener el sello de la ejecutoria.

Es indudable que las demandas de reconvención propuestas por los herederos de Miguel Perdomo Falla, y que fueron falladas por la Corte en la sentencia de 20 de octubre de 1915, son muy semejantes a la demanda a que la presente sentencia se refiere, pero no son idénticas, ya que lo que entonces se pedía era la propiedad del camino, o sea el dominio de la vía, y lo que ahora se pide es la entrega del camino para que mediante esa entrega puedan los concesionarios demandantes ejercitar los derechos reconocidos en el contrato de 1882.

Esta diferenciación entre la sujeta materia del primer pleito y la del que ahora se ventila fue entrevista por la Corte desde su primer fallo, el 20 de octubre de 1915, en el cual se lee: "No es difícil observar el error en que se incurriría al interpretar esa cláusula en el sentido de que lo que los contratantes cedían al Gobierno era la propiedad o dominio del camino, desde luego que, como ya se ha visto, los caminos son bienes nacionales y que por el contrato de veintitrés de enero de mil ochocientos noventa y tres, lo que el señor Miguel Perdomo Falla, causante de los contratistas, adquirió, fue el derecho a cobrar un impuesto de tránsito, no el dominio del camino, cosas bien distintas por cierto... El tercer punto se dirige a obtener que la Nación sea condenada a pagarle el valor del camino, y ya se ha expresado que éste es un bien nacional, y, por lo mismo, al decretarse lo pedido, se llegaría al absurdo de avaluar y pagar a un tercero el valor de una cosa que pertenece a la Nación. Cabe aquí repetir lo que ya se ha declarado en este mismo fallo: la consorte de Millán o su causante adquirieron por el primitivo contrato el derecho a un impuesto de tránsito por 40 años sobre el camino de que se viene tratando, no precisamente un derecho de dominio sobre él; luego es aquel derecho y no el valor del camino lo que pudiera ser objeto de una demanda".

Y el punto tercero de la que ahora se estudia se dirige a solicitar una declaración de la Corte Suprema que reconozca el derecho que los demandantes creen tener a cobrar los impuestos de tránsito y pasaje establecidos allí".

Por donde se ve cómo la demanda a que se contrae el presente fallo no coincide con la reconvención a que el Procurador se refirió, por no ser iguales los objetos sobre que ellos versan. Y por tanto no hay lugar a considerar que está fundada legalmente la primera de las excepciones propuestas por el señor Procurador, y así ha de decidirse en la parte resolutiva de este fallo.

Ser condicional la obligación que se demanda, y no estar cumplida la condición

Se funda esta excepción en que los sucesores del concesionario Miguel Perdomo Falla, estimando vigente el contrato de 1882, piden que se les entregue el camino para cobrar el impuesto de tránsito de que trata el artículo 6º de dicho convenio, así como los demás derechos ofrecidos en él al concesionario, sin tener en cuenta que el contrato mencionado no fue cumplido en los términos previstos, pues al vencerse el plazo de ocho años estipulado para la entrega del camino, éste no estaba aún concluído y en estado de servicio.

Lo esencial de la excepción consiste en afirmar que el camino no fue construído y entregado dentro del término que para ello se fijó en el primitivo contrato, o sea el de ocho años contados a partir del día de su celebración.

Ya se vio, en la parte en que se hace relación a los hechos, cómo el contrato de 1882 fue reemplazado por otro de 1905. El último contrato fue resuelto por virtud de sentencia de la Corte Suprema dictada el 20 de octubre de 1915. En cuanto al primero, interesa examinar si él estaba vigente al momento de celebrarse el contrato de 1905, qué efectos jurídicos se produjeron respecto del primitivo contrato con la celebración del segundo y si alguno o algunos de ellos subsisten con posterioridad a 1905. Este estudio es necesario realizarlo previamente al examen de la cuestión planteada en la segunda excepción, para poder deducir lo que sea del caso acerca del cumplimiento por el concesionario o sus sucesores legales de la obligación de entregar el camino dentro de un determinado plazo.

Existencia del contrato de 1882

El día 26 de junio de 1905, fecha de la celebración del segundo contrato, el de 1882 se hallaba aún vigente, porque si bien es verdad que el concesionario no lo había cumplido, en particular en cuanto se refiere a la entrega del camino al Gobierno, también es cierto que había obtenido de éste una prórroga por un año más mediante la resolución dictada el día 7 de marzo de 1893.

El propio señor Procurador así lo aprecia al decir en su alegato (fls. 68, cdo. Nº 1), lo siguiente: "Pues bien, el día de la celebración del contrato de 1905, el contrato celebrado en 1892 estaba todavía vigente, existía. Porque aunque los contratistas habían dejado de cumplir el contrato, como se ve en gran número de documentos que obran en autos, sin embargo habían logrado obtener del Gobierno, mediante Resolución del 7 de marzo de 1905, una prórroga de aquél por el término de un año".

Además, la celebración del contrato de 1905 implica el reconocimiento de la existencia del anterior convenio en el día en que el segundo se celebró. En efecto, en el preámbulo del segundo se expresa que él se celebra con los concesionarios "como actuales dueños y concesionarios para la explotación del camino de herradura que pone en comunicación el punto denominado La Virginia, situado en el Valle de El Salado, en el municipio de Campoalegre, con el puerto de San Vicente, en el río Caguán...", es decir, que el Gobierno contratante reconocía, al firmar el convenio de 1905, que los sucesores de Miguel Perdomo Falla eran a la fecha dueños de una concesión anterior (la del contrato de 1892) para la explotación del mencionado camino.

Estaba, pues, vigente, por lo ya dicho, el contrato primitivo cuando se celebró el segundo, y así ha de reconocerse en la parte resolutiva de este fallo, en armonía con lo que se pide en el punto primero de la demanda.

Efectos de la resolución del contrato de 1905 en relación con el de 1892

La resolución de un contrato produce el efecto de volver las cosas al estado que tenían antes de su celebración. Resuelto por la Corte el contrato de 1905, recobró su validez el de 1892, que, como ya se vio, estaba vigente cuando se perfeccionó el segundo convenio.

Efectos del primer contrato que subsisten después de 1905

Durante la vigencia del segundo contrato, o sea desde el día en que se celebró (26 de junio de 1905) hasta el día en que la Corte lo declaró resuelto (20 de octubre de 1915), se produjeron varios efectos emanados del primer contrato, y uno de ellos, que interesa analizar aquí, es el resultante de la entrega al Gobierno, en la vigencia del segundo contrato, del camino a que el primero y el segundo se refirieron.

El señor Procurador General de la Nación considera que la entrega del camino al Gobierno, hecha en el año de 1907, no puede producir el efecto de que tal entrega se repute como la de la obra estipulada en el primer contrato. Como este punto es de importancia esencial para el presente fallo, importa tener en cuenta, en su integridad, el pensamiento del señor Procurador, que aparece muy claramente expresado en el aparte siguiente de su alegato:

"Además, si el camino cedido según aquel contrato (se refiere al de 1905) hubiera sido construído por los contratistas de acuerdo con los términos del contrato de 1892, en vez de haber celebrado uno nuevo en 1905 habrían exigido el cumplimiento del contrato de 1892, que tendría para ellos la ventaja de que las obligaciones que les imponía ya estarían en tal hipótesis cumplidas. La única prueba que han presentado los demandantes para demostrar que habían cumplido ya la obligación de construir el camino es el acta de recibo que aparece publicada en el número 13131 del Diario Oficial. Bien claro se ve por los antecedentes, por las constancias mismas del acta y por la resolución de la Gobernación de febrero 5 de 1907, que la entrega que se hizo fue la correspondiente al contrato de este año, no la del camino tal cual debía construírse según el contrato de 1892. En 1892 se estipuló la construcción de una camino en determinadas condiciones; por no haberse aún construído el camino en las condiciones convenidas en dicho contrato se celebró otro nuevo de cesión de lo ya construído; siendo esto así, la entrega que se hizo al Gobierno para dar cumplimiento a este segundo contrato no puede considerarse como una entrega del camino tal cual se estipuló en el primero. El hecho, pues, de que la Nación hubiera recibido el camino cuya cesión se estipuló en 1905 no puede probar por sí solo ni mucho menos que dicho camino fue construído de acuerdo con el contrato de 1892 y que la Nación aceptó que éste había sido cumplido por el contratista o sus sucesores".

La Sala observa:

En el contrato de 1892 se obligó al concesionario a construir el camino en las condiciones señaladas en el artículo tercero, que dice:

Artículo 3º—El camino tendrá las siguientes condiciones: 1ª La anchura en toda su extensión no bajará de tres metros. 2ª Las pendientes no excederán ordinariamente del doce por ciento 12 por 100), pero podrán lle-

gar hasta el diez y seis por ciento (16 por 100) en los terrenos rocallosos y hasta el veinte por ciento (20 por 100), siempre que la naturaleza del terreno y la necesidad de hacer la vía por puntos determinados exijan este aumento de desnivel. 3º Se harán avenamientos convenientes donde fueren necesarios y se construirán puentes de madera donde fueren necesarios debidamente arreglados para el servicio, en las partes en donde la vía sea atravesada por corrientes de agua. 4º En los lugares cenagosos, se solidificará el terreno y se construirán los desagües necesarios, los que deberán ser empedrados. 5º En los lugares en donde el terreno lo permita se desmontará a cada lado del eje de la vía una zona de diez metros por lo menos. 6º En los ríos que así lo exijan se colocarán puentes de madera o canoas. 7º Se construirán tambos o enramadas por lo menos a cada quince kilómetros de distancia para los pasajeros".

En el convenio de 1905 los contratistas, como dueños y concesionarios de una concesión anterior para la explotación del mismo camino, se obligaron: "a) a ceder, a favor del Gobierno, como vía pública nacional, y dar al servicio público desde la fecha de la aprobación del presente contrato, el camino de herradura de más de veinticinco leguas de extensión, según consta del plano que reposa en este Ministerio..."; "b) a conservar y mejorar el camino que ceden al Gobierno, durante el término de dos años, contados desde la fecha del presente contrato y a entregar a la expiración del plazo señalado, en perfecto buen estado de tránsito como camino de herradura, haciéndole dentro del término de un año las reparaciones necesarias a las tres o cuatro leguas de la vía situada en el extremo sur de la misma que aún no están completamente terminadas".

El contrato de 1905 no estipuló condiciones técnicas para la construcción de la parte del camino que faltaba por hacer (tres o cuatro leguas) ni para la conservación y mejora de lo ya construído. Los contratistas de 1905 cedieron al Gobierno un camino de que eran concesionarios, que se declaró construído casi en su totalidad al momento de celebrarse el convenio de 1905 (con excepción de tres o cuatro leguas). El contrato de 1892 para la construcción del camino, o mejor expresado, no estipuló ningunas expresamente. Pero dada la relación íntima de los dos contratos, y dado el silencio que sobre este punto guardó el segundo convenio, debe concluírse que al celebrarlo las partes contratantes entendieron que para todo lo tocante a requisitos técnicos de la vía, regían los que se habían señalado en el primer contrato.

Si en el contrato de 1905 se hubieran acordado condiciones distintas de las del convenio de 1892, es claro que a ellas habían tenido que sujetarse al contratista o sus sucesores. Pero no existiendo en el segundo contrato condiciones técnicas que debieran llenarse en la construcción de la obra o su conservación, es natural deducir que al hacerse la entrega del camino en 1907, llenando los concesionarios los requisitos técnicos fijados en el primer convenio, satisfacían en tal forma sus obligaciones en el particular y que por lo tanto la entrega que del camino se hizo en el año de 1907 aunque no se ajustó a las condiciones peculiares o exclusivas del contrato de 1905, que no existieron, y sí a las del contrato de 1892, dicha entrega ha de entenderse verificada en orden al cumplimiento del convenio de 1892.

Es cierto, como se verá adelante, que el recibo del camino se hizo expresando literalmente los empleados y funcionarios que en ello intervinieron que tal recibo se otorgaba por haber cumplido los contratistas el contrato de 5 de junio de 1905; pero como dicho contrato, en el punto tocante con los requisitos técnicos de la obra nada decía, debe entenderse, por fuerza de las circunstancias y por un imperativo de la lógica, que lo expresado literalmente en los documentos oficiales referentes a la entrega y recibo del camino no modifica la apreciación ya hecha en cuanto a que el silencio que el segundo contrato guardó sobre las condiciones técnicas tántas veces aludidas implicaba la satisfacción por el contratista de los requisitos convenidos en el primer contrato, y que de esta suerte, al decirse en los documentos de entrega y recibo del camino, que éste llenaba las condiciones del contrato de 1905, se decía implícitamente, en lo tocante a requisitos técnicos, que se habían cumplido las exigencias que en esta materia regulaban a la sazón las relaciones contractuales, y que no eran otras que las del convenio primitivo.

No participa la Sala de la opinión del señor Procurador en el punto de que aquí se trata, y ha llegado, por las razones expuestas, al convencimiento de que el camino entregado por los contratistas al Gobierno en el año de 1907 llenaba los requisitos de técnica señalados en el convenio de 1892.

El camino se entregó en las condiciones prefijadas

La obra debía construírse con los requisitos técnicos previstos en el artículo tercero,

ya reproducidos en este fallo, del convenio de 1892.

En el convenio de 1905 se obligó al contratista a construír a inmediaciones del puerto de San Vicente, dentro del término de un año, una casa de madera, de dos pisos, con tejado metálico, a propósito para oficinas y escuelas públicas, y a entregar al Gobierno, desmontada y en parte cultivada de pasto, una extensión de cuatro hectáreas de terreno contiguo a la casa que se obligaba a construír. Estas obligaciones del contrato de 1905 no se relacionan con cuestiones propias del presente fallo, pero se hace mención a ellas porque ilustran la materia de que se trata.

A folios 1 v., 2 y 3 del cuaderno Nº 3 del expediente aparece una copia del informe rendido a la Gobernación del Huila por la Inspección de Caminos de la Provincia de Neiva, publicada también en el Diario Oficial Nº 13131, de dos diciembre de 1907, referente a la vía Campoalegre a San Vicente. A este interesante documento pertenece lo que adelante se transcribe:

"República de Colombia—Departamento del Huila—Provincia de Neiva—Nº 1—Inspección de Caminos—Neiva, febrero 4 de 1907—Señor Secretario General de la Gobernación—Presente—Comisionado por usted en nota número 330, de diez y nueve de enero último, para recibir el camino de herradura que parte de la Hacienda de La Virginia, valle del Salado, en el Municipio de Campoalegre, y que conduce al Corregimiento de San Vicente, puerto sobre el río Caguán en el Alto Caquetá, y el edificio construído en este último punto, de conformidad con el contrato de 5 de junio de 1905, celebrado por el señor Ministro de Obras Públicas con los concesionarios Gabriel Perdomo F., Soledad B. de Perdomo, Ester, Jorge Enrique, Miguel Antonio y Luis Eduardo Perdomo, publicado en el Diario Oficial número 12414, correspondiente al 3 de agosto del mismo año, me cabe la honra de poner en su conocimiento: Que habiendo practicado la correría general de la citada vía en los términos que en seguida relacionaré, asociado del señor Heliodoro Perdomo F., comisionado también por el concesionario señor Gabriel Perdomo F. para la entrega de dichas obras, y hecho el examen detenido de ellas, de conformidad con el expresado contrato, las recibí a nombre del Gobierno a quien represento por haberlas hallado ajustadas al compromiso contraído. El 24 del mes próximo pasado, a las 11 de la mañana salí de La Virginia; a las siete de la noche del mismo día llegué al punto denominado Río de Chucho, donde hice la dormida, habiendo recorrido un trayecto de seis y media leguas. En este trayecto hallé un puente de madera redonda techado de astilla, de muy buena construcción y recientemente refaccionado, sobre el río del Diablo; y otro puente de madera redonda, sin techo y de reciente construcción, sobre el río del Chucho, que presta, como el anterior, las suficientes garantías para el tránsito de recuas cargadas, etcétera, etcétera; dos tambos de regular construcción que sirven para hospedarse el pasajero; uno en el punto denominado Los Alpes, bien embarrado, el cual consta de dos piezas y un corredor; y otro en el punto denominado Junín, de un solo departamento y sin embarre. El camino en este trayecto está debidamente banqueado a una anchura de dos metros, su piso es firme, tiene buenos y suficientes desagües y está rozado a una anchura de seis metros más o menos por cada lado. A las siete de la mañana del día 25 salí del Chucho y llegué a la hacienda de la Estrella... En tal trayecto se halla un buen camino banqueado a tres (3) metros de anchura, de piso firme, con los suficientes desagües y rozado a una anchura de seis (6) metros más o menos por cada lado; un puente sobre el río denominado el Pescado, de madera aserrada y redonda, de buena construcción, competente para el paso de recuas cargadas, etc.; dos tambos en la Victoria, de los cuales uno es de madera aserrada, consta de tres piezas con sus puertas de madera y sus cerraduras, techado de paja, y el otro de bahareque y palmicha, con un solo departamento con su correspondiente puerta de madera; un tambo en el punto denominado Santa Bárbara, ya citado, cuyo techo es pajizo y suficientemente cómodo. En la hacienda de la Estrella hay una magnífica casa, de dos pisos, toda de madera aserrada, techada de zinc y bien espaciosa; otra baja de bahareque, techada de zinc, con corredor en contorno, constante de tres piezas, una cocina de bahareque y paja, de buena capacidad para el servicio, y además quince casuchas de habitación pertenecientes a particulares. A las siete de la mañana salí de la Estrella el día 26 y llegué al tambo de la Danta, donde dormí, habiendo recorrido una distancia de ocho y media (8½) leguas por buen camino, banqueado a la anchura antes expresada, empedrado en partes y rozado en las mismas condiciones que el de las jornadas anteriores. En este trayecto y sobre el río denominado el Caimán, hay un puente de madera labrada y redonda, de techo pajizo y de suficiente consistencia para el tránsito de recuas cargadas, etc., etc.,

tres tambos de buena construcción; uno en el punto del Caimán, otro en la Laja y el otro en la Danta. A las seis de la mañana del día 27 salí de la Danta para el puerto de San Vicente, sobre el río Caguán, adonde llegué a las diez de la mañana, habiendo recorrido por terreno plano y de vega en su mayor parte un trayecto de cuatro (4) leguas de buen camino, con ligera pendiente, estando banqueado y rozado en las condiciones de todo lo anterior. En este trayecto hay en el punto denominado la Pereza, un tambo de regular capacidad, que presta cómodo servicio a los pasajeros. La casa de San Vicente, de dos pisos, techada de zinc, de buena construcción, mide las dimensiones del contrato, con un exceso de cincuenta centímetros a lo ancho; consta de ocho piezas en la parte alta, toda cerrada con tablas de madera, con sus correspondientes puertas, ventanas y cerraduras. La parte baja consta de seis piezas, divididas convenientemente, así: una que está embarrada, que tiene su correspondiente puerta y reja, destinada para que sirva de cárcel, otra triplemente espaciosa, cerrada por paredes construídas de chonta o macuenco rajado, destinada para el servicio de escuela, y cuatro piezas más cerradas de la misma manera que la anterior, y con sus correspondientes puertas y cerraduras, cuyas piezas pueden distraerse para el servicio de oficinas. Existe una extensión de más de cuatro hectáreas de terreno desmontado al rededor de dicha casa, que está cultivado en su mayor parte con pasto artificial de saboya.... Dios Guarde a usted.—José E. Fernández".

Teniendo en cuenta el informe transcrito, el señor Gobernador dictó la resolución que en seguida se copia:

"Número 8—Fegrero 5 de 1907—En vista del anterior informe del comisionado por esta Gobernación para recibir el camino que conduce de Campoalegre a San Vicente, puerto sobre el río Caguán, en el Caquetá, y la casa construída en el mismo sitio de San Vicente; y resultando que ambas obras están de acuerdo con el contrato celebrado con el señor Ministro de Obras Públicas y el señor Gabriel Perdomo Falla por sí y en nombre de Gabriel Perdomo Falla & Cía, de fecha 5 de junio de 1905, publicado en el Diario Oficial número 12414, contrato que se ha tenido a la vista, resuelve: Declárase recibidas las obras mencionadas y declárase igualmente que los concesionarios señores Gabriel Perdomo Falla y Compañía han cumplido el contrato satisfactoriamente. Remítase original el presente informe al señor Ministro de Obras Públicas y dése copia de esta resolución a los concesionarios. (Fdo.) Rafael Puyo.—El Secretario General, Gabriel Perdomo C.—Es copia auténtica tomada del Libro de Resoluciones de 1907, página 85-86.—El Secretario General, M. Pastrana".

Los documentos transcritos, el informe y la resolución son documentos oficiales y auténticos, que no han sido tachados en forma alguna y que por consiguiente constituyen plena prueba sobre el hecho de la entrega del camino por los concesionarios al Gobierno.

Y ya que dichos documentos se han transcrito, es oportuno agregar otra consideración a las ya hechas tendientes a deducir que la obra que se recibió por el Gobierno en 1907 fue la misma que el concesionario se comprometió a hacer en el contrato de 1892; todos los detalles del informe, sobre anchura de vía, puentes, tambos para hospedaje, zona rozada a los lados del camino, son los que se estipularon en el contrato primitivo.

La segunda excepción no está probada.

Como la segunda de las excepciones propuestas, de ser condicional la obligación que se demanda, y no estar cumplida la condición tiene por base la afirmación de que el camino entre Campoalegre y San Vicente no fue construído y terminado dentro del término fijado, es ya oportuno, después de haber hecho el estudio indispensable sobre la existencia del contrato de 1892 al tiempo de celebrarse el de 1905, sobre los efectos del primero posteriores a este último año y sobre el hecho de la entrega de la vía por el concesionario, examinar concretamente la cuestión planteada acerca de la oportunidad y por consiguiente de la eficacia de dicha entrega.

En relación con este punto se dijo en el contrato de 1892 lo siguiente:

"Artículo 4º—El concesionario se compromete a comenzar los trabajos dentro del término de un año, contado desde la fecha de la aprobación de este contrato y entregarlo debidamente terminado dentro de ocho años contados desde la misma fecha. Artículo 5º La contravención a las cláusulas precedentes, sobre el término fijado para comenzar la obra y para concluírla y sobre las condiciones de construcción del camino, producen el efecto de caducidad del presente, caducidad que podrá declarar el poder ejecutivo con conocimiento de causa..." Artículo 7º Construído definitivamente el camino, el concesionario lo avisará al Gobierno para que éste, dentro de los treinta días subsiguientes, lo haga examinar si a bien lo tu-

viere y lo declare terminado a su satisfacción...".

Y en el contrato de 1905 se lee:

Artículo 9º—Terminada la construcción de la casa de que trata la cláusula c) del artículo 1º y hechas al camino las reparaciones de que habla la cláusula b) del mismo artículo, (subraya la Sala) los concesionarios darán aviso al Gobierno para que, si éste lo estima conveniente, designe la persona o autoridad a quien deba hacerse la entrega de las obras mencionadas;...".

En la cláusula b) del artículo 1º los concesionarios se comprometieron "A conservar y mejorar el camino, que ceden al Gobierno durante el término de dos años contados desde la fecha del presente, y a entregarle a la expiración del plazo señalado, en perfecto buen estado de tránsito como camino de herradura, haciéndole dentro del término de un año las reparaciones necesarias a las tres o cuatro leguas de la vía situadas en el extremo sur de la misma que aún no están completamente terminadas". (Subraya la Corte).

Cuando se celebró el contrato de 1905 ya había expirado el término de ocho años que para entregar la obra terminada se fijó en el artículo 4º del convenio de 1892, pero el concesionario estaba a la sazón gozando de una prórroga de un año que el Gobierno le había otorgado. Este podía, en armonía con el artículo 5º del contrato primitivo, declarar caducado dicho convenio, pero no lo hizo, sino que en cambio celebró con los sucesores del concesionario un nuevo contrato en el cual se estipuló (art. 9º) que una vez hechas al camino las reparaciones de que trata la cláusula b) del artículo 1º, el Gobierno designaría, si lo estimaba conveniente, la persona o autoridad a quien debía hacerse la entrega de la obra, y ejercitando dicha facultad el Gobierno recibió, por medio de uno de sus agentes, la vía en cuestión, de lo cual resulta que el propio Gobierno consideró cumplidos los eventos previstos en los artículos 7º del convenio de 1892, 1º b) y 9º del convenio de 1905 y que en armonía con lo allí previsto recibió a su satisfacción la obra que los concesionarios le habían entregado casi en su totalidad al momento de la celebración del contrato de 1905, pero habiéndole hechos los concesionarios, en el término señalado, las reparaciones necesarias a las tres o cuatro leguas últimas de la vía.

Si el Gobierno podía conceder o no la prórroga del primitivo contrato, y optó por otorgarla; si podía decretar la caducidad del mismo y no lo hizo; si podía o no celebrar un nuevo contrato y lo celebró; si podía, en caso de estimarlo conveniente, comisionar a un agente suyo para que recibiera el camino e hizo esa designación, y, si finalmente otorgó a los concesionarios el recibo de la vía, fue porque el Gobierno quiso que el primitivo contratista, representado por sus sucesores legales, cumpliera, en la vigencia del segundo contrato, las obligaciones que el primero le imponía en lo tocante a la construcción y conservación del camino. Y, esa voluntad de una de las partes, Gobierno, aceptada por la otra, concesionario, sirve para interpretar el contrato primitivo en cuanto al cumplimiento de una de sus estipulaciones, la de construcción de la vía, en un término ulterior al inicialmente señalado, de ocho años, para ejecutarla. Así se colige que la construcción o reparación de parte del camino con posterioridad al plazo inicial dicho, no fue extemporánea dentro de las relaciones contractuales señaladas en los convenios y las que de ellos emanaron por aplicación de los mismos hechas por las dos partes contratantes.

No siendo extemporánea, como no lo fue, la entrega de la obra, desaparece el fundamento en que se basó la segunda de las excepciones propuestas, o sea la de ser condicional la obligación que se demanda, y no haberse cumplido la condición, ya que aparece demostrado que el concesionario cumplió debidamente la obligación a que la excepción se refiere entregando el camino en las condiciones prefijadas y a satisfacción del Gobierno. La excepción no prospera y así ha de declararse al final de este fallo.

La cancelación de la fianza también indica que el contrato fue cumplido.

Corrobora las anteriores conclusiones a que ha llegado la Sala, sobre el cumplimiento del contrato de 1892, la circunstancia de haberse cancelado en el año de 1907 la fianza que el primitivo contratista, señor Miguel Perdomo Falla, había constituído para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones.

En el primer contrato se estipuló:

"Artículo 14.—El concesionario dentro del término de ocho meses deberá prestar una fianza personal a satisfacción del Gobierno por la suma de cinco mil pesos ($ 5,000) de ley para responder de que cumplirá fiel y puntualmente con las obligaciones que este contrato le impone".

Y en el artículo 9º, ya citado, del convenio de 1905, se dijo:

"Verificada la entrega, el Gobierno ordenará cancelar la fianza que los concesiona-

rios tienen otorgada en cumplimiento del artículo 14 del contrato de treinta de diciembre de 1892".

Aquí expresamente se hizo referencia en el segundo contrato al primero para establecer en qué momento había lugar a cancelar la fianza otorgada según el primitivo contrato.

La escritura número 545 de 28 de septiembre de 1907, Notaría Primera de Bogotá, contiene la cancelación de la fianza mencionada. A celebrar este acto compareció el señor Abel Paúl, Tesorero General de la República, y dijo: "Primero—Que por escritura número ochocientos veinticinco otorgada en esta Notaría el veintiuno de septiembre de mil ochocientos noventa y tres, el señor Miguel Perdomo Falla, mayor y vecino que fue del Municipio de Campoalegre, en el Departamento del Huila, por medio de su apoderado señor Carlos E. Bravo, mayor y vecino de esta ciudad, celebró con el Gobierno Nacional de esta República un contrato para la apertura de un camino de herradura que partiendo del punto denominado La Virginia en el entonces Departamento del Tolima, fuese a terminar en el punto de San Vicente sobre el río Caguán, en el Departamento del Cauca. Segundo—Que para la celebración del referido contrato fue representado el Gobierno Nacional por el señor doctor Jacobo de la Parra, entonces Tesorero General de la República, autorizado por el señor Ministro de Fomento, y el señor Perdomo Falla, contratista, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrajo dio por su fiador mancomunado y solidario al señor José María Núñez U., mayor y vecino de esta ciudad. Tercero—Que por orden del señor Ministro de Obras Públicas, según nota número cuatromil sesenta y ocho, a que se refiere la nota número ciento noventa y cinco de fecha veintiséis de los corrientes dirigida a mí el Notario, por el señor Tesorero General de la República, se procedió a extender esta escritura y el citado señor Tesorero General declara cancelada en todas sus partes la citada escritura número ochocientos veinticinco y libres de toda responsabilidad al contratista Perdomo Falla o a sus herederos y al fiador señor Núñez U., por haberse cumplido en todas sus partes el contrato mencionado".

La fianza se otorgó para responder el contratista de que cumpliría fiel y puntualmente con las obligaciones del convenio (art. 14 citado); una de esas obligaciones era la de construir y entregar el camino a satisfacción del Gobierno; en el artículo 9º del contrato de 1905 se acordó que, verificada la entrega, el Gobierno ordenaría cancelar la fianza; la orden de cancelación fue dada al Tesorero General de la República y éste la canceló, luego puede concluírse que si la fianza se canceló por orden del Gobierno fue porque la entrega del camino se verificó a satisfacción del mismo.

Otras declaraciones pedidas en la demanda

Sobre los puntos primero y segundo de la parte petitoria de la demanda ha expresado ya la Sala su concepto.

En cuanto a la petición tercera de la demanda para que se declare que los herederos y representantes de Miguel Perdomo Falla tienen derecho a que la Nación los sostenga en el uso y goce del privilegio que les concede la cláusula 8ª del contrato de 1892, o sea a cobrar los impuestos de pasaje allí establecidos y las concesiones de baldíos otorgadas en el mismo, ella es procedente y debía declararse así por la Corte en atención a que por haber cumplido los concesionarios sus obligaciones, tienen derecho a que el Gobierno les cumpla las suyas.

Para hacer efectivos tales derechos se pide en el punto cuarto de la demanda que el Gobierno Nacional ponga el camino de La Virginia a San Vicente en el mismo buen estado en que le fue entregado por los concesionarios en el año de 1907. Como se trata de un hecho que debe establecerse previamente, la entrega del camino debía hacerse, para los fines del recaudo del impuesto en el estado en que probasen los demandantes que se hallaba al tiempo de la entrega al Gobierno en el año de 1907.

Como los contratistas no han podido entrar en el goce de los derechos que les confiere el contrato de 1892, el término de 40 años de que trata el artículo 6º de tal convenio no debería contarse sino desde el día en que el Gobierno hubiese puesto el camino en el mismo estado en que lo recibió.

Estas conclusiones a que llega la Corte armonizan, en lo general, con el pensamiento del señor Procurador General de la Nación expresado así en su alegato:

"Tienen, pues, los demandantes derecho a que el contrato se declare vigente, pero no a que se declare totalmente cumplido por parte de ellos. Tiene derecho a que se declare por la Honorable Corte, como en dicho contrato está estipulado, que pueden cobrar antes de que esté terminado el camino en su totalidad un derecho diferencial y proporcional, de acuerdo con la tarifa fijada en el contrato y con la parte de la vía que hayan dado al uso público (parágrafo 2º, artículo 6º) y tienen derecho al auxilio de mil hectáreas baldías por cada legua de camino

construída con todas las condiciones estipuladas (numeral 1º del artículo 12), sujetos en todo caso a las disposiciones vigentes tanto legales como ejecutivas relativas a los baldíos. Así en esto como en todo lo demás el contrato debe quedar vigente y declararse no probado su cumplimiento por las partes demandantes.

"Respecto a la entrega del camino que exigen éstos, cabe aquí recordar lo que a este respecto expuso la H. Corte en la sentencia del 20 de octubre de 1915, en el pleito sobre resolución del contrato de 1905: 'Pide el señor Millán que se restituya a su esposa Ester Perdomo el camino que conduce de La Virginia a San Vicente sobre el río Caguán, en buen estado de servicio, con todos sus privilegios y concesiones conforme al contrato celebrado con el señor Miguel Perdomo Falla. Como se ha dicho antes, los caminos son bienes nacionales. Lo que adquirió el concesionario Perdomo Falla por el contrato primitivo fue el derecho a cobrar un impuesto de tránsito por el camino y por un término de 40 años; de modo que ella carece de acción para pedir la devolución de ese camino. Por otra parte, no existe la demostración de haberse cumplido las condiciones del contrato primitivo'.

"Sin embargo, bien puede considerarse que la negativa de la Corte a entregar el camino se debió a la consideración de que lo que entonces se pedía en la demanda era la propiedad del mismo; pero como al presente lo que se ha demandado no es el dominio de la vía, bien puede la H. Corte, sin contradecir lo expuesto en la parte transcrita de la sentencia anterior, ordenar dicha entrega... .....".

El no cumplimiento del contrato de 1892 por razones distintas a las aludidas en las excepciones, y a que parece referirse el señor Procurador, no es de pertinente consideración en este fallo, porque si es verdad que a la Corte se le planteó en demanda de reconvención, la solicitud sobre resolución del contrato, de tal demanda desistió el señor Procurador por considerar que ella no podía sustentarse por falta de pruebas (fl. 67, cdo. Nº 1). Sin embargo, si se examinan con cuidado los reparos del Procurador referentes al no cumplimiento del contrato de 1892, se observa que dichos reparos se reducen al de no haberse cumplido la obra en las condiciones prefijadas.

Además, las razones en que se basó la demanda de reconvención fueron las mismas que se propusieron como fundamento de las excepciones y que se contraen a la que el camino no fue construído y entregado en el término que para ello se fijó en el contrato respectivo. La demanda de reconvención se basó en la afirmación que no fue comprobada, de que "habiéndose puesto en mora el concesionario Perdomo Falla y sus sucesores en el cumplimiento de algunas de las condiciones especificadas en los artículos 4º y 5º del contrato mencionado desde antes de 1905, está cumplida la condición resolutoria conforme al artículo 1544 del Código Civil. El artículo 4º se refiere a la iniciación de los trabajos antes de un año y a la entrega de la obra en el término de ocho y el artículo 5º trata de la caducidad, de donde resulta que el solo motivo que se adujo en la demanda de reconvención fue la no entrega del camino en el término de ocho años. Por lo tanto la Corte debe estimar, para los fines de la presente sentencia, que los concesionarios cumplieron debidamente el contrato de 1892.

La Corte, al proferir la sentencia de 20 de octubre de 1915, declaró, en el punto tercero de su parte resolutiva, que los derechos otorgados al señor Miguel Perdomo Falla en el contrato Nº 115 de 30 de septiembre de 1892, pasarán a los herederos de dicho señor, en caso de que tal contrato exista legalmente. En el presente fallo se ha demostrado la existencia legal de la expresada convención, y la Sala ha llegado también ahora al reconocimiento en favor de los herederos del señor Perdomo Falla, de los derechos que el fallo de 1915 dispuso que pasaran a dichos herederos.

Qué ha de disponer la parte resolutiva del fallo

Ya se expresó cómo la Sala encuentra, en lo general, procedentes las peticiones principales de la demanda. Debería, por tanto, la sentencia decidirlas de acuerdo con lo solicitado. Interesa, sin embargo, examinar si existen motivos de orden legal que se opongan al pronunciamiento de un fallo de esa naturaleza.

Dos son las condiciones que prosperan contra la Nación: es la primera la de reconocer y hacer efectivo en favor de los demandantes el derecho al cobro de un impuesto de tránsito en el camino de la Virginia al río Caguán; es la segunda, la adjudicación de mil hectáreas de tierras baldías por cada legua de camino, o sea veinticinco mil hectáreas en total.

Existen disposiciones legales que prohiben el cobro de impuestos de la clase a que se refiere la demanda. Tales, entre otras, la del artículo 16 de la Ley 71 de 1916, que re-

"Art. 16. Ley 71 de 1918. Desde la expedición de la presente ley no podrá cobrarse por la Nación, ni por los Municipios, ni por los Departamentos impuesto alguno de peaje o de pisadura a las personas que conduzcan a las espaldas artículos de cualquier naturaleza".

El artículo 6º del contrato de 1892 confiere derecho al concesionario para cobrar un impuesto de tránsito según una tarifa máxima que allí se fija, la que contiene, entre varios numerales, el siguiente: "Por cada persona que transite a pie, $ 0.20".

Es verdad que en el propio artículo se establece que no se cobrará derecho alguno por los objetos de manutención que lleven los pasajeros de a pie y cuyo peso no exceda de dos arrobas. Pero la ley citada no limita la prohibición a los artículos alimenticios y a un peso de dos arrobas, sino que en general prohibe todo impuesto de peaje o pisadura respecto de las personas que conduzcan a las espaldas artículos de cualquier naturaleza y de peso no limitado. Es pues clara la oposición entre el derecho al cobro del impuesto mencionado y la prohibición legal.

Habría objeto ilícito en la obligación, cuyo reconocimiento judicial se solicita, por ser contraria a la ley expresa.

Además, debe advertirse que se trata aquí de cargos impuestos a la Nación en un contrato administrativo, y es bien sabido que la rigidez en las estipulaciones de este género de contratos está subordinada a las modalidades que implica el ser el Estado una de las partes. Lo que no quiere decir que se desconozcan los derechos acordados a terceros en tales convenciones, sino que en la forma de satisfacerlos se debe atender a las condiciones en que por obra de las leyes se haya colocado el Estado en el momento de cumplirlas. En el presente caso, no pudiéndose reconocer el derecho al cobro del impuesto establecido en la cláusula 6ª del contrato, debe la Nación satisfacer una prestación equivalente, ya que no sería conforme con la equidad, y sí contrario al principio de derecho que condena el enriquecimiento sin causa, que aquella se aprovechase, sin compensación alguna, de una obra construída en su totalidad a expensas de los concesionarios. Esto indica que es oportuno examinar la petición subsidiaria de la demanda, en orden a buscar la equivalencia de las prestaciones, sugerida por la demanda misma. En ella se pide que la Nación sea condenada a indemnizar a los herederos de Miguel Perdomo Falla sus sucesores y representantes, en dinero efectivo, el monto de los perjuicios que en los 40 años a que se refiere el derecho al cobro del impuesto de que trata el artículo 6º del convenio de 1892, implica la privación de su ejercicio, uso y goce.

Los demandantes no produjeron en el juicio la prueba legal sobre el monto de la indemnización reclamada, es decir, que el quantum de ella no se determinó en el proceso. Pero puede este fallo hacer la genere la condenación, quedando para la ejecución de la sentencia (artículo 533 del C. J.) la fijación legal del quantum. Como el haber ejercitado el concesionario el derecho al cobro del impuesto de tránsito establecido en la cláusula 6ª del contrato de 1892, habría tenido que cumplir al propio tiempo las obligaciones que ese convenio le imponía, entre ellas la de mantener el camino en buen estado de servicio por toda la duración del contrato, es necesario, para determinar los perjuicios, hacer la estimación de tales obligaciones a cargo del concesionario. La adjudicación de baldíos a que tiene derecho el concesionario o sus representantes, no ofrece dificultad legal, porque en el contrato no se acordaron condiciones especiales a las cuales debieran esas adjudicaciones sujetarse, y porque en el artículo 12 del propio contrato se estableció que aquellas se harían de conformidad con las disposiciones legales y ejecutivas vigentes en la materia.

En virtud 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:

Primero: Condénese a la Nación a pagar como indemnización a los herederos de Miguel Perdomo Falla, sus sucesores o representantes en dinero, el monto de los perjuicios que implica la privación del ejercicio, uso y goce, durante 40 años, del derecho al cobro del impuesto de tránsito establecido en el artículo 6º del contrato número 115 del 30 de diciembre de 1892. La determinación de los perjuicios se hará por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta el valor de las prestaciones a cargo del concesionario.

Segundo: La Nación adjudicará a los herederos de Miguel Perdomo Falla, sus sucesores o representantes, veinticinco mil hectáreas (25.000) de tierras baldías, de conformidad con las disposiciones legales y ejecutivas vigentes.

Tercero: Declárense no probadas las excepciones propuestas de cosa juzgada y de

ser condicional la obligación que se demanda y no estar cumplida la condición.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Rodrigo Jiménez Mejía, Antonio Rocha, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALA PLENA EN LO CIVIL

TACHA DE PERITOS.—TERMINO PARA HACERLA

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena en lo Civil. Bogotá, junio doce de mil novecientos treinta y siete.

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

Refiriéndose al juicio ordinario de la Nación con The Andian National Corporation, Limited, el señor Procurador Delegado en lo Civil, en memorial de fecha ocho del corriente, tacha por parcialidad, o al menos como sospechoso, al perito de la Nación, doctor Ernesto González Concha, apoyado en el inciso 2º del artículo 709 del C. J.

Antes de abrir la correspondiente articulación, es necesario definir si la tacha se presentó dentro del término legal.

Los peritos se posesionaron y rindieron su dictamen, sin que las partes los tacharan dentro del término que señala el artículo 709 del C. J. El dictamen de los peritos fue puesto en conocimiento de las partes y dentro del término correspondiente fue objetado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, objeciones que se están tramitando actualmente en una articulación.

El artículo 709 citado y en el cual se apoya el señor Procurador para presentar la tacha del perito doctor González Concha, es de este tenor:

"Las tachas o recusaciones se proponen dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de nombramiento, y, para comprobarlas, se abre una articulación en la cual se condena precisamente en costas a quien la promueva, si se decide en su contra.

"Una parte no puede tachar a su mismo perito sino por causa legal que sobrevenga al nombramiento o que se sepa con posterioridad a éste.

"Cuando el nombramiento de experto se hace en el caso prescrito en el ordinal 4º del artículo 706, la tacha no puede oponerse sino dentro del término del traslado del dictamen".

La disposición anterior señala el término dentro del cual se pueden tachar los peritos. Pasados los tres días de que habla el artículo transcrito, sólo se pueden presentar las tachas durante el término del traslado del dictamen, cuando ha ocurrido el caso de que se haya nombrado en el momento de la diligencia.

El inciso segundo en el cual se apoya el señor Procurador, no varía el término y únicamente establece una excepción a la regla general de que las partes no pueden tachar a sus mismos peritos. Es indudable que el ejercicio de ese derecho debe acomodarse a las reglas generales sobre prestación de tachas, ya que la ley no establece normas especiales para ese caso.

Si la parte sólo tiene tres días para tachar los peritos de la contraria, que le son desconocidos, es obvio que no puede tener un término mayor para tachar los suyos propios, que se supone conoce suficientemente.

Si se aceptara la tesis de que las partes pueden tachar sus propios peritos en cualquier estado del juicio, fuera del término señalado en el inciso primero del artículo 709 del C. J., no llegaría el momento de considerar en firme los dictámenes periciales antes de dictar sentencia. Además, es claro que las partes se cuidarían muy bien de esperar a conocer el resultado de la diligencia para tachar sus mismos peritos en el caso de que les fuera adverso el dictamen, procedimiento con el cual se desvirtuaría por completo el propósito del legislador que ha querido ga-

rantizar la independencia y la libertad de criterio de los peritos.

La tacha del perito doctor González Concha fue presentada extemporáneamente y, por tanto no es posible admitirla.

En mérito de lo expuesto, se declara inadmisible la tacha del perito doctor Ernesto González Concha, propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil en este juicio, por haber sido presentada fuera del término legal.

Notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena en lo Civil. Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el juicio ordinario de la Nación contra Thhe Andian National Corporation, Limited aquélla, por medio del señor Procurador Delegado en lo Civil, tachó el perito que ella misma había nombrado para la práctica del peritazgo solicitado por ella como prueba en el plenario. El señor Magistrado sustanciador se negó a admitir la tacha por extemporánea en auto de doce de junio último, contra el cual concedió el recurso de súplica que va a decidirse.

Se advierte que no ha ocurrido retardo en esta decisión, porque en el tiempo transcurrido de entonces a hoy se ha proveído a tramitar el impedimento de los Magistrados doctores Cardoso Gaitán y Tapias Pilonieta, a quienes reemplazan los Conjueces doctores Valbuena y Bravo.

Por auto de 21 de abril de este año se ordenó poner en conocimiento de las partes el dictamen de los peritos, con término de tres días que comenzaron a correr, según nota de la Secretaría, el veintiocho de los mismos.

El ocho de junio se formuló la tacha cuya admisión se negó en el auto reclamado (el de 12 de los mismos).

El auto estima extemporánea la formulación de la tacha por ser posterior a aquellos tres días. El reclamante observa que juzgar y decidir el caso así equivale a denegar ese derecho, dado que para que éste se produzca o exista es necesario "causa legal que sobrevenga al nombramiento o que se sepa con posterioridad a éste", según el texto del Art. 709 del C. J. en su inciso 2º, que es cabalmente el que invoca para tachar.

Esta alegación tiene en su apoyo evidentes razones de lógica, pues es verdad que la calidad especial de los motivos excepcionales apuntados hace tan exiguo aquel plazo, que bien puede suponerse que sólo en los casos extremos en que dentro de él venga a saberse o precisamente acontezca la motivación de la tacha sería cuando éste pudiera formularse.

Pero no es menos cierto que nuestro Código procedimental procura evitar que a pretexto de tachar a los peritos se ataque el dictamen, involucrando casos y remedios distintos. El dictamen se objeta (Art. 720), el perito se tacha (Art. 708). De ahí un motivo para que las tachas tengan término breve, en lo posible, por lo mismo, de vencimiento anterior a la rendición del dictamen. De ahí también que sólo excepcionalmente se confundan los dos términos, como es el caso cuando el perito se nombra por el Juez en el acto de la diligencia (Art. 706, numeral 4º) y en que, de un lado, no pudiéndose tachar antes y no proviniendo de las partes la designación, se permite tacharlo en el término del traslado del dictamen (Art. 709, inciso final), y de otro lado, cabe tener en cuenta que en estos casos de ordinario el dictamen se rinde en la diligencia misma y, de no, en plazo prudencial que, por lo mismo, es el menor posible (Art. 717).

Así, pues, si para la tacha del propio perito por una de las partes, autorizada por el inciso 2º del Art. 709 en lo pertinente transcrito, se entiende señalado precisamente el plazo de tres días contados desde la notificación del auto de nombramiento de que habla el inciso 1º de esta misma disposición para la tacha del perito de la contraparte, puede resultar tan exiguo aquél y angustioso que equivalga a la abrogación de ese derecho; y si se autoriza tachar aun después de presentado y, por ende, conocido el dictamen, se contrarían los referidos propósitos cautelosos del Legislador. Para no hablar de la incertidumbre completa hasta sobre la existencia misma y, con más veras, sobre la firmeza del peritazgo como prueba, si se autorizara aquella tacha indefinidamente, en forma que sólo el hecho material de haberse

dictado la sentencia definitiva pusiera fin a esa autorización o contingencia.

A la verdad, el Art. 709, que señala el término para las tachas, tanto en los casos generales de que habla en su inciso 1º como en el caso especial considerado en su inciso 3º, no lo señala para las que autoriza en el numeral 2º, el que se limita a esto, es decir, a establecer en favor de cada parte el derecho de tachar su propio perito. Hay, evidentemente, pues, un vacío en lo tocante a fijación de plazo para estas precisas tachas. Ese vacío debe llenarse como previenen los Arts. 203 del C. J. y 8º de la Ley 153 de 1887. Y si, además, se busca una solución que, situada entre los referidos extremos, evite, en lo posible, los males de uno y otro, podría llegarse a escoger, a manera de resultante o línea intermedia una que, consultando la analogía de rigor según esas disposiciones y aprovechando la luz que arrojan las ya nombradas acerca del peritazgo sobre el Art. 709, fijase como hábil para las tachas a que da derecho en su inciso 2º un plazo que se cerrase sólo con la presentación del dictamen, lo que ampliaría el citado del inciso 1º y evitaría la confusión o involucración atrás aludida entre el dictamen y el perito, entre las objeciones y las tachas. Más todavía, en esa senda y en el ánimo de no dejar sacrificado ese derecho por obra de la exigüidad del término y en el temor de que tal sucediera en los más de los casos, talvez con descuido o prescindencia de todo aquello a que obliga la clase misma de motivos y de sus circunstancias, tan ocasionadas a no llenarse dentro de los supradichos tres días, se podría llegar a considerar hábil con dicho fin un plazo que se extendiera tanto como para su caso lo extiende ese artículo en su numeral 8º; de suerte que se reputara oportuna la tacha en cuanto a formularla se procediera antes de vencerse el término del traslado del dictamen, y no ya, meramente, como venía diciéndose, antes de presentarse éste.

Pero en el presente juicio acontece que la tacha se formuló mucho después de vencido el traslado del dictamen, según lo indica la cita de fechas que aquí se hace; de manera que, aunque por vía de interpretación y en busca de la mayor amplitud se llegara a la última de las conclusiones anotadas, ni aun así podría aceptarse el reclamo de que se trata.

Aunque lo dicho basta para dejar en firme el auto reclamado, no sobrará recordar detalles que hacen ver como posible una situación menos angustiosa para la parte cuando el motivo de tacha del perito nombrado por ella sobreviene o viene a saberse cuando ya ha transcurrido el plazo para que aquélla se admita y sustancie. Los Arts 679 y 673, que versan sobre testigos, dan amplio campo para el caso de esta prueba, y sin entrar a considerar si por virtud del Art. 708 ello es aplicable a los peritos, no puede menos de recordarse que el Art. 723, que faculta al Juez para apreciar el dictamen pericial, trae a cuento, entre los elementos de su apreciación, "la imparcialidad con que aquéllos desempeñan el cargo y la confianza en ellos manifestada por las partes". Además, a pesar del mencionado empeño en distinguir entre el perito y el dictamen, no puede desconocerse la inevitable conexión entre uno y otro, resaltante al observador como las más de las causales de objeción al dictamen establecidas en el Art. 720 miran a las calidades morales del experto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega lo pedido contra el auto de doce de junio último, el que, por tanto, queda en firme.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Hinestrosa Daza.—Liborio Escallón.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R.—Juan Francisco Mújica.—El Conjuez, Carlos Bravo.—El Conjuez, Gustavo A. Valbuena.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

FE DE ERRATAS:

En el número 1916 de la "Gaceta Judicial", Tomo XLIV, correspondiente al mes de diciembre de 1936, en la página 241, 2ª columna, en el auto de la Sala de Negocios Generales proferido con fecha junio primero de mil novecientos treinta y seis, en el ejecutivo del doctor Jorge Ulloa López contra el Departamento de El Valle del Cauca por el valor de unos cupones, en el renglón treinta y tres de dicha columna y por un error de imprenta, se omitió el siguiente párrafo:

"Parte legítima no es sólo en el juicio la que aparece como propietaria del crédito, sino también la que tiene la acción judicial para el cobro. En este sentido, la Sala considera que no es el tenedor simplemente el que puede recurrir a la vía judicial. (Se advierte que sólo se han tenido en cuenta los documentos presentados con la demanda y no los aducidos después)".

INDICE:

Pág.

EDITORIAL.—LA POSESION.—Dr. Miguel Moreno Jaramillo 393
ERRATA 395

CORTE PLENA

SE DECLARA INCONSTITUCIONAL EL ARTICULO 5º DE LA LEY 64 DE 1936, SOBRE ELECCIONES DE CONCEJEROS MUNICIPALES EN FLORENCIA. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 395

SALA DE CASACION CIVIL

SIMULACION DE CONTRATOS.—HIPOTECA DE BIENES RAICES POSEIDOS EN PROPIEDAD.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Ana Lucía y María Elisa Patiño Silva contra Juan de Dios Bravo y Carlos Alberto Talero. Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo .. 400

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Juan Francisco Mújica 497

ACCION DE PERJUICIOS POR PERTURBACION EN LA COSA ARRENDADA. CUANDO SE ENTIENDE RENOVADO EL ARRENDAMIENTO.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Alejandro de Bedout contra Camila de la Torre de Umaña. Magistrado ponente, doctor Germán Fernández 408

ACCION DE PERJUICIOS.—EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE.—CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Manuel Idarnes Formaris contra la sociedad United Fruit Company. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 413

ACCION DE CONDENA PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD CIVIL. SUS FUENTES. — CATEGORIAS EN QUE SE DIVIDEN LAS LEGISLACIONES CONTEMPORANEAS RESPECTO DEL ABUSO DEL DERECHO.—TEORIA DE JOSSERAND.—RESPONSABILIDAD CIVIL POR DENUNCIOS CRIMINALES TEMERARIOS, IMPRUDENTES O LIGEROS.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Eulogio Castaño S. contra Luis Alberto Villamizar.—Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 418

AGUAS. — CONCEPTO SOCIAL SOBRE USO DE LA FUERZA HIDRAULICA. PRESCRIPCION DEL USO DE LAS AGUAS DE UN RIO.—DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS AGUAS DE USO PUBLICO. — DEVOLUCION DEL SOBRANTE AL ACOSTUMBRADO CAUCE.—CESIBILIDAD DEL DERECHO AL USO DE LAS AGUAS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario seguido por los doctores Crisanto Luque, como obispo de Tunja, y Marceliano Pulido R. contra el distrito de Samacá.— Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 432

DEMANDA DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO.—INCONGRUENCIA. — INTERDICCION POR DEMENCIA.—TECNICA DE CASACION EN CUANTO AL ESTUDIO DE PRUEBAS.—DEMENCIA. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario seguido por Florentino García Russi contra Rosalina Páez de Rossi e hijos.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 452

ADMISION DE UN RECURSO DE CASACION.—Se concede el interpuesto por el apoderado de Milciades Cuéllar Durán y Horacio Uribe Márquez en el juicio ordinario de éstos contra Fernando Weldeking, contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 458

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR MIGUEL MORENO JARAMILLO a la sentencia sobre aguas de fecha diez de agosto de este año (pág. 423) 463

CUENTAS DE UN MANDATARIO, ADMINISTRADOR DE BIENES AJENOS. OBLIGACION DE RENDIR CUENTAS DE LOS PRODUCTOS DE LOS BIENES. Sentencia de instancia en el juicio ordinario de cuentas de Belarmina Córdoba v. de Rosero contra Rodolfo Rosero.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 468

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION.—Se admite el del señor José V. Mogollón en relación con la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario que el desistente seguía contra Elías M. Mudví.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 467

RECURSO DE CASACION CONTRA UNA SENTENCIA DE GRADUACION DE CREDITOS.—ALBACEAZGO.—No se casa la sentencia de graduación de créditos dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en las tercerías coadyuvantes en el juicio ejecutivo de Belén Alonso de Gómez contra Benjamín Trujillo. — Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica .. 488

ACCIONES DE REIVINDICACION Y DE NULIDAD ABSOLUTA.—SIMULACION DE LOS CONTRATOS.—RESTITUCION COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACION DE NULIDAD.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de

Pág.

Cali en el ordinario de Dolores Donneys v. de Donneys y otros contra Ester Donneys y otros.—Magistrado ponente, doctor Germán Fernández 476

RECURSO DE HECHO.—CUANTIA DEL PLEITO.—Se declara sin efecto el auto de doce de julio último para que el Tribunal de Pamplona decida sobre la procedencia del recurso de casación en el ordinario de Macario Mora contra Agustín y Remigio Prieto.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 475

ADMISION DE UN RECURSO DE CASACION.—Se declara admisible el recurso de casación seguido por Ulderico Rocha y sería contra The Santa Marta Railway Company.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 476

COSA JUZGADA Y AUTOS INTERLOCUTORIOS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Blas García Rangel y otros contra la United Fruit Company.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 478

ACCION REAL HIPOTECARIA.—INTERPRETACION DE LA DEMANDA.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de José María Machado contra la señora Anra Hernández de Restrepo.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 487

DEMANDA SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—COSTAS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Pedro Ignacio Rodríguez contra Vicente Velosa.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 491

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO.—CAUSAL QUINTA.—NULIDAD DEL PROCESO.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Joaquín Gómez, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 495

INJUSTICIA NOTORIA POR CONTRAEVIDENCIA DEL VEREDICTO.—LA CAUSAL 6ª DE CASACION VIENE A INCIDIR EN LA CAUSAL 5ª.—Se infirma la sentencia por homicidio del Tribunal Superior de Bucaramanga, que impuso a Santos y Celestino Hernández veinte años de presidio, y se ordena convocar un nuevo Jurado.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 497

RIÑA Y PREMEDITACION.—DEFICIENCIA DEL FALLO SOBRE LA CUESTION DE INJUSTICIA DEL VEREDICTO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales que impuso a Juan de Dios Mesa la pena principal de doce años de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 499

Pág.

EN LOS SORTEOS PARCIALES DE JURADOS NO HAY LUGAR A RECUSACION. Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que impuso la pena de nueve años de presidio a Abel y Helí Fajardo y se dispone reponer el procedimiento nulo desde el sorteo general de jurados.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 502

¿ASESINATO?—El recurso de casación fundado en las causales 4ª y 5ª contra una sentencia que impuso veinte años de presidio, caso de que ambas resulten probadas, prospera de preferencia por la notoria injusticia del veredicto; pero implica también la reforma del cuestionario que que debe proponerse al nuevo jurado.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta que impuso a Lino Olivares Martínez la pena principal de veinte años de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo 505

DELITO DE FUERZA Y VIOLENCIA, NO DE MERA CORRUPCION DE MENORES.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, que impuso a José Pilar Palacio Socarrás la pena de ocho años de presidio.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo .. 508

NULIDAD DEL PROCESO POR HABER DESEMPEÑADO EL CARGO EL PORTERO DEL JUZGADO SUPERIOR.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Rafael Ruiz, por homicidio.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 509

CONDENACION DE DOS PROCESADOS POR ASESINATO EN CONCURSO RECIPROCO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Alejandro y Celiano Bermúdez por asesinato en la persona de Pedro Alcántara Méndez.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 513

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

COMPETENCIA DE LA CORTE Y DE LOS TRIBUNALES PARA CONOCER DE LOS INCIDENTES DE EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN JUICIOS SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA, EN RELACION CON SU CUANTIA.—DECRETO-LEY Nº 1315 del 8 de junio de 1936.—Se declara incompetente la Corte en relación con la cuantía, en una apelación interpuesta en el ejecutivo seguido por la Nación contra Aníbal Barbosa y su fiador Melquíades Jiménez. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán .. 517

NO REPONE LA CORTE EL AUTO ANTERIOR en el ejecutivo de la Nación contra Aníbal Barbosa y su fiador.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 520

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL Y AMPLIACION ORDENADA

Pág.

DEL MISMO.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de la viuda e hijos del doctor Carlos Edmundo Cortés contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 522

EXCEPCIONES.—Se declaran no probadas las excepciones prentorias alegadas en el ejecutivo de la Nación contra Rafael Argáez y su fiador.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 526

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario del Banco de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca, por pesos. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 531

PENSION CIVIL.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la demanda de la señorita Lucía Angulo Bucheli contra la Nación para que se le reconozca una pensión.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 541

REQUERIMIENTO PARA LA CANCELACION DE UNA HIPOTECA.—Se reforma el auto del Tribunal Superior de Bogotá en el requerimiento del doctor Manuel Vicente Pardo contra el Gobernador de Cundinamarca para la cancelación de una hipoteca del Consorcio de Fermentadas, S. A.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Caitár. 543

SOLICITUD DE REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR.—No se repone el auto de la Sala de fecha veinticinco de mayo de 1937 en el requerimiento del doctor Manuel Vicente Pardo contra el Departamento de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Caitán 544

SE INVALIDA LO ACTUADO POR NO SER COMPETENTE LA CORTE PARA CONOCER DE LA DEMANDA SOBRE DEVOLUCION O REINTEGRO DE IMPUESTOS PAGADOS en el ordinario de la Compañía Colombiana de Curtidos contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Caitán 546

SE NIEGA LA REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 548

INCIDENTE DE NULIDAD.—Se confirma el auto apelado con la adición de condenación en costas, dictado por el Tribunal Superior de Popayán en la acumulación de unas acciones intentadas por los Fiscales de dicho Tribunal.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 549

SE DEMANDA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR PERJUICIOS Y POR LA OCUPACION DE UNA ZONA DE TERRENO.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el ordinario seguido por Pedro Elías Salazar contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 551

EXCEPCIONES.—Se declara probada la excepción de error en cuenta y se ordena

Pág.

seguir adelante por el valor del resto de la ejecución de la Nación contra la sociedad "Ruperto Echeverri & Cía.", por impuesto sobre la renta.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán. 555

PETROLEOS.—OPOSICION A UNA PROPUESTA PARA EXPLORAR Y EXPLOTAR PETROLEOS. — COMPROBACION DEL DOMINIO PRIVADO DEL PETROLEO.—Se declara infundada la oposición que "Carib Syndicate, Limited" formuló a la propuesta de exploración y explotación de petróleo hecha por "Socony Vacuum Oil Company.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 558

RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS, CABLES AEREOS, POR PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO EN ESTOS CASOS.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales y en su lugar se condena al Departamento de Caldas a pagar una indemnización en el ordinario de Pedro Pablo Alvarez O. y Susana Botero de Alvarez.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 569

SE DEMANDA LA CANCELACION DE UNA MATRICULA DE ABOGADO.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales con la adición de eximir al demandante de la multa que le fue impuesta en la demanda de la matrícula de abogado intentada por el doctor Gerardo Arias Mejía contra el doctor Elías Gómez Robledo. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 576

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA SOBRE ENTREGA DE UN CAMINO PARA HACER EFECTIVO EL PAGO DE UN IMPUESTO, SOBRE PAGO DE PERJUICIOS, Etc.—Se condena a la Nación a pagar una indemnización a los herederos de Miguel Perdomo Falla y a adjudicarles 25.000 hectáreas de baldíos. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 579

SALA PLENA EN LO CIVIL

TACHA DE PERITOS.—TERMINO PARA HACERLA.—Se declara inadmisible la tacha del perito doctor Ernesto González Concha hecha por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el ordinario de la Nación contra The Andian National Corporation, Limited.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 591

RECURSO DE SUPLICA.—Se niega la reposición del auto en que se negó la tacha del perito doctor Ernesto González Concha dictado en el juicio ordinario de la Nación contra The Andian National Corporation, Limited. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza .. 592

FE DE ERRATAS 593

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

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

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

TOMO XLV Bogotá, octubre de 1937. Nº 1928

AGUAS PARA EL PUEBLO VECINO

Miguel Moreno Jaramillo

El uso correspondiente al dueño de una heredad por donde corren las aguas, atravesándola o delimitándola, no es absoluto. Se limita: 1º—En cuanto el dueño de la heredad inferior haya adquirido por prescripción u otro título, el derecho a servirse de las mismas aguas; 2º—En cuanto contraviniere a las leyes y ordenanzas que provean al beneficio de la navegación o flote, o regulen la distribución de las aguas entre los propietarios ribereanos; y 3º—En cuanto las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino.

Estas limitaciones están consignadas en el artículo 893 del código civil, enlazado íntimamente con el que le precede y con el que le sigue.

Prescindiendo de las dos primeras, cuyo estudio no procede ahora, me detengo en el análisis de la fijima.

Como el interés privado debe ceder al interés público, dispuso la ley civil que el uso de las aguas perteneciente al dueño de una heredad ribereana se limita cuando ellas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, pero que se dejará una parte a la heredad y se la indemnizará de todo perjuicio inmediato, y previendo la falta de acuerdo entre la persona oficial interesada por los habitantes menesterosos y el dueño o los dueños de fincas riberiegas, dijo que el pueblo podría pedir la expropiación del uso de las aguas en la parte que le corresponda.

Exígense, pues, según el código civil, cuatro requisitos:

1º—Que las aguas sean necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, es decir, para la bebida y también para el servicio de plazas, calles y habitaciones.

2º—Que se deje una parte del agua a la heredad marginal.

3º—Que se indemnice a dicha heredad de todo perjuicio inmediato.

4º—Que si la indemnización no se fijare amistosamente, pida el pueblo la expropiación del uso de las aguas en la parte que corresponda.

(El código habla en singular de "la heredad", y sigo su lenguaje, pero nada se opone a que puedan ser varias).

Un distrito no puede MANU MILITARI aprovecharse del uso de las aguas que corren por una heredad o por entre dos heredades. La limitación Nº 3º, de las contenidas en el artículo 883, debe interpretarse sujetándola estrictamente a la doctrina constitucional. No puede arrebatarse a un propietario ribereño su derecho anterior de uso, adquirido respecto de terceros.

En punto de expropiaciones exigía el acto legislativo Nº 3 de 1913, artículo 5º relacionado con el 31 de la carta de 1886, estos requisitos: graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador; plena indemnización previa; mandamiento judicial.

A estas tres exigencias proveyó el código de procedimiento en su título XXV.

Exige que a la demanda se acompañe la providencia de la autoridad política que decreta la enajenación forzosa conforme a los preceptos sustantivos y administrativos; otorga al juez la facultad de denegarla o concederla; manda que éste prevenga a las partes sobre nombramiento de peritos, y no autoriza la sentencia adjudicatoria sino cuando, ya en firme el avalúo, se haya consignado el precio de la cosa.

El acto legislativo Nº 1º de 1936, si bien deroga el artículo 31 de 1886 y el 5º de 1910, garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, y mantiene las exigencias sobre motivos de utilidad pública definidos por el legislador, sobre indemnización previa y sobre mandamiento judicial, aunque admite en su último inciso cierta expropiación por razones de equidad, punto especialísimo de que no hay para qué tratar aquí (art. 10).

La expropiación por motivos de utilidad pública o de interés social no puede consumarse sino mediante fallo de juez.

Si en Colombia se garantizan los derechos adquiridos con justo título, conforme a las leyes civiles; si las autoridades están instituídas para proteger en sus bienes a todos los residentes dentro del territorio nacional, y si nadie puede ser juzgado sino con la plenitud de las formas propias de cada juicio, es claro que un distrito no puede captar, para los menesteres domésticos de los habitantes de su predio, las aguas que caminando por cauces naturales atraviesan heredades privadas o las delimitan, sino previo juicio de expropiación del uso de esa parte de las aguas y mediante el pago de los perjuicios inmediatos que sufran los propietarios ribereños.

Dice Vélez:

"Prácticamente, cuando una población carece de agua potable y hay una corriente de agua inmediata, a ella el representante del distrito, previa la intervención correspondiente del concejo municipal, debe entenderse con el dueño del predio donde sea más fácil tomar una parte del agua para conducirla a la población a ver si de común acuerdo convienen en la indemnización respectiva. Si no convinieren, el empleado competente establecerá el juicio de expropiación de parte del agua (debió decir del USO de parte del agua), de acuerdo con las leyes citadas, para que judicialmente se fije la indemnización teniendo en cuenta lo que ésta comprende".

Un pueblo no puede expropiar para sí el uso del agua, TOMARLA como dueño o como usuario legal, sino apenas "PEDIR la expropiación". Pedírsela al competente funcionario judicial, quien le adjudicará el uso de una porción de la corriente, previo juicio en que se averigüe la necesidad y se fije la cantidad, mediando desde luego indemnización de todo perjuicio inmediato.

La ley 56 de 1890 —en su artículo 1º, inciso 10— señala, como grave motivo de utilidad pública para decretar enajenación forzosa, en tiempo de paz, la construcción de acueductos o de fuentes públicas a beneficio de las poblaciones o caseríos, lo mismo que la adquisición de las aguas necesarias para el abastecimiento de dichas poblaciones o caseríos.

La ley 21 de 1917 —en su artículo 1º, inciso 10— señala como grave motivo de utilidad pública para decretar expropiación forzosa de la propiedad y para limitar el derecho de dominio, en tiempo de paz, la construcción de acueductos o de fuentes públicas a beneficio de las poblaciones o caseríos, lo mismo que la adquisición de las aguas necesarias para el abastecimiento de dichas poblaciones o caseríos.

La ley 87 de 1926 —en su artículo 8º, inciso 1º— señala como grave motivo de utilidad pública para decretar enajenación forzosa y limitar el derecho de dominio, en tiempo de paz, el de adquisición de las aguas necesarias para el abastecimiento de poblaciones o caseríos, y el de los terrenos en donde nazcan esas aguas en cuanto sean indispensables para mantener su conservación y limpieza.

Yo creo que la aplicación de las leyes 56 del 90, 21 del 17 y 87 del 26 está subordinada al artículo 635, ordinal 3º, del código civil,

y por lo mismo tengo como cosa cierta que lo expropiable es el USO de las aguas, cuando éstas son públicas, y que ha de dejarse una parte a las heredades marginales e indemnizárselas de todo perjuicio inmediato.

La ley 98 de 1928 —en su artículo 8º, inciso b)— señala como grave motivo de utilidad pública para decretar enajenación forzosa y limitar el derecho de dominio, en tiempo de paz, la construcción de acueductos destinados al riego de terrenos propios para la agricultura que carezcan de agua suficiente para tal objeto, así como la adquisición de las aguas necesarias para dicho riego.

También creo que la aplicación de esta ley 98 del 28 está subordinada al artículo 893, ordinal 3º, del código civil, en los tres puntos de que ya dice mérito; pero es indudable que el código fue ampliado en el sentido de no reducir el agua a "menesteres domésticos" sino extender su uso a necesidades agrícolas. No obstante dicha ampliación, entiendo que sería raro ... quitar las aguas al pastor, agricultor o industrial ribereño para destinarlas al riego de heredades no marginales. Esta destinación debe hacerse razonablemente.

Los artículos 683 y 918 del código civil permiten sacar las aguas de sus cauces originarios para objetos industriales o domésticos. Esas dos prescripciones tienen igual fondo. No puede cualquiera persona colocarse caprichosamente dentro de ellas. Necesita invocar uno de estos títulos: ser dueña de heredad por donde corran las aguas naturalmente, o que esté delimitada por las mismas aguas (arts. 892 y 894); construir ingenio o molino, o una obra cualquiera, aprovechándose de las aguas que van a otras heredades o a otro ingenio, molino o establecimiento industrial (art. 1001); obtener del Estado licencia para sacar los canales a que se refiere el artículo 683 (art. 8º de la ley 113 de 1928); aprovecharse de la reglamentación oficial sobre el modo de distribuir y aprovechar aguas de uso público (art. 9º de la citada ley 113), y ser distrito municipal, que necesite aguas públicas para los menesteres domésticos de los habitantes de su pueblo o caserío, o para el riego de terrenos propios para la agricultura (art. 893, ord. 3º, del C. C.; leyes 56 de 1890, 21 de 1917, 67 de 1926 y 98 de 1928).

Sé de un distrito que no pudiendo colocarse en los artículos 892 y 894, porque no es ribereano; ni en el 1001, porque no ha construído ninguna obra o establecimiento industrial; ni en el 8º de la ley 113, porque no tiene licencia del gobierno, que quizás le negaría a causa de estar regulada su situación por el ordinal 3º del artículo 893; ni en el 9º de la ley 113, porque tampoco ha apelado al gobierno como administrador de los bienes de uso público, suponiendo que pudiera apelar con el solo carácter de distrito; ni en el 883, ord. 3º, porque ocupó las aguas MANU MILITARI; ni en las leyes 56 del 90, 21 del 17, 67 del 26 y 98 del 28, porque no ha seguido juicio de expropiación; que no pudiendo colocarse en ninguna de estas situaciones jurídicas, vuelvo a decirlo, se presenta como prescribiente.

Creo que ese distrito no ha adquirido las aguas por prescripción.

El artículo 977 del proyecto elaborado por don Andrés Bello decía de este modo:

"ART. 977.—El uso que el dueño del predio superior puede hacer de las aguas que transitan por él se limita en los casos siguientes:

"1º—.....
.....".

"2º—Cuando el agua que transita por el predio suministra a los habitantes de un pueblo vecino la necesaria para los menesteres domésticos; pero en este caso, si el agua fuere de dominio privado, el dueño o dueños de ella tendrán derecho a reclamar una indemnización; a menos que los habitantes hayan adquirido el uso de ella por título o por prescripción de diez años".

Esta norma, tan favorable al "pueblo vecino", no quedó consignada en el código chileno ni en el colombiano.

En el decreto Nº 616 de 9 de abril de 1902 y en el artículo 7º del decreto Nº 178 de 31 de enero de 1933, encuentro algunos sanos principios sobre régimen legal de aguas, que refuerzan mi exposición.

Varias de las anteriores observaciones hice en mi salvamento de voto fechado el 16 de agosto de 1937, por el cual me ratifiqué en el de 11 de junio de 1935, relativos uno y otro a sentencias de casación en lo civil.

SALA PLENA

INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY 21 DE 1937, POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES

Importa recordar que el legislador tiene potestad para organizar los distintos trámites que por razón de la naturaleza de los juicios deben seguirse en orden a obtener el fin del proceso; regula el modo como han de ventilarse y resolverse los asuntos cuyo conocimiento corresponde al órgano judicial del poder y a otras dependencias encargadas también de administrar justicia, pero tal poderío no lo autoriza para obrar soberanamente en la fijación de las formas de cada juicio.

Esas formas deben ser las propias, o sea, las que hagan efectivos los derechos y garantías que la constitución protege, dentro de ciertas cánones incontestables en ciencia procesal y en lógica procesoria, ajustando sus reglas de procedimiento a los principios fundamentales y al espíritu que los informa.

Se apoyan estos postulados en el artículo 22 de la constitución nacional.

La presente decisión ha puesto de lado, en materia de prestaciones a favor de los militares, todo lo relativo a la tesis pura y simple de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles.

Y si en la providencia de 28 de julio de 1932 la Corte admitió como exequible el proceso de revisión establecido por la ley 72 de 1917, necesario es tener en cuenta las prestaciones que en ese trámite no quedaron incluídas, y que la Corte hubo de circunscribirse entonces a la confrontación de preceptos constitucionales distintos de los que ahora le fueron señalados.

Antes imperaba en la Corte la teoría de que en las acusaciones contra leyes y decretos, de modo análogo a lo que ocurre en casación civil acerca de los artículos legales que el recurrente cita como infringidos, ella debía ceñirse estrictamente a los textos constitucionales que se le anotaran como violados; en tanto que la doctrina actual de la Corte es la de que al ejercitar la función que le asigna el artículo 149 de la constitución sobre actos de la naturaleza expresada, sus facultades no se hallan ya reducidas a los aspectos de inconstitucionalidad que indique el acusador. En esta doctrina se inspiró la ley 96 de 1936.

Pero es claro que la declaratoria de inexequibilidad no puede referirse sino a las disposiciones de la ley o decreto acusadas expresamente.

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

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Para la mejor inteligencia de este asunto debe empezarse por transcribir el texto de la acusación formulada por el doctor Francisco de P. Pérez contra la ley 21 de 1937, así como los principales pasajes de la vista del señor Procurador General de la Nación, quien se manifiesta adverso a las pretensiones del acusador.

EL MEMORIAL DE ACUSACION

"Yo, Francisco de P. Pérez, ciudadano colombiano, vecino de este Municipio en donde tengo mi residencia, cédula de ciudadanía Nº 902165, en uso del derecho consagrado en el artículo 149 de la Constitución Nacional, demando ante esa Honorable Corte, por inconstitucionales, para que se declare su inexequibilidad, varias disposiciones de la Ley 21 de 1937, 'por la cual se decreta la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares'.

Ciñéndome al artículo 2º de la Ley 96 de 1936, copio en seguida las disposiciones acusadas; indico los textos constitucionales en mi concepto violados y aduzco las razones en que fundo la demanda que por el presente memorial formulo.

Primero—Disposiciones de la Ley 21 de 1937 que acuso de inconstitucionales:

'Artículo 1º—Todos los juicios sobre sueldos de retiro, pensiones, recompensas, etc., del personal que dependa o haya dependido del Ministerio de Guerra, serán revisados por el Consejo de Estado.

'Artículo 2º—El procedimiento para los juicios de revisión será el que señale el Consejo de Estado por medio de acuerdo, que deberá dictar dentro de los treinta días siguientes a la sanción de esta ley. En todo caso la iniciación del juicio consistirá en la

demanda que al efecto deberá presentar cada interesado, acompañada de los comprobantes legales.

'Artículo 2º—La revisión versará:

a) Sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia;

b) Sobre la veracidad y autenticidad de los documentos y demás pruebas que sirvieron de base para decretar la gracia, y

c) Sobre si la invalidez del militar, cuando de ella se trata, le impide evidentemente trabajar.

. . . . . .

'Artículo 4º—El Consejo dará aviso a los Ministros de Hacienda y de Guerra de los fallos que dicte a fin de que se suspenda el pago de la pensión o del sueldo, según sea del caso, o se haga en la cuantía dispuesta en la sentencia.

'Transcurrido un año a contar de la fecha de la promulgación de esta ley, el Consejo pasará a los Ministerios mencionados una relación completa de las personas que dentro de tal término hubieren demandado la revisión, a fin de que se suspenda indefinidamente el pago a aquellas que no lo hubieren hecho.

'Artículo 5º—Si de la revisión resultare que alguno o algunos de los documentos que sirvieron de base al reconocimiento de una pensión o sueldo de retiro fueron adulterados, el Consejo, además de decretar la pérdida de la gracia, pasará copia de lo conducente a las autoridades del Crimen, para los efectos penales'.

. . . . . .

Segundo—Textos constitucionales que considero infringidos: artículos veintidós, veintiséis, cincuenta y dos y sus concordantes de la Constitución.

Tercero—Expongo en seguida las razones en que apoyo la demanda:

Antecedentes constitucionales

'La Nación tendrá para su defensa un Ejército permanente. La Ley determinará el sistema de reemplazos del Ejército, así como los ascensos, derechos y obligaciones de los militares'. (Artículo 166 de la Constitución Nacional).

'Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley'. (Artículo 169 de la Constitución Nacional).

No contienen las disposiciones transcritas nada distinto de una compensación justiciera.

Si la fuerza armada no es deliberante y si sus miembros están sometidos a la obediencia pasiva; si los militares en servicio no pueden ejercer el derecho de sufragio y llevan las mayores cargas en defensa de la independencia nacional y de las instituciones patrias; si se les recorta el goce de otras libertades ciudadanas, resulta equitativo que se les reconozcan, en cambio, garantías especiales que armonicen con su elevada misión y con el fin de la noble carrera de las armas.

Careciendo, como carecemos, de un estatuto de funcionarios ha querido el constituyente sustraer algunos organismos a las mudanzas partidaristas y ponerlos a cubierto de las represalias inevitables de la política.

Obedecen a esa tendencia los principios fundamentales sobre inmunidad parlamentaria; inamovilidad de los jueces y estabilidad de sus asignaciones durante el período para que fueron designados y otras prerrogativas semejantes.

Adoptando esas normas jurídicas se procura estimular a los ciudadanos que consagran sus capacidades y dedican sus energías al desempeño de funciones que son esenciales para el orden y la seguridad de la república.

De otro modo se verían asaltadas dichas posiciones por la intriga y minadas por intereses bastardos.

Fijadas en las leyes, taxativamente, las causales de responsabilidad, establecidos los motivos para privar de sus grados, honores y pensiones a los militares, pueden éstos apreciar, con anterioridad, las ventajas y desventajas de la carrera que anhelan seguir.

Mas no bastan las fórmulas escritas si en una u otra medida se las vulnera o desconoce. La burla resulta sangrienta. Es indispensable que la realidad práctica sea una exacta y cumplida consecuencia de la teoría preconizada.

Las garantías, objeto de este breve comentario, pertenecen a las consagradas, como de orden público; se dictan en favor de la institución respectiva y no son renunciables ni por la colectividad ni por los individuos.

Tampoco pueden los legisladores proceder con criterio arbitrario y hacer nugatorio el derecho que se hallan facultados para reglamentar.

Por el sistema de las reviones indefinidas se puede llegar, y de hecho se llega, en multitud de casos, a un desconocimiento práctico de las pensiones militares. Hoy se alegaría un fundamento y mañana otro, hasta que la serie de reconsideraciones y de nuevos juicios fuera reduciendo la cuantía de

pensiones, o aumentando las causales para suspenderlas o negarlas, en forma tal que los derechos adquiridos serían algo irrisorio.

No hay duda de que constituyente y legislador han querido consagrar la estabilidad de aquellas reglas de excepción favorables al ejército y a las unidades que lo integran. Dejar a la institución armada y a sus abnegados servidores sujetos a la inseguridad, en los cambios frecuentes de la legislación nacional, hubiera valido tanto como inferirles un agravio en vez de reconocerles un privilegio.

Antecedentes legislativos

El artículo 1° de la Ley 149 de 1896 dice: 'Llámanse recompensas militares las cantidades de dinero que se conceden por una sola vez a los miembros del Ejército y de la Armada de la República, como premio de actos ejecutados en servicio de la patria; y son pensiones militares las cantidades que se suministran de por vida y periódicamente a la misma clase de individuos, en atención al tiempo que hayan servido'.

La Ley 71 de 1915 reglamentó la materia concerniente al retiro, pensiones y recompensas para los miembros del ejército.

En su artículo décimo reafirmó lo que venía rigiendo en cuanto a la definición de pensiones y de recompensas militares.

Como antecedente digno de anotarse dispuso la mencionada ley en su artículo 38 lo que sigue:

'Deróganse todas las disposiciones anteriores que pugnen con la presente ley, en cuanto se refiere a pensiones y recompensas de miembros del Ejército, quedando subsistentes las pensiones decretadas por leyes anteriores. Por consiguiente, los efectos de la presente ley son aplicables solamente a los Oficiales que no se hallen en goce de pensión'.

De suerte que cuando en Colombia se decreta una pensión militar es necesario entender, por tal, un pago 'de por vida y periódicamente' a los que previas las formalidades legales se declaren pensionados. No se trata de una gracia, o favor, sino del reconocimiento de un derecho.

Las pensiones de esta clase quedan comprendidas en aquellas que los expositores de Derecho Administrativo denominan remuneratorias, compensatorias o de derecha: no son mera liberalidad del Estado; revisten el carácter de las medidas de previsión social cuyo campo se va extendiendo, cada día más, en las relaciones del derecho privado y en el dominio del derecho público; son manifestaciones de la 'función social' de los gobiernos.

Acorde con esta doctrina, la Ley 50 de 1886, en su artículo 18, denominó 'pensiones remuneratorias', entre otras, 'las concedidas a título de jubilación o retiro, en premio de servicios clasificados en ley preexistente, siempre que en su cuantía y términos la concesión se haya ceñido a la promesa legal'.

Respecto a ellas dispuso el legislador de 1886 que 'no podrán disminuirse en ningún tiempo'.

La citada Ley 149 de 1896, en el título tercero, señaló el procedimiento y la jurisdicción para los juicios de recompensas y pensiones en la siguiente forma:

'Corresponde a la Corte Suprema de Justicia conocer en una sola instancia de las demandas de recompensas y pensiones militares. En estos juicios, que serán sumarios, representará a la Nación el Procurador General.

'Los interesados harán su demanda en memorial que contendrá su nombre, naturaleza, residencia y causa o razón de la demanda. Al memorial acompañarán las pruebas que según el caso exige esta ley y la actuación se hará en papel sellado.

'Si hubiere deficiencia en el memorial o en las pruebas, se devolverán al demandante para que las subsane y con este fin se le indicarán clara y detalladamente los defectos. La Corte puede hacer que ante ella se ratifiquen los testigos residentes en la capital; comisionar en cualquier caso; disponer que las certificaciones se aclaren o amplíen; y en fin, dictar cuantos autos para mejor proveer estime convenientes.

'Dictada sentencia favorable, la Corte mandará copia al Ministerio del Tesoro para los efectos del pago. También dará aviso, con inserción de lo conducente, al Ministro de Guerra, para que éste haga tomar nota del hecho en el Estado Mayor General'. (Artículos 40, 41, 42 y 43).

La ley 72 de 1917, en su artículo 1°, fijó como causales para perder la pensión las siguientes que son, en sustancia, las mismas que para pérdida de recompensas y pensiones enumeró la Ley 149 de 1896:

'El militar que haya ganado pensión o recompensa, perderá su derecho a éstas, o lo perderán sus herederos, según el caso, si antes de pagarle se encontrare o hubiere encontrado en cualquiera de los casos siguientes:

'1°... Haber sido dado de baja por mala conducta o deslealtad al Gobierno legítimo, previa secuela de juicio.

'2º—Cuando se le hubiere condenado por Tribunal competente a la pérdida del grado, si no ha obtenido rehabilitación, o a sufrir pena corporal aflictiva, o a la pérdida de toda pensión pagadera por el Tesoro Público, si el militar muere durante el cumplimiento de cualquiera de éstas penas o si pesan sobre él al tiempo de la reclamación.

'3º—Haber recibido antes recompensa por sus actos o servicios militares, excepto el caso en que ésta se haya concedido por acción distinguida de valor.

'4º—Estar en goce de pensión del Tesoro, o haber capitalizado la que de éste tuviere.

'5º—Tomar parte o haberla tomado desde la sanción del Código Militar de 1881, en alzamiento o sedición contra el Gobierno legítimo.

'6º—Fomentar o haber fomentado desde la misma fecha enganches o levas con el fin de turbar el orden público de un país amigo; y

'7º—En los demás casos previstos por las leyes'.

La Ley 107 de 1928, en su artículo segundo dispuso:

'Las pensiones o recompensas a que tuvieren derecho los antiguos miembros de las Bandas de Música del Ejército de la República, según los artículo 1º de la ley 103 de 1912 y 13 de la ley 102 de 1927, se decretarán por la entidad encargada, de acuerdo con la cuantía que corresponda al mayor grado de asimilación militar reconocida en la respectiva hoja de servicios expedida por el Ministerio de Guerra, y serán pagadas por el Tesoro Nacional'.

Es decir que, para los efectos legales, en este caso, los miembros de las Bandas de Música del Ejército se hallan plenamente amparados como los militares.

Por lo que hace a los sueldos de retiro, la Ley 75 de 1925 dictó normas que obedecen a un sistema en que se combinan la acción directa del Tesoro Público y los recursos particulares de los miembros del Ejército. Al efecto, según el artículo octavo de dicha ley, se constituyó una caja especial para atender al pago de los sueldos de retiro. Esa caja debía formarse así:

'1º—Con las sumas pagadas por los oficiales; 2º—Con una subvención de ochenta mil pesos ($ 80,000) anuales que durante diez años dará la Nación a dicha caja, y que será pagada antes del 32 de diciembre de cada año, incorporándola por el Gobierno en la Ley de Apropiaciones de la vigencia correspondiente; 3º—Por cualesquiera otras donaciones o prestaciones que se le hagan, y 4º—Por los intereses que devenguen todas estas sumas'.

Resumiendo tenemos: leyes que reconocen el derecho a pensión y sueldos de retiro, llenadas ciertas condiciones, respecto a servicios las unas, sobre procedimientos las otras, fijadas directamente por el legislador; jueces ante los cuales hacen valer sus derechos los interesados y obligaciones correspondientes para la nación una vez dictado el fallo.

Derechos adquiridos

El artículo 26 de la Constitución Nacional, inciso 1º, dice:

'Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social'.

La literatura jurídica sobre los derechos adquiridos es en extremo abundante y controvertida. Pretender señalar nuevos horizontes, respecto a semejante cuestión, resultaría vanidad pueril.

De un estudio del experto y acucioso publicista doctor Fernando Garavito, encomiado y encomiable como todos los suyos, transcribo estas líneas:

'Sin entrar en escabrosas divagaciones, nos basta decir que los expositores más autorizados dan la siguiente definición de derecho adquirido; que resume las condiciones esenciales para su existencia, a saber: 'Bien jurídico creado por un hecho capaz de producirlo según la ley entonces vigente, y que de acuerdo con los preceptos de la misma ley entró en el patrimonio del titular'.

Otro autor define así:

'Los derechos adquiridos son aquellos que pueden ser actualmente ejercidos; es decir, aquellos a los cuales, sea el caso de agresión, sea el caso de resistencia, el poder público debe protección, tanto para defenderlos contra los atentados de terceros, como para asegurar contra los terceros todo su desenvolvimiento'.

Jurisprudencia colombiana:

'Derechos adquiridos son aquellos que hacen parte de nuestro patrimonio y que están fuéra del alcance del hecho de un tercero, como por ejemplo, el que úno tiene para recoger los bienes de una persona que ha muer-

to y que válidamente nos ha instituído herederos en su testamento; o, en otros términos, el que se nos presenta como algo que se intima con nosotros, que está sujeto a nuestra dominación y que forma parte de nuestro haber'. (Fallo de la Corte, de 11 de julio de 1893).

Las pensiones militares que, como ya se vió, no representan una gracia ni un favor, sino que son la compensación debida por servicios, no siempre suficientemente remunerados, deben ser consideradas, una vez dictado el fallo para cada caso, elementos constitutivos del patrimonio individual no vulnerable por leyes posteriores, encarnan un derecho adquirido con justo título.

Gascón y Marín denomina clases pasivas el conjunto de personas que reciben pensión del Estado sin prestarle ya un servicio activo. Admite dicho autor las pensiones de derecho por servicios prestados, siempre que se reúnan determinados requisitos que han de fijar las leyes.

El carácter social de este género de disposiciones resulta hoy de una claridad innegable.

Si analizamos en el campo del derecho privado, vemos que los estados modernos están interviniendo a toda hora en las industrias para que tengan reglamentos efectivos que garanticen la vida y la seguridad de sus trabajadores, para que se les reconozcan salarios mínimos; para que los empleados disfruten de vacaciones remuneradas; para que sea efectivo el descanso dominical obligatorio; para que se atiendan empleados y obreros en caso de enfermedad y muchas otras normas de derecho semejantes.

No se olvide que todas estas garantías se otorgan, al ciudadano trabajador, como algo que no puede ser ni siquiera renunciado por él, porque se hace en atención a su calidad de miembro de la especie humana y de elemento social que no puede desprenderse de aquellas protecciones legales que se han dictado en beneficio de la comunidad.

La Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 7 de noviembre de 1933, dictada con anterioridad a la reforma constitucional de 1936, en virtud de la cual declaró válida la Ley 1ª de 1932, que atiende a la jubilación de los empleados y obreros ferroviarios, expuso:

'Las pensiones no tienen el carácter de sueldos ni de salarios, pues al paso que los dos últimos miran al interés privado, las pensiones son instituciones establecidas por motivo de interés general, que hacen parte de lo que se conoce con el nombre de 'previsión social' y que tienen por fin atender a la subsistencia de aquellas personas que por razón de su edad y estado de pobreza no pueden subvenir a sus más apremiantes necesidades, después de haber consumido sus energías y su edad útil en servicio de una empresa o entidad. La sociedad está interesada en que dichas personas no carezcan de lo necesario para su sostenimiento, y por este motivo procura que disfruten de una asignación que las coloque en circunstancias de no perecer por inanición'.

Este concepto fue prohijado por el Procurador General de la Nación en su vista relacionada con la Ley 10 de 1934.

Ahora bien: resultaría inconsecuencia imposible de admitir que el Estado consagrara esta clase de principios, para lo concerniente a las relaciones de los individuos entre sí, rechazándolos para sus propias relaciones con los servidores públicos.

Los militares que adquirieron derecho a pensión conforme a leyes anteriores a la 21 de 1937, disfrutan del goce legítimo de un derecho perfecto.

Se ciñeron ellos a las leyes vigentes y acudieron a la Corte Suprema de Justicia o al Consejo de Estado, según los casos, para que se les determinara su derecho en un fallo que por lo mismo debía tener el carácter de definitivo.

Consagrar, como consagra en sus artículos 1º, 2º y 3º la Ley 21 de 1937, una revisión de todos los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares, equivale a herir de muerte la garantía constitucional de los derechos adquiridos.

Basta un ejemplo de los muchos que se pudieran citar: el artículo 3º de la Ley 21, objeto de la presente acusación, dispone en su inciso a) que la revisión versará 'sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia'.

Una de esas disposiciones que rigen hoy la materia, es la contenida en el artículo 8º de la Ley 88 de 1935, que dice:

'Artículo 8º—Son causas, además de las previstas en el Código Militar, para la pérdida de las pensiones o sueldos de retiro de que disfrutan los Oficiales en retiro, las siguientes:

'1ª—Pertenecer a directorios, comités o asociaciones políticas.

'2ª—Incitar por medio de la prensa, a reuniones políticas o en cualquiera otra forma, a la ejecución de actos subversivos o que tiendan a desconocer las prerrogativas legales o constitucionales del Gobierno o a crearle dificultades.

'3ª—Poseer o guardar armas pertenecientes a los parques nacionales.

'Parágrafo—Para hacer esta declaración, el Gobierno sólo necesita de una información breve y sumaria, pero la resolución que él dicte es revisable por el Consejo de Estado'.

Tenemos, pues, que muchos militares pensionados con un derecho claro conforme a las leyes 149 de 1896, 71 de 1915 y otras anteriores, en las cuales no existían como causas para la pérdida de sus pensiones o sueldos de retiro las fijadas en la Ley 88 de 1935, van a encontrar, en los nuevos juicios, que la revisión versa 'sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia' desconociendo el valor jurídico de las disposiciones que regían cuando ellos obtuvieron los respectivos fallos que les reconocieron su derecho.

Si esto no es atentar contra los derechos adquiridos, hay que borrar de la Carta Fundamental esa garantía.

La Corte dijo en su fallo del 6 de junio de 1916 sobre inexequibilidad de varios artículos de la Ley 87 de 1915:

'La Nación contrae sin duda alguna un compromiso solemne con las personas que entran al servicio militar, sobre la base de que se les reconocerá una recompensa o una pensión determinadas, si cumplen los deberes que la ley les impone. Satisfacer una pensión es, pues, pagar una deuda a quien ha prestado servicio continuo durante quince, veinte o más años, como lo ofreció, a quien ha sufrido los rigores de dos o más campañas, expuesto su vida en varios combates y hasta derramado su sangre. El pago de la pensión es ineludible porque la deuda es sagrada; está de por medio la honra de la Nación'.

Y no se diga que en el presente caso se trata de una cuestión distinta, comoquiera que se refiere, limitativamente, a la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares.

Como puede verse en el texto de la Ley 21 de 1937, el resultado final de tales juicios puede ser no sólo de rebaja sino de anulación de las respectivas pensiones o sueldos reconocidos antes, en providencia ya ejecutoriada, por la Corte Suprema.

Es por lo mismo indudable que las disposiciones legales transcritas, al iniciar el presente libelo de demanda, son contrarias al precepto constitucional invocado —artículo 26 de la Constitución Nacional— porque, en su fondo y en su forma, desvirtúan, menoscaban, violan derechos adquiridos.

Más adelante se demostrará lo irregular de un procedimiento en cuyo desarrollo se invalidan sentencias definitivas y ejecutoriadas del más alto tribunal de justicia de Colombia.

La jurisdicción

En su artículo 52 establece la Constitución Nacional:

'Son órganos del Poder Público: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

'Los órganos del Poder Público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado'.

Este principio excluye la posibilidad, mientras rija, de que una ley ordinaria pueda crear la confusión, o mezcla, en el ejercicio de aquellas funciones que constitucionalmente son separadas.

Un derecho, emanado de sentencias judiciales, no puede ser desconocido por nuevas providencias de organismos contencioso-administrativo; un proceso plenamente adelantado y concluído ante los jueces ordinarios no es materia de revisión de otros funcionarios.

Y si en el hecho así sucede, porque una ley lo dispone, se ha desquiciado el orden jurídico y se ha derrumbado la 'jerarquía de las leyes' con detrimento de la supremacía constitucional.

Entre los juicios de pensiones y sueldos de retiro, que la ley 21 de 1937 manda revisar, se hallan los que fueron seguidos ante la Corte Suprema y que finalizó dicha entidad con sentencia intocable.

Renovar las actuaciones, ante el Consejo de Estado, equivale a que esta corporación queda facultada para modificar o desconocer lo fallado por la Corte, negándole a sus sentencias la firmeza que garantiza las relaciones jurídicas y es la seguridad que ampara los derechos individuales y colectivos.

Se dirá que las pensiones y sueldos de retiro pertenecen, desde su nacimiento, al campo del derecho público y más concretamente al administrativo.

Afirmación sin respaldo.

En su sentencia de 19 de julio de 1933 dijo la Corte Suprema:

'No puede negarse que hay actos administrativos que crean derechos privados, los cuales en su eficacia y ejercicio quedan sujetos al concepto general que domina el derecho común: así, por ejemplo, es actuación administrativa legal la que se realiza para dar nacimiento a la personalidad jurídica individual o colectiva, y los derechos que estas entidades tienen indudablemente constituyen parte de su patrimonio privado, porque la sola existencia física de la persona-

lidad mediante las disposiciones administrativas, se transforma en existencia física de la personalidad mediante la inscripción en el registro correspondiente y en tratándose de las personas jurídicas colectivas, ellas no existen sino cuando el Estado administrativamente reconoce su existencia.

'Así también mediante un acto administrativo el dominio público se convierte en privado y por ello las minas entran al patrimonio de los ciudadanos, los baldíos se convierten en propiedad privada y las pensiones obligan al Estado al suministro de la cuantía que él mismo reconoce como una compensación por los servicios prestados en beneficio de la sociedad.

'De suerte que no es el criterio de la procedencia del derecho lo que simplemente determina su naturaleza sino la calidad del sujeto activo del mismo, si individuo particular, tendrá un derecho privado; y si el obligado es el Estado, desde este punto de vista será también privada la obligación que le compete'.

Siguiendo esta doctrina podrían estudiarse muchos otros casos y enumerarse más ejemplos decisivos.

Las leyes sobre policía de ferrocarriles y de tránsito, en general, son de índole administrativa; lo son igualmente las de accidentes del trabajo, higiene, seguros obreros, conducción de correos y servicio de telégrafos.

Sinembargo, nadie negará que las obligaciones del Estado, en esas materias, son correlativas del derecho de los ciudadanos para reclamar su efectividad, ante la justicia ordinaria, incluyendo hasta indemnizaciones cuando se les causa un daño en sus intereses o cuando el mero incumplimiento les ocasiona el natural perjuicio.

Cuando se remataba la administración de algunas rentas públicas se realizaba un acto administrativo, pero esto no impedía que con fundamento en él, acudieran los interesados a reclamar su derecho en los tribunales comunes.

La aprobación de contratos con el Gobierno, en unos casos por el Consejo de Ministros y en otros por éste y por el Consejo de Estado, según la cuantía y lo dispuesto en las autorizaciones legales correspondientes, no es sino un acto administrativo. Mas una vez realizado no hay revisiones justificadas que invaliden lo que legalmente se concluyó.

Si no existiera esa estabilidad se harían imposibles las negociaciones con el Estado. Confiando en ella los contratistas llevan adelante sus obras o prestan sus servicios.

No pueden correr otra suerte los que acudieron a filas y ocuparon sitios de peligro. Es verdad que no firmaron un pacto, ni lo extendieron en papel sellado, ni adhirieron estampillas, ni llamaron testigos. Les bastó la palabra oficial que, por medio del Congreso, empeñó la fe pública y les dijo: sirvan tantos años, cumplan determinados requisitos, dejen mensualmente de su sueldo un porcentaje para la Caja especial; demuestren luégo estos hechos ante la Corte Suprema y estén seguros de una vejez tranquila, disfrutando de su pensión y de los sueldos de retiro.

No se enunciaron entonces las posteriores órdenes de revisión, ni se estableció que la sentencia de la Corte Suprema resultara, a la postre, supeditada por la de otra entidad, respetable sí, pero de un orden distinto.

La limitación y separación de los órganos del Poder Público era una defensa contra cualquier temor. Así lo consagraban los más caros principios democráticos.

Vinieron hechos, como la Ley 21 de 1937, a desvanecer aquellas creencias.

Democracia caduca y vencida, que debe reemplazarse con los puños cerrados de la dictadura del motín, dicen unos, con el sable victorioso del 'sargento necesario' dicen otros.

Vicios de la democracia, pecados contra sus mandatos; corregir los primeros y arrepentirse de los últimos, con firmes propósitos de la enmienda, repetimos algunos que todavía creemos en la bondad de sus principios.

Esa vuestra misión, Señores Magistrados, en casos como éste: restablecer la justicia y ser guardianes de la Constitución; mantener la rígida norma de la cosa juzgada que rechaza revisiones acomodaticias y casuísticas; no admitir nuevas jurisdicciones imposibles sobre lo ya sentenciado; hacer efectivos todos esos postulados que merecieron de pasadas generaciones la lucha y el sacrificio.

Si es evidente que la vieja teoría de la separación de poderes ha sido revaluada, en su alcance y denominación, es también una verdad que la limitación y separación de funciones en el ejercicio de la soberanía, o poder único, salvaguardia los indeclinables fueros del individuo como hombre y como ciudadano.

El artículo primero de la ley 21 de 1937, cuya inconstitucionalidad pido sea declarada, en cuanto dispone que todos los juicios sobre sueldos de retiro, pensiones, recompensas, etc., del personal que depende o haya dependido del Ministerio de Guerra, serán

revisados por el Consejo de Estado', quebranta las normas constitucionales, porque atribuye a la entidad suprema de lo contencioso-administrativo el conocimiento y decisión de asuntos que son patrimonio de los ciudadanos, amparado por leyes vigentes y conforme a ellas reconocido; porque de dicha confusión en el ejercicio de las funciones del poder público puede resultar, en el hecho, la invalidez de sentencias judiciales ejecutoriadas que se vienen cumpliendo hace años; porque si ese precedente se consagrara hoy, no habría razón alguna para que no se ordenaran revisar mañana, por la misma entidad, las adjudicaciones de minas, de baldíos, de concesiones petrolíferas, de explotación de ferrocarriles y otras providencias de un valor jurídico idéntico al de las pensiones y sueldos de retiro decretados en leyes y debidamente reconocidos en juicios en que el Procurador General de la Nación fue oído como parte.

La lógica de los principios hay que aplicarla en lo grande como en lo pequeño, señores Magistrados.

Y no se diga que se falsea el propósito de la ley que acuso; ni se venga con distingos respecto a su alcance; es necesario que se la tome en su sentido literal y claro sin paliativos que le recorten su fuerza.

Tampoco es norma interpretativa la de buscar si en las palabras existe o no algo que establezca, de manera explícita, una confusión autorizada de las distintas funciones del poder. Basta que en los hechos ella resulte. Para demostrarlo en el presente caso no hay necesidad de largas disquisiciones sino de recordar el significado de la palabra revisar.

Si quien revisa puede variar el acto jurídico revisado, es porque con dicho recurso se pretende lograr un objetivo. Si nada se persiguiera con la revisión, ésta sería inútil. Lo que sirve de base a este comentario puede llegar hasta el extremo de anular todo lo anterior, en juicios cerrados definitivamente conforme a las leyes preexistentes.

Es una violación evidente del artículo 52 de la Constitución Nacional.

El sistema judicial —repiten los expositores— parte de la unidad de juridicción, precisamente como consecuencia de la separación de poderes.

Los autores admiten jurisdicciones especiales y entidades mixtas que colaboran, como entre nosotros el Consejo de Estado, con los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, sin que se identifiquen con ninguno de ellos.

'El consejo de Estado y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso-Administrativo no son entidades comprendidas en el ramo de la administración pública denominado por la Constitución Poder Judicial. Los asuntos sometidos al estudio y decisión de esas corporaciones no versan sobre controversias judiciales propiamente dichas; su acción va encaminada a estudiar y revisar ciertas providencias de algunos funcionarios administrativos del Estado'. (Acuerdo de la Corte, de 4 de marzo de 1919).

Jamás llegó a pensarse que sentencias de jueces ordinarios pudieran ser revisadas por el Consejo de Estado.

El procedimiento

Tachas muy semejantes a las ya examinadas pueden oponerse al artículo 2º de la ley a que me he venido refiriendo. Dice así:

'El procedimiento para los juicios de revisión será el que señale el Consejo de Estado por medio de acuerdo, que deberá dictar dentro de los treinta días siguientes a la sanción de esta ley. En todo caso la iniciación del juicio consistirá en la demanda que al efecto deberá presentar cada interesado, acompañada de los comprobantes legales'.

El constituyente colombiano, en cuanto a regular el procedimiento judicial, impuso reglas de la mayor severidad. Las leyes sobre esa materia no pueden ser modificadas, por la libre iniciativa parlamentaria, sino mediante proyectos presentados por las comisiones permanentes especiales de las cámaras o por los Ministros del Despacho.

En armonía con lo dispuesto en el artículo 73 de la Carta se ha querido sustraer, ese capítulo, de los vaivenes de la improvisación legislativa procurando mantenerlo en el campo de la técnica jurídica.

Indudablemente el Consejo de Estado inspira la mayor confianza, pero no es constitucionalmente aceptable que el Congreso le delegue atribuciones de carácter legislativo y que sólo a él pertenecen. Ello equivale, tomando las cosas como son, a revestirle de facultades extraordinarias para un efecto determinado. Y esa medida sólo puede adoptarla el legislador con relación al Presidente de la República y con las limitaciones imperativas del artículo 69 de la Constitución, numeral noveno.

No se diga que es asunto de poco momento el que se deja esbozado.

Si por ese camino se inician las actividades parlamentarias, en no lejano día podremos encontrar leyes en que se deje a la Corte Suprema, a los Tribunales superiores, a los jueces de Circuito y a los municipales,

la fijación del procedimiento que deba seguirse, en casos determinados que ante ellos se ventilen.

Es indudablemente una anomalía cuyas consecuencias funestas se advierten con enunciarla.

Si de acuerdo con el artículo 22 de la Constitución nadie puede 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', resulta en pugna con esta garantía social todo juicio que se siga mediante los trámites fijados por la misma entidad encargada de fallar y puestos en vigencia con posterioridad a los hechos materia de la controversia judicial que debe adelantarse.

Las leyes preexistentes al acto son las sustantivas en que se funda el derecho, y las procedimentales que abren al ciudadano los caminos de su defensa.

Téngase en cuenta que, cuando se decretaron las pensiones y los sueldos de retiro, se siguieron ante la Corte juicios sumarios en que fueron partes interesadas los reclamantes y el Procurador General que representó a la Nación.

Las normas procedimentales las determinó el legislador de manera precisa.

Al revisar hoy aquellos juicios se deja al Consejo de Estado la facultad de fijar el procedimiento y en esa forma se desconocen también garantías constitucionales.

Objeto de la revisión

El artículo 3º de la ley lo señala en los términos siguientes:

'La revisión versará:

'a) Sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia;

'b) Sobre la veracidad y autenticidad de los documentos y demás pruebas que sirvieron de base para decretar la gracia, y

'c) Sobre si la invalidez del militar, cuando de ella se trata, le impide evidentemente trabajar'.

Todos estos puntos fueron, en su día, estudiados en los juicios para el reconocimiento de las pensiones y sueldos de retiro. Es decir: las mismas personas como litigantes; la misma cosa litigiosa; el mismo derecho, causa o razón; en resumen, los caracteres distintivos para que haya cosa juzgada.

Como atrás queda expuesto, en la revisión se comprende el análisis 'sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia', desconociendo así los derechos adquiridos al amparo de las leyes que regían, con anterioridad, que son las únicas que pueden tenerse en cuenta. Se revisa sobre la base del pasado.

Resta por examinar el artículo 5º de la ley:

'Si de la revisión resultare que alguno o algunos de los documentos que sirvieron de base al reconocimiento de una pensión o sueldo de retiro fueron adulterados, el Consejo, además de decretar la pérdida de la gracia, pasará copia de lo conducente a las autoridades del Crimen, para los efectos penales'.

Demostrado que las pensiones y sueldos de retiro integran el patrimonio de los ciudadanos que, cumplidos los requisitos legales y surtido el juicio correspondiente, ciñéndose a las leyes, obtuvieren la declaración de su derecho a cobrarlos, es de una evidencia plena que no pueden ser privados de su propiedad sino 'por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador'.

Si se trata de la imposición de una pena es necesario que el sindicado sea oído y vencido en juicio, de acuerdo con los trámites ordinarios consagrados en las leyes de procedimiento.

Otorgarle al Consejo de Estado la facultad de aplicar una sanción tan grave, en armonía con reglas procedimentales por él mismo fijadas, es incurrir en un manifiesto error que viola los artículos 22 y 52 de la Carta Fundamental.

Por otra parte, como al Consejo se le ordena 'decretar la pérdida de la gracia', y pasar copia de lo conducente 'a las autoridades del crimen, para los efectos penales', bien puede un pensionado ser absuelto por estas últimas del cargo que se le imputa y quedar privado de su derecho al cobro de la pensión o sueldo de retiro por el fallo del Consejo de Estado.

Es insostenible la presunción legal de que, por el hecho de que aparezcan documentos adulterados, es responsable de tal cosa el militar pensionado.

Y más injurídico resulta que funcionarios del orden administrativo vengan a intervenir directamente en la aplicación de penas por delitos que, aún en el caso de ser evidentes, tienen ya señalado su castigo en el Código Penal.

Por este aspecto se viola también el artículo 22 de la Constitución desde luego que en materia criminal solamente 'la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'.

Nadie discutirá que, para un sindicado de adulteración de documentos públicos, es más favorable ser juzgado por los jueces comu-

nes, previas formalidades que garantizan, con amplitud, los fueros sagrados de la defensa y no por una corporación de índole consultiva, como el Consejo de Estado, en un juicio especial que se adelanta según los trámites que quiera establecer el fallador.

Anticiparse a imponer la pena de pérdida de la pensión o sueldo de retiro, sin que todavía se conozca el culpabe de aduteración de documentos, equivale a lo que un ingenio popular, en una de nuestras guerras civiles, cristalizó en la frase de: 'vayan fusilando mientras viene la orden'.

El Consejo de Estado decreta la pérdida de la pensión y luégo dice a los jueces: ahora investiguen ustedes quién es el culpable de las adulteraciones.

Constituyen estas anomalías algo tan monstruoso, en materia de garantías sociales y de ciencia penal, que se dificulta, por la evidencia de los errores, el tratar de demostrarlos, con palabras, cuando la simple relación de hechos supera en mucho a los argumentos.

¿Cuándo se verificaron las adulteraciones?

¿Antes de la sentencia de la Corte o después de ella?

¿Quién o quiénes las ejecutaron y con qué fines?

Estas preguntas deben contestarse antes de privar a los interesados del goce de sus derechos. Contestarlas después de haberlos privado de éstos no tiene explicación posible.

Bien puede darse el caso de que elementos extraños, enemigos personales o políticos, adulteren expedientes de esta clase para que en la revisión decretada por la ley 21 de 1937 resulten perjuicios al reclamante.

Basta imaginar el desgreño de la mayor parte de nuestros archivos públicos para convencerse de la posibilidad anotada.

En una Notaría de la ciudad conocí en días pasados este hecho: un testamento debidamente protocolizado, del cual se expide la primera copia; al poco tiempo se pide una segunda y resulta contraria a la primera; se examina el protocolo y se observan las adiciones y enmiendas que le habían introducido manos extrañas.

Con el criterio de la Ley 21 de 1937 la sola existencia de las adulteraciones basta para castigar, sin más informativos, al pensionado que puede ser en absoluto inocente, y si así es reconocido, posteriormente por los jueces, se presenta esta situación: absuelto de la pena principal, pero ya privado de la pensión por la sentencia del Consejo que, como ejecutoriada, tendrá que seguirse cumpliendo.

Cuando la lógica interpretativa y la aplicación de la ley conducen a semejantes absurdos, es porque se han desconocido las normas fundamentales que para algo se dictan; en este caso la separación de las funciones del poder público que padece completa mengua con las mezclas de un organismo en las actividades de otro.

Se dirá que entonces quedan sin castigo posible hechos criminosos realizados en expedientes de reconocimiento de pensiones.

Absolutamente no. El Gobierno dispone de multitud de medios para la investigación y el juzgamiento de quienes sean culpables. Lo que no se puede admitir es la presunción de que la culpa sea en todo caso del pensionado y empezar por imponerle la sanción administrativa.

Fundado en las razones expuestas, reafirmo mi solicitud para que declaréis inexequibles los artículos de la Ley 21 de 1937 ya transcritos, al principiar esta demanda.

Acompaño, debidamente autenticado, un ejemplar del Diario Oficial Nº 23473 de 8 de mayo de 1937 en que se publicó la Ley acusada".

LA VISTA DEL Sr. PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

"Las razones y comentarios que aduce el doctor Pérez para fundar su solicitud serán examinadas por este despacho conjuntamente con los textos constitucionales por él invocados.

El origen y el fin de la ley acusada

Estima este despacho que para opinar y decidir acerca de la validez constitucional de la ley 21 de 1937, que ordenó la revisión de los sueldos de retiro y pensiones de los militares, es indispensable conocer previamente cuáles fueron los antecedentes que precedieron a su expedición y cuál el fin que ella se propone realizar.

En las sesiones del Congreso Nacional se presentó por la primera vez al Senado, en el mes de enero de 1936, un proyecto de ley 'por la cual se ordena la revisión de pensiones y sueldos de militares y se dictan otras disposiciones'.

El proyecto lo suscriben los miembros de la Comisión sobre Pensiones y Recompensas y en la respectiva exposición de motivos se dice que la comisión tiene el propósito de presentar en un solo proyecto de ley las observaciones o conclusiones a que hubiera

llegado, después de un detenido estudio en el sucho campo de nuestra legislación sobre este particular, que es verdaderamente abundante, caótica, contradictoria, en forma que se presta para muchos abusos, para muchas injusticias y para algunos delitos'.

Y agrega luégo:

'Pero, el hecho de haber sido descubiertos en el Ministerio de Guerra verdaderos hechos criminosos, que sirvieron de base para obtener algunas pensiones o sueldos de retiro, nos ha obligado a presentar sin demora alguna, el presente proyecto de ley, que tiene que ser elevado a acto legal sin tardanza, puesto que está de por medio la defensa de los intereses nacionales.

'Como lo afirma el Ministerio de Guerra, en el informe que ha enviado al Senado, ha habido suplantaciones, adulteraciones de nombres o personas, con el fin de poder hacer aparecer como cumplidos los requisitos que exigen las leyes para obtener el pago de pensiones o sueldos de retiro. A este proyecto acompañamos el referido informe del Ministerio para que el Senado se dé cabal cuenta de la gravedad del hecho y de la urgencia que existe de buscar remedio a esos abusos.

'Ya en tiempos pasados, y hoy mismo, el H. Consejo de Estado ha dado la voz de alarma, pues ha encontrado abusos, delitos en muchos casos de estas reclamaciones. En el renglón de pensiones a inválidos, especialmente, han existido verdaderos asaltos al Tesoro Público, que bien merecen una severa y pronta investigación, para concluir con ese estado de cosas, por demás reprobable, y que el Senado debe estudiar con toda la atención que se merece'.

El proyecto no alcanzó a sufrir los debates reglamentarios en las referidas sesiones, y fue presentado de nuevo al Senado, en las sesiones ordinarias que empezaron en julio de 1936, por la comisión que lo había presentado la primera vez. La comisión reitera al Senado en la nueva exposición de motivos, los que le sirvieron de base para la primitiva presentación.

Ya en estas sesiones las Cámaras tuvieron oportunidad de estudiar el proyecto, de modificarlo y aprobarlo; y sancionado como fue por el Presidente de la República, se convirtió en la Ley 21 de 1937, que ahora es materia de diversas acusaciones relativas a su validez constitucional.

El fraude a la ley—La verdad formal y la verdad real

Conocidos los antecedentes de esta ley, ella no puede ser susceptible de interpretaciones equívocas. El Congreso de la República tuvo conocimiento, por informes oficiales y fidedignos, de la existencia de un fraude crónico a las leyes sobre pensiones y sueldos de retiro de los militares, acerca del cual había en el Ministerio de Guerra abundantes elementos de comprobación.

Ante la certidumbre del hecho, el Congreso tenía el deber de adoptar la medida que estimara conveniente para suspender sus efectos perturbadores del régimen legal y lesivos de los intereses fiscales del Estado. Sin dar lugar al empleo de recursos que permitieran la continuación del mal que se quería remediar, había que ponerle término inmediatamente al pago de las obligaciones pecuniarias que estén gravando al Tesoro Público, sin derecho, causa o razón que las justifique. Para obtener este fin era indispensable recurrir a una medida de carácter especial y extraordinario, mediante la cual quedaran sometidos a un nuevo examen los elementos probatorios que sirvieron para decretar las pensiones, recompensas y sueldos de retiro de los militares.

Se estaba en presencia del conflicto creado por situaciones jurídicas privilegiadas, obtenidas mediante la simulación de la verdad.

En Colombia y en todas las sociedades cultas la autoridad de los fallos definitivos, que han sido regularmente dictados, se mantiene y conserva por razones de orden jurídico y por motivos de estabilidad social. Es una cuestión de necesidad para la conservación de la armonía social. Las legislaciones rodean los juicios de toda suerte de garantías para las partes y de precauciones para el juez, a fin de que los fallos sean el reflejo fiel de la verdad y realicen los fines de la ley y de la justicia.

Con todo, la experiencia de los hechos humanos ha demostrado que existen mutaciones de la verdad y posibilidades de error superiores a toda previsión y que las asechanzas contra la justicia son mayores o menores según las clases de juicios y de procedimientos. La autoridad de la cosa juzgada no puede mantenerse en estos casos. Ella cede a un interés mayor, como es el mantenimiento en la sociedad del imperio de la justicia. La revisión de la verdad formal admitida por el juzgador se impone entonces como una medida de necesidad reclamada por la razón y por las conveniencias sociales para restablecer el orden jurídico y ponerle fin a una situación que la realidad de los hechos demuestra que es falsa e injusta.

La revisión

En la ciencia procesal no se dispone de otro instrumento que la revisión para modificar las consecuencias de los fallos ejecutoriados, cualquiera que sea la jurisdicción o entidad que los pronuncie, cuando hechos nuevos o que no se conocieron antes permiten deducir que tales fallos son contrarios a la verdad real y a la justicia. Al legislador le corresponde determinar las formas propias del nuevo juicio, o sea el procedimiento y la competencia para decidirlo, según que se trate de materia civil, penal o administrativa.

El recurso lo ha establecido el Estado en favor de los particulares. En este caso, su órgano legislativo lo establece en favor del Estado mismo contra decisiones que afectan su patrimonio fiscal. Los fallos de que aquí se trata son actos administrativos, propios de la función administrativa, no obstante las formas jurisdiccionales que revisten. En virtud de la coordinación de las funciones del Estado, el órgano que las regula, que es el legislativo, los atribuye, por razones adjetivas, a distintos funcionarios, sin que el orden a que pertenezca la entidad que los dicta modifique su propia naturaleza de actos administrativos.

No es discutible, ni podría serlo por las razones dichas, la facultad del Congreso para crear el recurso de revisión y para conferirle a un Tribunal, cualquiera que él sea, competencia para decidirlo. Hubiera el Congreso creado, en la misma ley demandada, un Tribunal o juez especial para hacer la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro, pensiones y recompensas, sea cual fuere la jerarquía o jurisdicción en donde tuvieron origen, y el Congreso habría obrado dentro de la órbita constitucional que le es propia. Nada más natural y lógico que atribuír al Consejo de Estado, que es el supremo tribunal administrativo del país, la competencia para revisar los juicios de que trata esta ley, teniendo en cuenta que tanto los que fueron fallados por esa corporación como los que en diferentes épocas se terminaron ante la Corte tuvieron por objeto el pronunciamiento de una providencia de carácter administrativo.

El fin de la ley 21 de 1937 es, pues, la revisión en cada caso de los hechos en que se fundaron dichas providencias y no la privación a los militares de sus derechos legítimamente constituídos.

Valor jurídico de las pensiones

Establecidos como quedan el origen y el fin de la ley, el camino queda expedito para estudiar las objeciones que se han formulado acerca de su validez constitucional.

La Procuraduría está de acuerdo con la mayor parte de las razones que expone el doctor Pérez en cuanto ellas explican satisfactoriamente el establecimiento de las pensiones y sueldos de retiro de los militares, lo mismo que las disposiciones de excepción que indudablemente se han dictado en favor de esos servidores públicos.

Al decidir sobre la exequibilidad de algunas leyes que modifican la cuantía de las pensiones civiles o militares regularmente decretadas, la Corte ha admitido constantemente la doctrina de que las pensiones son gracias que el Estado otorga en su carácter de entidad de derecho público y entiendo que la Procuraduría General de la Nación la acogió siempre, o no se había apartado de ella expresamente.

Un atento estudio hecho sobre la materia con ocasión de las controversias suscitadas por la expedición de la ley sobre revisión de pensiones de los militares, me permite deducir que las pensiones no son gracias, esto es, actos de liberalidad del Estado a favor de las personas. Es éste, a mi juicio, un concepto derivado de la teoría, ya rectificada, del Estado omnipotente, y acaso tiene también alguna afinidad con las ideas de beneficencia pública hasta hace poco predominantes en la doctrina y en la legislación. Si el Estado pudiera disponer con criterio de liberalidad de los dineros públicos bastaría en este caso la sola manifestación de voluntad de los que hacen las leyes, sin que fuera preciso ninguna calidad, antecedente o servicio en la persona favorecida con la gracia y sin que ésta tuviese que estar subordinada a ninguna norma jurídica. Una concepción más racional de los atributos del Estado nos demuestra que sus funciones están y tienen que estar siempre limitadas por el Derecho. De allí que los gobernantes, llámense legisladores o agentes de la administración, no pueden disponer a su voluntad de los dineros públicos. Las leyes constitucionales, aun las menos recientes, contienen normas que contribuyen a ilustrar la cuestión.

Es prohibido al Congreso y a cada una de sus Cámaras —dice el artículo 78 de la Constitución de 1886:

"5º—Decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté des-

tinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 18'.

Y el artículo 56 de la misma Carta contiene el siguiente precepto:

'La ley determinará ..... 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'.

Las pensiones no se justifican ante el Derecho si se les atribuye 'el carácter de gracias o recompensas gratuitas que la Nación concede a ciertas personas a quienes se considera que se han hecho acreedoras por servicios importantes', fórmula que me parece de escaso sentido jurídico y no poco contradictoria, en la cual se fundan algunas decisiones anteriores sobre la materia.

Las sociedades modernas se han dado un régimen de legalidad que obliga al Estado, esto es, a los órganos que ejercen sus funciones y que los obliga en la misma medida que a los gobernados. Ahora no existe libertad en el Estado sino para cumplir los fines del derecho. La ley no puede serlo sino en cuanto contiene reglas destinadas a la realización de esos fines. Su fuerza imperativa radica en estas condiciones. De acuerdo con estos principios las pensiones no pueden considerarse como mercedes del Soberano, como podía decirse antes con mejor lógica. Las pensiones y demás sumas que el Estado paga a sus servidores no representan otra cosa que la satisfacción de obligaciones que el Estado contrae con las personas que se dedican a su servicio y que se reconocen en las leyes teniendo en cuenta la antigüedad, la clase de servicios, la invalidez, la carencia de medios de subsistencia y otras causas semejantes generadoras de la obligación. Son, en otros términos, manifestaciones del deber o de la función social del Estado. La intervención de éste en la explotación de las industrias y empresas públicas y privadas, entre otros fines, para regular el contrato de trabajo y dar al empleado y al obrero la justa protección a que tienen derecho, se funda en estos mismos principios.

Pero el sentido de obligaciones legales que tienen las pensiones no conduce a la teoría de los derechos absolutos, inalienables e imprescriptibles, que es otra ficción semejante a la de los poderes absolutos del Estado.

Las pensiones llamadas civiles o militares, lo mismo que los sueldos de retiro y las recompensas o indemnizaciones decretadas por el Estado a favor de sus servidores no constituyen obligaciones de derecho privado. Ellas participan del carácter de las instituciones establecidas por motivos de interés público o social y por consiguiente no pertenecen al campo limitado y rígido de la legislación civil. La forma de constitución del derecho del pensionado, el ejercicio del derecho y los modos de privación de él corresponden a las leyes que determinan los derechos y obligaciones de los servidores públicos. Decretada una pensión se crea una situación jurídica que tiene su origen en la ley. La ley puede modificar los efectos de las situaciones jurídicas en curso que ella misma ha establecido, aun las que pertenecen al campo del derecho civil. De suerte pues que la ley puede aumentar o disminuir la cuantía de las pensiones y demás obligaciones de esta clase de acuerdo con las circunstancias del Tesoro Público, es decir, fundándose en motivos de interés público o social.

Las pensiones no forman, pues, en la jerarquía de derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles y a los cuales se refiere el artículo 26 de la Constitución Nacional. No considero por tanto necesario referirme especialmente a las opiniones de autores beneméritos que para ilustrar este asunto inserta el doctor Pérez en su erudita exposición. Anoto solamente, al margen de aquéllas, que esta materia de los derechos adquiridos que tantas controversias ha suscitado, de la cual se desprende el problema complejo de la aplicación de las leyes sobre las situaciones creadas con anterioridad a la fecha de su entrada en vigencia, es en la actualidad objeto de hondos estudios de los más notables juristas, especialmente los franceses, y que las razones que hasta ayer servían para explicarla se hallan en vía de rectificación, como consecuencia inevitable de la transformación que en el presente siglo han experimentado las instituciones del derecho público y del derecho privado. La intervención del Estado sobre la economía privada ya no es una simple teoría sino la realidad más vigorosa de nuestro tiempo. A medida que ella se extienda, mayores serán las dificultades para conservar la integridad del principio tradicional de los derechos adquiridos que la ley posterior no puede vulnerar, modificar o afectar.

La protección a los derechos de los militares

Las pensiones y sueldos de los militares están ciertamente amparados por una garantía especial, en consideración a la magnitud de los deberes que tienen y a la clase de servicios que prestan al Estado. 'Los militares —dice el artículo 139 de la Constitu-

ción— no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la Ley'.

De aquí no se deduce, sinembargo, la calidad de intangibles que el doctor Pérez y los demás impugnadores de la ley le atribuyen a los derechos concedidos a los militares que han dejado de pertenecer al servicio activo del ejército.

Es función del legislador determinar los derechos y obligaciones de los militares y proveer a su reglamentación. Y en cuanto al precepto constitucional transcrito, que es sin duda el eje de la acusación, por él se proteje el ejercicio de ciertos derechos concedidos a los militares, pero al mismo tiempo se faculta expresamente al legislador para privarlos del goce de ellos. Invirtiendo los términos de la citada fórmula constitucional, ella equivale a esta otra: 'Solamente la ley puede determinar los casos y el modo de privación a los militares de sus grados, honores y pensiones'.

¿Pero es que la ley 21 de 1937 vulnera realmente el artículo 169 de la Constitución o alguno otro?

Dicho queda que por este precepto se asegura a los militares en el goce de los referidos derechos; mas es de rigor que éstos hayan sido decretados sin ningún vicio que afecte su constitución. La garantía que los proteje, como todas las que consagran las leyes, se halla condicionada por el Derecho. Ella no puede servir para amparar un grado, un honor, o el goce de una pensión que se han conseguido mediante un fraude a les leyes. Del mismo modo que no podría pretenderse que el artículo 26 de la Ley Fundamental ampare el goce de un derecho civil, por el hecho de que es adquirido, si no es justo el título de adquisición.

La ley acusada ordena la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro, pensiones, recompensas, etc., etc., del personal que depende o haya dependido del Ministerio de Guerra. La revisión ha de versar, dice el artículo 3º:

a) Sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia;

b) Sobre la veracidad y autenticidad de los documentos y demás pruebas que sirvieron de base para decretar la gracia, y

c) Sobre si la invalidez del militar, cuando de ella se trata, le impide evidentemente trabajar.

Lo que quiere decir que por tales disposiciones no se desconoce ningún derecho, ni se autoriza al Tribunal que las va a aplicar para desconocerlo. En cumplimiento de ellas se va a examinar, por un procedimiento regular, si es legítimo y perfecto el derecho o si se obtuvo con engaño y por tanto se está disfrutando de él sin causa justa. Es el único medio legal a propósito para obtener este fin. La revisión en ningún caso tiene por objeto el desconocimiento de situaciones jurídicas legítimamente constituídas, ni ella puede servir de instrumento para que se desconozcan, según se ha insinuado en la demanda. El texto de las disposiciones de la ley que ordena la revisión de los referidos juicios es sencillo, claro y obvio y los antecedentes que les dieron origen son conocidos, todo lo cual conduce a la recta interpretación de la ley, sin que razonablemente pueda ser desviada del fin jurídico que el legislador ha querido realizar con su expedición.

Un 'ejemplo' sobre el cual deseo hacer alguna observación le sirve al doctor Pérez para sustentar su tesis de que la revisión 'equivale a herir de muerte la garantía constitucional de los derechos adquiridos'. Como tal menciona el inciso a) del artículo 3º de la ley que acusa, en el cual se dispone que la revisión versará 'sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia' y expresa su temor o creencia de que en virtud de esta regla se apliquen a los juicios disposiciones sobre la materia que han sido expedidas con posterioridad a los fallos y que por consiguiente no regían en la época de su pronunciamiento. Nada más infundado.

La Ley 88 de 1935 que él cita al efecto, establece nuevos casos de privación de las pensiones o sueldos de retiro, distintos de los previstos en el Código Militar, y el modo como han de tramitarse.

Evidentemente, las causales de privación en dicha ley puntualizadas, no habían sido previstas por los militares antes del año de 1935 en que la ley se dictó; pero ésta no será ni podría ser aplicada por el Consejo de Estado, no por ser anterior o posterior a la época de los juicios que van a revisarse, sino sencillamente porque el fallo que le corresponde dictar en virtud de esta especial competencia tiene un objeto preciso y claro, que es la revisión del derecho conforme a las leyes vigentes al tiempo de su constitución, y no la aplicación de las leyes que regían o rigen sobre las causas, modos o casos que originan la pérdida o privación del derecho.

La Ley 21 de 1937 no infringe, pues, el artículo 169 de la Constitución, por cuanto que el objeto de sus disposiciones no es incompatible con la protección especial que se debe a los militares en el ejercicio de sus derechos legítimamente establecidos. Los razonamientos que me han servido para llegar a esta

conclusión demuestran a la vez que dicha ley no viola la norma constitucional contenida en el artículo 26, también invocado por el actor, porque las pensiones y sueldos de retiro de los militares, del mismo modo que las pensiones en general, no constituyen derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles; y, sobre todo, porque este problema de los derechos adquiridos es totalmente ajeno al campo sobre el cual va a actuar la ley materia de la acusación.

Y virtualmente queda también demostrado que al decretarse la revisión de los juicios sobre pensiones y sueldos de retiro, no se vulnera el artículo 166 de la Constitución, cuyo texto aparece en la demanda como infringido por modo indirecto por concordancia con los anteriores.

Queda asímismo establecido que las resoluciones sobre pensiones son actos intrínsecamente administrativos, que crean situaciones jurídicas individuales, sin que preceda a su declaración controversia o litigio, lo que es característica de las decisiones judiciales. Los actos administrativos no se trasforman en judiciales por el hecho de que emanen, como ocurre a veces, de una autoridad judicial. De suerte, pues, que no existe ninguna razón ni obstáculo para que su revisión se adscriba a un Tribunal Administrativo, como lo es el Consejo de Estado, y al haberlo ordenado así el Congreso, antes que establecer, como lo afirma el demandante, confusión en el ejercicio de funciones que constitucionalmente son separadas, obró con lógica y con noción clara de la naturaleza de las funciones que corresponden a cada uno de los órganos del poder público.

Por consiguiente, el principio de la limitación de esos órganos y de la separación de sus funciones no ha sido en modo alguno afectado por la ley que le confiere al Consejo de Estado competencia para revisar los juicios sobre pensiones y sueldos de retiro. Lo mismo puede observarse respecto del cargo que otro impugnador hace de haber violado la ley el artículo 53 de la Constitución en la parte que determina cuáles son las entidades que constituyen el órgano judicial.

El artículo 22 de la Constitución (antes 26) dice:

'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'.

La revisión de los juicios sobre pensiones y sueldos de retiro no tiene por objeto el establecimiento de una sanción penal sino declarar, si es el caso, la inexistencia de obligaciones que, sin justa causa, están gravando el patrimonio del Estado. Ni el procedimiento necesario para el fallo, ni la declaración que en éste se haga, suministran los elementos del juicio penal.

El artículo 5º de la ley acusada dispone:

'Si de la revisión resultare que alguno o algunos de los documentos que sirvieron de base al reconocimiento de una pensión o sueldo de retiro fueron adulterados, el Consejo, además de decretar la pérdida de la gracia, pasará copia de lo conducente a las autoridades del Crimen, para los efectos penales'.

Esta disposición es absolutamente lógica y se encuentra en todas las leyes sobre procedimiento. La frase 'además de decretar la pérdida de la gracia', que ha servido de motivo especial para objetar la ley, adolece sin duda de impropiedad y hubiera podido ser suprimida por innecesaria o sustituída por otra más acorde con el sentido jurídico de la revisión, que no trae como consecuencia la pérdida de un derecho ni menos la pérdida de una gracia. La falta de técnica que se anota no afecta, sinembargo, el contenido general de la ley, ni le agrega ni le quita nada al precepto comentado.

Se anota, a propósito de esta disposición, que bien puede un pensionado ser absuelto por las autoridades del Crimen del cargo que se le imputa y quedar privado de su derecho al cobro de la pensión o sueldo de retiro por el fallo del Consejo de Estado.

Si aparece que los documentos que sirvieron de fundamento a la demanda de pensión o sueldo de retiro son falsificados, o si su contenido es falso porque lo que se falsificó fue la fuente que sirvió de base a su expedición (como en el caso del protocolo que cita el doctor Pérez) es evidente que esto solo basta, no para castigar a nadie, que de eso no se trata, sino para que se suspendan para el Estado las consecuencias que se derivan de un título fraudulento, no importa que el beneficiario de él resulte inocente ante la justicia penal del dolo con que se adquirieron o usaron tales documentos, lo que puede acaecer, entre otros motivos, por la dificultad para localizar a los responsables de hechos delictuosos ocurridos de tiempo atrás en la penumbra de archivos oficiales, manejados por empleados que se suceden unos a otros y que se movilizan y renuevan, según lo requieran las 'necesidades del servicio'.

Lo extraño, lo irregular, lo que sorprende, no es que se decrete 'la pérdida de la gracia', como incorrectamente se dice en la misma ley, sino que se pretenda que puedan seguirse cobrando pensiones y sueldos de retiro

que carecen de justificación ante la ley y ante la justicia.

De donde resulta que carece de fundamento la objeción que se ha hecho contra el artículo 5º de la ley de vulnerar la garantía social contenida en el artículo 22 de la Constitución.

Finalmente, se dice que no es contitucionalmente aceptable que el Congreso le delegue al Consejo de Estado atribuciones de carácter legislativo que sólo a aquél pertenecen; y que eso equivale a revestirlo de facultades extraordinarias que únicamente pueden concederse al Presidente de la República y no como quiera el legislador sino con las limitaciones del artículo 69 de la Constitución, numeral 9º. Se refiere el demandante a la atribución que la ley acusada (artículo 2º) le confiere al Consejo de Estado para señalar, por medio de un acuerdo, el procedimiento a que han de ceñirse los juicios de revisión de que se trata.

En primer lugar, lo fundamental del procedimiento lo establece la misma ley al declarar, en el mismo artículo 2º, que la demanda, acompañada de los comprobantes legales, es lo que constituye la iniciación del juicio, y al prescribir en el parágrafo 2º del artículo 3º que 'terminada la actuación en cada asunto, el Consejo de Estado dictará el fallo respectivo, dentro del término improrrogable de quince días'.

Al Consejo de Estado le corresponde señalar los pormenores de la actuación y la clase de requisitos de los documentos legales que han de ser presentados, lo que vale decir, completar el procedimiento cuyas bases suministran las citadas disposiciones y el fin mismo que la ley quiere realizar. El carácter adjetivo de esta facultad aparece claro y ella no puede ejercerse sino en la medida que sea necesaria al cumplimiento del deber que por ella se impone. Si el Tribunal a quien se atribuye se extralimitare en el ejercicio de ella, o se ha extralimitado como lo afirma otro demandante, no es asunto éste que deba considerarse aquí, aparte de que la indebida aplicación de una ley no es motivo que la invalide, ni argumento idóneo para fundar la solicitud de inexequibilidad.

La atribución al Consejo de Estado para señalar el procedimiento de esta clase de juicios, tiene antecedentes legislativos (artículo 12 de la Ley 102 de 1927) y no participa de los caracteres de las facultades extraordinarias que por el numeral 9º del artículo 69 de la Constitución se conceden al Presidente de la República, en cuya virtud queda investido este funcionario de la competencia necesaria para dictar leyes en su sentido lato sobre determinadas materias. Tales actos no son reglamentarios.

La determinación del referido procedimiento es parte de la reglamentación de la ley y ella puede contenerse en la misma ley, sin que sea preciso que la incluya. La reglamentación de la ley o la regulación de los detalles de su aplicación puede hacerla el Presidente de la República, en virtud de una atribución general que le es propia, o de conformidad con facultad especial que suele contener la misma ley. También han sido facultados otros agentes administrativos para dictar reglamentos orgánicos de determinados servicios públicos, por medio de acuerdos, resoluciones o decretos. La competencia la confiere el órgano legislativo, que es el Congreso, por medio de leyes ordinarias. Estas leyes se justifican por razones de necesidad, sin que el sistema constitucional presente obstáculos para ello. Este es el caso de la atribución conferida al Consejo de Estado para reglamentar el procedimiento de un juicio especial de carácter administrativo. El Consejo de Estado tiene las atribuciones especiales que le señala el artículo 137 de la Constitución 'y las demás que le señalen las leyes'. Por lo demás no existe en modo alguno la prohibición al Congreso para adscribirle al Consejo de Estado la referida función reglamentaria en este caso especial.

De modo, pues, que también carece de fundamento la imputación de inconstitucionalidad que por este último aspecto se ha hecho contra la ley 21 de 1937.

Resumiendo: La revisión ordenada por esta ley va a versar sobre los elementos de constitución del derecho. Por ella no se ha establecido, ni se pretende establecer un modo o una causal de privación de ese derecho, lo que es materia de leyes especiales cuya aplicación ofrece aspectos jurídicos diferentes. Estas últimas leyes parten de la base de que el derecho existe, pero que el titular lo pierde por indignidad o por otros motivos que el legislador determina. En cambio, las leyes sobre revisión suponen que el derecho del titular nunca ha existido.

Los hechos en virtud de los cuales se declara la existencia de esta clase de obligaciones a cargo del Estado son por su naturaleza susceptibles de revisión, ya porque pudieron no haber existido jamás, o ya porque habiendo existido han desaparecido con posterioridad al fallo. Para redimir al Estado del pago de tales acreencias debe haber un juez o Tribunal investido de la competencia necesaria para declarar inexistente la obligación o que se ha extinguido, según el caso. Por

ese convendría que se legislara con carácter general y permanente sobre esta materia de la revisión de los juicios administrativos.

Los militares cuyos títulos carecen en absoluto de vicios que los invaliden nada tienen que temer de esta clase de medidas, destinadas, como es fácil comprenderlo, a que no se falseen ni desnaturalicen las instituciones establecidas por el Estado para garantizar los derechos que corresponden a quienes se dedican a la carrera de las armas.

Por las consideraciones que dejo expuestas, *soy* de concepto que no existe fundamento constitucional para hacer la declaración de inexequibilidad que se ha pedido contra los artículos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Ley 21 de 1937 'por la cual se decreta la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares'.

ALGUNOS ANTECEDENTES EN LA CORTE

Conviene también insertar varios pasajes de proveídos anteriores de la Corte plena, los cuales guardan relación con la materia del presente estudio.

Providencia de 10 de diciembre de 1915

El 13 de noviembre de 1915 el Presidente de la República doctor José Vicente Concha objetó ante las Cámaras un proyecto de ley sobre rebaja de sueldos y pensiones.

Con respecto a la rebaja en las pensiones, el mensaje del señor Presidente Concha dice:

"Los artículos 4º y 5º del proyecto ordenan reducir, en las cuotas que expresan, las pensiones del Tesoro Público, que existen actualmente. Tal disposición parece incompatible con el artículo 31 de la Constitución Nacional, según el cual 'los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores'.

La jurisprudencia administrativa reconoce como doctrina indiscutible que 'las pensiones concedidas a funcionarios civiles o militares, o a sus herederos, se deben considerar no como gracia o favor sino como una deuda del Estado para con quienes le sirven; reemplazan las economías que éstos podrían hacer en las carreras libres, ordinariamente más lucrativas que las públicas, y tienen por objeto atraer al servicio del Estado a hombres distinguidos y dignos de la confianza pública, y así se han considerado las pensiones en su origen por la ley'. (V. Batdie, Traité théorique et practique de Droit public et administratif. Vol. VIII, pág. 476).

Las pensiones que hoy paga el Tesoro, que hayan sido concedidas de conformidad con las leyes preexistentes por un Tribunal o cantidad a quien el legislador confirió tal atribución, constituyen un derecho adquirido con justo título, que no se puede vulnerar por ley posterior, reduciéndolas en cantidad alguna. Tal es el concepto del Poder Ejecutivo, que tengo el honor de exponer a las honorables Cámaras para que sea debatido por ellas como lo disponen los artículos 83 y 87 de la Constitución de la República".

Como tales cargos del ejecutivo se declararan infundados en el Congreso, procedente del Senado vino el proyecto de Ley a la Corte, en donde, con fecha 10 de diciembre de 1915, hubo de desatarse el asunto en sentido desfavorable a las objeciones presidenciales, previa una motivación a la cual corresponden los siguientes apartes:

"Cumple examinar si los artículos 4º y 5º del proyecto son o no contrarios al precepto contenido en el artículo 31 de la Ley Fundamental, o, de otro modo, si las pensiones que hoy se pagan del Tesoro Nacional son derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles.

Es evidente que la Constitución da un mismo sentido a las expresiones 'leyes civiles' y leyes 'sobre materia civil' empleadas en los artículos 31, 80 y 84. El artículo 52 de la Carta manda que las disposiciones del título 3º de la misma, en el cual se halla el artículo 31, sean incorporadas en el Código Civil como título preliminar, lo que indica que el constituyente quiso que esos preceptos formaran parte de dicho Código.

El comentador de nuestra Carta, doctor José María Samper, anotando el vacío que dejó el artículo 76 de la Constitución respecto de la atribución natural en el Congreso de legislar sobre materia civil, penal, comercial, de procedimiento, etc., observa que para resolver el punto debe tenerse en cuenta que en numerosos artículos de la Constitución se alude a la grande atribución que falta en el artículo 76. Tales son:... 'el 31, que se refiere a leyes civiles, y los 35 y 36, relativos a leyes sobre la propiedad'.

Así, pues, para encontrar la materia o materias sobre que versan las leyes civiles, es necesario buscarlas en el cuerpo de disposiciones últimamente citado, o en las de la misma naturaleza que se hallan consignadas en otros Códigos. En el artículo 1º del Código Civil se expresa con toda claridad que dicho Código 'comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bie-

nes, obligaciones, contratos y acciones civiles'. De modo que ésta es la materia civil a que se refiere la Constitución en los artículos antes mencionados, y todo lo demás que no esté comprendido en esta especificación no tiene el carácter de civil en el sentido jurídico que la Constitución y la ley dan a ese vocablo en los preceptos que se contemplan.

El significado de la palabra civil, en el caso que se estudia, no es el amplio que comprende todas las leyes que regulan las relaciones jurídicas de los habitantes de un país, ya entre sí, ya con el Estado, sino el restricto que organiza, dentro del derecho privado, las materias especificadas en el artículo primero que se deja copiado. Ni tampoco se toma aquí la expresión leyes civiles en contraposición a leyes eclesiásticas o penales, sino en lo perteneciente a las relaciones e intereses privados en orden al estado de las personas, régimen de la familia y condición de los bienes, según la primera acepción forense que a la palabra civil da el Diccionario vulgar de la lengua.

En corroboración de lo expuesto, respecto a la legislación colombiana, viene el artículo 35 de la ley 4ª de 1913, sobre 'régimen político y municipal', precepto que encabeza el capítulo cuarto referente a 'clasificación de las leyes y reglas generales relativas a ellas', disposición que se halla concebida así: 'Artículo 35. El ramo civil comprende las leyes relativas al estado civil de las personas y derechos y obligaciones concernientes a él; adquisición, uso y goce de los bienes de propiedad pública o particular; sucesiones y donaciones; contratos y cuasicontratos; disposiciones especiales sobre comercio o minas'.

Como se ve, en esta enumeración no se halla lo relativo a pensiones, las cuales quedan incluídas en el ramo administrativo, según lo dispuesto en el artículo 40 de la ley que acaba de citarse, y las de militares en este ramo particular, especificado en el artículo 36 ibídem. Respecto a estos últimos, se halla la disposición contenida en el artículo 169 de la Constitución, redactado así: "Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley", lo que demuestra que las pensiones no están comprendidas entre los derechos civiles, desde luego que, si así fuera, quedarían incluídas en el artículo 31 de la Constitución y sería redundante la garantía especial consignada en el artículo 169 citado.

Es evidente que las pensiones concedidas conforme a la legislación colombiana han tenido y tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas que la Nación concede a ciertas personas a quienes se considera que se han hecho acreedoras a ellas, por servicios importantes. Nunca se ha creído que esas gracias se obtengan como derechos civiles que la República tenga obligación estricta de reconocer y pagar como parte civil. Y si en algún tiempo se han dictado leyes que autoricen a determinada entidad para su reconocimiento y han señalado cierto procedimiento y exigido algunos comprobantes para otorgarlas en algunos casos, es claro que esa tramitación ha sido únicamente con el fin de buscar la equidad y de saber quiénes las merecen para poder asignarlas con relativo acierto a los que son acreedores a ellas, mas eso no quiere decir que el acto del otorgamiento constituya un derecho adquirido con justo título conforme a las leyes civiles del país. Tal doctrina se deduce del contexto de las leyes que sobre pensiones se han dictado durante la vigencia de la actual Constitución, desde la ley 50 de 1886 hasta la 114 de 1913. De otro lado, existen muchas pensiones decretadas directamente por la ley, sin que los agraciados hayan tenido que comprobar nada ni sujetarse a ninguna tramitación.

Si pues las pensiones de que se viene tratando no han sido asignadas en leyes civiles, sino por la Nación, como entidad de Derecho Público, en ejercicio de su soberanía, es evidente que no están comprendidas en la disposición del artículo 31 de la Constitución y, por consiguiente, el legislador que las concedió puede modificarlas cuando lo tenga a bien, como en el caso del proyecto que se contempla, el cual no contraría la disposición constitucional que se deja citada últimamente". (Gaceta Judicial Nos. 1225 y 1226, página 165).

Providencia de 6 de junio de 1916

Sancionada por el ejecutivo el 17 de diciembre de 1915 la Ley 87 del mismo año, sus artículos 4º y 5º fueron acusados como inconstitucionales por el señor Samuel Cortés C. La Corte, el 6 de junio de 1916, los declaró inexequibles, "en cuanto esos artículos comprenden las pensiones reconocidas a los militares, y que se han estado pagando del tesoro público".

Dicen así los considerandos de la Corte:

"La inconstitucionalidad de dichos artículos se hace consistir en que la rebaja de las pensiones en ellos prescrita comprende las reconocidas a los militares por Tribunales competentes.

Señálanse como violados dos artículos de la Constitución; es el uno el 26, que dice:

'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

El solicitante estima violado este artículo porque juzga que la reducción de una pensión es la imposición de una pena, que no le es dado imponer al legislador, por virtud de lo dispuesto en el artículo transcrito.

La Corte observa que el objeto de dicho artículo es garantizar el juzgamiento de las personas que se hallen sindicadas por delito o culpa; y sobre esto no versan las disposiciones acusadas. El Congreso, al dictar la Ley 87, ejerció las funciones constitucionales que le son propias. No se constituyó en Tribunal, ni sus disposiciones son sentencia contra determinada persona. Es pues improcedente la cita del artículo 26.

El otro artículo que se designa violado es el 169, que dice:

'Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley'.

Esta disposición es tan clara como categórica. En efecto: los militares pueden ser privados de sus pensiones. La Constitución no garantiza la permanencia de ellas de modo absoluto, nó; pero exige para la privación de una pensión que exista ley que determine los casos en que la pensión se pierde, esto es, que se consagren en ley los motivos que pueden ser causa de la pérdida de la pensión, y necesariamente que se designe la entidad que ello debe declarar; finalmente, que se fije el procedimiento que debe observarse.

En una palabra, es necesario que una ley regle la materia. Ahora bien: esta ley existe.

Dispone el artículo 9º de la ley 149 de 1896, lo que se transcribe:

'Artículo 9º—No tendrá ningún derecho a pensión o perderá la que disfruto el militar que se encontrare en cualquiera de los casos del artículo anterior. También la perderá cuando se ausente del territorio nacional sin previa licencia del Poder Ejecutivo; o si estando en uso de letras de cuartel o de licencia indefinida no acudiere al llamamiento hecho por el Gobierno, a menos que se lo haya impedido alguna causa grave, legalmente comprobada'.

El artículo anterior a que se refiere el 9º, consagra estos casos:

'1º—Haber sido dado de baja por mala conducta o deslealtad al Gobierno, previa secuela de juicio.

'2º—Cuando se le hubiere condenado por Tribunal competente o a la pérdida del grado, si no ha obtenido rehabilitación, o a sufrir pena corporal infamante, o a la pérdida de toda pensión pagadera por el Tesoro Público si el militar muere durante el cumplimiento de cualquiera de estas penas, o si pesan sobre él al tiempo de la reclamación.

'3º—Haber recibido antes recompensa por sus actos o servicios militares, excepto el caso en que ésta se haya concedido por acción distinguida de valor.

'4º—Estar en goce de pensión del Montepío Militar o del Tesoro, o haber capitalizado la que de éste tuviere.

'5º—Tomar parte o haberla tomado desde la sanción del Código Militar de 1881, en alzamiento o sedición contra el Gobierno legítimo.

'6º—Fomentar o haber fomentado desde la misma fecha enganches o levas con el fin de turbar el orden público de un país amigo.

'7º—En los demás casos previstos por las leyes'.

El artículo 13 de la misma ley dispone:

'Los militares pensionados no podrán ausentarse del territorio de la República, disfrutando pensión, sino con permiso del Poder Ejecutivo, quien podrá concederlo hasta por dos años y en tiempo de paz; pero podrá ampliar este término en caso de que una enfermedad rebelde, legalmente comprobada, haga necesaria una ausencia mayor'.

El artículo 14 prescribe lo siguiente:

'El Poder Ejecutivo, de oficio, o a pedimento de cualquiera autoridad o particular, suspenderá el pago de pensión o recompensa a quien se hallare en cualquiera de los casos de los artículos 8º, 9º, 10, 12 y 13, siempre que previamente se compruebe el caso, y dará cuenta de la suspensión a la Corte Suprema para que ésta, con citación del interesado, resuelva en definitiva sobre la caducidad de la pensión o recompensa.

'Esto en nada afecta la jurisdicción de los Tribunales para declarar la caducidad en casos ordinarios conforme a las leyes'.

Es mediante el concurso de todas estas circunstancias como un militar puede ser privado de su pensión. Luego los artículos 4º y 5º de la ley 87, que de hecho reducen las pensiones de los militares, son violatorios del artículo 169 de la Constitución, ya que no se les puede privar de sus pensiones sino cuando se hallen en alguno de los casos determinados por la ley. Son pues inexequibles, a la luz del artículo 169 mencionado, los dos artículos acusados. Consecuencia ésta que no pugna con la declaración de exequibilidad de los mismos artículos 4º y 5º

consagrada en la resolución de 10 de diciembre de 1915, con motivo de las objeciones del Poder Ejecutivo a tales artículos, una vez que dicha resolución versa sobre la exequibilidad de los artículos respecto del 31 de la Constitución.

La Corte cita la ley 149 de 1896, por estimarla vigente, una vez que la derogación consignada en el artículo 38 de la Ley 71 de 1915 se refiere a las leyes anteriores en cuanto se encuentren en pugna con la 71, y las disposiciones de aquella Ley que se han transcrito, son armónicas con ésta, porque llenan un vacío de la misma.

En vano puede sostenerse que estos artículos no privan de sus pensiones a los militares, que es lo prohibido por la Constitución, sino que se las disminuye en determinada porción. Sobre esto observa la Corte que si se reconociera lícita la disminución de hecho en una porción cualquiera, verbigracia, en la mitad, no habría porqué no extenderla más y más, y de reducción en reducción podría llegarse a la unidad o a la centésima parte de la unidad, lo cual entrañaría el aniquilamiento de la pensión. Carece, pues, de solidez el argumento.

Hay una consideración moral de gran peso. La Nación contrae sin duda alguna un compromiso solemne con las personas que entran al servicio militar, sobre la base de que se les reconocerá una recompensa o una pensión determinadas, si cumplen los deberes que la ley les impone. Satisfacer una pensión es, pues, pagar una deuda a quien ha prestado servicio continuo durante quince, veinte o más años, como lo ofreció, a quien ha sufrido los rigores de dos o más campañas, expuesto su vida en varios combates y hasta derramado su sangre. El pago de la pensión es ineludible porque la deuda es sagrada: está de por medio la honra de la Nación.

De otro lado, el desconocimiento de las pensiones militares traería consigo un funesto desaliento en el Ejército y la relajación en el servicio, ya que ningún militar podría tener confianza en las promesas de la ley; y si esto sucediera, imposible sería tener un ejército digno, respetable, porque los mejores hombres rehusarían tomar puesto en él. Buscarían otras ocupaciones, y las encontrarían, que les asegurasen su propia subsistencia en la tarde de la vida y la de sus familias.

Dignos de respeto son los comentarios que el señor doctor José María Samper hizo a los artículos de la Constitución; lo son tanto por la ilustración del autor cuanto por haber sido miembro de la Convención. Sobre el artículo 169, que se está contemplando, dice el indicado comentador lo siguiente:

"Todo es y debe ser correlativo en el servicio público, así como en las relaciones sociales, porque la correlación entre el servicio y la compensación entre el derecho y el deber, establece en todas las cosas la justicia, camino y fin de toda perfección. Si el militar está obligado a la obediencia pasiva, a servir sólo a la ley cuando a ello lo llama la autoridad, sin que le sea lícito deliberar sobre su personal conveniencia o la conveniencia política, en compensación debe contar con garantías que le protejan contra la injusticia de los gobernantes olvidadizos y los resentimientos de los partidos. La principal de estas garantías consiste en el carácter vitalicio del empleo militar (no del destino o colocación) y de las pensiones, honores o prerrogativas que la ley haya señalado como recompensas inherentes a los servicios prestados. Estas ventajas, que son la justa compensación de los servicios militares, han de ser una propiedad, una parte esencial de la vida misma del militar; y no ha de ser lícito privarle de ellas sino por casos o motivos enteramente justificados, previstos por leyes anteriores y declarados judicialmente. Con esto no se establece un privilegio, sino una garantía fundada en estricta justicia. No sin razón, pues, este artículo prohibe privar a los militares de sus grados o empleos permanentes, honores y pensiones, sino en los casos y con las formalidades que la ley determine." (Gaceta Judicial Nos. 1263 y 1264, pág. 49).

Providencia de 28 de julio de 1932

La Ley 80 de 1916, en el parágrafo 2º del artículo 2º, dispuso que el fiscal del Consejo de Estado promovería inmediatamente ante esa entidad la revisión de los juicios de pensiones que entonces se pagaran por el Tesoro Público; y que el Consejo, solicitando los informes y documentos que el Gobierno señalara en el Decreto reglamentario de la ley, dictaría sentencia de acuerdo con las disposiciones de ella.

El artículo 7º de la Ley 72 de 1917 fijó los requisitos para ese proceso de revisión, y en la ley 102 de 1927 (artículo 12) se dejó a cargo de los propios pensionados la iniciación del juicio.

A través de las leyes 102 de 1927, 116 de 1928 y 45 de 1931 se fue prorrogando el término para entablar las demandas de revisión, hasta el 31 de diciembre de 1931, fecha en la cual expiró el último de tales plazos.

Como se acusaran varios artículos de las leyes 72 de 1917 y 102 de 1927, la Corte

negó las declaraciones de inexequibilidad solicitadas, en providencia de 28 de julio de 1932, cuyos pasajes principales se transcriben en seguida:

"Las disposiciones que se acusan son del siguiente tenor:

Artículo 6º de la Ley 72 de 1917:

'La revisión ordenada por el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 80 de 1916, para los juicios de pensiones que se estén pagando actualmente, deberá continuarse hasta que todos ellos queden revisados en la forma prescrita por la citada disposición'.

Artículo 7º ibídem:

'La revisión de que trata el artículo anterior y el artículo 2º de la ley 80 de 1916, versará:

'1º—Sobre la estricta aplicación o interpretación de las disposiciones legales sobre la materia.

'2º—Sobre la veracidad o autenticidad de las pruebas que sirvieron para decretar la pensión.

'3º—Sobre la situación pecuniaria del agraciado, de acuerdo con lo que esta Ley dispone.

'4º—Sobre si la invalidez del militar, si fuere el caso, le impida trabajar o ganarse la vida al agraciado.

'5º—Sobre la buena conducta que notoriamente haya observado u observe el pensionado antes o después de recibir la merced concedida'.

Artículo 1º, Ley 102 de 1927:

'Auméntase la asignación mensual de las pensiones que paga el Tesoro Nacional, en la siguiente forma: las de ochenta pesos ($ 80) o más sin llegar a ciento veinte pesos ($ 120), en un diez por ciento (10 por 100); las de cincuenta pesos ($ 50) o más sin llegar a ochenta pesos ($ 80), en un veinte por ciento (20 por 100); las de treinta pesos ($ 30) o más sin llegar a cincuenta pesos ($ 50), en un cuarenta por ciento (40 por 100), y las menores de treinta pesos ($ 30), en un ciento veinte por ciento (120 por 100).

'Parágrafo.—Las pensiones que se hubieren decretado de conformidad con la llamada ley 78 del año pasado, se reducirán en la proporción establecida en este artículo'.

Artículo 12 de la misma ley:

'El Consejo de Estado pleno, con intervención del Fiscal, dará cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6º y 7º de la Ley 72 de 1917, para lo cual dictará previamente un acuerdo relativo al procedimiento breve y sumario que debe seguir. Tanto la demanda de revisión como las declaraciones, certificado y demás pruebas, se extenderán en papel simple y no causarán derecho de ninguna clase.

'Parágrafo 1º—El plazo para presentar las demandas de revisión de las pensiones ya decretadas, será de doce (12) meses, contados desde la promulgación de esta ley, y el Consejo dictará el acuerdo en el término de treinta días, contados desde la sanción de la misma. Terminada la actuación en cada asunto, el Consejo dictará el fallo respectivo en el término improrrogable de quince días.

'Parágrafo 2º—El Consejo dará aviso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los fallos favorables y adversos que dicte, a fin de que suspenda o se siga pagando la pensión respectiva; y transcurridos los doce meses fijados para interponer el recurso de revisión, pasará una relación completa de las personas que lo hubieren instaurado, para que el Ministerio suspenda indefinidamente el pago de las pensiones a las personas que no lo hubieren hecho.

'Queda reformado en estos términos el parágrafo 2º del artículo 2º de la Ley 80 de 1916'.

La revisión de los fallos sobre pensiones que ordenan las disposiciones acusadas, es impugnada en la demanda de la señora Guillén de Martín, de la manera siguiente:

'Este mismo artículo 12 de la Ley 102, por imponer a los pensionados la obligación de demandar una revisión extraña a sus derechos; por señalarles un término fatal para hacer esa misma revisión; por sancionar con la pérdida de la pensión a quienes no hayan demandado la revisión dentro de ese mismo término, constituye una subversión total de los principios tutelares de derecho en materia de obligaciones, firmeza de los fallos judiciales, fuerza de la cosa juzgada, etc.

'En efecto, la revisión es un recurso voluntario instituído en favor de quienes se consideran perjudicados con un fallo y con el objeto de reparar el agravio inferido por él; en el artículo acusado todo es entrevesado; en vez de voluntario es forzoso el recurso; en vez de ejercitarlo el perjudicado, se le impone al favorecido con el fallo a quien por lo mismo nada le interesa; el favorecido tiene que demandar la revisión del fallo que favorece y ampara su derecho, en vez de ser el contradictor o perjudicado, que es a quien puede aprovechar el recurso en el caso de que llegue a libertarlo de la obligación impuesta en el fallo recurrido; la omisión de la interposición o ejercicio de un recurso, ya sea de revisión o cualquiera otro, hace firme y definitiva la sentencia no recurrida, y en el artículo acusado esta omisión produce la pérdida del derecho o la cancelación de la

obligación reconocida en la sentencia, y así todo. En este concepto el artículo no solamente es contrario a los artículos 76 y 80 ya citados, sino también al artículo 31 de la misma Constitución, porque vulnera derechos adquiridos con justo título y con arreglo a la ley".

En términos análogos se produce sobre el particular el señor David H. Zapata.

La Corte observa:

En varios ordenamientos se había dispuesto que no tendría derecho a pensión ni recompensa quien tuviera capital, oficio, profesión o empleo que le produjera una renta mensual mayor de cincuenta pesos; que el que estando en goce de pensión llegara a obtener dicha renta, perdería el derecho a la pensión, y que en la misma pérdida se incurriría por notoria mala conducta y por otras causas.

El parágrafo 2º, artículo ibídem, Ley 80 de 1918, dispuso que el Fiscal del Consejo de Estado promoviera inmediatamente ante la Sala respectiva de aquella corporación la revisión de los juicios en que se hubieran decretado las pensiones que a la sazón se estaban pagando, y que la Sala fallaría el asunto conforme a los documentos que el Gobierno, al reglamentar esa ley, ordenaría allegar al expediente.

Estos son a grandes rasgos los antecedentes de las disposiciones cuya inexequibilidad ha sido demandada.

El cargo relativo al hecho de constituír derechos adquiridos las pensiones una vez decretadas y de estar en tal virtud protegidas por el artículo 31 de la Constitución, que ampara los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, no entra a considerarlo en el fondo la Corte, por no ser ello necesario, desde luego que aun en el caso de tener las pensiones decretadas el carácter de derechos adquiridos, ello no se opondría a la revisión ordenada por las disposiciones que son objeto de acusación, como se demuestra en seguida.

El hecho de que se haya impuesto a los pensionados del Tesoro Público o a algunos de ellos la obligación de someter sus pensiones a una revisión por el Consejo de Estado, en manera alguna implica el desconocimiento de sus derechos. Lo que ocurre es que se ha sujetado la subsistencia de ese derecho a una condición que aquéllos deben llenar y de la cual han quedado impuestos por las leyes respectivas. El respeto de un derecho no impide que el legislador pueda regular su ejercicio y señalar en tal virtud los requisitos necesarios para su posterior efectividad. En el caso que se examina no ha hecho otra cosa la ley que prescribir un requisito a que deben someterse los pensionados para el goce de su derecho, sancionando con la suspensión indefinida de éste la inobservancia de dicho precepto; es decir, ha regulado el ejercicio de ese derecho, sin desconocerlo.

Lo que se viene diciendo no es otra cosa que una aplicación de la norma consagrada en el artículo 28 de la ley 153 de 1887, conforme a la cual los derechos nacidos bajo una ley subsisten bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en todo lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley.

Igual doctrina sentó la Corte en sentencia de 16 de diciembre de 1914, sobre inexequibilidad de la ley 3ª de 1907, y de 9 de noviembre de 1929, sobre inexequibilidad de la ley 84 de 1927.

La circunstancia de que sea el favorecido con la pensión quien haya de promover la revisión, puede ser, si se quiere, anómalo, mas no implica violación de precepto constitucional alguno ni desconocimiento del derecho que tenga o pueda tener el pensionado.

En lo que respecta al parágrafo del artículo 1º de la Ley 102 de 1927, acusado por la señora Guillén viuda de Martín, sin entrar a decidir la Corte acerca del carácter jurídico de las pensiones por no ser ello necesario, cabe observar, entre otros motivos, que lo rebajado por tal disposición fueron aumentos que la Ley 78 de 1926 concedió a pensiones ya decretadas, y por consiguiente, bien pudo el legislador hacer esa reducción como habría podido hasta suprimirlos derogando la ley.

La infracción alegada por uno y otro demandante de los artículos 76 y 80, ordinal 2º de la Constitución, el primero de los cuales señala las atribuciones del Congreso y el segundo establece que las leyes sobre materia civil y procedimiento judicial no podrán ser modificadas sino en virtud de proyectos presentados por las comisiones permanentes especiales de una y otra Cámara, puede resumirse así:

El artículo 12 de la Ley 102 de 1927, al disponer que el Consejo de Estado dicte un acuerdo relativo al procedimiento breve y sumario que la misma corporación debe seguir en la revisión de las pensiones, declina en el Consejo de Estado la facultad que el Congreso tiene de establecer el procedimiento judicial, y con ello rebasa las atribuciones que el legislador puede ejercer por medio de leyes, una vez que el artículo 76 de la Carta, al enumerar dichas atribuciones, no menciona la de delegar en el Consejo de Estado ni en ninguna otra entidad, la facultad privati-

ya que el Congreso tiene de arreglar el procedimiento judicial, el cual debe ser establecido por medio de leyes que sólo pueden tener origen en los Ministerios del Despacho o en las comisiones especiales que menciona el ordinal 2º del artículo 80 de la Constitución.

Se observa:

El artículo 3º de la Ley 116 de 1928 dispuso:

'El procedimiento en los juicios de pensiones será para el Consejo de Estado el indicado en los Acuerdos números 2 y 5 de 1928, dictados por aquella entidad, los cuales podrán modificarse por el Consejo'.

A virtud de este texto legal la acusación que se estudia ha venido a quedar desierta por sustracción de materia, una vez que la disposición que autorizó al Consejo de Estado para acordar el procedimiento breve y sumario que el mismo Consejo debía seguir en la revisión de las pensiones, no está produciendo hoy efecto a causa de haber sido reemplazada por la disposición preinserta que dio carácter de ley a los acuerdos expedidos por el Consejo de Estado para arreglar el procedimiento observable en la revisión de las pensiones. Esto hace que no haya lugar a considerar dicha acusación.

Queda por examinar el cargo consistente en violación del artículo 169 del Estatuto, conforme al cual 'los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo que determine la ley'.

La garantía especial que este texto otorga a los grados, honores y pensiones militares, se explica suficientemente si se tiene en cuenta que ella constituye una justa compensación de las privaciones y sacrificios, inclusive el de la vida misma, que la carrera militar impone a quienes la siguen, y que para que la Nación pueda contar con un Ejército digno y respetable, es menester que los que se dedican al servicio de las armas tengan la seguridad de que cuando por razón de edad o de enfermedad hayan de abandonar dicho servicio, estando ya incapacitados para iniciarse en otra carrera o profesión, no podrán ser privados arbitrariamente de los grados y pensiones conquistados al servicio de la República. Esa la razón de que el constituyente establezca como condición indispensable para que un militar pueda ser privado de aquellos honores y galardones, la existencia de una ley que defina las causas y el modo como pueda llegarse a tales resultados.

Ahora bien, como los artículos 6º y 7º de la Ley 72 de 1917, que han sido acusados, si determinan el modo como los pensionados, tanto civiles como militares, pueden ser privados de sus pensiones, una vez que establecen el procedimiento de revisión de éstas y además señalan las causales que pueden dar lugar a tal revisión, síguese que las indicadas disposiciones sí llenan las exigencias del artículo 169 de la Constitución, desde luego que, como se ha visto, la revisión de que se trata dice relación al ejercicio del derecho de los pensionados y puede en tal concepto ser regulada por medio de leyes posteriores al reconocimiento de la pensión". (Gaceta Judicial Nº 1869, página 161).

REVISION ORDENADA POR LA LEY 72 DE 1917

En la Ley 72 de 1917 se incluyó la revisión de las pensiones militares. Tal resulta de los términos de su artículo 7º, numeral 4º, en donde se señala como uno de los objetos de la revisión el que verse "sobre si la invalidez del militar, si fuere el caso, le impide trabajar, o ganarse la vida al agraciado".

Y de este modo lo estimó la Corte en la providencia de 28 de julio de 1932 al contestar el cargo que se hizo a los artículos 6º y 7º de la referida ley de 1917, a la faz del artículo 169 de la Constitución de 1886 (igual número en la de hoy), sobre grados, honores y pensiones de los miembros del ejército.

Pero indispensable es tener en cuenta, a fin de valorar el alcance de aquel proveído de la Corte en 1932, que al margen de la revisión contemplada en la ley de 1917 quedaron las siguientes prestaciones en favor de los militares:

a) Las recompensas, que son las sumas de dinero que se conceden por una sola vez a los miembros del ejército y de la armada de la República, o a sus deudos, como premio de actos ejecutados en servicio de la patria (Ley 149 de 1896, artículos 1º y 7º);

La Ley de 1917 habló únicamente de pensiones, cosa distinta de las recompensas, pues las primeras consisten en cantidades que se suministran de por vida y periódicamente a la misma clase de personas (Artículos 1º y 4º, leyes 149 de 1896 y 21 de 1934);

b) Los sueldos de retiro, institución creada para los oficiales del ejército por la Ley 75 de 1925, y para los suboficiales en la Ley 104 de 1927;

c) El artículo 2º de la Ley 116 de 1928, primer parágrafo, determinó expresamente que no quedaban sujetas a revisión, "las pensiones de los maestros de escuela ni las decretadas por leyes especiales o por sentencias de la Corte Suprema de Justicia"; y

d) Las pensiones concedidas después del 28 de noviembre de 1927, día en que comenzó a regir la Ley 102 de ese año por virtud de su sanción. El citado artículo 2º de la Ley 116 de 1928, al ampliar el plazo para presentar las demandas de revisión, sólo mencionó las pensiones decretadas hasta que entró en vigencia la Ley 102 de 1927.

Con base en estas exclusiones es como debe entenderse la providencia de la Corte de 28 de julio de 1932 arriba transcrita, y en lo referente a pensiones militares.

LA REVISION ORDENADA POR LA LEY 21 DE 1937

Puesto que esta ley establece la revisión para todas las prestaciones otorgadas en favor de los miembros del ejército, esa formalidad abarca lo siguiente: Las recompensas; los sueldos de retiro; las pensiones decretadas en sentencias de la Corte, y las concedidas antes y después del 28 de noviembre de 1927.

Y en lo que toca con las pensiones decretadas por leyes especiales, a pesar de que la ley en estudio habla de revisión de los juicios y en esas pensiones no hay tramitación propiamente dicha que anteceda a su otorgamiento, dado que el legislador de 1928 consideró necesario excluirlas de la revisión prescrita en la Ley 72 de 1917, podría pensarse que también ellas quedaron incluídas en el estatuto de 1937.

Estima la Corte que debe analizarse por separado el contenido de la Ley 21 de 1937, en relación con cada uno de los grupos indi-

Recompensas

La trajinada discusión acerca de si las pensiones son o no derechos adquiridos de los que se mencionan en el artículo 26 de la Constitución (31 de la de 1886), cobra un aspecto muy distinto en materia de recompensas, las cuales, según atrás se vio, son cantidades de dinero concedidas por una sola vez a los militares o a miembros de sus familias, en premio de ciertos actos meritorios.

Estas sumas, ya se considere que tienen su origen en leyes de naturaleza civil, en leyes administrativas o de cualquiera otra índole, tan pronto como se otorgan entran al patrimonio particular de la persona favorecida y en ese patrimonio se incorporan.

Ahora bien: Según el artículo 22 de la Constitución actual (26 de la Carta de 1886), disposición citada por el acusador, "nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputé, ante el tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

La Corte, en sentencias antiguas y recientes de la Sala de Casación en negocios civiles, ha admitido la universalidad de este principio y su repercusión en materias que no pertenecen al ramo penal.

En el fallo de casación pronunciado el 15 de diciembre de 1900, en el juicio civil ordinario de Fergusson, Noguera & Co. contra los herederos del general Antonio B. Cuervo por suma de pesos, corren los apartes que siguen:

"Y la violación se hace consistir en que la sentencia no consideró, en cuanto a los demandados señores Angel y Rufino Cuervo, si existe o no, y si se extinguió o no la obligación que se les demanda, limitándose a declarar, en la parte motiva, que la sentencia no les aprovecha ni les perjudica, y decidiendo en la parte resolutiva que quedan absueltos de la demanda".

Esta superioridad no acepta la teoría en que apoyan los recurrentes la infracción de los artículos copiados, según la cual toda absolución implica el reconocimiento de que las obligaciones del demandado se extinguieron, y que si la absolución se decreta sin que en autos se haya demostrado que las obligaciones se extinguieron, el fallo es contrario a los mencionados artículos 1494 y 1625; y no la acepta, porque aun existiendo las obligaciones en el demandado, éste no puede ser condenado a cumplirlas si no ha sido oído y vencido en juicio, conforme a leyes preexistentes al hecho materia de la obligación, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". (Gaceta Judicial números 748 y 749, página 128).

Por sentencia fechada el 9 de octubre de 1935 la Corte invalidó el fallo del Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Bensmann & Linzen & Cía. S. A. (después el Banco de Londres y América del Sud) contra el señor Miguel Angel Muñoz, y la Sala de Casación Civil en uno de sus considerandos, dijo:

"Establece el artículo 26 de la Constitución Nacional que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante tribunal competente, y observando la plenitud de los formas propias de cada juicio. En vista de que no incluye el caso el artículo 381 del C. J., siendo la doctrina constitucional, en su caso, norma para interpretar las leyes, y disponiendo el artículo 8º de la ley 153 de 1887 que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, en este caso concreto la Corte considera que debe

procederse conforme al artículo 540 del C. J., a fin de que las partes tengan oportunidad de obtener sentencia sobre lo principal del pleito, para lo cual se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de su origen, entidad a la cual incumbe resolver lo que haya lugar sobre el fallo de primera instancia, de acuerdo con la doctrina expresada por la Corte, y decidir además sobre lo principal del pleito." (Gaceta Judicial, Tomo XLIII, página 369).

A la luz del precepto constitucional transcrito resulta obvio que si en determinada circunstancia, cuando se otorga una prestación de la clase de la recompensa militar, ocurre algún vicio que afecte la concesión, como error, fuerza, dolo, las acciones del Estado para recuperar lo indebidamente pagado—tomando la palabra acción en el sentido de derecho de exigir alguna cosa— no pueden ser otras que las civiles ordinarias o las de naturaleza penal, preexistentes a la adquisición del beneficio.

La ley 21 de 1937 no se limita a crear un simple procedimiento o ritualidad para ejercitar aquellas acciones; sino que invirtiendo normas universales sobre libertad civil, carga de la prueba, etc., y mudando la índole propia del recurso ordinario de revisión, puede llegar hasta afectar patrimonios particulares, por encima de resoluciones judiciales o administrativas todavía vigentes.

Importa recordar que el legislador tiene potestad para organizar los distintos trámites que por razón de la naturaleza de los juicios deban seguirse en orden a obtener el fin del proceso; regula el modo como han de ventilarse y resolverse los asuntos cuyo conocimiento corresponde al órgano judicial de poder y a otras dependencias encargadas también de administrar justicia, pero tal poderío no lo autoriza para obrar soberanamente en la fijación de las formas de cada juicio.

Esas formas deben ser las propias, o sea, las que hagan efectivos los derechos y garantías que la constitución protege, dentro de ciertos cánones incontestables en ciencia procesal y en lógica probatoria, ajustando sus reglas de procedimiento a los principios fundamentales y al espíritu que los informa.

Así podría pensarse, por ejemplo, en la inconstitucionalidad de una ley que eliminara de los juicios el derecho de defensa.

La Ley 21 de 1937 impone al beneficiario de una recompensa la obligación de demandar contra su propio interés jurídico y económico; invierte los términos de la presunción de inocencia o buena fe, y delega en una entidad administrativa como el Consejo de Estado la facultad de señalar los trámites de la llamada revisión.

Se ha dicho, y se repite, que el Estado puede promover acciones civiles y penales contra quienes hayan cobrado indebidamente recompensas, con infracción de las leyes o al margen de la ley; pero es claro que el ejercicio de esas acciones debe surtirse en un todo con arreglo a derecho.

En lo concerniente a este punto constitucional relacionado con la observancia de las formas propias de cada juicio, oportuno es transcribir el siguiente pasaje de la providencia dictada por la Corte Plena en la acusación contra la Ley 45 de 1923 "sobre establecimientos bancarios", y que lleva fecha 12 de diciembre de 1925:

"En el grupo de las disposiciones últimamente mencionadas figura el artículo 73, el cual en su inciso 2º establece que las resoluciones del Superintendente son en determinados casos apelables ante la Junta de Revisión, pero que si ésta no falla el recurso dentro 'de los diez días siguientes a la fecha de la apelación, se entenderá que la Resolución del Superintendente ha sido aprobada', y se hará efectiva.

El demandante califica esta disposición de absurda y de opuesta al artículo 26 de la Constitución, que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La palabra propias, de que hace uso el texto constitucional transcrito, significa, según los Diccionarios de la lengua, no sólo pertenecientes, sino también convenientes, aptas para un fin determinado.

La Corte encuentra fundado el cargo, porque reconocida por la ley misma la conveniencia de que las resoluciones del Superintendente sean revisadas por la Junta creada al efecto, lo cual se encuentra por otra parte ajustado a las normas jurídicas, las cuales exigen como garantía del derecho que las decisiones de las autoridades tengan algún recurso, la solución adoptada para ponerle fin a la apelación en caso de que la Junta no profiera su decisión en el perentorio término de diez días, lejos de ser una fórmula propia para el fin que se persigue con la apelación, que es la salvaguardia de los derechos de los Bancos contra las decisiones ilegales del Superintendente, constituye una verdadera arbitrariedad, puesto que la simple demora de la Junta en proferir su decisión sacrifica el derecho del recurrente".

(Gaceta Judicial, Tomo XXXII, página 172).

Bastan estas reflexiones para concluir que la Ley 21 de 1937 es inexequible, por violación del artículo 22 de la Carta, en cuanto se refiere a la revisión de los juicios sobre recompensas en favor de los miembros de la institución armada.

Sueldos de retiro

Esta prestación, que consiste en mesadas pagaderas a los oficiales y suboficiales del ejército, fue creada por las leyes 75 de 1925 para los oficiales, y 104 de 1927 para los suboficiales.

El sueldo de retiro de los oficiales, en virtud del artículo 10 de la Ley 75 de 1925, se decretaba por la Corte Suprema de Justicia hasta que entró en vigencia la Ley 115 de 1928 que en su artículo 9º adscribió esa facultad al Consejo de Estado; y el de los suboficiales se reconoce por la Comisión de sueldos de retiro de oficiales, conforme al artículo 22 de la Ley 104 de 1927.

De las leyes mencionadas, es del caso copiar las disposiciones siguientes:

Ley 75 de 1925.

"Artículo 7º—Todo oficial en servicio activo pagará mensualmente una prima igual al tres por ciento de su sueldo, prima que será descontada por la Tesorería General al efectuar los pagos a los respectivos contadores.

. . . . . .

Artículo 8º—Para atender al pago de los fondos de los sueldos de retiro, constitúyese una caja especial y particular que se formará así: 1º—Con las sumas pagadas por los oficiales; 2º—Con una subvención de ochenta mil pesos ($ 80,000) anuales que durante diez años dará la Nación a dicha caja, y que será pagada antes del 31 de diciembre de cada año, incorporándola por el gobierno en la ley de apropiaciones de la vigencia correspondiente; 3º—Por cualesquiera otras donaciones o prestaciones que se le hagan, y 4º Por los intereses que devenguen todas estas sumas.

Parágrafo.—Por ningún motivo este fondo especial podrá destinarse a fines distintos de los previstos en la presente ley, y será depositado siempre en el Banco de la República.

Artículo 9º—Para el manejo de la caja se constituye una comisión de cinco miembros compuesta por el Ministro de Guerra, que será su presidente; el Comandante de la división que esté de guarnición en la capital de la República; el Intendente del Ejército; el Jefe de servicio de sueldos de retiro, y un oficial superior de la guarnición de Bogotá, elegido por la mayoría de los oficiales de la misma guarnición. La misión militar extranjera que hubiere en el país o uno de sus miembros, tendrá voz en las deliberaciones de la junta, cuando ésta lo solicite.

. . . . . ".

Ley 104 de 1927.

"Artículo 19.—Para el pago de sueldo de retiro de que trata el artículo anterior destínase anualmente, durante cinco años consecutivos, la cantidad de treinta mil pesos ($ 30,000), que serán pagados por el tesoro nacional, con ingreso a la caja de sueldos de retiro de los suboficiales del ejército.

Artículo 20.—A partir del mes de enero de 1928, todos los suboficiales en servicio activo dejarán de su sueldo mensual y a favor de la caja de retiro de suboficiales el dos por ciento (2 por 100), el cual será girado a favor de la caja por los contadores e institutos del ejército".

Si, pues, los sueldos de retiro de los militares emanan de cooperativas o cajas de ahorro para los miembros del ejército, o sea de fondos especiales destinados a tal objeto, los mismos razonamientos que atrás se adujeron sobre violación del artículo 22 de la Carta en tratándose de recompensas, obran respecto de las prestaciones de esta clase, ya reconocidas, al pretender someterlas a un insólito proceso de revisión administrativa como el que fija la ley de 1937.

A lo expuesto se agrega que hasta el 1º de enero de 1929, día en que comenzó a regir la Ley 115 de 1928, correspondió a la Corte Suprema decretar los sueldos de retiro de los oficiales, asunto que se relaciona con otro motivo de inconstitucionalidad de la Ley 21 de 1937, como se verá adelante.

Pensiones decretadas por ley o en sentencias de la Corte

Respecto de las primeras, y en el supuesto de que estén comprendidas en la revisión preceptuada por la Ley 21 de 1937, es flagrante la violación del artículo 69, numeral 1º, de la Carta.

En esta ley se confiere al Consejo de Estado la facultad de suspender el pago de pensiones como consecuencia de un fallo de revisión, lo que sin duda equivale a derogar el mandato legal respectivo, cuando la pensión se ha decretado en ley especial, es decir, en favor de persona determinada; y es atribución propia del Congreso, al tenor de

aquella disposición constitucional, derogar las leyes.

En cuanto a las segundas, las decretadas por la Corte Suprema de Justicia, ésta halla muy pertinentes los argumentos que sobre el particular formula el señor acusador.

Las providencias de la Corte Suprema son emanaciones de uno de los tres poderes del Estado, hoy órganos del poder público, que según el artículo 52 de la Constitución son limitados y tienen funciones separadas.

No puede el legislador, sin quebrantar el espíritu en que se informa este principio tutelar de las instituciones del país, someter los pronunciamientos de la Corte a la revisión de otras dependencias del Estado; y ello es tan notorio, que la capacidad de las entidades de la rama contencioso-administrativa para conocer de cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias del Ejecutivo no se origina en la ley, sino en el estatuto constitucional, a través de los artículos 164 de la Carta de 1886, 42 del acto legislativo Nº 3 de 1910, 6º (numeral 3) de la reforma de 1914 y 164 de la Constitución actual.

Y en relación con la Corte, corrobora lo dicho que el propio legislador, al proferir la Ley 130 de 1913 sobre jurisdicción de lo contencioso-administrativo en desarrollo del artículo 42 del acto Nº 3 de 1910, puso de presente que en caso de competencia entre el Tribunal supremo de lo contencioso —hoy Consejo de Estado— y la Corte, la insistencia de la última prevalece.

La tesis en cuestión no alcanza a desvirtuarse con el argumento del señor Procurador de que las providencias de la Corte Suprema de Justicia en materias como de la que se trata son simples actuaciones de carácter administrativo. La Ley 21 de 1937 no consagró al respecto distinción alguna; y es lo cierto que de esta corporación han dimanado también pensiones a cargo del Tesoro Público, reclamadas por la vía judicial y en juicio controvertido —primera instancia en los Tribunales superiores y segunda ante la Corte— en fuerza de la prohibición sobre reconocimiento administrativo de pensiones consignada en el artículo 7º de la Ley 80 de 1916.

Pensiones anteriores y posteriores al 23 de noviembre de 1927

Según atrás se dijo, el artículo 2º de la Ley 116 de 1928 que amplió el plazo para presentar las demandas de revisión en armonía con la ley 72 de 1917, además de excluir las pensiones concedidas por leyes especiales o en sentencias de la Corte, circunscribió ese requisito a las pensiones decretadas con anterioridad al 23 de noviembre de 1927, día en que entró a regir la Ley 102 de ese año.

En obedecimiento a la Ley de 1917, el Consejo de Estado revisó todas las pensiones militares otorgadas por él mismo antes de la fecha que acaba de mencionarse, las decretadas por la sección de justicia y recompensas del Ministerio de Guerra, y por la comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones del Ministerio del Tesoro con la aprobación posterior del ministro.

Respecto de estas pensiones, la Ley 21 de 1937 establece, pues, una segunda revisión.

Del 23 de noviembre de 1927 para acá se han decretado pensiones militares por la Corte Suprema de Justicia al tenor de las leyes 149 de 1896 y 71 de 1915, y por el Consejo de Estado, corporación a la cual el artículo 7º de la Ley 11 de 1931 asignó todo lo relativo a este asunto.

Estudiado ya el problema referente a la inexequibilidad de la Ley 21 de 1937 con relación a las pensiones decretadas por la Corte, queda por analizar el contenido de esta ley en cuanto a aquellas pensiones revisadas y a las concedidas por el Consejo de Estado después del 23 de noviembre de 1927.

No obstante que al primer golpe de vista se advierte algo como de injurídico o peregrino en eso de la doble revisión, atentatorio de la estabilidad que debe rodear las determinaciones provenientes de los poderes del Estado, el reparo no alcanza por sí solo a convertirse en un motivo para declarar la inconstitucionalidad de la ley que en tal sentido preceptúa.

Pero es que en concepto de la Corte y sin que esto se relacione con la tesis de los derechos adquiridos, para todas las pensiones que comprende este capítulo vale también el argumento expuesto cuando se habló de la inexequibilidad de la Ley 21 de 1937 enfrente de las recompensas militares, sobre violación del artículo 22 de la Constitución.

Según el referido mandato de la Carta, en ningún proceso tendiente a la imposición de sanciones puede darse cabida a ley sustancial que no sea preexistente al acto que se impute; y así, de tratarse de la cesación del beneficio por acaecimiento de una de esas circunstancias que a manera de condición resolutoria fijan las leyes, son éstas y no otras las que deben aplicarse.

Y si es que en ocasiones determinadas, igual que en las recompensas, existieren serias sospechas acerca de algún vicio que afecte la concesión en punto a su otorga-

miento, el Estado encuentra en las leyes preexistentes los recursos civiles o de índole penal para perseguir ese fraude a sus intereses.

De idéntica manera, el legislador tendría facultad para fijar nuevos sistemas procedimentales tendientes a la averiguación de tales fraudes, pero sin desatender, como arriba se vio, los cánones de la ciencia procesal y la lógica probatoria; en una palabra: sus mandatos han de acomodarse a las formas propias de cada juicio.

ASPECTO GENERAL DE LA CUESTION

Para la Corte no es válido el argumento del señor Procurador de que esta revisión ordenada por la Ley 21 de 1937 para las prestaciones del Estado respecto de los militares equivale al recurso común de revisión de las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema y de los Tribunales superiores, estatuída por las leyes de procedimiento.

Basta confrontar las causales que tanto en el antiguo como en el nuevo código judicial se establecen para la revisión ordinaria con los puntos sobre los cuales debe versar la revisión especial de que habla la ley de 1937, para llegar a la conclusión de que difieren sustancialmente.

El primero es un recurso que se otorga al perjudicado por una sentencia, con término fijo que lo extingue, para los casos concretos en que hayan ocurrido circunstancias de carácter extrínseco capaces de minar por su base el fallo pronunciado, v. gr., piezas detenidas por fuerza mayor u obra de la parte favorecida; documentos falsos; declaraciones que motivaron condenación por perjurio; injusticia de la sentencia en virtud de cohecho, violencia o fraude.

La revisión consignada en el artículo 1º de la Ley 21 de 1937 constituye una formalidad ulterior —obligatoria y general— a que se sujeta el goce de la prestación ya decretada, con un plazo fatal que lejos de consolidar el derecho, deja sin valor el del beneficiado con ella, incidente en donde tiene cabida, entre otras cosas, el análisis "sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia"; es decir, la concesión queda al arbitrio de nuevos puntos de vista en la interpretación de las leyes.

En el sistema de la ley que se comenta, la revisión debe demandarse por el agraciado con la providencia que ha de ser objeto del recurso, lo cual resulta no sólo extraordinario, sino que hace pensar en alguna repercusión sobre el artículo 21 de la Carta, a cuyo tenor, en materia penal nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo. Con la circunstancia de que según los antecedentes de la ley de 1937 citados por el señor Procurador, el origen de esta medida no fue otro que el "haber sido descubiertos en el Ministerio de Guerra verdaderos hechos criminosos que sirvieron de base para obtener algunas pensiones o sueldos de retiro".

Precisamente que otros habrían sido los conceptos de la Corte si se tratara de un verdadero proceso de impugnación de las providencias relativas a prestaciones en favor de los militares, cuya iniciación corriera a cargo del Estado por medio de los agentes del Ministerio Público y en los casos de duda acerca del derecho del favorecido; pero sin exponer ese derecho a nuevos criterios interpretativos, ni menoscabar la autonomía de los órganos estatales. En una palabra, la revisión para esta clase de beneficios, a semejanza de la que consagran las leyes de procedimiento en relación con los intereses entre particulares y atendida su naturaleza.

LAS VARIAS PROVIDENCIAS DE LA CORTE

Quiere la Corte hacer notar que no hay contraposición alguna entre su pronunciamiento de hoy y los anteriores de que se ha hecho mérito.

La presente decisión ha puesto de lado, en materia de prestaciones a favor de los militares, todo lo relativo a la tesis pura y simple de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, base única en que se informó el proveído de 10 de diciembre de 1915.

El argumento que sirvió a la Corte en su providencia de 6 de junio de 1916 para rechazar el cargo formulado contra los artículos 4º y 5º de la Ley 87 de 1915 sobre rebaja de pensiones, por violatorios del artículo 26 de la Constitución de 1886 (22 de la actual), refuerza los considerandos de hoy acerca del proceso de revisión a la faz de ese mandato. Allí dijo la Corte que el Congreso al decretar directamente y en forma general aquella rebaja, ejercitó funciones que le son propias, sin constituirse en Tribunal, ni dictar sentencia contra determinada persona.

También expresó la Corte en la providencia de 1916, que es sólo mediante el concurso de todas las circunstancias previstas en las leyes en donde se enumeran los motivos que acarrean la pérdida de una pensión, como los militares pueden ser privados de las suyas.

Y si en el proveído de 28 de julio de 1932 se admitió como exequible el proceso de revisión, necesario es tener en cuenta lo que atrás se dijo respecto de las prestaciones que en ese trámite no quedaron incluídas, y que la Corte hubo de circunscribirse entonces a la confrontación de preceptos constitucionales distintos de los que ahora le fueron señalados.

Por otra parte, para esa época imperaba en la Corte la teoría de que en las acusaciones contra leyes y decretos, de modo análogo a lo que ocurre en casación civil acerca de los artículos legales que el recurrente cita como infrigidos, ella debía ceñirse estrictamente a los textos constitucionales que se le anotaran como violados; en tanto que la doctrina actual de la Corte es la de que al ejercitar la función que le asigna el artículo 149 de la Constitución sobre actos de la naturaleza expresada, sus facultades no se hallan ya reducidas a los aspectos de inconstitucionalidad que indique el acusador. En esta doctrina se inspiró la ley 96 de 1936 (artículo 2º).

LA DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD

En algunas de las disposiciones de la ley 21 de 1937 impugnadas por el acusador hay pasajes cuyo contenido —considerado aisladamente— no entraña incompatibilidad directa con los principios de la Constitución: v. gr., los ordinales b) y c) del artículo 3º sobre autenticidad de documentos y efectividad de la invalidez del militar; el artículo 4º, en cuanto prescribe que el Consejo de Estado dará aviso a los Ministerios de Hacienda y de Guerra de los fallos que dicte; y el artículo 5º, en la parte en que determina pasar copias de lo conducente, cuando sea del caso, a las autoridades del crimen.

Pero su declaratoria de inexequibilidad —lo que vale decir que no pueden llevarse a efecto— se impone por la necesaria subordinación de esos mandatos al ordenamiento principal de la ley acusada, que sí es opuesto a las normas constitucionales: el que establece un proceso de revisión de la índole, forma y términos del que se ha estudiado en la presente providencia.

Y porque sería impracticable aislar las locuciones contrarias a la Constitución que se encuentran en varios de aquellos lugares de la ley, dejando subsistentes las otras, sin alterar el sentido de los conceptos allí expresados; lo cual no obsta para que los pasajes no contrarios a la Carta Fundamental pudieran incorporarse por el legislador en una ley sobre revisión técnicamente elaborada.

Con respecto a los dos parágrafos del artículo 3º y al artículo 6º, que hablan de la clase de papel para las demandas de revisión, de la oportunidad en que ha de pronunciarse el fallo por el Consejo de Estado y de la vigencia de la Ley 21 de 1937, a pesar de que por virtud de la inexequibilidad que se profiere sobre el resto de la ley esos textos quedan inoperantes, la Corte no considera que deban declararse inexequibles, desde el momento en que no fueron atacados en forma expresa por el acusador.

CONCLUSION

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de las funciones constitucionales que le señala el artículo 149 de la Carta Fundamental de la República y previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, declara inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º (ordinales marcados con las letras a, b y c, 4º y 5º de la ley 21 de 1937, "por la cual se decreta la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares".

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése cuenta al Ministerio de Guerra y al Consejo de Estado, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Liborio Escallón.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna E.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 5º DE LA LEY 21 DE 1937, POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES

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

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por escrito fechado el 24 de mayo de 1937, Angel M. Serrano pidió a la Corte que, previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidiera sobre la exequibilidad del artículo 5º de la ley 21 de 1937, acusado como inconstitucional por dicho ciudadano, quien señaló como infringidos los artículos 22 y 137 de la Carta y 5º de la enmienda de 1910.

Admitida la demanda de inexequibilidad, se dispuso oír al señor Procurador, y éste consideró no haber fundamento para declarar inexequible el acto acusado.

Se hallaba el presente negocio a despacho para sentencia, cuando la Corte se ocupó en fallar sobre la demanda de inexequibilidad de los artículos fundamentales de la citada ley 21, acusados por el doctor Francisco de P. Pérez, entre ellos el distinguido con el Nº 5º

Como por decisión definitiva de hoy fue en su integridad declarado inexequible ese artículo 5º de la ley 21, ya no es el caso de que la Corte haga declaración especial sobre dicho texto.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, resuelve:

Estése a lo decidido en sentencia de esta misma fecha, que declaró inexequible, entre otros preceptos, el artículo 5º de la ley 21 de 1937.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Liborio Escallón.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez. Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R. Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario.

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTS. 1º, 2º, 4º Y 5º DE LA LEY 21 DE 1937, POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES

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

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El doctor Francisco López Mojica demanda ante la Corte la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 1º, 2º, 4º y 5º de la ley 21 de 1937, por la cual se decreta la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares.

La demanda se endereza a señalar la inconstitucionalidad de aquellos artículos, "en cuanto se refieren a los sueldos de retiro, de que gozan los oficiales retirados del ejército".

Como la Corte declaró inexequibles los artículos de la ley 21 de 1937 a que la demanda del doctor López Mojica se contrae, en providencia dictada en la acusación del doctor Francisco de Paula Pérez contra la misma ley, se dispone:

Estése a lo resuelto en el proveído de fecha dieciocho de octubre de mil novecientos treinta y siete, que versa sobre la inexequibilidad de la ley 21 de 1937.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Liborio Escallón.—Aníbal Cardoso Gaitán. Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez. Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Eleuterio Serna R.—Pedro León Rincón, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION.—DECLARACION JUDICIAL DE INEXISTENCIA POR SIMULACION.—REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO SEGUN LA LEY 28 DE 1932.—SOCIEDAD CONYUGAL Y CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA CONFORME A LA LEGISLACION ANTERIOR A 1932.—LA SOCIEDAD CONYUGAL A PARTIR DE LA LEY 28 DE ESTE AÑO.—PARTICIPACION DE GANANCIALES.—ACTUAL CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA.—ALCANCE DEL ARTICULO 7º DE LA LEY 28.—ACCION JUDICIAL PARA OBTENER LA DISTRIBUCION DE BIENES DE LAS SOCIEDADES ANTIGUAS.—REPRESENTANTE DE LA MUJER CASADA MENOR DE EDAD ANTE EL REGIMEN DE LA LEY 28

1.—La reforma de la ley 28 de 1932 no acabó con la sociedad conyugal. Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el Código, la reforma cambia sí radicalmente el sistema de disposición y de administración. Con respecto a terceros ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos aún sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1º de enero de 1933. De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2º, en su caso. —2º—Disuelta la sociedad conyugal surge ahora, 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 a las reglas del código compatibles con el nuevo régimen. 3.—El régimen de PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraerlo y los que después adquiere; pero disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y otro pasan a constituir una masa común para el solo efecto de su liquidación y división entre ellos. He una hábil combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida, dice Alessandri Rodríguez. 4.—La mujer casada y mayor posee plena capacidad civil desde la ley 28. En virtud de esa capacidad, la mujer está actualmente investida de toda personería, inclusive para ejercitar acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social existente el 1º de enero de 1933, de bienes sociales de que el marido dispuso después de esa fecha mediante contratos con terceros que ella impugna por vicios, de donde se desprende su invalidez o inexistencia. Para el ejercicio de esas acciones no empece el que los cónyuges hayan realizado practicar el deslinde de gananciales prescindiendo por ende de acogerse a lo preceptuado en el artículo 7º de la ley 28. El legislador puso buen cuidado en asimilar, en cuanto a su alcance y contenido, la liquidación provisional del artículo 7º, no obstante la cual los socios continúan constituyendo la sociedad de gananciales, a la liquidación definitiva que sobreviene como consecuencia de la disolución de la sociedad. Sea cualquiera la forma que se adopte en la liquidación provisional, ella confiere facultad plena a cada cónyuge para disponer de los respectivos bienes, de manera que no sólo ante terceros sino ante los mismos cónyuges las adjudicaciones hechas son de carácter definitivo y no susceptibles de revocación o modificación posterior durante la sociedad. La mujer tiene derecho para compeler al marido a entregarle los bienes correspondientes, es decir, tiene la acción correlativa a ese derecho. 6.—No habiéndose hecho la división de los bienes de la antigua sociedad, para la disposición de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, ya que, en cuanto a ellos, hay dos administradores. 7. Cuando el artículo 6º de la ley 28 dispone que la curaduría de la mujer casada, no divorciada, en los CASOS en que aquélla debe proveerse, se defiera EN PRIMER LUGAR AL MARIDO, y en seguida, a las demás personas llamadas por la ley a ejercerla, comprende también necesariamente el CASO de la mujer menor, la cual, contrayendo matrimonio, hace imposible la continuación de la vigencia de la patria potestad o de la guarda en que estaba hasta ese momento, quedando por ende, de ahí en adelante, sin representación legal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, veinte de octubre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Vicente Rodríguez Díaz y Adelaida Navarro contrajeron matrimonio católico há ya más de veinte años. Fruto de su común esfuerzo económico fue la adquisición que, en

pequeñas parcelas y por sucesivas compras, hizo el marido hasta ver constituída en el año de 1931, en que compró la última parcela, una finca situada en la fracción de Aparco, jurisdicción del municipio de Natagaima, provista de mejoras, con casa de habitación y delimitada conforme está expresado en el libelo de demanda.

El día 5 de agosto de 1933 y por instrumento público número 93 otorgado en la notaría de Purificación, Rodríguez Díaz aparece trasmitiendo a título de venta a Angel Alberto Rodríguez la misma finca, por la cantidad de tres mil pesos moneda corriente ($ 3,000) "que tiene recibidos de manos del comprador a su satisfacción". El comprador manifestó: "que acepta la presente escritura y la venta que ella expresa con el gravamen hipotecario de que se hizo mención en la cláusula cuarta y se obliga a cancelar la deuda al señor Chedraue".

Esta deuda en favor de Chedraue fue contraída el mismo día cinco de agosto por Vicente, según la escritura pública Nº 92 de la notaría de Purificación. En ella consta que Vicente recibió de Chedraue en préstamo con interés la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) con dos años de plazo, habiendo dado en garantía la hipoteca de la finca expresada.

El día siguiente, seis de agosto, Rodríguez Díaz le otorgó a Angel Alberto Rodríguez poder general amplísimo de administración de bienes, según la escritura pública número 94 de la misma notaría de Purificación.

Exhibiendo la escritura del contrato de venta que su esposo Vicente Rodríguez Díaz hízole a Angel Alberto Rodríguez, la señora Adelaida Navarro formuló ante el juez del circuito de Purificación, las siguientes acciones:

Primera—De nulidad absoluta, por falta de causa, del contrato de compraventa aludido.

Segunda—De nulidad del instrumento en que consta esa compraventa.

Tercera—De nulidad de la inscripción que del referido instrumento de venta hizo en los respectivos libros, el registrador de Natagaima.

Cuarta—De restitución consecuencial de la finca vendida y de sus frutos "a Vicente Rodríguez o a la sociedad conyugal que este señor forma conmigo".

En posterior libelo de corrección de la demanda el apoderado de Adelaida propuso como subsidiarias estas otras acciones:

Primera—Que carece de valor y efectos jurídicos el contrato de compraventa citado.

Segunda—Que en consecuencia, carece de valor y debe ser cancelada, la diligencia de inscripción en el registro de la escritura contentiva del contrato.

Tercera—Que las cosas deben quedar restablecidas a la situación anterior que existía antes de la celebración del contrato de compraventa.

La demanda dirigióse tanto contra el comprador Angel Alberto Rodríguez como contra el marido de la demandante, don Vicente Rodríguez. Uno y otro la contestaron. El primero, oponiéndose rotundamente a las declaraciones solicitadas y a la veracidad de muchos de los hechos en que preténdese fundamentar. El segundo, en cambio, aceptó los hechos y por lo mismo, las peticiones.

Angel Alberto además añadió que "para dar cumplimiento a lo que dispone el artículo 214 del código judicial, y 952 del código civil, me permito informar a usted que esa finca es del señor Jesús Rodríguez Medina, quien debe ser llamado, y quien es mayor, varón y vecino de la ciudad de Bogotá".

Sentencias de instancia

El tribunal superior de Ibagué, en la de fecha nueve de julio del año próximo pasado, revocó la del juez, que fue absolutoria de los demandados, y en su lugar falló así:

"1º—Declárase inexistente, por ser simulado, y consiguientemente sin valor legal alguno, el contrato de compraventa celebrado el 5 de agosto de 1933, entre Vicente Rodríguez Díaz y Angel Alberto Rodríguez, por el cual el primero aparece vendiendo al segundo una finca raíz ubicada en la fracción de Aparco, jurisdicción del municipio de Natagaima, formada de varios lotes de tierra, casa de habitación, encerrada en cercas de alambre y alinderada como se relaciona en el instrumento público Nº 93 de 5 de agosto de 1933, pasado ante la Notaría del Circuito de Purificación;

"2º—Como consecuencia se ordena la cancelación del registro de dicho título, verificado el 8 de agosto de 1933 en la extinguida oficina de Registro de Natagaima en el libro Nº 1º y bajo la partida Nº 63;

"3º—Condénase a Angel Alberto Rodríguez a restituír a la sociedad conyugal formada entre Vicente Rodríguez Díaz y Adelaida Navarro, al siguiente día de la ejecutoria de esta sentencia, la finca raíz a que se refiere el punto 1º del presente fallo;

"4º—No se accede a condenar al demandado a la restitución de los frutos naturales

y civiles de la finca objeto del contrato de compraventa que se ha declarado inexistente por haber mantenido Vicente Rodríguez Díaz el ejercicio de la posesión material del aludido inmueble y por consiguiente el usufructo a partir del mismo día del contrato;

"5º—Cancélese la inscripción de la demanda, y

"6º—Condénase al demandado Angel Alberto Rodríguez al pago de las costas en ambas instancias".

Angel Alberto Rodríguez interpuso el recurso de casación. Admitido en la Corte, y sustanciado debidamente, procede ya la decisión correspondiente.

Fundamentos de la sentencia recurrida

El tribunal, en primer término, examina si la demandante señora Adelaida Navarro, tiene el interés jurídico que exige la ley para impetrar la nulidad de que se objeta el contrato, llegando a una conclusión afirmativa mediante el siguiente razonamiento, que la Sala extracta en lo esencial:

Siendo la señora Navarro, según está acreditado, la esposa legítima de Vicente Rodríguez, y no habiendo intervenido en el contrato de compraventa en que su esposo dispuso de un bien social, ella tiene interés en que no se lesionen sus derechos por su esposo desde el momento que considera que obró él de manera simulada y cuando menos sin facultad legal en ese contrato. Así, pues, queda patentizado el interés jurídico que le asiste a la actora para instaurara la presente demanda, ya que de otra parte el bien materia de la venta indudablemente pertenecía a la sociedad conyugal Rodríguez-Navarro.

En seguida entra el sentenciador a examinar la prueba de la simulación, según el cargo formulado al contrato en los hechos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del libelo de demanda.

El tribunal, recogiendo los variados indicios que en su concepto surgen de los diferentes medios probatorios empleados por la demandante, y que confluyen en el mismo sentido, apreció como "admisible la afirmación de la demandante de que Vicente Rodríguez, sin que se vea claro el móvil, vendiera fingidamente a Angel Alberto la finca de "Aparco".

Entre esos indicios coloca, —y se cita por ser pertinente al recurso— la manifestación que en posiciones hiciera el esposo Vicente Rodríguez de ser verdad que nunca había pensado en venderle a Angel Alberto la finca de Aparco y en realidad no se la había vendido, a pesar de lo que consta en la escritura número 93.

"Esta confesión del esposo demandado —dice textualmente el tribunal— no puede tenerse como prueba de la simulación o mentira del acto jurídico contenido en aquel instrumento público desde el momento que pidiendo la actora que la nulidad se decrete en favor de Vicente o de la sociedad conyugal formada con éste, se pecaría contra el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo: Nemo ex suo delicto consequitur actionem".

Reconociendo luégo que ningún valor tienen contra terceros de buena fe las contradeclaraciones que hagan los otorgantes de un instrumento público, se inclina siempre a atribuirle a la confesión de Rodríguez el valor de un indicio "de gran significación en esta litis", en razón de que la confesión no se está oponiendo a terceros de buena fe; al contrario, es un tercero quien la opone a uno de los contratantes para establecer la mentira del acto jurídico acusado, siendo de advertir que este contratante ni siquiera ha sugerido la sospecha de que los esposos Rodríguez-Navarro estén coludidos.

Otros indicios, basados unos en pruebas testimoniales y alguno, en un poder general de administración conferido por Vicente a Angel Alberto, el día siguiente de la venta, contribuyen a robustecer la convicción del fallador, quien advierte que si bien es cierto que entre las partes es inadmisible la prueba de testigos para establecer la simulación, en el presente litigio sí lo es "para establecer los hechos de los cuales se deduzca la simulación porque para Adelaida Navarro es el contrato acusado res inter alios acta".

Por último, el sentenciador, acogiéndose a la nueva doctrina de la Corte sobre simulación, consignada en sentencia de 27 de junio de 1935, estima simplemente como inexistente el contrato de compraventa materia de la controversia, y de acuerdo con ese concepto formuló la decisión que en capítulo anterior quedó transcrita.

El recurso

Son tres los fundamentos y motivos del recurso de casación, a saber:

Primero.—"Acuso la sentencia, dice el recurrente, por haberse incurrido en la tramitación del juicio en la causal de nulidad indicada en el ordinal 3º del artículo 448 del C. J., cuya nulidad no fue declarada en el fallo recurrido ni se ha subsanado en forma legal, lo que da origen a la causal 6ª de casación que invoco".

Segundo—"Para el caso de que la honorable Corte considere que no debe decretarse la nulidad del juicio, es decir, que no pue-

de prosperar la causal 6ª, alegada y demostrada, acuso la sentencia por violación directa de los artículos 1774, 1781, ordinal 5º, 1805, 1806, 1808 y 1820 del código civil, y los artículos 1º, 7º y 8º de la ley 28 de 1932, constituyendo el conjunto de la violación de los artículos citados la causal que alego, y que paso a demostrar".

Tercero—Violación de los artículos 1759 y 1766 del código civil; 91 y 93 de la ley 153 de 1887, y los artículos 663 y 665 del código judicial. "Como considero, dice el recurrente, que esta acusación contra la sentencia tiene verdadera conexión con la formulada en el capítulo anterior, para los efectos de que la honorable Corte la tenga en cuenta, sumo aquélla a ésta, para que las dos unidas constituyan, y complementándose una a otra, formen un solo cuerpo".

La Corte, por la importancia de las causales de orden sustantivo, deja para el final el estudio de la nulidad procesal, en atención a que la nulidad invocada no habrá de declararse.

I

Violación de las disposiciones relativas al régimen de la sociedad conyugal

La demostración anunciada por el recurrente en el punto segundo, de las mencionadas disposiciones, brevemente sintetizada por la Corte, es esta:

La sentencia recurrida violó directamente todas las disposiciones citadas, puesto que prescindiendo de ellas le concedió personería a la actora para demandar la invalidez de un contrato celebrado por quien cuando lo celebró y al iniciarse la demanda se reputaba jefe de la sociedad conyugal, administrador de ella, y dueño de los bienes de la misma; situación jurídica que no cambia sino mediante los procedimientos que las leyes establecen. Y en el juicio no se ha probado la disolución de la sociedad conyugal, ni conforme al código civil ni conforme a la ley 28 de 1932. Luego la actora carece de personería para instaurar su acción.

La violación de los preceptos citados patentízase con poner de bulto este absurdo jurídico: la señora Navarro demanda a la sociedad de que forma parte en la persona de su marido, que es uno de los demandados, y pide se condene a esa misma sociedad a entregarle a su marido, es decir, a la misma sociedad, el cuerpo cierto objeto del litigio. Por lo tanto la sociedad aparece en el doble carácter de demandante y demandada.

La violación de las disposiciones de la ley 28 de 1932 básase en que el contexto de la sentencia y las conclusiones a que en ella llegóse autorizan para pensar que el tribunal partió del supuesto, en relación con el artículo 1º, de que la sociedad conyugal existente entre la demandante y uno de los demandados quedó disuelta ipso jure por haber entrado en vigencia dicha ley, "error que llevó al tribunal a aplicarla al caso del pleito poniéndose con esto en contradicción con el mismo fallo, que en su parte resolutiva y de modo especial en el ordinal 3º, declara existente la sociedad conyugal y ordena que la restitución se haga a la misma sociedad, representada en la parte demandante, y también representada en la parte demandada".

Por último el recurrente afirma que para que la mujer tenga personería en orden a ejercitar la acción que propuso, precisa que se haya practicado la liquidación provisional de que habla el artículo 7º de la ley 28.

La acusación versa, pues, sobre carencia de personería de la actora para ejercitar las acciones deducidas en la demanda. Niégase esta personería con el argumento de que al juicio dejó de presentarse el comprobante de haberse decretado la disolución de la sociedad conyugal existente entre Adelaida Navarro y Vicente Rodríguez Díaz. A lo cual se agrega la circunstancia de que la disolución tampoco quedó decretada por la vigencia de la ley 28 de 1932, comoquiera que esta ley parte de la base del reconocimiento de las sociedades. De consiguiente, la actora no es ni ha sido el representante legal de la sociedad conyugal Rodríguez-Navarro, sino el señor Vicente Rodríguez Díaz. Así es, en suma, el razonamiento del recurrente.

Autorizada por esta acusación, la Corte encuentra por primera vez propicia oportunidad de fijar y definir su pensamiento acerca del alcance y extensión de la reforma civil representada por la ley 28 de 1932.

Régimen patrimonial en el matrimonio según la ley 28 de 1932

Sabido es el régimen a que estaban sometidas en Colombia la capacidad civil de la mujer casada y la sociedad conyugal, antes de la expedición de la mencionada norma como mandato legislativo. Pero es conveniente recordarlo con mira a determinar me-

jor y a punto fijo cómo vino a operarse la evolución jurídica del antiguo sistema y cuáles son las proyecciones en el campo doctrinario del nuevo estatuto.

La sociedad conyugal antigua

El régimen matrimonial que adoptaba en Colombia el código civil hasta el 31 de diciembre de 1932, consistía en la formación de una sociedad conyugal a la cual ingresaban todos los bienes, muebles e inmuebles, que los cónyuges aportaran al matrimonio y que durante él adquirieran; exceptuándose los aportes y las adquisiciones a título gratuito de bienes raíces y otros bienes expresamente determinados. (Art. 1781).

Los bienes muebles que cualquiera de los cónyuges aportaba al matrimonio o adquiría a título gratuito durante la vigencia de la sociedad, ingresaban al haber social, aunque con la carga de que disuelta la sociedad estaba ella obligada a restituir su valor según el que hubieran tenido a tiempo del aporte o de la adquisición (art. 1781).

Los bienes que no hacían parte del haber social se denominaban propios y eran del cónyuge a quien pertenecían.

Era, pues, el llamado régimen de comunidad que existe en Francia, en Chile y en otros países, con variantes en cada país que no alteran la esencia del sistema.

Esta comunidad se constituía por el solo hecho del matrimonio (art. 180), con posibles atenuaciones en su régimen cuando los futuros contrayentes pactaban capitulaciones matrimoniales (art. 1771), lo cual era raras veces practicado.

La administración de la sociedad conyugal competía exclusivamente al marido. Pero era una administrador que ante terceros dejaba de serlo para adquirir la calidad de "dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formaran un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales" (art. 1806).

Además, el marido, como jefe de la sociedad conyugal, administraba libremente no sólo los bienes sociales sino también los bienes propios de la mujer, sujeto, empero, a las restricciones impuestas en la ley o en las capitulaciones matrimoniales (art. 1805).

El artículo 1808 recalcaba que "la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad". Por lo tanto, no podía administrarlos, ni intervenir en la administración, ni controlarla. Tampoco podía solicitar la entrega de la parte que en ellos le cabía, mientras la sociedad existiese.

Por último, la mujer, por el hecho del matrimonio, era incapaz. Su personalidad civil sufría una disminución (art. 1504). Por lo tanto estaba inhibida para celebrar ningún acto jurídico, ni aun relacionado con sus bienes propios (salvo contadas excepciones como testar), sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio (arts. 181, 182, 188, 189, 190 y 192). Pero en cambio había en el código civil varios preceptos que tutelaban su patrimonio.

Esta potestad suprema del marido fue así hasta el año de 1933.

La sociedad conyugal de hoy

La ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre esposos, quebrando así el tradicional sistema hasta entonces imperante.

Pero ocurre preguntar: la reforma acabó con la sociedad conyugal reemplazándola por un régimen de separación de bienes?

En manera alguna. Veamos cómo vino a operarse el quiebre del sistema.

La ley, en su artículo 1º estableció que "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administrtación y disposición de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquiera causa hubiere adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación".

El artículo 4º establece que en el caso de liquidación de que trata el artículo 1º, "se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo. Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al Código civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código".

El artículo 7º prevé una liquidación definitiva de la sociedad conyugal, según las normas del código civil, en los matrimonios anteriores a la ley 28 que practiquen la liquidación provisional autorizada en ese precepto con el ánimo de acomodarse estrictamente al nuevo régimen. Lo que significa que aún después de esta liquidación continúa en vigencia entre los cónyuges la sociedad conyugal.

Estas tres disposiciones, junto con el artículo 5º, que le confirma a la mujer casada y mayor de edad la plena capacidad civil, judicial y extrajudicial, constituyen el eje fundamental de la ley, que demarca la naturaleza, alcance y contenido de la reforma. Los otros preceptos tienden a facilitar su aplicación y a dar normas complementarias.

Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el código, la reforma cambia sí radicalmente el sistema de disposición y de administración. Con respecto a terceros ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos aún sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1º de enero de 1933.

De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes muebles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tiene acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2º, en su caso.

Según el sistema del código civil, por lo que respecta a bienes en el matrimonio había que distinguir estas tres categorías: bienes del marido, bienes de la sociedad conyugal y bienes de la mujer. Ante terceros se confundían el patrimonio social y el del marido. Pero disuelta la sociedad conyugal se manifestaba su existencia para los efectos de liquidarla, determinando los aportes y recompensas de cada cónyuge. Entonces era ya cuando ante terceros surgían perfectamente delimitados esos tres patrimonios, de los cuales los dos primeros se habían presentado en un solo, conforme está dicho.

Y del mismo modo que anteriormente la sociedad conyugal permanecía latente hasta el momento de su liquidación, la sociedad de hoy emerge del estado de latencia en que yacía, a la más pura realidad, con el fallecimiento de alguno de los cónyuges, el decreto de divorcio o de nulidad del matrimonio, o el reconocimiento de alguna de las causales de separación de bienes, de aquellas que quedaron vigentes por no estar en oposición con la reforma. (Art. 154 del C. C. y art. 2º de la ley 8ª de 1922).

El legislador conservó la institución de la sociedad conyugal como vínculo patrimonial entendido entre los esposos. Así díjolo varias veces: primero, al disponer que a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al código civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio; después, cuando ordena que esa sociedad se divida conforme a las disposiciones normativas del código civil; y luégo, en el artículo 7º, en que autoriza los arreglos de cuentas de las sociedades existentes a efecto de acomodarlas a la nueva gerencia dual y autónoma de marido y mujer en la sociedad.

Esta insistencia del legislador no puede desatenderse a merced de objeciones generalmente basadas en la asimilación que pretende hacerse entre las sociedades ordinarias del derecho común y la sociedad entre esposos. Asimilación inaceptable desde que la última constituye una institución sui generis, de naturaleza especial, con características peculiares, que la distinguen y la distancian de toda otra institución legal.

Entre esas características peculiares estaba, por ejemplo, en el sistema del código civil, la de que la mujer, antes de disolverse la sociedad conyugal, carecía de todo derecho sobre los bienes sociales, según el categórico mandato del artículo 1808. Don Andrés Bello dice en una nota sobre el artículo del proyecto a que corresponde el 1808: "Se ha descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad: ese dominio es una ficción que a nada conduce". Agrega el comentarista chileno Barros Errázuriz: "Los derechos de la mujer sobre el haber social empiezan en el momento en que la sociedad se disuelve; ella es dueña de la mitad de gananciales, si no los ha renunciado". Páginas antes, explicando el régimen de comunidad, había emitido ya este último autor el siguiente concepto: "Los derechos de la mujer sobre el haber social nacen cuando la sociedad concluye". (Curso de Derecho Civil por Alfredo Barros Errázuriz, volumen IV, págs. 141 y 91). De consiguiente, en el sistema del código civil la mujer poseía únicamente, como también lo apuntan Alessandri Rodríguez y don Fernando Vélez, una expectativa, la posibilidad de llegar a ser comunera en los bienes sociales si es que ellos existían a la disolución de la sociedad.

Era una comunidad entendida o latente, que se transformaba ante terceros de la potencia al acto en el preciso momento en que sobrevenía la disolución de la sociedad.

Y semejante característica de latencia, aparentemente paradojal, pero en todo caso cierta, perdura a través de la reforma. Empero, con esta mayor extensión en fuerza de las gerencias organizadas por la ley 28: que antes de la disolución de la sociedad ni el marido tiene derecho sobre los bienes de la sociedad manejados por la mujer, ni ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél, dándole así a cada uno de los esposos la calidad de dueño que antes competía exclusivamente al marido, a cuyo fin hubo de crearse la doble administración de los bienes, cuyo carácter de sociales no viene a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad.

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 de 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 a tiempo en que ésta se disuelve no ha sido enajenado.

Este sistema de la ley 28, que como se ha visto mantiene como cosa latente la noción de sociedad entre los contrayentes con la idea de separación respecto de terceros, ha merecido el elogio del citado jurista don Arturo Alessandri Rodríguez, Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, quien en su reciente obra intitulada "Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada", edición de 1935, dedica un comentario al régimen colombiano, que él llama de "Participación en los gananciales", recomendándolo como el más perfecto entre los que él estudia en su obra:

"12. Régimen de participación en los gananciales

El régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraerlo y los que después adquiere; pero disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y otro pasan a constituir una masa común para el solo efecto de su liquidación y división entre ellos".

"Es una hábil combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida. Durante el matrimonio, los cónyuges están separados de bienes: cada uno conserva la propiedad de todos los suyos, sean propios o gananciales, y los administra con entera independencia; la mujer es plenamente capaz. Disuelto el régimen, se forma una comunidad, pero para el solo efecto de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido, en conformidad a las mismas reglas que rigen la liquidación de aquélla".

"Este régimen ofrece, pues, las ventajas de los de separación y de comunidad, sin sus inconvenientes. El régimen de separación tiene la ventaja de que cada cónyuge administra sus bienes y se hace dueño de los que adquiera con su trabajo, pero presenta el inconveniente de que los gananciales adquiridos por cada uno durante el matrimonio le pertenecen exclusivamente, de modo que si sólo uno trabaja, como sucede en las clases sociales acomodadas, el otro, de ordinario la mujer, no tiene ninguna participación en los que aquél adquiera. A su vez, el régimen de comunidad, si bien ofrece la ventaja de que disuelta ella los gananciales se dividen por mitad entre los cónyuges, cualquiera que sea el que los adquirió, adolece del grave inconveniente de dejar a la mujer sometida por completo al marido, al extremo de que queda privada hasta de la administración de sus bienes propios. En el régimen de participación en los gananciales ambos inconvenientes desaparecen. Junto con asegurar la completa igualdad e independencia de los cónyuges durante el matrimonio en lo concerniente a la propiedad, administración y disposición de sus bienes, les permite participar en la mitad de los gananciales adquiridos por el otro".

"Es el régimen legal que existe actualmente en Suecia (ley de 11 de junio de 1920), Costa Rica (arts. 76 y 77 del C. C.) y Colombia (ley 28, de 17 de noviembre de 1932). Es también el que se propone como régimen legal para Francia, a falta de contrato de matrimonio, en el proyecto que el Gobierno de ese país presentó al Senado en 23 de junio de 1932, y que es el que inspiró y sirvió de modelo a la ley colombiana citada". (Obra citada, pág. 23).

Es de advertir que además de Suecia y Costa Rica, países citados por Alessandri, el régimen colombiano de separación de bienes y comunidad, rige también en sus rasgos esenciales en las modernas legislaciones de Hungría, Noruega, Dinamarca, y tiende a implantarse de manera general en otros países como en Francia, donde ya existe desde el año de 1907 algo semejante para los llamados bienes reservados de la mujer. Ya se ha dicho que en Colombia, bajo las apariencias de una separación, subsiste la sociedad conyugal en la forma explicada.

Descartada, pues, por la Corte la tesis de que la ley 28 acabó con la sociedad conyugal, incluyendo naturalmente las constituídas antes de su vigencia, respecto de las cuales ha llegado a afirmarse sin fundamento que quedaron disueltas por ser incompatibles con la reforma, viene ahora el examen del punto relativo a la capacidad de la mujer casada en orden a promover acciones de la sociedad, cuyo ejercicio antes competía únicamente al marido en calidad de jefe de ella, y a la influencia que sobre esa capacidad tenga la distribución de bienes prevista en el artículo 7º, porque ha llegado a afirmarse que sin dicha distribución la mujer encuéntrase inhabilitada para ejercitar esas acciones.

La actual capacidad civil de la mujer casada

Llegado el 1º de enero de 1933, por efecto de la vigencia de la ley 28 cesó la relativa incapacidad civil de la mujer casada, y de ahí en adelante dejó de figurar en la lista legal de los incapaces (art. 1504). Si era mayor de edad, volvió a ser tan libre en el ejercicio de su actividad jurídico-económica como las mujeres solteras y mayores. Podrá en consecuencia ser fiadora, comerciante, codeudora, socia, etc., etc., porque ante la facultad general de disposición de bienes que se le otorgó no se concibe la supervivencia de casos de excepción que no estén contemplados en el nuevo estatuto, destinado a cambiar todo un régimen de capacidad anterior.

La mujer casada y mayor posee plena capacidad civil desde la fecha citada, por ministerio de la propia ley que se la confirió sin atenuaciones ni reservas, comoquiera que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes rígese inmediatamente por la ley posterior. (Art. 23 de la ley 153 de 1887).

En virtud de esa capacidad, la mujer está actualmente investida de toda personería, inclusive para ejercitar acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social existente el 1º de enero de 1933, de bienes sociales de que el marido dispuso después de esa fecha mediante contratos con terceros que ella impugna por vicios de donde desprende su invalidez o inexistencia.

El derecho de la mujer a invocar tales acciones aparece incuestionable, como patente su interés jurídico en que la masa de bienes gerenciada por el marido hasta el 1º de enero de 1933, en calidad de jefe único de la sociedad conyugal, se mantenga incólume, sin mermas ilegales u ocultaciones indebidas efectuadas antes de dicha fecha, que dieren por resultado la rebaja de la parte que de hecho y de derecho le corresponde en los bienes de aquella masa.

Para el cumplido y eficaz ejercicio de unas y otras acciones, radicadas en cabeza de la esposa como consecuencia ineludible de su derecho a asumir la gerencia tanto de los bienes que en el futuro adquiera con el carácter de propios y de sociales, como de aquellos que componiendo el antiguo patrimonio social le hubieren de corresponder en un deslinde de gananciales, no empece el que los cónyuges hayan retardado realizar este deslinde, prescindiendo por ende de acogerse a lo preceptuado en el artículo 7º de la ley 28, disposición según la cual los matrimonios existentes en la fecha en que principió la vigencia de la reforma, tienen capacidad para definir, sin perjuicio de terceros, todas las cuestiones relativas a la distribución de los bienes de la sociedad pendiente.

Este artículo 7º de la ley 28 fue dado con el único y exclusivo objeto de facilitar a los cónyuges la manera de acomodarse a las prescripciones del nuevo sistema. Con la autorización allí contenida y mediante la distribución provisional de los bienes sociales, cada socio saca de la masa los que le hubieran de corresponder en una liquidación general y definitiva. Así deslindados los dos patrimonios, o en proporción distinta si así lo acordaren los dos cónyuges en esa distribución provisional, cada uno de los cónyuges toma la administración autónoma de lo que en la distribución se le ha asignado.

Pero ni el cumplimiento de los arreglos previstos en este artículo tiene por objeto complementar la capacidad jurídica de la mujer, comoquiera que esa capacidad es prerrogativa que emana de todo el artículo de la ley, y que no está sometida a plazo o condición; ni la naturaleza de los arreglos hace [illegible]

esté colocada en imposibilidad de iniciar las acciones encaminadas a proteger la integridad de la masa partible contra los actos que haya ejecutado el marido, pues solamente sobre esa masa, integrada con todos los bienes que real y efectivamente han de formarla, tendrá verdadera equidad y justicia el deslinde patrimonial.

Alcance del artículo 7º de la ley

De otro lado, la definición entre los esposos de las cuestiones relativas a los bienes de la sociedad, tampoco corresponde rigurosamente a lo que en estricto derecho representa la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, como resultado de las causales de disolución previstas en el código. Porque la ley 28 de 1932 estuvo lejos de consagrar la disolución de las sociedades pendientes, limitándose sólo a establecer un diferente manejo de ellas. Y porque la liquidación del artículo 7º, aun cuando permite distribuir gananciales se hace sobre la base de que éstos "se imputarán a buena cuenta de lo que a los cónyuges hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva. De donde infiérese que el legislador puso buen cuidado en no asimilar, en cuanto a su alcance y contenido, la liquidación provisional del artículo 7º, no obstante la cual los socios continúan constituyendo la sociedad de gananciales, a la liquidación definitiva que sobreviene como consecuencia de la disolución de la sociedad. La redacción del artículo 7º demuestra que aquella distribución provisional apenas constituye un principio o una base de la que posteriormente ocurra al romperse definitivamente la sociedad. No de otra manera se explica el que el reparto de gananciales sea a buena cuenta, esto es, a modo de imputación anticipada a lo que a los cónyuges corresponda en la liquidación final.

Si existe, por ejemplo, como bien social una casa, y no hay deudas, los cónyuges, al repartirse por iguales cuotas esa casa, liquidan de una vez su participación en el inmueble, el cual por eso deja ya de ser materia divisible en la liquidación final; lo que no significa que tal reparto deje de tenerse en cuenta en esta última liquidación, a efecto de saber cuánto tiene ya recibido por gananciales cada cónyuge.

En el mismo ejemplo de la casa, nada impediría que los cónyuges de común acuerdo determinaran adjudicársela en proporción [illegible] pinta, y aún en su totalidad a uno solo de [illegible] aunque esto implicara dejar en todo [illegible] no insolutos los gananciales del [illegible] evento, en esta última liquidación habría que partir de esa base y hacer las compensaciones que prescribe el código a fin de obtener la completa igualdad de gananciales entre los dos socios.

Claro es que una liquidación provisional hecha sin desproporción alguna, a que no sigan nuevos gananciales, hace innecesaria, por falta de materia, la liquidación definitiva.

Mas sea cualquiera la forma que se adopte en la liquidación provisional (llámese así para acentuar el carácter definitivo de la que sobreviene o puede sobrevenir con la disolución de la sociedad), ella confiere facultad plena a cada cónyuge para disponer de los respectivos bienes, de manera que no sólo ante tercero sino ante los mismos cónyuges las adjudicaciones hechas son de carácter definitivo y no susceptibles de revocación o modificación posterior durante la sociedad. Esto, porque respecto de inmuebles cualquiera operación entre cónyuges es ilícita; y porque respecto de muebles, las que posteriormente ejecuten entre sí no tendrán como título una nueva distribución sino el correspondiente acto o contrato, como permuta, compraventa, dación en pago, etc., etc. (art. 3º de la ley 28). Podrán alterarse las bases numéricas de la primera liquidación, en tanto esa alteración no afecte el interés de terceros; pero es imposible admitir que la adjudicación de bienes tenga apenas un carácter temporal, hasta que se disuelva la sociedad, porque entonces los cónyuges carecerían del derecho de disposición sobre los bienes adjudicados, lo cual pugna con la misma ley y con el fin primordial perseguido por ella al consagrar el artículo 7º.

Acción judicial para obtener la distribución de bienes de las sociedades antiguas

En el fondo el artículo 7º consagra un verdadero derecho complementario en favor de la mujer. Dice el artículo 23 de la ley 153 de 1887 que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior. Siendo así, la mujer tiene derecho inmediato a tomar la administración de todos los bienes que le corresponden en la masa social que estaba formada al empezar a regir la ley que amplió el ámbito de su capacidad; y el marido tiene a su cargo la obligación correlativa de colocar a la mujer en el ejercicio y goce de ese derecho, entregándole tales bienes, si así le pidiere. Es una obligación concreta que [illegible] toda obligación jurídica debe estar sancionada por el poder también jurídico de pro-

ducir su cumplimiento mediante la coacción de los órganos jurisdiccionales. Lo cual está indicando que la mujer tiene en general el derecho de compeler al marido a entregarle los bienes correspondientes; es decir, tiene la acción correlativa a ese derecho. Pero cómo se hace efectivo ese derecho? En ausencia de trámites especiales, la vía conducente es la del juicio ordinario, donde tienen campo propicio todas las controversias judiciales "cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales". Mas la ley 28 reglamentó la materia.

En primer lugar, dándoles facultad a los cónyuges de definir extrajudicialmente su situación. Al dar esa facultad no niega la de gestión judicial porque ésta, como se ha dicho, es emanación misma de todo derecho civil. El derecho conlleva la acción. De consiguiente, cuando la ley permite que las cuestiones relativas a los bienes de las antiguas sociedades pendientes se definan extrajudicialmente, apenas otorga una autorización condicionada a que los arreglos privados se hagan constar en escritura pública. Sin esta autorización expresa tales arreglos extrajudiciales serían nulos con relación a inmuebles, en presencia de lo que la misma ley dispone en su artículo 3º

En segundo lugar, señalando el procedimiento breve y sumario de que trata el artículo 1203 del código judicial, el cual adopta la ley como especial y adecuado, en atención a la libertad de que el juez goza en ese procedimiento en lo tocante a la determinación del modo de oír a las partes, según la complejidad de la cuestión, para desatar las diferencias que se susciten entre los cónyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación del nuevo estatuto. De esas diferencias es irrazonable excluir la cuestión atañedera a la demanda de la mujer contra el marido tendiente a obtener la entrega no solamente de sus bienes propios retenidos por el marido, sino de los sociales que le corresponde manejar, previo el consiguiente y necesario deslinde. Y es irrazonable porque semejante demanda de la mujer —o del marido en caso de que prefiera la vía judicial a la extrajudicial— constituye una de las múltiples "cuestiones", que el artículo 8º, de carácter general, remite a que sea resuelta por la justicia en la forma prevista. Y porque si se aceptara la tesis de que la mujer carece, en caso de desacuerdo con el marido o de renuencia de éste, de acción para acudir a la justicia en solicitud de amparo, surgiría la irritante e intolerable situación de un derecho sin protección jurídica, sometido a la merced y a la voluntad caprichosa de quien debe satisfacerlo.

Situación jurídica de las sociedades conyugales existentes en el momento en que entró a regir la nueva ley

Consecuencia trascendental de la distribución judicial o extrajudicial de los bienes de la sociedad conyugal pendiente el 1º de enero de 1933, es la de que cada uno de los cónyuges queda así plenamente habilitado para disponer de los bienes que le fueron adjudicados y para administrarlos.

Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ocurrido ellos a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º.

A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia.

Se impone así mismo por el espíritu general de la ley, de la cual no aparece, para los efectos de su aplicación, que se deban considerar dos categorías de mujeres casadas: sometidas unas, las casadas antes de la ley, a una situación de inferioridad con respecto a determinados bienes, sobre los cuales el marido mantuviera sus originarias prerrogativas; y otras, las casadas bajo la vigencia de la ley, gozando en su plenitud de todas las nuevas facultades. Para admitir semejante diferencia de condiciones habría sido necesario un texto expreso que la consagrara. Pero ese texto excepcional no existe. Y en ausencia de él corresponde al intérprete darle a la ley su alcance lógico.

Se ha creído que la redacción del artículo 1º de la ley permite sostener que esa excep-

ción está allí consagrada con la frase "como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido". Inmediatamente antes el artículo se había referido a los llamados bienes propios; e inmediatamente después de la frase se refirió a los bienes adquiridos por los cónyuges en el futuro. Luego el "hubiere adquirido" de la frase, dicen los que apoyan su tesis en el artículo 1º, —entre los cuales encontrábase el magistrado Tapias Pilonieta, autor de la ponencia en el presente fallo, quien por lo tanto rectifica ahora su primitiva opinión emitida en alguna providencia siendo magistrado del tribunal superior de Bogotá, Revista "Justicia" N° 25,— se refiere al cónyuge que figure como adquirente de los bienes sociales, pero en el sentido estricto de que haya adquirido para sí.

El argumento apenas tiene fuerza aparente. Porque, en el primer lugar, la frase hay que entenderla en el sentido que le da la ley, y en ese sentido, por lo que hace a las relaciones de los cónyuges entre sí, bajo el régimen del código ni el marido ni la mujer, en los pocos casos en que ésta intervenía, eran verdaderos adquirentes de los bienes sociales con abstracción del concepto de sociedad. Quien realmente adquiría era la sociedad. Los cónyuges eran simples instrumentos de adquisición. De tal manera que cuando los bienes sociales figuraban en cabeza de uno de los cónyuges, de antemano se sabía de quién eran, sin que la materialidad del título desempeñara papel decisivo en la determinación del dominio de la cosa.

En segundo lugar, existe en el código una categoría de bienes propios y de bienes sociales, cuyo carácter de tales depende de la manera peculiar como, durante la existencia de la sociedad, se presenta la causa de adquisición, bien con respecto al cónyuge, bien por la sociedad, y que el código reglamenta en las disposiciones especiales de los artículos 1783, 1785, 1788, etc., disposiciones encaminadas a resolver situaciones que de otra manera serían confusas, del derecho de propiedad entre la sociedad y el cónyuge.

De consiguiente, cuando el artículo 1º de la ley le atribuye a cada cónyuge el derecho de disponer tanto de los bienes propios como "de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera, refiriéndose en general, y para conjurar dudas, a todas las causas de adquisición de bienes propios y de bienes sociales, ocurridas durante el matrimonio (época anterior a la ley), o que en el futuro ocurran (época posterior a la ley).

Por último, el mismo artículo 7º de la ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1º en el sentido explicado. El legislador, porque dispuso su alcance general, sin excepcionar a las sociedades constituídas antes, aún permitió la distribución extrajudicial de los bienes sociales, a fin de ofrecerles a los cónyuges un medio fácil de acomodarse al nuevo estatuto. De otra manera, si la masa de bienes de viejas sociedades debiera continuar gerenciada por el marido solo, el artículo sería incongruente con el artículo 7º, pues éste carecería de objeto. La científica interpretación de un cuerpo de normas debe ser siempre armónica, de modo que un precepto guarde relación con los demás y todos se concatenen y expliquen entre sí. Interpretando con entera desvinculación las dos disposiciones citadas, se rompe la armonía doctrinaria de la Ley 28, en fuerza de que resultaría exótico y sin razón el que de un lado se consagrara el principio de que un determinado orden de cosas continuara rigiéndose por normas abrogadas, y de otro lado se sentara un principio contrapuesto, dándose normas reguladoras para liquidar aquel estado de cosas.

Todo el raciocinio precedente decide a la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico, la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º. Naturalmente esta doctrina sobre invalidez de actos jurídicos ejecutados por uno solo de los antiguos cónyuges sin la intervención personal del otro o sin su mandato, no se aplicaría en algunos casos, como serían, por ejemplo, los relativos a disposición de títulos al portador; los regulados por normas peculiares, como, en sus casos, algunos instrumentos negociables (art. 3º de la Ley 46 de 1923), y los en que se aplican determinadas doctrinas jurídicas que conduzcan excepcionalmente a la aludida validez.

La mujer casada menor de edad

Para terminar esta exposición doctrinaria resta una última observación.

Háse hablado de la capacidad jurídica de la mujer casada, y al afirmarla, es claro que se ha querido hacer referencia a las mujeres casadas y mayores de edad, porque en cuanto a las menores débense tener en cuenta ciertos principios derivados de su propia incapacidad.

La Ley 28, tocante a la organización misma del régimen patrimonial en el matrimonio, no hace diferencias, ni podría hacerlas,

entre mujeres mayores y menores, a efecto de excluír a las segundas de la aplicación general de sus cánones. Ella comprende por igual, en cuanto casadas, a mayores y menores. Mas hay que atender igualmente a una diferencia natural y lógica en relación con las últimas: que siendo ya incapaces en razón de su minoridad, y no por el estado de matrimonio, hállanse inhabilitadas como todo menor de edad para el ejercicio personal y directo de sus derechos. Necesitan un representante legal. Pero, cuál será hoy a la luz de la legislación general ese representante?

Bajo la legislación anterior a la Ley 28 no se puso nunca en duda que el marido era ese representante. Llegó hasta negarse con poderosas razones que el marido fuese en la realidad jurídica el representante legal de su mujer mayor de edad, conforme lo presentaba el artículo 62 del Código Civil. Porque se decía: No obstante este artículo, el marido sólo es representante legal de la sociedad conyugal, ya que con relación a los actos jurídicos de su mujer nunca interviene representándola sino asistiéndola. Es ella la que trasmite, hipoteca, empeña o limita sus bienes, no el marido; ella la que acepta una donación, herencia o legado, no el marido; ella la que compra, permuta, remite deudas, no el marido. La intervención de éste en tales actos o contratos significa una mera autorización, muy valiosa por cierto, pero no de tal naturaleza que sustituya la voluntad de la mujer, como ocurriría en la representación, en que el representante realiza por el representado el respectivo acto jurídico. Por ejemplo, el padre respecto de su hijo no emancipado, o el guardador respecto de su pupilo.

Mas en tratándose de la mujer casada menor de edad, al artículo 62 del código se le reconocían todos sus efectos, condicionados muchas veces al requisito de la intervención del juez, como en el caso del artículo 1293 del C. C., inciso 2º.

Ya en vigor la ley 28, surge el problema de determinar la representación de la mujer casada y menor, en atención a que el mencionado artículo 62 ha dejado de comprender al marido y a que la antigua potestad marital del marido sobre la persona y bienes de su mujer, tal y según definiala el artículo 177 del código y la desarrollaban otras disposiciones, fue abatida por la reforma, la cual sólo dejó subsistiendo de aquélla las obligaciones y derechos que miran más a las relaciones de familia, como las reglamentadas en los artículos 178 y 179, que al régimen del patrimonio.

De esta manera, corresponde a la jurisprudencia desatar la dificultad, indagando las orientaciones que impongan los principios generales de la legislación, acordes con la evolución institucional encarnada en la reforma.

La naturaleza y alcance de la representación de la mujer casada y menor, obligatoriamente tiene que estar encuadrada dentro de los caracteres esenciales del régimen imperante. Y si el marido es el llamado a desempeñarla, lo será entonces en calidad de simple administrador de los bienes de su mujer, tanto de los propios de ella como de los sociales que a ella correspondan, todos los cuales deberá manejar con el criterio con que se manejan los bienes ajenos; pues careciendo actualmente el marido del derecho de usufructo sobre los bienes de su mujer, derecho que le concedía el artículo 1809 del Código Civil, el cual quedó abrogado, los frutos de esos bienes son ahora de ella, que no pueden como antes perseguir los acreedores del marido, porque aun cuando éste los perciba hacen parte del patrimonio de la mujer.

Y si el marido debe administrar como ajenos los bienes de su mujer menor de edad, en la disposición y administración de ellos tiene que estar sometido a las restricciones y requisitos legales protectores de la incapacidad de los menores: inventario general de bienes antes de tomar parte alguna en la administración, pública subasta en la venta de bienes raíces, licencia judicial para formular desistimientos, etc., etc.

Lo cual significa que el marido en ejercicio de la representación deberá obrar bajo las reglas de una guarda legítima, común y ordinaria.

En consecuencia, cuando el artículo 6º de Ley 28 dispone que la curaduría de la mujer casada, no divorciada, en los casos en que aquella deba proveerse, se difiera en primer término al marido, y en segundo, a las demás personas llamadas por la ley a ejercerla, comprende también necesariamente el caso de la mujer menor, la cual, contrayendo matrimonio, hace imposible la continuación de la vigencia de la patria potestad o de la guarda en que estaba hasta ese momento, quedando, por ende, de ahí en adelante, sin representación legal.

Entendido el artículo 6º sin comprender también el caso de la mujer menor de edad, nada nuevo habría dispuesto, careciendo así de explicación razonable; cualquiera que respecto de la mujer casada disipadora, demente, sordomuda o ausente, que son los demás casos de incapacidad en que ella puede caer durante el matrimonio, ya el Código Ci-

vil disponía que la curaduría en ellos se debe deferir en primer término al marido (artículos 537, 550 y 556 del C. C. y 28 de la Ley 57 de 1887).

De otro lado, tampoco hay razón ni motivo en colocar la guarda de la incapaz por razón de la edad, en condiciones jurídicas diferentes de la guarda proveniente de las otras citadas incapacidades de la mujer casada: el espíritu y las tendencias del nuevo régimen son incompatibles con cualquier diferencia que pretenda establecerse.

Por último, el artículo 5º de la Ley 28, cuando le confiere a la mujer casada mayor de edad plena autonomía civil en la disposición y administración de sus bienes, agregando que el marido tampoco será ya su representante legal, apenas tiende a darle desarrollo lógico al libre ejercicio de la actividad de la mujer mayor, autorizado ya de modo general en el artículo 1º; mas sin que ello signifique, con relación a la mujer menor de edad, que el marido conserva los poderes que se le niegan sobre las mayores, pues fuera de que una interpretación así dejaría subsistente en su integridad la clásica noción de potestad marital para las menores, contra el alcance manifiesto de la reforma, la expresión "mayor de edad" del precepto, posee únicamente el sentido de concepto necesario en orden a evitar la duda, que sin la expresión surgiría, de que con el matrimonio las mujeres menores adquieren la capacidad jurídica inherente a las mayores de edad.

En resumen: para la Corte el artículo 6º de la Ley 28 contempla también el caso de la incapacidad de la mujer casada menor de edad, junto con el de disipación, demencia o sordomudez y ausencia. En tales casos, como trátase de una verdadera curaduría, de las reglamentadas especialmente en el Código, el marido tiene que cumplir las formalidades previas necesarias a su ejercicio.

Dos últimas observaciones

En su empeño por encontrar una interpretación científica a la Ley 28 de 1932, la Corte ha tenido a la vista las obras de los doctores Luis F. Laborre U. y José J. Gómez R., los varios estudios publicados en la revista "Derecho" de Medellín, las exposiciones del doctor Genaro A. Muñoz y otros muchos trabajos sobre la materia. Y después de valorar a espacio los razonamientos ajenos y otros ha llegado a las conclusiones del presente fallo, tras largas y contenidas meditaciones de 1932, publicado hace varios años, sostuvo estas tres tesis que todavía continúa sosteniendo, no sin hacer constar que, para honra suya, la sala de casación acoge en el presente fallo la primera de tales tesis:

1ª Los dos cónyuges unidos en acción conjunta, no el marido solo ni la mujer sola, disponen de los bienes que formaban el haber de la sociedad conyugal cuando principió a regir la Ley 28, y por lo tanto, deben obrar de consuno, a menos que por escritura pública se hayan distribuído los bienes que deban corresponderles, o a menos que uno sea mandatario del otro con facultades dispositivas;

2ª La Ley 28 autorizó a los cónyuges, en su artículo 7º, para definir extrajudicialmente las cuestiones relativas a la distribución de los bienes que deban corresponder a cada uno de ellos, conforme a esa ley. Es una facultad que pueden ejercitar si se ponen de acuerdo para ello. Uno de los cónyuges no puede exigir del otro que definan y distribuyan. Pero mientras no haya esa definición y esa distribución, ambos deben intervenir conjuntamente o uno solo con poder del otro, en la disposición y administración de los bienes que componían el haber de la sociedad conyugal el día en que empezó a regir la Ley 28, y

3ª Como el artículo 5 de la Ley 28 se refiere a la mujer casada "mayor de edad", para declarar respecto de ella que el marido no será su representante legal, a contrario sensu ha de inferirse que el marido continúa siendo representante legal de su mujer menor de edad.

Aplicación de la doctrina expuesta al recurso de casación

De todo lo dicho en la exposición anterior se desprende que la mujer, como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver.

No es pues fundado el cargo de violación implícita de las disposiciones de la Ley 28 de 1932, que se le formula al tribunal sentenciador en el segundo capítulo de la acusación; ni tampoco en los artículos 1774, 1781, 1805, 1806, 1808 y 1820 del Código Civil, disposiciones todas referentes a la organización de la sociedad conyugal en Colombia.

El magistrado Moreno Jaramillo deja testimonio de que en su estudio sobre la Ley 28

II

Violación de las disposiciones relativas a la prueba de las obligaciones

Como se recordará, este cargo fúndase en la violación de los artículos 1759 y 1766 del Código Civil; 91 y 93 de la Ley 153 de 1887, disposiciones todas estas que se encuentran entre las reguladoras de la prueba de las obligaciones; y los artículos 663 y 665 del Código Judicial.

La Corte hace una breve síntesis de las razones del recurrente.

No siendo la demandante tercero con relación al contrato de que se habla, la sentencia, al darle a la señora Navarro el carácter de tercero, violó los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y el artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

Esta violación estriba en haber aceptado el sentenciador para probar la acción de invalidez del contrato por simulación, la prueba testimonial y de indicios, sin que exista en los autos un principio de prueba por escrito como lo preceptúa el artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

El fallo acusado se basa, para sostener que la acción está probada, en declaraciones de testigos, en la prueba indicial resultante del poder general que el señor Vicente Rodríguez, como jefe de la sociedad conyugal, le confirió al comprador Angel Alberto Rodríguez, y en el hecho de haber continuado el marido después de la venta en posesión material del inmueble vendido.

Fundada la sentencia en estos comprobantes, el tribunal violó el artículo 91 de la Ley 153 de 1887, puesto que allí se prohibe la admisión de esta clase de pruebas, cuando no existe un principio de prueba por escrito, que haga verosímil la modificación de un contrato que consta por escrito.

Para admitir esas pruebas el tribunal consideró a la señora Adelaida Navarro como un tercero en este litigio; "si la sentencia sostiene la existencia de la sociedad conyugal para decretar la restitución del inmueble a esa sociedad, y no a la actora, es inexplicable que en una parte del fallo se declare que la señora Navarro es un tercero en este litigio, y que por lo tanto no rezan con ella los principios consignados por la Suprema Corte de Justicia en los varios fallos a que he aludido, y en los cuales establecen la diferencia sustancial en materias de probanzas, cuando se trata de hacer valer la acción de simulación por los mismos contratantes o por terceros".

El aparte del fallo especialmente atacado por el recurrente dice así: "Conviene advertir, antes de seguir adelante, que de acuerdo con la disposición consignada en el artículo 1767 del C. C. no es admisible la prueba de testigos contra el contrato fingido de la compraventa, cuando ella se aduce entre las partes. Pero en el presente caso sí es admisible para establecer los hechos de los cuales se deduzca la simulación porque para Adelaida Navarro es el contrato acusado res inter alios acta".

Esta Corte, en sentencia de fecha 30 de septiembre de 1936, "Gaceta Judicial" Nos. 1911 y 1912, página 830, dijo lo siguiente, a propósito de la prueba de la simulación de los actos jurídicos:

"tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el acto o contrato simulado".

"Los herederos del que celebró el contrato pueden ejercitar la misma acción, pues que ocupan el mismo lugar que aquél".

"También puede ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible".

"Para el efecto, pues, de tener la acción y poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros".

"El interés de distinguir entre la parte misma y los terceros no existe sino desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que puedan acudir unos y otros".

"a) Si el acto se celebró por escrito, la parte misma que lo celebró debe demostrar el acto oculto también por escrito, o por otra prueba de igual categoría, como confesión del contratante, principio de prueba, etc.".

"b) Sus herederos, en la misma hipótesis de que el acto ostensible se celebró por escrito, para ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera querido y podido ejercitar, es decir, la acción que heredaron de su causante, también están obligados a dar la prueba del acto oculto por escrito, o un principio de prueba por escrito, o la confesión de la otra parte, complementadas en este caso por todo medio probatorio. Pero si el acto ostensible que celebró su causante, aún por escrito, lo fue en fraude de los derechos de la herencia, entonces el heredero o herederos que ejerciten la acción de simulación vienen a ser, no ya los sucesores que continúan la persona ju-

rídica del causante, sino terceros respecto de él, que defraudó su derecho herencial, en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio que le sirve a sus acreedores de prenda. Entonces la prueba que los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contraprueba escrita, ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba pr escrito complementada con otros medios probatorios; entonces pueden acudir también a la prueba indicial, a la de presunción, a la de testigos y en general a todos los medios probatorios".

Y en el mismo número de la "Gaceta Judicial", pág. 702, en un interesante estudio particular sobre Simulación y su prueba, de que es autor quien fue en la Corte magistrado ponente de la sentencia anterior, doctor Antonio Rocha, existe este concepto:

"Prueba de simulación.—El artículo 91 de la ley 153 de 1887, dice:

"Deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos. No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se expresa en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento, aún cuando en alguna de estas adiciones o modificaciones se trate de una cosa cuyo valor no alcance a la suma de quinientos pesos. Para el cómputo de la referida suma de quinientos pesos no se incluirá el valor de los frutos, intereses u otros accesorios de la especie o cantidad debida".

"Del segundo inciso de ese aparte se deduce que si el acto público fue escrito (y debió serlo por pasar de $ 500), las partes y sus sucesores a título universal no pueden probar el acto secreto sino con prueba escrita o con principio de prueba escrita, o con la confesión de la otra parte. Pero no sucede lo mismo con los terceros interesados en demostrar que hay un acto privado prevalente, pues para estos terceros el acto oculto existe como hecho y no como convención que por su índole privada no dejó rastros, ni los extraños están en capacidad de hacerse a pruebas escritas que lo demuestren; ellos pues pueden probar por todos los medios: testigos, indicios, etc.".

El recurrente no desconoce estas doctrinas. Al contrario, las acepta y acoge. Y citando en su alegato algunos pasos de la sentencia en parte transcrita, sostiene que el sentenciador la viola al reputar a la demandante como tercero "en el litigio", a quien se le pueden admitir pruebas testimoniales o indiciarias para descubrir la simulación.

La Corte halla improcedente el cargo. La demandante es un tercero en el contrato de compraventa de la finca de Aparco. Ella no intervino en ese contrato. Ni lo consintió, ni tampoco lo otorgó. De consiguiente, sería extravagente que porque el marido lo celebraso con el carácter que antes de la vigencia de la ley 28 le daba el código de jefe único de la sociedad conyugal, ya la esposa, aún con la plena personería con que la invistió la ley 28, estuviera atada irrevocablemente a los actos del marido lesivos de su interés de socia.

De otro lado, demostrada como está en el capítulo anterior la capacidad de la mujer para iniciar la acción de simulación, esa misma circunstancia la sitúa lógicamente en la posición de tercero en el contrato acusado, y por lo tanto amparada por la prerrogativa de la libertad en la administración de la prueba de la inexistencia de un contrato ostensible.

La cónyuge defraudada en su interés social por el antiguo jefe único de la sociedad conyugal, al recobrar su libertad mediante la ley 28 adquirió igualmente el uso de las acciones atinentes a restaurar el daño que se le irroga, al mermar y hasta eliminar sus gananciales.

Resta por último considerar otro aspecto de la misma acusación, en lo concerniente a la confesión del cónyuge demandado Vicente Rodríguez, confesión tomada por el tribunal como un indicio de la simulación.

Interrogado en posiciones Vicente Rodríguez por su esposa, durante el juicio, manifestó ser verdad que nunca había pensado en venderle a Angel Alberto la finca de "Aparco" y que en realidad no se la había vendido a pesar de lo que reza la escritura de compraventa número 93.

El tribunal dice que la confesión del esposo demandado no puede tenerse como prueba de la simulación "desde el momento que pidiendo la actora que la nulidad se decrete en favor de Vicente o de la sociedad conyugal se pecaría contra el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo".

Empero, no obstante esta tesis, el tribunal inclínase a encontrar en la confesión de Vicente un indicio de "gran significación", basado en que "es verdad que ningún valor se les da a las contradeclaraciones que haga

cualquiera de las partes en cuanto ellas, consten ya en instrumento público o en forma de posiciones, puedan hacerse valer contra terceros de buena fe ni en cuanto quieran oponerse entre los mismos que hayan ejecutado el acto o contrato aparente sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba".

"Mas en el presente asunto, de ninguno de esos dos casos se trata cuando se quiere darle algún valor a la confesión de Rodríguez Díaz, porque ella no se está aquí oponiendo a terceros de buena fe, sino que por el contrario es un tercero quien la opone a uno de los contratantes para establecer la mentira del acto jurídico acusado".

Este razonamiento un tanto contradictorio del tribunal le sirve al recurrente de apoyo para lanzarle el cargo de violador de los artículo 593 y 595 del código judicial, en cuanto estas disposiciones, al formular una clasificación de los indicios, no incluyó los que el tribunal llama de "gran significación".

La Corte observa que el tribunal quiso expresar que el indicio resultante de la confesión de Vicente es un indicio grave, que a tanto equivalen los de gran significación, es decir, importantes, de mucha entidad, o muy atendibles.

Pero aún reconociendo, como reconoce la Corte, que el tribunal erró al pretender crear en la fuerza probatoria de la confesión un término medio, entre si es y no es confesión, cuando la actitud razonable y conducente es averiguar si la declaración concreta de una de las partes equivale o no a una confesión, y aceptar todas las consecuencias lógicas que la premisa impone, es lo cierto que tal error no trasciende al fallo. Primero, porque el sentenciador apoya la decisión en otros indicios. Y segundo, porque aún dado que estos otros indicios en que encontró asidero el tribunal, fueran insuficientes en orden a deducir el comprobante de la simulación, la sentencia, lejos de romperse sigue firme, ya que no fue acusada por error manifiesto en la apreciación de todo el haz probatorio, sino exclusivamente del elemento de que acaba de hablarse; de suerte que respecto de los demás hasta manifiesta el recurrente su abstención en acusar la apreciación que el tribunal les dio.

III

Nulidad procesal

Fúndase el apoderado recurrente, para invocar esta causal, en que el demandado Angel Alberto, tanto al contestar la demanda primitiva como la adición y reforma de ella, informó expresamente que la finca era del señor Jesús Rodríguez Medina, quien debía ser llamado al juicio. Esta manifestación que se hizo de conformidad con el artículo 214 del código judicial, imponíale al juez la obligación de darle el curso previsto en el artículo 215, esto es, darle cabida a la excepción dilatoria de inepta demanda, en orden a comprobar la afirmación del demandado; y como omitió proceder así incurrió en la causal de nulidad prevista en el ordinal 3º del artículo 448 mencionado, por no haberse citado o emplazado al señor Rodríguez Medina, quien ha debido ser llamado al juicio.

Se observa:

La causal es infundada. Conforme afírmalo el recurrente, el demandado en las dos contestaciones que dióle a la demanda, informó que la finca materia del contrato de compraventa "es del señor Jesús Rodríguez Medina quien en consecuencia debía ser llamado al juicio". Pero de que al señor Rodríguez Medina se le dejara de llamar no se infiere ninguna causal de nulidad procesal, como va a verse.

Por lo que hace a la acción principal de simulación, que es personal, está bien dirigida contra el señor Angel Alberto Rodríguez, porque siendo éste una de la partes que intervinieron en el contrato de compraventa, a él corresponde, y no a otra persona, la defensa del acto acusado.

Y en lo concerniente a la petición consecuencial de restitución de la finca materia del contrato simulado, finca de la que afírmase no estar hoy en poder del demandado, sino de un tercero, afirmación de la cual infiere el recurrente que debió aplicarse el artículo 215 relativo a la acción real de reivindicación, se tiene lo siguiente:

Nuestro código de procedimiento civil, siguiendo en materia de nulidades adjetivas el principio procesal que informa la legislación francesa, de que ninguna diligencia ni acto de procedimiento podrá ser declarado nulo, si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, principio contrapuesto al llamado inquisitivo de la legislación alemana, de la libertad del juez para ordenar de oficio la práctica de las medidas que crea necesarias a juzgar con más acierto y guardar las garantías debidas a las partes en el juicio, abandonando por consiguiente a la apreciación de los tribunales las consecuencias de los vicios de forma, anulando o declarando válidos los actos de la relación procesal; somete el juicio únicamente a tres causales de nulidad, según que el juez que esté conociendo del negocio carezca de jurisdicción improrrogable, sea ilegítima la per-

sonería de alguna de las partes, o esté quebrantando aquel principio tutelar de que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido previamente citada a discutir la condena.

A este último principio tutelar obedece la causal tercera de las previstas en el artículo 448 del código judicial, como suficiente a invalidar la actuación, y que dispone que también es causal de nulidad en todos los juicios: "La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio". (Subraya la Sala).

Por consiguiente, la omisión del traslado de la demanda, conforme lo previene el artículo 199; el emplazamiento del demandado, en forma contraria a lo preceptuado en el artículo 317; el hecho de proseguir el juicio después de la muerte de uno de los litigantes, sin cumplir previamente con la obligación de llamar a los respectivos herederos para que intervengan en el debate en sustitución del muerto, artículo 370, ordinal 2º, cuando éste no ha dejado mandatario judicial según el artículo 264, constituyen hechos irregulares capaces de generar otras tantas causales concretas de nulidad procesal.

No así la falta de aplicación en un juicio del artículo 215, cuandoquiera que el poseedor demandado formule la manifestación de que carece del carácter de poseedor. Ese precepto tiende a que antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se le atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encauce regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda.

De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido: del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor "queda exento de la demanda"; y del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar obligado necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor.

Ahora, si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 348 del mismo código, el juez está obligado a impulsar por sí mismo el pleito, dándole curso a la actuación mediante las ritualidades por la ley prescritas, y que por esta razón el juez de la causa estuvo obligado a decretar oficiosamente la apertura del incidente previsto el el artículo 214, con el fin de ofrecerle oportunidad a las partes de obtener la garantía que ese artículo les reporta, según lo expresado; también lo es que no por eso las partes estuvieron libres del deber de estimular la actividad judicial y de cooperar con el juez a la mejor salvaguardia de las garantías procedimentales, mediante solicitudes oportunas encaminadas a enderezar la actuación o a recordar la aplicación de preceptos momentáneamente olvidados.

Ese abandono de los colaterales imperativos de las partes en ocasiones tiene el significado de una renuncia de la respectiva ritualidad procesal. Sobre todo cuando el abandono concierne a disposiciones normativas protectoras de derechos secundarios encaminadas a asegurar con mejor éxito la investigación del derecho controvertido y en su caso, la eficacia de su reconocimiento.

Tal acontece con la aplicación del artículo 215. La continuación del procedimiento desentendiéndose tanto el juez como las partes de la aplicación de esa norma, invocada en la demanda, —el caso de este pleito—, entraña una renuncia tácita a provocar el incidente dilatorio de ineptitud de la demanda, incidente que, como se dejó dicho, redunda en beneficio exclusivo de las partes, y en manera alguna de terceras personas, para quienes las resoluciones dictadas en los juicios a que son extraños, son res inter alios judicata.

En consecuencia, no se recibe este cargo.

Sentencia

A mérito de todas las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar la sentencia materia del recurso, dictada por el tribunal superior del distrito judicial de Ibagué, el nueve de julio de mil novecientos treinta y seis, en el juicio ordinario de Adelaida Navarro de Rodríguez contra los señores Vicente Rodríguez Díaz y Angel Alberto Rodríguez.

Condénase al recurrente a pagar las costas del recurso. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la "Gaceta Judicial".

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

NULIDAD POR HABER INTERVENIDO COMO JURADO UN EMPLEADO DEL PODER JUDICIAL

Siendo unos los efectos del hecho previsto como generador de nulidad por el numeral 3º del art. 265 de la ley 57 de 1887 y otros los del numeral 2º del mismo artículo de esa ley, pues que en aquel caso la ausencia de reclamación puede subsanar el vicio y en este otro no hay saneamiento posible porque no hubo capacidad para encarnar la jurisdicción, se deduce que constituye nulidad el hecho de desempeñar el cargo de Jurado un empleado del poder judicial, como ya lo dijo la Corte en un caso similar.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado sustanciador: Dr. Salvador Iglesias).

El 10 de mayo de 1933 el Juzgado 2º Superior de San Gil abrió causa criminal con intervención del Jurado a Alejandro Rojas Quintero como responsable de homicidio en la persona de Basilio Puerto.

El hecho ocurrió en la población de Simácota el 2 de noviembre de 1931.

La muerte fue causada con heridas de arma de fuego (revólver).

Al Jurado se le sometió el cuestionario correspondiente, en el cual se destacó la circunstancia de premeditación.

El veredicto fue simplemente afirmativo.

El juez a quo, el 20 de abril de 1936, basado en ese veredicto, condenó a Alejandro Rojas Quintero a la pena principal de doce años de presidio.

Colocó el caso en el artículo 595 del Código Penal y calificó la delincuencia en grado ínfimo.

El 1º de julio de 1936 el Tribunal Superior de San Gil confirmó en todas sus partes la sentencia.

Oportunamente el reo interpuso recurso de casación.

En el memorial de interposición no invocó causal alguna.

Tal recurso le fue concedido.

Ante la Corte el recurrente alegó las causales 2ª, 3ª y 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

El Procurador delegado en su vista conceptúa que no es el caso de infirmar la sentencia por ninguna de las causales aludidas. Analiza cada una de esas causales, que, como queda dicho, son las de nulidad procedimental, error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito e injusticia notoria.

La Sala procede a estudiar los fundamentos de las causales alegadas.

Causal segunda

Respecto de esta causal dice así el alegato del recurrente:

"La sentencia es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó en un juicio viciado de nulidad.

"En efecto, establece el art. 264, ley 57 de 1887, que es causal de nulidad la incompetencia del juez; el art. 1º, ley 1ª de 1923, establece que el Jurado se componga de cinco jueces de hecho; el Jurado que dio juicio en mi causa se compoñía de cuatro jueces que podían serlo y de uno que no podía serlo; luego ese Jurado, ante la ley, sólo estaba formado por cuatro jueces de hecho; y esos cuatro jueces de hecho por no formar la entidad designada por el art. 1º, ley 1ª de 1923, no tenían jurisdicción para pronunciar el veredicto.

"El Jurado que dio veredicto contra mí, estaba formado por un juez de hecho que no podía serlo y éste era el señor Gustavo Rueda C., quien en ese día de la audiciencia y en los anteriores era secretario del Juzgado 4º del Circuito del Socorro, como se evidencia con el certificado del señor Juez 4º, de quien era y es subalterno; el art. 76, ley 100 de 1892, en su ordinal d), dice que están impedidos en todo caso para desempeñar el cargo de jurados, los empleados del poder judicial; luego el señor Gustavo Rueda C., presidente del Jurado, no podía ser jurado y de consiguiente la entidad que pronunció el veredicto contra mí, sólo estaba formada por cuatro jurados o jueces de hecho, es decir, como no formaban la entidad encomendada por la ley para resolver las cuestiones propuestas por el señor juez de derecho, no tenían jurisdicción para hacerlo y su veredicto

está viciado de nulidad sustancial por incompetencia de jurisdicción.

"No puede alegarse que por no haber sido recusado el señor Rueda C., se le prorrogó jurisdicción, porque en este caso no se le podía prorrogar tal jurisdicción, dados los términos de la ley: "en todo caso" estaba impedido para ser jurado, es decir, aunque se le prorrogara expresamente; ésta es una prohibición rotunda de la ley, y lo hecho contra esta clase de prohibiciones no tiene existencia legal.

"Por otra parte, el art. 265, ley 57 de 1887, dice que en los negocios en que intervenga el Jurado son causas de nulidad, además de las determinadas en el art. 264, el figurar en la lista que se presente a las partes para que hagan uso del derecho de recusar, alguna persona que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar el cargo (causa 3ª); el señor Rueda C. no tenía las cualidades necesarias para desempeñar el cargo porque la ley lo declara impedido para ello; luego existe la causal de nulidad y el juicio está viciado de nulidad sustancial, por ser empleado del poder judicial.

"El art. 20, ley 135 de 1888, faculta para hacer esta alegación en casación."

El señor Procurador delegado replica en la siguiente forma, y refiriéndose a la amerítada causal:

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley.

"Alega como nulidad la prevista por el numeral 3º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, por cuanto un jurado que intervino en la causa, el señor Gustavo Rueda C., no tenía las cualidades necesarias para desempeñar ese cargo, en virtud de ser empleado del poder judicial.

"De acuerdo con el artículo 238 de la citada ley 57 y con la jurisprudencia de la Corte, son cualidades necesarias para desempeñar el cargo de jurado las siguientes: saber leer y escribir, ser vecino de la cabecera del distrito judicial y ciudadano notable por su probidad, ilustración e independencia, condiciones que en ningún momento ha desconocido el recurrente en la persona del señor Gustavo Rueda C.

"Y si se mirase la cuestión por el aspecto del numeral 2º del artículo 265 de aquella ley, por no haberse reemplazado al señor Rueda C., siendo el caso de hacerlo, entonces cabe decir, que para que la nulidad prospere en ese caso, es indispensable haber alegado la irregularidad "en el acto del sorteo". Esto no lo hicieron las partes.

"Por tanto, tampoco prospera la segunda causal".

La Sala observa:

Primero—Es un hecho, consta a los folios 88, 92, 93 y 94 del cuaderno principal, que el señor Gustavo Rueda C. salió sorteado jurado en esta causal el día 13 de abril de 1936; que en esta calidad de jurado concurrió a la audiencia y que en esa misma calidad firmó el veredicto;

Segundo—Es otro hecho que el 4 de septiembre de 1935 fue nombrado secretario en propiedad del Juzgado 4º del Circuito del Socorro y que en la misma fecha tomó posesión para el resto del período. E igualmente consta por certificación visible como las anteriores a los folios 3 y 3 vuelto del cuaderno segundo, que el 17 de abril de 1936 el señor Gustavo Rueda C. desempeñaba el cargo de secretario titular del Juzgado 4º del Circuito del Socorro.

Estos hechos comprobados muestran que desde el 4 de septiembre de 1935 hasta el 17 de abril de 1936 el señor Gustavo Rueda C. era empleado del poder judicial.

E igualmente muestran que teniendo esa calidad fue sorteado para jurado en esta causa.

El certificado del juez dice al respecto:

"El Juez cuarto del Circuito del Socorro, certifica: que el día diez y siete de abril del corriente año y en los días anteriores y posteriores a la citada fecha, el señor Gustavo Rueda C. desempeñaba el cargo de secretario titular de este juzgado.—Expedido en el Socorro, a ocho de mayo de mil novecientos treinta y seis".

Tercero—El artículo 72 de la ley 100 de 1892 prohibe a los empleados del poder judicial desempeñar el cargo de jurados. Al respecto el mandato es imperativo.

La ley citada dice: "Están impedidos en todo caso para desempeñar el cargo de jurados... d) los empleados del poder judicial".

Considerados estos hechos y considerada la disposición legal antes citada, el punto de vista del señor Procurador delegado no es atendible.

Es que unos son los efectos del hecho previsto como generador de nulidad por el numeral 3º del artículo 265 de la ley 57 de 87, y otros son los efectos del numeral 2º del mismo artículo de la citada ley. En un caso, la ausencia de reclamación puede subsanar el vicio; en el otro no hay saneamiento posible porque no hubo capacidad para encartar la jurisdicción. Al respecto, la Corte, en un caso similar sentó la siguiente doctrina:

"Ahora bien, el artículo 265 de la ley 57 de 1887, dice:

"En los negocios en que interviene el Jurado son causales de nulidad:

"... 3ª—Figurar en la lista que se presente a las partes, para que hagan uso del derecho de recusar, alguna persona que no pertenezca a la lista de designados, o que no tenga las cualidades necesarias para desempeñar ese cargo".

"Este caso es bien distinto del contemplado en el numeral 2º del mismo artículo 265 y no requiere el reclamo de las partes en el momento de la diligencia de sorteo de jurados.

"La prohibición contemplada en el ordinal 3º es una incapacidad absoluta, distinta de la contemplada en el artículo 248 de la ley 57 de 1887, que se refiere, no ya a todos los casos, en que determinados ciudadanos están impedidos para desempeñar el cargo de jurados, sino al impedimento para serlo en determinada causa.

"Cuando el impedimento hace relación a determinada causa, parentesco, patrocinio, amistad íntima, etcétera, contra el procesado, la falta de reclamación o la indavertencia oportuna del impedimento, puede subsanar el vicio erigido en nulidad, cierra la puerta a la alegación. Hay entonces una especie de prórroga de jurisdicción.

"Muy otro es el efecto que se produce cuando el jurado sorteado está impedido para desempeñar el cargo en todos los casos.

"Reclámese o no oportunamente, su impedimento no es subsanable.

"Ausencia tal de competencia no permite subsanar el vicio en la forma que señala el numeral 2º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, sencillamente porque la competencia no se radica en una persona en quien la ley ha dispuesto que es inhábil para desempeñar el cargo de jurado. Entonces tal persona es incompetente y siéndolo, la jurisdicción es improrrogable, pues no se prorroga aquello que no se tiene, que no está radicado, incorporado en uno, siquiera en potencialidad de serlo.

"Semejante anomalía dimanada en el caso del jurado Díaz de su calidad de empleado del poder judicial, circunstancia que le inhibía para ser jurado en ésta y en cualquiera otra causa mientras fuese empleado de ese ramo, es por mandato expreso del legislador, una incompetencia de carácter improrrogable. Y siendo ello así ha producido una nulidad conforme al numeral 3º del artículo 265 de la ley 57 de 1887 aplicable a este negocio de intervención del Jurado. (Sentencia de fecha 24 de agosto del corriente año. Recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil).

Lo expuesto lleva a la conclusión que es fundada la causal 2º invocada por el recurrente. La sentencia debe entonces casarse.

Y como en este evento de conformidad con lo establecido por el artículo 4º de la ley 118 de 1931 ha de invalidarse el fallo y devolverse el expediente para su reposición en lo afectado por la nulidad, síguese de lo dicho que la reposición debe hacerse desde el auto en que se ordenó la diligencia de sorteo general de conformidad con el numeral 5º del artículo 243 de la ley 57 de 1887.

Habiendo de prosperar el recurso por la causal 2ª, resulta inútil entrar en el estudio de la causal 4ª, puesto que el proceso queda sin veredicto; pero la causal 3ª sí debe estudiarse porque de prosperar ella afectaría el juicio todavía más radicalmente que la nulidad.

Causal tercera.

Al respecto dice el señor Procurador:

"Ser la sentencia violatoria de la ley por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

"Ataca el recurrente la sentencia, por este aspecto, en no estar demostrada la premeditación y, por consiguiente, el cuerpo del delito de homicidio premeditado.

"La tacha así planteada constituye un desacierto, porque la premeditación no hace parte del cuerpo del delito, esto es, de la realización del hecho punible a través de su aspecto material u objetivo.

"La premeditación es un factor subjetivo acerca de la intensidad del dolo, y por lo mismo, hace parte propiamente de la responsabilidad del agente. De lo contrario habría que admitir el absurdo de que un homicidio tendría tantos cuerpos del delito cuantos grados de dolo entraran en la resolución criminal.

"La causal debe, pues, desecharse por improcedente, ya que la muerte violenta de Basilio Puerto está acreditada con toda certidumbre".

Está de acuerdo la Corte con la conclusión del señor Procurador respecto de esta causal; porque aun interpretando el artículo 24 de la ley 104 de 1922 en el sentido de que la premeditación —elemento intencional— deba considerarse como factor del cuerpo del delito, los datos del proceso, aun cuando en realidad muy vagos y la presunción legal de premeditación, dan base para ese cargo en contra de Alejandro Rojas Quintero, tal cual le fue formulado en el auto de proceder.

Por otra parte, anulándose el juicio, como se anula, por la falla en el procedimiento relativa a la composición del Jurado, toca al nuevo Tribunal de conciencia valorar otra vez la circunstancia de la premeditación, en la zona de la responsabilidad.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del Procurador delegado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero—Infirmar la sentencia del Tribunal Superior de San Gil de fecha 1° de julio de 1936 que condenó a Alejandro Rojas Quintero a doce años de presidio por la muerte de Basilio Puerto; y

Segundo—Anular lo actuado a partir del auto de fecha 4 de diciembre de 1933, visible al folio 53 vuelto del cuaderno principal, que señaló día para el sorteo general de jurados, y ordenar que se reponga el procedimiento de ahí en adelante.

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

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo E., Srio.

REVISION DE UNA CAUSA POR GRAVE INDICIO DE IRRESPONSABILIDAD DEL SENTENCIADO

Ante los elementos de inculpación en que se basan los fallos condenatorios, las dos declaraciones presentadas por el recurrente vienen a constituir un indicio grave sobre su inocencia o irresponsabilidad. Para llegar a la conclusión contraria habría que desconocer A PRIORI el valor probatorio de esas declaraciones.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre dieciocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez).

En sentencia de 26 de octubre de 1936 el Juzgado Municipal de Yotoco impuso a Jesús Quesada Holguín la pena principal de ocho meses quince días de presidio como auxiliador del delito de hurto.

En virtud de apelación subió la causa al Juzgado 3° del Circuito de Buga, y éste reformó la sentencia apelada en el sentido de disminuir a seis meses de presidio la pena a que fue condenado Quesada Holguín, considerándolo encubridor.

Quesada Holguín interpuso recurso de revisión, de conformidad con la ley 33 de 1909, fundándolo en el motivo de que trata el numeral 5° del artículo 1°, que dice:

"Cuando después de una condenación llegue a producirse o revelarse un hecho nuevo, o se presenten documentos o comprobantes no conocidos a tiempo de los debates, capaces de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o cuando se presenten indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad".

Tramitado el recurso en la Corte, es el caso de resolver, y a ello se procede.

A su demanda acompaña el recurrente las declaraciones de Rafael Cedeño y Paulino Triviño, quienes rinden su testimonio en idéntico sentido.

Dice así Rafael Cedeño:

"Al punto 1°: Soy mayor de veintinueve años de edad, vecino de este distrito, agricultor de profesión, de religión católica y sin generales de la ley con el preguntante señor Jesús Quesada Holguín. Al punto 2°: Es verdad que un día cuya fecha no recuerdo precisamente, siendo de las siete a las ocho de la noche, poco más o menos, estando yo en la tienda de abarrotes y comestibles que en esa época tenía el señor Jesús Quesada Holguín en esta plaza, en la casa de los señores Matías, llegaron a dicha tienda dos sujetos desconocidos para mí, uno de ellos blanco y el otro de color moreno, bien vestidos, y le ofrecieron a Quesada unos víveres en cantidad grande, víveres consistentes en arroz, sal, panela, papas, jabón y velas, diciéndole que se los vendían con un diez por ciento de rebaja sobre los precios de la plaza, a lo cual les contestó Quesada que no tenía dinero en el momento para hacer el negocio. Yo salí y me fuí y no tuve lugar de presenciar nada más. Al punto 3°: Esta pregunta

queda contestada en la anterior respuesta".

Durante el término de prueba el recurrente solicitó se ratificaran estas declaraciones y se recibieran las de Mario Saavedra, Alberto Potes, Francisco Materón y Francisco Mejía, testigos que deponen de manera uniforme sobre la buena conducta anterior del solicitante.

La declaración de Alberto Potes dice:

"Impuesto del interrogatorio a él formulado, expuso: Que es cierto conoce desde hace muchos años de vista, trato y comunicación al señor Jesús Quesada H. y por tal conocimiento personal y directo que de él tiene le consta que es hombre honrado y formal, que siempre ha observado muy buena conducta social y privada; que nunca ha oído decir que haya sido sindicado de delito alguno; que el nombrado Quesada H. ha sido subalterno del declarante en el ramo de rentas en este Municipio y en el de Guacarí y que nunca tuvo que llamarle la atención en ningún sentido, pues observó muy buena conducta y fue un fiel cumplidor de sus obligaciones; que el señor Quesada H. es casado y tiene dos niños, y como esposo y padre observa muy buena conducta. Que al declarante no le consta nada sobre el hecho de haber visto individuos desconocidos ofreciendo en venta artículos en la población de Yotoco a que se refiere el segundo punto del interrogatorio, pues no era vecino de esa población y por tanto no sabe nada al respecto".

El señor Procurador delegado en lo penal se expresa en su vista del siguiente modo:

"Aparece de las sentencias que el 4 de octubre de 1935 fueron sustraídos de un depósito de propiedad del señor Aureliano Rojas varios bultos contentivos de diversos artículos, tales como arroz, azúcar y otros. Adelantada la investigación fueron encontrados los elementos desaparecidos en la casa del recurrente Jesús Quesada, y esta circunstancia, unida a otras, sirvió de fundamento a la condena de que se ha hecho mérito.

Ahora pretende el señor Quesada presentar como hecho nuevo, no tenido en cuenta en los debates de instancia, el de que 'en la fecha en que se dice que se verificó la sustracción fraudulenta de una cantidad de víveres que se encontraban en la tienda de Aurelio Rojas, se presentaron en mi establecimiento dos sujetos desconocidos, ofreciéndome en venta una existencia grande, más de diez bultos de víveres, como arroz, papas, jabón, velas, haciéndome la manifestación de que dichos artículos me los venderían con un diez por ciento de rebaja sobre los precios corrientes de la plaza'.

Sobre la oferta hecha por los dos sujetos desconocidos, declaran solamente los señores Cedeño y Triviño. Es claro que con tales deposiciones no se demuestra la inocencia o irresponsabilidad del señor Quesada, pues no se sabe si los artículos que a éste le fueron ofrecidos son los mismos que le fueron hurtados al denunciante señor Rojas. Pero suponiendo que sí apareciese esa identidad, la prueba traída tan sólo serviría para constatar que unos desconocidos pretendieron mezclar en el ilícito penal al señor Quesada dándole á éste el carácter de comprador, pero no serviría, como no sirve, para desvanecer o eliminar la responsabilidad por que fue condenado en el proceso.

Las declaraciones de los señores Potes, Mejía, Materón y Saavedra se refieren únicamente a la buena conducta del condenado, pero no aportan la constatación de hechos nuevos de los contemplados por el legislador.

Basta lo expuesto para estimar que el recurso carece de fundamento legal.

En consecuencia, la Procuraduría pide respetuosamente a la honorable Corte que niegue la revisión solicitada por el señor Quesada".

La Corte no comparte en este caso la opinión del señor Procurador.

Como se dice en la sentencia del Juzgado 3º del Circuito de Buga, tres fueron los hechos indiciarios en que se basaron lo juzgadores de instancia para condenar:

"1º—Hallazgo de parte de los objetos hurtados en la casa de Jesús Quesada;

2º—Explicaciones contradictorias del acusado sobre el origen de tales objetos; y

3º—Propuesta inmoral del mismo acusado al funcionario que hizo el hallazgo para que se le encubriera el hecho".

Dados estos elementos de inculpación, y la circunstancia de que Jesús Quesada era negociante en víveres en la población de Yotoco, las declaraciones de Cedeño y Triviño con las cuales respalda Quesada su recurso, vienen a probar por lo menos un indicio grave sobre su inocencia o irresponsabilidad, con lo cual se llena la exigencia del numeral 5º, artículo 1º de la Ley 38 de 1909.

Para llegar a la conclusión contraria habría que desconocer a priori el valor probatorio de las declaraciones de Triviño y Cedeño.

Y si, como dice el señor Procurador, "la prueba traída tan sólo serviría para constatar que unos desconocidos pretendieron mezclar en el ilícito penal al señor Quesada dándole a éste el carácter de comprador", de esa premisa no debe concluirse que la prueba sea inepta para desvanecer o eliminar la

responsabilidad del reo, sino, al contrario, que se impone la revisión del proceso a fin de que otros jueces valoren los mismos elementos de convicción.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con la opinión del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, ordena que se revise la causa que contra Jesús Quesada Holguín se siguió por el delito de hurto en el Juzgado Municipal de Yotoco en primera instancia y en segunda ante el Juzgado 3º del Circuito de Buga.

La Corte dispone que el nuevo proceso se surta en primera instancia en el Juzgado Municipal de Cali y en segunda ante el de Circuito de la misma ciudad.

Remítase el expediente al Juzgado Municipal de Cali donde se halle el repartimiento.

El Juzgado a quien corresponda dará conocimiento de esta providencia al recurrente Jesús Quesada Holguín.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mele E., Secretario.

PARRICIDIO

Aunque, de conformidad con el artículo 593 del Código Penal, son extensivas al parricidio las calificaciones de premeditado, asesinato, homicidio simplemente voluntario e involuntario, hay un texto expreso que es el del artículo 615 del mismo Código que considera como casos más graves, castigados con la pena de muerte, en el parricidio: el voluntario, el premeditado y el asesinato, cometidos en la persona de los ascendientes o del cónyuge, artículo que está sustituido por el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que establece la pena de veinte años de presidio para el caso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado sustanciador: Dr. Salvador Iglesias).

Por uno de los delitos que define y castiga el Código Penal en su capítulo 1º, título 1º, libro 3º, el Juzgado Superior del Distrito Judicial de Barranquilla abrió causa criminal contra José María Escolar.

Surtido el trámite de regla, previa confirmación de este enjuiciamiento por el Tribunal de Barranquilla, el Juez del conocimiento, atendiendo al veredicto afirmativo del Jurado, condenó al reo a la pena principal de veinte años de presidio. Para ello tuvo en cuenta la sanción establecida en el artículo 615 del Código Penal en relación con el acto legislativo Nº 3 de 1910 y con el artículo 3º de la ley 54 de 1913.

Apelada esta sentencia, la confirmó el Tribunal Superior de Barranquilla el 8 de noviembre de 1936.

José María Escolar interpuso recurso de casación contra la sentencia aludida. Su defensor fundamentó ante el Tribunal la casación alegando las causales 1ª, 3ª y 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Ante la Corte su apoderado, en alegato extenso, corrobora los argumentos expuestos al fundamentar el recurso, los ratifica ampliándolos.

El señor Procurador Delegado en lo Penal replica en su vista la argumentación traída al efecto por el apoderado del recurrente y concluye que las tres causales deben declararse infundadas por carencia de asidero legal, no obstante que desde un punto científico considera aberrante lo dispuesto por el Código Penal con relación al homicidio perpetrado en los ascendientes o en el cónyuge. Mas como la ley estricta establece esa clase de penalidad, forzoso es al juzgador aplicarla. Al efecto, la crítica del Procurador muestra esta doble faz en los siguientes términos:

"No cabe duda de que en doctrina resulta injurídico, aberrante y criticable la equiparación legislativa; y es indispensable que se suprima, como lo suprimirá el nuevo Código Penal, semejante precepto en que se impone la misma sanción a un parricidio simplemente voluntario que a un parricidio con carac-

teres de asesinato. Pero dada nuestra legislación vigente no es posible desconocer aquella disposición y dejarla sin aplicación, sobre todo en un caso como el presente en que el homicidio cometido por Escolar en la persona de su esposa estuvo revestido de circunstancias de excepcional gravedad".

Para resolver en concreto el caso, la Corte considera:

Primero—La causal 1ª

Dos aspectos presenta esta cuestión: mala interpretación de la ley penal en la sentencia o indebida aplicación de la misma ley penal.

En el caso de José María Escolar el Juez propuso al Jurado un primer cuestionario tendiente al problema de su responsabilidad en la muerte de su esposa legítima Abigaíl Naranjo de Escolar.

Este primer cuestionario, en el cual se puntualizó también la voluntariedad y premeditación del hecho, lo contestó el Jurado afirmativamente.

En un segundo cuestionario se planteó a la consideración del Jurado la ejecución del hecho con las circunstancias de alevosía, sobreseguro y las demás típicas notas del asesinato.

El veredicto fue a este respecto del tenor siguiente:

"Sí, sin ninguna de las circunstancias mencionadas".

Esta respuesta equivale a una negativa; a la eliminación en el concepto del Jurado de las circunstancias de asesinato. De consiguiente, quedó para basar la sentencia la respuesta afirmativa del primer cuestionario. Es ella neta. Establece la responsabilidad del reo con la nota de haber procedido voluntariamente con premeditación en la muerte que dio a su mujer legítima.

En tratándose de la aplicación de la ley, el Juez y el Tribunal luégo, se atemperaron a este veredicto; el primero, en cumplimiento del artículo 324 de la ley 57 de 1887; y el segundo, al artículo 163 de la ley 40 de 1907, al revisar la sentencia. Por ello dieron aplicación al artículo 615 del Código Penal. Este artículo estatuye que se definen como casos más graves, y se castigarán con pena de muerte, salva disposición especial de la ley, los siguientes del parricidio:

"1º—El parricidio voluntario, el premeditado y el asesinato, cometidos en la persona de cualquier ascendiente o del cónyuge".

Hoy la pena de muerte está sustituída por la fija de veinte años de presidio, sin rebajas de ninguna clase, en ningún tiempo. Así lo manda el artículo transitorio B del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 y el artículo 3º de la ley 54 de 1913.

Tál fue la sanción que impuso la sentencia recurrida.

Desde el punto de la aplicación correcta de los textos y en cuanto a ellos mismos, la pena para el parricidio, homicidio que se denomina así, según el artículo 593 del Código Penal, cuando el hecho delictuoso se comete en la persona de algún ascendiente, descendiente o cónyuge, a sabiendas de que existen esos vínculos de parentesco, la aplicación de la pena al caso de Escolar es legal.

Está bien hecha; no hay mala interpretación de la ley porque ocurrió la muerte de Abigaíl Naranjo de Escolar por un acto de Escolar, y porque está demostrado además con la correspondiente copia de la partida eclesiástica, el vínculo matrimonial entre víctima y victimario, y éste mismo no ha negado que la atacada y muerta fue su esposa legítima.

En estas condiciones, la pena de veinte años de presidio, fija, y sustitutiva de la de muerte, que señalaba el artículo 615 del Código Penal, es la correspondiente, la aplicable al caso.

En cuanto a la indebida aplicación de la ley penal, el argumento del recurrente, como lo anota el Procurador, se sintetiza así:

"Según el artículo 593 del Código Penal al parricidio son extensivas las calificaciones de premeditado, asesinato, simplemente voluntario e involuntario; el Jurado quitó en el segundo cuestionario las circunstancias de asesinato; luego el hecho debe sancionarse como homicidio voluntario simplemente o como homicidio premeditado. El Tribunal impuso la pena máxima de veinte años, como si se tratara de un asesinato, luego violó la ley penal".

Ciertamente en abstracto, en doctrina, si cupiese interpretación contra texto expreso, la argumentación es inobjetable.

Pero hay texto expreso. Ese texto es posterior al artículo citado. Ese texto posterior es el del artículo 615 que considera como casos más graves, castigados con la pena de muerte, en el parricidio: el voluntario, el premeditado y el asesinato, cometidos en la persona de los ascendientes o del cónyuge.

¿Cuándo podrá saber entonces, dentro de nuestro sistema actual, una aplicación o una coordinación en su aplicación, y por ello un caso interpretativo del inciso 2º del artículo

593, que establece calificaciones en el parricidio, para considerarlo como asesinato, simplemente voluntario e involuntario dadas al homicidio común?

Sólo podrá establecerse esa correlación y hacerse esa graduación de penas, teniendo en mente las clasificaciones dadas al homicidio común, en tratándose de los artículos 516, 517 y 518, o sea en los casos no previstos especialmente para esta clase de homicidio especial que es el parricidio. Así debe entenderse cuando ocurra el caso de la muerte de un infante (menos de tres días), o cuando la muerte es causada al excederse en el castigo a hijos o nietos o en algún caso similar, con el cónyuge, por ejemplo, o cuando la muerte de estas personas que unidas por vínculos de parentesco y con la circunstancia de a sabiendas que requiere el Código, mueren por efecto de heridas o maltratamientos dentro de los sesenta días siguientes al de la perpetración del delito o de la culpa.

El caso en estudio no es de esta clase.

Es precisamente uno de disposición especial expresa, en texto legal tan claro que todo intento interpretativo es contrario a la ley y a la jurisprudencia.

Escolar es responsable de la muerte de su esposa legítima. Pudo hacerlo con premeditación o sin ella. El Jurado dijo que no ejecutó el hecho con circunstancias de asesinato, ya que a eso equivale la negación de esas circunstancias en el veredicto. Pero voluntario o premeditado, mató a su mujer legítima a sabiendas de la existencia de ese vínculo. Entonces la sanción que le acarrea su hecho es la del artículo 615, sustituído hoy por el Acto Legislativo Nº 3 de 1936, que establece veinte años de presidio para el caso.

No puede prosperar entonces la causal alegada

Segundo—La causal 3ª

A este respecto el Procurador se expresa así:

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

"Se trata en este proceso de un homicidio perpetrado por un marido en la persona de su esposa legítima. Como está demostrado plenamente en el expediente que Escolar causó la muerte de Abigaíl Naranjo de Escolar y figura en los autos la partida del matrimonio del autor de ese hecho con la víctima, vínculo matrimonial que conoció el marido al efectuar la agresión, la existencia del cuerpo del delito de homicidio, calificado por razón de aquel vínculo como uxoricidio, está comprobada.

"Los antecedentes sociales y familiares de la víctima y del victimario, los móviles que impulsaron al marido a la ejecución del acto criminoso, el establecimiento del arma con que causó la muerte, las circunstancias que rodearon la escena y los demás elementos encaminados a la reconstrucción del desarrollo de los acontecimientos, no se refieren propiamente a la cuestión jurídica denominada cuerpo del delito. Confundir el cuerpo del delito con los factores que sirven para valorar la responsabilidad, es un fenómeno bastante común originado por la deficiencia legislativa y por la falta de orientación en los estudios penales.

"Por consiguiente, las exposiciones de los señores apoderados sobre este tema no se refieren propiamente a la causal tercera de casación, sino a una crítica sobre la manera como se adelantó el informativo y sobre las deficiencias de que éste adolece, en cuanto a la precisión de los múltiples factores que debieron intervenir en el hecho de la muerte de una persona causada por obra de un hombre".

Y sobre este mismo tópico de la casación arguye así el apoderado del recurrente:

"Para este pedimento es indispensable hacer algunas consideraciones sobre la apreciación que el mismo Jurado y el Juez de instancia hicieron de los elementos objetivos que en forma dislocada y sin concatenación alguna aparecen en los autos.

"Es vieja la tesis de que la prueba debe inducir el ánimo del fallador a la certeza completa de que los hechos y prestaciones que caen bajo el estudio del juez deben encajar rigurosamente en lo que la ley dispone para acarrear responsabilidad en los hombres. Mucho más en los negocios penales en que se exige la plena prueba del cuerpo del delito y la plena prueba de la responsabilidad del sumariado. Dentro de los autos se encuentran las siguientes piezas:

"a) La declaración de la señora Petrona Molina, en que consta (folio 4) que Escolar sacó de su bolsillo un martillo y le dio varios martillazos a la señora Abigaíl;

"b) Que entre Escolar y su mujer no había una armonía conyugal modelo ni envidiable.

"Estas son todas las pruebas en que se ha basado el grupo de funcionarios investigadores y falladores para condenar a mi cliente a veinte años de presidio. Las demás declaraciones no acreditan nada en cuanto al hecho material y específico de los martillazos

que se dice Escolar propió a su cónyuge, ni menos de la criminalidad o culpabilidad del procesado. Escolar, por su parte, ha sostenido que no cometió el acto principal y determinado en que se basa la sentencia. Qué correspondía hacer entonces, ante la vaguedad del informativo, frente a lo grave del desenlace y con respecto a la falta de luz que el expediente tenía y tiene en cuanto a esa culpabilidad? Habría debido buscarse la verdad de las circunstancias por todos los medios; por careos entre el procesado y la única testigo, señora Molina; establecer en dónde se hallaba el martillo que se dice sirvió de instrumento para el delito; inquirir cuidadosa e inteligentemente las relaciones entre el doctor Rehebein Peralta y la occisa; practicar una inspección ocular en el sitio de la tragedia; reconstruír los hechos para así concretar y purificar las declaraciones de la misma señora Molina. Pero nada de esto se hizo".

Confrontadas la crítica del recurrente y la réplica del señor Procurador, se tiene:

a) En esencia uno y otro concuerdan en el hecho material de la muerte de Abigaíl Naranjo de Escolar.

Esta muerte violenta está además demostrada por los elementos del informativo.

Igualmente consta en autos el vínculo que unía a Escolar con la occisa.

El cuerpo del delito está pues acreditado en los autos. Genéricamente es un homicidio. La existencia del vínculo lo clasifica como parricidio.

b) Si sobre el hecho material, la muerte violenta, no hay discrepancia y está probada, el defensor arguye que esa muerte no fue causada con un martillo; que sobre el particular sólo existe la declaración de un testigo; que en cambio el reo se presentó voluntariamente y que no se averiguó ni estableció en el informativo la verdad de las circunstancias en que se produjo la muerte, siendo atendible lo dicho y confesado por el reo en su indagatoria, en donde consta, desde luego, por su dicho, que no tenía armas y que agarró a su víctima por el pelo arrojándola contra el sardinel.

Aparte de que existe el concepto pericial y el reconocimiento del cadáver, en donde se asienta que la occisa tenía dos heridas en la cabeza: una en el parietal derecho, que le produjo hundimiento del tercio superior, en extensión del tamaño de una moneda de cincuenta centavos; y otra en el parietal izquierdo, que produjo una fractura extensa con desprendimiento de numerosas esquirlas, ambas heridas contusas, y que fueron la causa única de la muerte de Abigaíl Naranjo, es de notarse que la declaración de la testigo Petrona Molina no ha sido desvirtuada por prueba alguna en cuanto a que le vio el martillo y que el atacante le amenazo con él.

De otra parte, fuese o no empleado el martillo en el acto, el hecho positivo e incontrovertible, es que por efecto de haber tirado contra el sardinel a su mujer después de haberla agarrado por el pelo, el matador le causó la muerte. Los medios de ejecución no empecen al resultado.

Y si pudiera argüirse que conforme el artículo 24 de la ley 104 de 1922, ha de atenderse en la apreciación del cuerpo del delito a los elementos constitutivos señalados en la respectiva disposición penal para determinar específicamente la clase de acto punible, encuéntrase que en el auto de proceder se llamó al acusado por el delito genérico de homicidio, haciéndose relación a su vínculo matrimonial y destacándose que el hecho es un parricidio y relacionándose al par que la declaración de la testigo Petrona Molina a quien amenazó con el martillo Escolar, otros elementos del informativo, como son la autopsia y unas declaraciones de testigos que ocurrieron al sitio en donde quedó el cuerpo de la Naranjo después del ataque de su marido; todos estos elementos, entre los cuales hay los referentes a la imputabilidad, los apreció el Jurado en cuanto a la responsabilidad misma, y existen en el auto de proceder para que esa apreciación se tuviese en cuenta. Así, pues, el hecho se individualizó lo suficientemente con sus características propias.

No cabe entonces argüir que hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Por ello no resulta probada la causal tercera.

Tercero—Causal 4ª

Vulnerable consideró la sentencia el recurrente, por no estar ella en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. Dice al respecto:

"El auto de proceder abrió causa criminal contra José María Escolar por el delito de homicidio, y no por el de asesinato, y por consiguiente, las circunstancias de traición, alevosía, sorpresa, desamparo, no pueden colocarse en ninguno de los interrogatorios sometidos al Jurado, porque de acuerdo con el artículo 47 de la ley 169 de 1896, las circunstancias de ese interrogatorio deben ser conformes con el auto de proceder, sin darle

denominación jurídica ninguna, y si el auto de proceder fue por homicidio simplemente, por homicidio debe ser ese interrogatorio".

El Procurador replica:

"El cargo formulado en el auto de proceder contra José María Escolar fue de haberle dado muerte a su esposa legítima. La sentencia lo condenó por ese cargo y no por otro. Por consiguiente, aquel auto y esta sentencia están en consonancia.

"El Jurado declaró a Escolar responsable de ese hecho y la sentencia no fue proferida en desacuerdo con ese veredicto, sino precisamente en desarrollo de él, puesto que condenó al acusado como uxoricida".

La Sala acoge como fundamento de su fallo esta réplica, y al acogerla hace notar que la sentencia se conformó también con el veredicto del Jurado, puesto que negado implícitamente el segundo cuestionario, consideró el caso como parricidio. No obsta que le hubiese quitado el segundo veredicto la nota de asesinato, pues precisamente se conformó con el veredicto primero la sentencia. Se basó en él y aplicó la disposición que fundamentalmente es la del artículo 615 del Código Penal.

Tampoco prospera la causal 4ª

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado 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 de tres de noviembre de mil novecientos treinta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla, que condenó a José María Escolar a la pena fija de veinte años de presidio como responsable de la muerte de su esposa legítima, Abigaíl Naranjo de Escolar.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la "Gaceta Judicial".

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mitc B., Srio.

DELITOS MILITARES Y DELITOS COMUNES

En ocasiones aparece incontrovertible la índole militar del hecho investigado a su naturaleza de delito común, atendidas las circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc., que caracterizan el caso de que se trate. Otras veces concurren en el suceso modalidades que le dan un aspecto como de hecho mixto; y entonces es preciso buscar la nota esencial que especifique el asunto, para clasificarlo ora de infracción militar, ya de delito juzgable por la jurisdicción ordinaria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Antecedentes

Con fecha 10 de noviembre de 1935 el Subteniente Alberto Ruiz Novoa, oficial de servicio del Batallón Escuela Nº 3 "Ricaurte", acantonado en Bucaramanga, envió al respectivo comando un parte, del cual se transcriben estos pasajes:

"Para informar respetuosamente a esa Superioridad sobre los acontecimientos sucedidos en la noche de hoy y en los cuales resultaron heridos los soldados Armando Quijano de un manivelazo en la frente y Emilio Antonio Bárcenas y Abraham León con arma cortante.

Más o menos como a las diez de la noche comunicó la policía que en la tienda denominada 'La Cascada' se había formado una molestia entre civiles y soldados y que habían dos soldados heridos y que se hacía necesario enviar una escolta. Inmediatamente envié el camión de la Unidad con el Cabo 2º Pablo Rivera y los siguientes soldados: Luis A. García, Heli López, Luis Emilio Caballero, José Avendaño, Jorge Rodríguez, Patricio A. Arias, Pedro Serrano, Alfredo Sarpa, Julio Gutiérrez, Clemente Caicedo, Jesús A. García y Angel Mª Vásquez, quien iba como chofer del camión. Los demás soldados y el cabo llevaban cada uno un fusil, bayoneta y diez cartuchos.

Esta escolta iba con la misión de cerciorarse de lo que pasaba y traer los heridos en caso de que la noticia fuera cierta".

La providencia de 13 de marzo de 1936, en la cual el Juzgado 2º Superior de Bucaramanga ordenó remitir los autos al Comando del Batallón Ricaurte por considerar que se trataba de un asunto cuyo conocimiento competía a las autoridades militares, contiene la relación de hechos que en seguida se copia:

"De autos aparece que el día diez de noviembre último, como a eso de las diez de la noche se verificó una molestia o querella entre soldados y choferes de Lebrija por asuntos de mujeres y trago, en el establecimiento denominado 'La Cascada', de esta ciudad, a consecuencia de la cual resultaron heridos tres soldados, quienes fueron conducidos a su respectivo cuartel, y parte de los choferes comprometidos en la reyerta fueron llevados a la Permanencia de la Policía, donde se les impuso las sanciones del caso. Durante dicha querella o poco tiempo después de ella, informaron, sin que se sepa a ciencia cierta quién, al cuartel del Batallón Ricaurte número 3 sobre los hechos, y al mismo tiempo pedían que se prestara ayuda para solucionar el conflicto. El oficial de servicio del Batallón, que lo era el Subteniente Alberto Ruiz Novoa, despachó del cuartel al lugar de los sucesos, a órdenes y mando del Cabo Pablo A. Rivera una comisión de doce soldados debidamente armados y municionados, para que intervinieran en el conflicto de que se daba cuenta. Dicha comisión fue conducida del cuartel del Batallón al punto de 'La Cascada' en un camión de propiedad del precitado cuartel. Al llegar la comisión a 'La Cascada', el cabo Rivera se bajó del vehículo y ordenó a la comisión que hiciera lo mismo; acto seguido pidió informes a algunos policías sobre el conflicto y suerte que hubieran corrido los soldados heridos, los cuales lo noticiaron de que éstos se encontraban en la Permanencia, junto con tres de los choferes atacantes y que los otros se habían escapado por los solares vecinos a la casa de 'La Cascada'. En vista de ese informe, el citado cabo Rivera procedió a formar unas patrullas con el objeto de rodear la manzana en que está ubicado el establecimiento 'La Cascada'; una vez que hubo formado tales patrullas, le ordenó a dos de los soldados se situaran en la calle 14 y a tres más se fueran por la carretera de encima, es decir, por la 14, con la consigna de que el bulto que vieran salir de la manzana lo capturaran hasta que él regresara. Igualmente les ordenó que al bulto debían gritarle tres veces alto y que en caso de que fueran atacados vieran cómo se defenderían; acto continuo le ordenó a cuatro soldados más se situaran frente a 'La Cascada' y vigilaran la carrera en donde ésta está ubicada y el camión que los había conducido allí. Con el resto de la comisión, esto es, con tres soldados, penetró a 'La Cascada', y del solar de ésta pasó, escalando las respectivas paredes, al solar de la casa del señor Alejandrino Estévez; de éste al del señor Marcos Gómez; de éste al de la señora Matilde Torres de Novoa, y de éste al de la casa de habitación del doctor Horacio Torres y su compañera Isabel Gómez Toro. Cuando se hallaban en el solar de la señora Torres de Novoa, sintieron ladrar un perro en el solar de la casa del doctor Torres, momento en el cual el cabo Rivera le ordenó a los soldados que lo acompañaban que ninguno se fuera a quedar; pasaron al solar de la casa del doctor Torres y así se desplegaron hacia la casa, de donde hicieron tres disparos de revólver hacia el solar, por lo cual el soldado Clemente Caicedo disparó su fusil e hirió mortalmente a la señora Gómez Toro y al doctor Torres.

Cuando el cabo Rivera y sus compañeros estaban rondando los citados solares, llegó el Subteniente Francisco Roldán Fernández a 'La Cascada' y allí fue informado por los soldados que el cabo Rivera había dejado custodiando el camión y la carrera de 'La Cascada' sobre el objeto de su presencia en tal lugar. Coincidió la llegada de Roldán allí con el paso de un automóvil, al que hizo detener, en la creencia seguramente de que en él viajara alguno o algunos de los choferes que habían atacado a los soldados. Cerciorado posiblemente de que en dicho automóvil no viajaba ninguno de los choferes atacantes, lo dejó continuar su marcha. Inmediatamente después de haber continuado su ruta el automóvil, se sintieron allí mismo cinco disparos, tres de revólver y dos de fusil, motivo por el cual el Subteniente Roldán ordenó a los cuatro soldados ya citados, que cargaran y aseguraran y que dispararan en caso de ser agredidos; acto seguido le ordenó a los mismos soldados que lo acompañaran hacia el lugar donde habían hecho los disparos; con ese objeto se encaminaron hacia los lados de la Ceiba, y una vez que se cercioraron de que por allí no había ocurrido nada anormal, se regresaron hacia el punto de partida; cuando eso hacían fueron informados de que uno de los soldados había herido mortalmente a una señora y al mismo tiempo había matado al doctor Horacio Torres. Roldán se dirigió hacia la casa del doctor Torres y cerca de ella se encontró con

el Cabo Rivera, quien lo informó sobre los últimos acontecimientos y con quien penetró a la expresada casa, en donde tomó en sus manos el revólver con que el doctor Torres había disparado tres tiros; a continuación le ordenó al cabo Rivera que reuniera la comisión y con ella se dirigió hacia la Policía, en donde entregó el revólver a uno de los agentes que se hallaba allí prestando servicio.

Fuéra de la anterior relación existe en el expediente otra versión completamente diferente sobre la actuación desarrollada por el Subteniente Roldán Fernández la noche en que se realizaron los deplorables sucesos de que trata este informativo. Tal versión aparece de las declaraciones de Martín Céspedes Martínez f. 4.), José del C. Palomino (fls. 5 y 6), Félix Joaquín Osorio (fls. 9 y 10), José M. Rojas (fls. 11 y 12), quienes en sus dichos imputan al Subteniente Roldán Fernández que éste asumió el mando de la comisión y organizó y despachó las patrullas con la consigna de disparar a quien encontraran. Ninguno de estos declarantes está acorde sobre las órdenes dadas por el citado Subteniente a la comisión, así como tampoco sobre la actuación desarrollada por él la noche de los sucesos de que se viene hablando. Parece que todos estos testigos hubieran confundido las bía dejado custodiando el camión, con las órdenes que el precitado Subteniente dio a los cuatro soldados que el Cabo Rivera había dejado custodiando el camión con las que ya había dado el Cabo Rivera al llegar a 'La Cascada' con la comisión. En todo caso, la única prueba que merece tenerse en cuenta sobre la actuación desarrollada por el Subteniente Roldán Fernández es la que arrojan los testimonios de los soldados que integraban la comisión y la confesión lisa y llana que hace el Cabo Rivera en su declaración indagatoria, puesto que si fuera verdad que el Subteniente Roldán Fernández hubiera impartido otras órdenes diferentes a las que les dio a los cuatro soldados, forzosamente lo habrían tenido que declarar todos o algunos de los que componían la comisión, lo cual no aparece por ninguna parte del expediente. Y si se admite, de acuerdo con los testimonios de los declarantes civiles, que el Subteniente Roldán Fernández impartió las órdenes que éstos le atribuyen, es lógico concluír que dichas órdenes no fueron obedecidas puesto que ninguno de los soldados, exceptuando los cuatro que encontró el Subteniente frente a 'La Cascada', obró de acuerdo con tales órdenes".

Radicado el asunto ante el Comando de la 3ª brigada, allí se calificó el mérito del informativo por auto de 23 de junio de 1936 dictado en Cali, proveído en el cual se resuelve:

"1º—Sobreseer definitivamente a favor del Subteniente Francisco Roldán por el doble homicidio perpetrado en las personas del doctor Horacio Torres Mantilla e Isabel Gómez Toro.

2º—Sobreseer definitivamente a favor de los señores Subtenientes Francisco Roldán y Alberto Ruiz Novoa, por los delitos de 'Usurpación de atribuciones, denegación de auxilios y abuso de autoridad' que se les atribuyeron en la presente investigación.

3º—Disponer que pase el sumario, después de surtida la consulta de rigor, al Comandante del Batallón 'Pichincha' para que se provea lo conveniente en relación con el Cabo 1º Pablo A. Rivera y con el soldado Clemente Caicedo.

Por conducto del Ministerio de Guerra consúltense con el Poder Ejecutivo los sobreseimientos decretados. (Art. 102 del Código Militar)".

El Poder ejecutivo, en providencia fechada el 8 de enero de 1937, decidió acerca de la consulta, así:

"1º—Sobreseer definitivamente en favor del Subteniente Francisco Roldán Fernández por el doble homicidio perpetrado en las personas del doctor Horacio Torres Mantilla y la señora Isabel Gómez Toro;

2º—Llámese a responder en juicio militar con intervención del Consejo de Guerra Superior, por los delitos de 'usurpación de atribuciones, denegación de auxilios y abuso de autoridad' definidos en el Capítulo III, Título V, Libro 3º de la Ley 84 de 1931 sobre justicia militar, a los subtenientes Francisco Roldán Fernández y Alberto Ruiz Novoa, por los trámites prescritos en el Capítulo VI, Título único del Libro 2º de la misma ley.

3º—El juez sustanciador calificará sobre el mismo expediente el sumario contra el Cabo 1º Pablo A. Rivera y el soldado Clemente Caicedo y si contra éstos se decretare enjuiciamiento, la causa se seguirá conjuntamente con la de los oficiales, ante el mismo Consejo de Guerra Superior.

En los términos que anteceden queda reformado y reemplazada la parte resolutiva del auto del 23 de junio de 1936, dictado por el Comandante de la 3ª Brigada, como juez sustanciador.

Vuelvan los autos al Comando de la misma brigada.

ALFONSO LOPEZ

Plinio Mendoza Neira,
Ministro de Guerra".

El Comando Superior de la 3ª Brigada en obedecimiento al punto 3º de la anterior resolución ejecutiva, dictó en Popayán el 27 de febrero de 1937 el auto que en su parte final dice como sigue:

"Por lo anteriormente expuesto estima el Comando que el sumario suministra los elementos que para enjuiciar exige el artículo 1.627 del C. Judicial.

Por hallarse íntimamente conexionados los delitos de homicidio atribuídos a Rivera y Caicedo y el de abuso de autoridad de que aparece responsable el cabo Rivera, a los de usurpación de atribuciones, denegación de auxilio y abuso de autoridad, por los cuales fueron enjuiciados los Tenientes Francisco Roldán Fernández y Alberto Ruiz Novoa toda la causa debe tramitarse bajo una sola cuerda y fallarse con intervención de un consejo de guerra superior (Art. 12, Ley 84 de 1931).

En mérito de lo anterior, el Comando de la 3ª Brigada, resuelve:

1º Ábrese causa criminal, con intervención de un Consejo de Guerra Superior, contra el cabo 1º Pablo Antonio Rivera, de unos veinticinco años de edad, natural del Socorro, soltero y católico, y contra el soldado Clemente Caicedo, de unos veinte años de edad, natural de Charta, agricultor de profesión, soltero y católico, por los delitos de doble homicidio de que trata el Cap. I, Título 1º, Libro III del C. Penal, relacionado con el artículo 121 del C. Militar, y contra el cabo 1º Pablo Antonio Rivera por el delito de usurpación de atribuciones, denegación de auxilio y abuso de autoridad de que trata el Cap. III, Título V, Libro III del C. Militar (Ley 84 de 1931).

2º Prevéngase a Pablo A. Rivera que debe nombrar defensor y adviértasele que caso de no hacerlo, el Comando hará de oficio la designación.

3º Prevéngasele al enjuiciado Clemente Caicedo que debe nombrar curador ad-litem para que lo defienda en el juicio y lo asista en todas las diligencias de la causa (Art. 1620 del C. J.).

4º Tramítese este asunto bajo una misma cuerda, con intervención de un Consejo de Guerra Superior, con el enjuiciamiento dictado por la Presidencia de la República contra los Tenientes Francisco Roldán Fernández y Alberto Ruiz Novoa, por los delitos de 'usurpación de atribuciones, denegación de auxilio y abuso de autoridad'.

5º Notifíquese a los tenientes Francisco Roldán Fernández y Alberto Ruiz Novoa el auto de enjuiciamiento proferido contra ellos por la Presidencia de la República y prevéngaseles que deben nombrar defensor, pues de lo contrario el Comando hará de oficio la designación.

6º Por haber sido retirado del ejército el Mayor Gustavo Bonilla C., desígnase en su reemplazo, como Fiscal, al Mayor Mario Blum, a quien se le dará la respectiva posesión.

7º Ejecutoriado el enjuiciamiento proferido contra los tenientes Roldán y Ruiz Novoa, comuníquese a los señores Contadores del Bat. de Inf. Nº 7 'Junín' y Base aérea 'Ernesto Samper', respectivamente, la retención de la mitad de los sueldos de los nombrados tenientes hasta nueva orden".

Reunido el Consejo Superior de Guerra en Papayán, el 17 de abril de 1937, profirió sentencia definitiva en los términos siguientes:

" .....

En ejercicio de esa facultad, los señores Vocales del Consejo de Guerra Superior absolvieron negativamente y por unanimidad los cuestionarios referentes a los Tenientes Francisco Roldán Fernández y Alberto Ruiz Novoa, el del cabo Rivera relativo al abuso de autoridad. Los cuestionarios por homicidio fueron contestados negativamente por mayoría, anotándose que los dos vocales restantes respondieron ('Sí, pero en legítima defensa'), lo que equivale a veredicto completamente absolutorio.

De conformidad con las disposiciones indicadas y de acuerdo con los veredictos de los señores Vocales, la sentencia debe ser absolutoria.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Guerra Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, absuelve a los Tenientes Alberto Ruiz Novoa y Francisco Roldán Fernández, al Cabo primero Pablo Antonio Rivera y al soldado Clemente Caicedo, de los cargos que se les formularon en los autos de proceder dictados el ocho de enero de este año por la Presidencia de la República y el veintisiete de febrero del mismo año por el Comando de la Tercera Brigada, respectivamente.

Cópiese, notifíquese y por el Presidente del Consejo de Guerra Superior envíese directamente el proceso a la Corte Suprema de Justicia en consulta de la sentencia, si ésta no fuere recurrida".

La sentencia vino a la Corte en consulta, y habiéndose surtido ante ella todos los trámites legales, se procede a resolver:

El señor Procurador delegado en lo penal, estima que los hechos de que se trata no

constituyen delito militar, y pide a la Corte "revoque la sentencia consultada, declare nulo el proceso a partr del auto de proceder y ordene pasarlo al Juzgado Superior competente".

Para resolver, la Corte considera:

Competencia de la Corte

La facultad de la Corte para decidir sobre el punto de jurisdicción en esta clase de procesos, con la correspondiente declaratoria de nulidad de aquellos en los cuales resulta incompetencia de jurisdicción de los Tribunales militazes, es clara al tenor de los artículos 111 (umeral 1º) y 112 de la Ley 84 de 1931.

Delitos militares y delitos comunes

El artículo 10 de la Ley que acaba de citarse dice:

"Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares, o en asuntos del servicio militar o dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, vivaques o buques de guerra y en general dentro de cualquiera dependencia militar. Los delitos o culpas cometidos fuéra de estos casos serán juzgados como delitos comunes por la justicia ordinaria".

En ocasiones aparece incontrovertible la índole militar del hecho investigado o su naturaleza de delito común, atendidas las circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc, que caracterizan el caso de que se trate. Otras veces concurren en el suceso modalidades que le dan un aspecto como de hecho mixto; y entonces es preciso buscar la nota esencial que especifique el asunto, para clasificarlo ora de infracción militar, ya de delito juzgable por la jurisdicción ordinaria.

El caso de Bucaramanga

Complejo es por excelencia el problema que hoy se estudia, dado que no solamente se confronta el homicidio en las personas de los señores Horacio Torres Mantilla e Isabel Gómez Toro, delito común sobre que versa el capítulo 1º, del título 1º, libro 3º del Código Penal, sino también los delitos de "usurpación de atribuciones, denegación de auxilios y abuso de autoridad", materia del capítulo 3º, título 5º, del libro 3º, Ley 84 de 1931 sobre justicia militar.

Pero el suceso a que este expediente se refiere, puede descomponerse en dos partes:

a) El envío de la escolta al establecimiento denominado "La Cascada" en la ciudad de Bucaramanga, "con la misión de cerciorarse de lo que pasaba y traer (al cuartel) los heridos en caso de que la noticia fuera cierta". Así lo dice el parte del oficial de servicio que despachó la escolta a órdenes del cabo Pablo A. Rivera.

b) Al llegar la comisión a "La Cascada" ya todo se encontraba en calma; sigue, pues, de ahí la excursión del cabo Rivera con los soldados Clemente Caicedo y Luis Emilio Caballero en persecución de algunos de los choferes, saltando de casa en casa, hasta caer a la del doctor Torres Mantilla, de donde salieron varios disparos, lo que motivó la descarga del soldado Caicedo de la cual resultaron muertos el doctor Torres y la señora Gómez Toro.

No aparece claro si el subteniente Francisco Roldán Fernández, quien estuvo impartiendo órdenes a los soldados en "La Cascada", llegara a este sitio antes o después de que el cabo Rivera y sus dos compañeros emprendieran la excursión de que acaba de hablarse.

Las actividades militares

La conducta del subteniente Ruiz Novoa sobre despacho de la comisión; la del subteniente Roldán Fernández al asumir en un momento o en otro el comando de la misma, y la del cabo Rivera en su calidad de jefe de la escolta, en cuanto esas actividades se relacionen con los reglamentos del ejército, son cuestiones que sí pueden considerarse ya juzgadas desde el punto de vista simplemente militar.

Pero terminada la reyerta en "La Cascada", y arreglado por la policía el incidente allí ocurrido entre choferes y soldados, la excursión posterior del cabo Rivera con sus dos individuos de tropa, a altas horas de la noche, a través de los solares, escalando paredes, y por último la muerte de Torres Mantilla y la señora Gómez Toro, son un conjunto de hechos que reviste caracteres distintos de los de una mera infracción militar.

El aspecto del delito común

Como la escolta a órdenes del cabo Rivera fue despachada con el exclusivo objeto "de cerciorarse de lo que pasaba y traer los heridos" (al cuartel) según reza el parte del oficial de servicio, el escalamiento de paredes, la invación de predios y habitaciones ajenas —flagrante violación de las normas constitucionales sobre inviolabilidad del domicilio— y su consecuencia, la muerte violenta de Torres Mantilla y la señora Gómez

Toro, se convierten en atropellos contra las garantías ciudadanas, de los cuales deben responder las personas que causaron y ejecutaron esos hechos, ya no en su calidad de militares, sino como agentes de delito ante los jueces ordinarios.

Alcance del fallo de la Corte

Los anteriores conceptos no implican opinión de la Corte sobre imputabilidad o responsabilidad de ninguno de los protagonistas del suceso que culminó en el homicidio de los señores Torres Mantilla y Gómez Toro. La Corte determina hoy únicamente acerca del problema de jurisdicción que le ha planteado el señor Procurador delegado en lo penal, para decidir que el conocimiento del asunto compete a la justicia ordinaria.

Allí, en las diversas etapas procesales y con observancia de las formas propias del juicio criminal, los jueces a quienes incumba, se pronunciarán en el sentido de sobreseer, llamar a juicio, condenar o absolver.

Conclusión

En virtud de los considerandos precedentes, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulo lo actuado en esta causa militar, a partir de los autos que decidieron del mérito del sumario; y ordena que por conducto del Ministerio de Guerra pase el expediente el respectivo juez superior de distrito judicial, para que avoque el conocimiento del asunto, apreciando los hechos de que se trata en frente de las disposiciones del Código Penal.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Guerra.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Secretario.

HOMICIDIO—ASESINATO—CUERPO DEL DELITO DE HOMICIDIO Y SU PRUEBA

Lo esencial tratándose del cuerpo del delito de homicidio, es la comprobación de una muerte violenta. Este hecho sí se puede establecer por el perito o experto, o por testigos, o por confesión, o por indicios de los llamados necesarios. En suma, que no es sola la prueba del peritazgo por expertos la que la da la certidumbre del hecho. Lo necesario para establecer la comprobación del cuerpo del delito es que existan elementos probatorios que produzcan convencimiento pleno del hecho. No importa la denominación o la clasificación legal que tenga la prueba.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, dos de noviembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado sustanciador, Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga confirmó la sentencia de 9 de febrero de 1934, proferida por el Juzgado 1º Superior de ese Distrito Judicial.

La sentencia confirmatoria aludida es de 14 de mayo de 1935.

La pena que impuso la sentencia de primera instancia a Rogelio Flórez Jaimes fue la de veinte años de presidio y las accesorias correspondientes como responsable del asesinato de Antonio Villabona, ocurrido el 5 de diciembre de 1931 en el sitio de Chipantá, fracción del Tope, municipio de Umbalá.

Interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal el defensor de Rogelio Flórez Jaimes. Lo hizo el 1º de junio de 1935.

Al tramitarse en la Corte el recurso el Procurador General de la Nación pidió que se devolviese el expediente al Tribunal de origen para que subsanase varias irregularidades consistentes, en síntesis, en la falta de notificación de la sentencia condenatoria del Tribunal al reo.

El 28 de mayo de 1936 la Sala se abstuvo por ello de resolver el fondo del asunto, ya que sin notificación de la sentencia no se podía conceder el recurso, y dispuso además la devolución del expediente para que notificado el reo se surtiesen los efectos legales.

Hése subsanado ya la deficiencia anotada. Notificado fue el reo de la sentencia de 14 de mayo del Tribunal de Bucaramanga el 28 de julio de 1936. En ese acto dijo que apelaba para ante la Corte Suprema, y en escrito de 29 de julio de 1936, dirigido al Tribunal de Bucaramanga, citó los ordinales 1º, 2º y 5º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, expresando que la sentencia contiene un notorio error de hecho en la apreciación de las pruebas sobre su responsabilidad y que por lo tanto interpone recurso de casación.

Además, designa en el mismo escrito al doctor Augusto Ramírez Moreno como su defensor.

Manifestación similar hace en otro escrito de 30 de julio.

El Tribunal, por auto de 24 de agosto de 1936, concedió el recurso. Así se notificó al defensor en 25 de agosto del mismo año, y así se notificó también dicha admisión el 19 de octubre de 1936 al reo Rogelio Flórez Jaimes.

Está, pues, de nuevo al estudio de la Corte el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Bucaramanga, condenatoria de Rogelio Flórez Jaimes.

Al Jurado propuso el Juez de esta causa, conforme al auto de proceder, los dos cuestionarios siguientes, cuyas respuestas, como aparece en la transcripción, son afirmativas:

I

"Rogelio Flórez Jaimes es responsable de haber dado muerte voluntariamente y con premeditación, esto es, con deliberación o resolución previa de matar, a Antonio Villabona, el día cinco de diciembre de mil novecientos treinta y uno, en el punto de La Chipantá, fracción de El Tope, del Municipio de Umbalá? SI".

II

"Rogelio Flórez Jaimes es responsable de haber ejecutado el hecho definido en la pregunta anterior con alevosía o a traición y sobre seguro, sorprendiendo descuidada, desapercibida e indefensa a la víctima? SI".

En acatamiento a estos veredictos y en obedecimiento al artículo 324 de la Ley 57 de 1887, el Juez 1º Superior de Bucaramanga condenó al reo a la pena principal de veinte años de presidio al tenor de lo dispuesto por el artículo transitorio B del Acto Legislativo número 3 de 1910, pena que sustituye la de muerte del artículo 598 del Código Penal.

Como el Tribunal Superior confirmó esta sentencia, considera vulnerable el fallo el recurrente.

Aunque el reo invoca los ordinales 1º, 2º y 5º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, es decir, las causales correspondientes a esos numerales, no las sustenta. Por ello habría motivo para declarar el recurso desierto.

Acontece sin embargo que en su primer memorial habla de error de hecho y luégo en el segundo se refiere a error de apreciación, y como el defensor en el escrito en que interpuso el recurso lo fundamenta en la causal 3ª, o sea en la relativa al error en la apreciación en la prueba del cuerpo del delito y sobre este tópico analiza la sentencia, es pertinente enfocar su estudio por este aspecto.

Y lo es no obstante que hubo de reponerse la actuación, porque esa reposición se refirió únicamente a la ausencia de notificación de la sentencia al reo y por lo mismo no anuló actuación ninguna respecto de su defensor, que sí había sido notificado de ella, que había interpuesto el recurso, y porque lo anulado por falta de la notificación acria la actuación, pero en manera alguna el alegato de fundamento del recurso.

El señor Procurador Delegado se expresa así en su vista de diez y seis de julio del año en curso:

"Tercera causal. "Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

"Este es el único cargo que el recurrente presenta contra la sentencia, y lo sintetiza así:

"... no hay certeza con estas probanzas deficientes en sumo grado; existe apenas un indicio o varios indicios de que la muerte fue originada por las heridas. Mas como nuestra ley exige de manera perentoria que esa demostración haya de ser plena, es decir, que no deje lugar a dudas en el ánimo del juzgador, se saca de ahí en conclusión que en el proceso no existe la plena prueba del cuerpo del delito".

"Se contesta: En verdad, la prueba del reconocimiento del cadáver no se hizo por peritos médicos, y de ahí que adolezca el dictamen de notables deficiencias. Pero, a pesar de ello, hay elementos suficientes de convicción para dar por establecida la objetividad del homicidio.

"El dictamen pericial enseña que el ofendido Antonio Villabona presentaba dos heridas de arma de fuego: una en la frente, cuyo orificio de salida estaba sobre la oreja del

lado derecho, y otra herida arriba del ombligo, con orificio de salida en la parte izquierda de la cintura.

"Aunque los peritos no determinaron los órganos que esas heridas lesionaron, la trayectoria de ellas indica claramente que fueron de naturaleza mortal. La de la frente debió afectar la masa encefálica y la del abdomen tuvo que perforar los órganos internos. No son necesarios grandes conocimientos en anatomía para pensarlo así.

Pero es que en el proceso, sí hay prueba de la gravedad de las heridas, especialmente de la de la cabeza, hasta no dejar duda de que ellas fueron la causa del fallecimiento del herido, como lo afirman los peritos.

"En verdad, de los testigos que llegaron al teatro de los sucesos y vieron muerto a Villabona, merecen destacarse Pedro Pablo Ojeda (fs. 27), Elvira Flórez (fs. 30) y María Lisandra Ojeda (fs. 36 vta.), como los que dan un dato preciso acerca de la gravedad de las lesiones.

"Pedro Pablo dice: "Yo ví el cadáver y le ví una herida en la cabeza, hecha con arma de fuego de calibre grueso, la cual le quitó un buen pedazo del hueso por encima de la oreja derecha, y otra herida en el estómago, también de arma de grueso calibre... el disparo le quitó el pedazo de hueso desde encima de la oreja derecha hasta atrás de la cabeza, pedazo de hueso que no encontramos por ahí; y la herida del estómago era de bala, pero de arma de grueso calibre, pues el orificio de salida era sumamente grande".

"Elvira afirma: "Yo me le acerqué al cadáver y le vi en la cabeza una herida grande, que le quitó un pedazo de hueso, y por el roto se le veían los sesos".

"Y María Lisandra depone: "...ví en la salida del puente a Antonio Villabona caído boca-abajo sobre el piso y muerto ya con una herida en la cabeza y con los sesos regados".

"Jesús Ramírez (fs. 7 vta.) y Enrique Méndez (fs. 10) también vieron el cadáver de la víctima con las dos heridas que describen los peritos, causadas recientemente.

"De suerte que la prueba testimonial perfecciona la de los peritos, y lleva a la certidumbre de que Antonio Villabona murió a consecuencia de las heridas que le hizo un tercero.

"Y todavía viene a despejarse mejor la consumación del homicidio, con las declaraciones que establecen la responsabilidad del acusado Flórez Jaimes, que son las de Pedro Pablo Ojeda, Elvira Flórez, María Lisandra Ojeda y Fortunato Ojeda. A excepción de éste último, los testigos, después de sonados los disparos que causaron la muerte de Villabona, vieron por ese sitio a Flórez Jaimes salir en carrera con un arma grande en la mano, grass, según Pedro Pablo.

"Por tanto, el cuerpo del delito de homicidio sí está demostrado, y la sentencia del Tribunal no resulta vulnerable.

"En consecuencia, la Procuraduría pide comedidamente a la H. Corte declare que no es el caso de infirmar, y no infirme, la sentencia del Tribunal de Bucaramanga de que se ha hablado".

Cuerpo de delito es un hecho criminoso y punible según las leyes. La existencia del cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal (artículo 1512 del Código Judicial).

Estos dos conceptos legales sobre los cuales se construye todo el sumario son los que permiten, probada su existencia inequívocamente, y por los medios legales, hacer el cargo concreto a cualquier sindicado, cargo que se formula en el auto de proceder, el cual para que tenga base jurídica ha de contener la plena prueba de la existencia del delito.

Esta plena prueba, en tratándose del homicidio en general, puede producirse por el levantamiento del cadáver, es decir, por el examen de las huellas, rastros o señales, por peritos o reconocedores, por testigos quienes pueden declarar sobre todos los hechos y circunstancias tendientes a comprobar el cuerpo del delito (artículos 1514, 1515 y 1528 del Código Judicial).

No hay, pues, una prueba específica para el homicidio en general, cosa que sí acontece en tratándose del envenenamiento, por la razón obvia del medio por el cual se produce la muerte (substancias tóxicas que han menester expertos para el examen de las huellas que el delito deje en la víctima, o para el examen de las complicaciones que produjeron la muerte por la ingestión del veneno).

Lo esencial tratándose del cuerpo del delito de homicidio, es la comprobación de una muerte violenta. Este hecho sí se puede establecer por el perito o experto, o por testigos, o por confesión, o por indicios de los llamados necesarios. En suma, que no es sola la prueba del peritazgo por expertos la que da la certidumbre del hecho. Tanto así es que el artículo 157 de la Ley 40 de 1907 establece esta regla, que es posterior a los artículos 1514 y 1528 del Código Judicial y que resume el criterio de la investigación para la comprobación del cuerpo del delito: "el cuerpo del delito se comprueba con el prolijo examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro

modo, o con indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración".

Lo necesario para establecer la comprobación del cuerpo del delito es que existan elementos probatorios que produzcan convencimiento pleno del hecho. No importa la denominación o la clasificación legal que tenga la prueba.

Además, los elementos constitutivos señalados en la respectiva disposición penal son la base de la comprobación del cuerpo del delito. Eso agrega a las reglas de procedimiento citadas el artículo 24 de la Ley 104 de 1922, que viene en esta forma a concretar más el criterio sobre el particular. En efecto, permite esta regla de crítica que el Juez pueda apreciar el hecho con relación a la especie de delito, que en artículo correspondiente del Código Penal dé contenido a las circunstancias constitutivas del acto delictuoso.

El delito de homicidio es la muerte que un hombre da a otro, sin mandato de autoridad legítima, expedido en cumplimiento de las leyes. Reza así el artículo 583 del Código.

Basta, pues, que aparezca este hecho: muerte de un hombre causada injustamente por otro hombre para que el delito de homicidio se caracterice, y quede establecido el cuerpo del delito.

¿Qué otra apreciación cabe sobre un hecho de esta naturaleza?

¿Qué apreciación cabe en el caso presente, cuando hay testigos anteriores al suceso y posteriores al suceso, y cuando las heridas, por la situación de ellas mismas, como lo anota el Procurador al analizar la prueba testimonial, llevan a la certidumbre de que Antonio Villabona murió a consecuencia de heridas que le hizo un tercero?

Y como el cargo de asesinato se formuló en el auto de proceder en virtud de las mismas circunstancias en que ocurrió la muerte de Villabona, y como sobre estas circunstancias específicas se formuló el segundo cuestionario, no cabe discutir sobre el cargo de homicidio que es el cargo genérico que resulta de la comprobación del cuerpo del delito. A ello iría enderezada la causal 3ª

Y tampoco cabe discutir la apreciación de asesinato, porque éste es un asunto que mira a la responsabilidad y que fue apreciada afirmativamente por el Jurado.

De este último no hay para qué ocuparse.

Y respecto del primer aspecto, ya se vio cómo quedó comprobado el homicidio, que es el cargo, y cómo se resolvió afirmativamente por el veredicto.

No está probada, pues, la causal 3ª

No estándolo, no puede prosperar la casación fundamentada en este motivo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el 14 de mayo de 1935, que condenó a Rogelio Flórez Jaimes por el delito de asesinato perpetrado en la persona de Antonio Villabona, a la pena principal de veinte años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mala 3., Srio.

EL RECURSO DE CASACION SOLO PROCEDE CUANDO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SE HA IMPUESTO PENA QUE SEA O EXCEDA DE SEIS AÑOS

El hecho de que la ley otorgue al Ministerio Público el recurso de casación, no quiere decir que pueda concederse contra sentencias absolutorias o impositivas de pena inferior a seis años. La casación requiere un límite o cuantía en los asuntos que deban ser materia de él. Hay que buscar ese límite en la pena impuesta en las sentencias de los Tribunales y no en la escala de castigos del código. Gramaticalmente es claro el texto del artículo 1º de la ley 78 de 1923. La interpretación contraria conduciría a que también hubiera que dar por existente el recurso para el reo condenado a menos de seis años en delitos en donde cupiera una pena mayor, de conformidad con el código. La casación no tiene por finalidad dirimir el litigio en los negocios civiles, ni juzgar al reo en los procesos penales, sino confrontar la estricta aplicación que de la ley se haya hecho en las sentencias de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El Tribunal Superior de Ibagué confirmó el fallo absolutorio proferido por el Juez 2º Superior del mismo distrito judicial, a favor de Reyes Ramírez Pereira y Ernesto Pinzón, sindicados como circuladores de moneda falsa.

Contra aquella sentencia interpuso casación el señor fiscal del Tribunal, doctor Luis Felipe García, y como no se le otorgara, ha recurrido de hecho a la Corte.

Para resolver, se considera:

En tiempos anteriores aceptaba la Corte que debía admitirse el recurso de casación en procesos referentes a delitos castigados en el código con pena corporal que sea o exceda de seis años, pero que culminaron en sentencia absolutoria, o en donde se impuso una condenación menor.

Pero en sentencia de 27 de marzo de 1936 —casación de Rosa María Segura, "Gaceta Judicial" números 1901 y 1902, página 534— la Corte, mediante un análisis de los autos de 30 de enero de 1933 (causa de Heliodoro Marín) y 31 de enero del mismo año (causa de Juan de Jesús Carranza), rectificó la mencionada doctrina en los términos siguientes:

Todo el probolma gira al rededor de los artículos 1º y 4º de la ley 78 de 1923, que establece y reglamenta el recurso de casación en materia criminal, los cuales textos rezan como sigue:

"Art. 1º—Establécese el recurso de casación en asuntos criminales, contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y de las cuales resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión".

"Art. 4º—Este recurso puede ser interpuesto:

a) Por el Agente del Ministerio Público, bien sea el Fiscal del Tribunal respectivo, o por el Procurador General de la Nación;

b) Por el reo o sindicado personalmente, o por medio de su representante legal, su defensor o apoderado constituído para el recurso".

Punto reconocido tanto ayer como hoy, es el muy esencial de que estos dos artículos no se hallan derogados, modificados o sustituídos, expresa ni tácitamente, por las disposiciones de la ley 118 de 1931, única que se refiere, con posterioridad a la 78 de 1923, al recurso de casación en negocios criminales.

Y cuestión inconcusa es también, que al tenor del copiado artículo 4º de la ley de 1923, el recurso de casación se ha establecido no sólo en favor de los reos, sino de la sociedad, ya que se permite interponerlo a los agentes del Ministerio Público; y nadie ignora que la misión de estos funcionarios tanto puede tener por finalidad la de procurar las medidas más severas para la represión de los delitos, como la de evitar que contra los procesados se ejerzan sanciones excesivas que no se compadezcan con la aplicación estricta de los estatutos penales.

Ahora bien: establecida la casación, según nuestro derecho escrito, con el fin principal de uniformar la jurisprudencia, y con el de enmendar los agravios inferidos a las partes (la segunda locución desapareció en la ley 105 de 1931), necesario es aquí y dondequiera que el recurso exista, un límite de

asuntos que deban ser materia de él, precisamente para que pueda alcanzarse aquel objetivo primordial, sin que la jurisprudencia se evapore en el laberinto de los casos triviales.

En lo civil, poniendo de lado ciertos juicios de naturaleza especial, respecto de los cuales la ley ha querido habilitarlos para que de todos modos tengan acceso a las salas de casación, por ejemplo, los que versan sobre el estado civil de las personas, en lo demás el límite se ha fijado por la cuantía, o sea una suma de pesos que se supone marca la categoría del litigio controvertido entre las partes.

Y en lo criminal, es cosa que tampoco se discute, que aquel límite o cuantía en el recurso de casación lo constituye la pena de presidio, reclusión o prisión que sea o exceda de seis años. Tal pasaje del artículo 1º de la ley 78 de 1923 se halla al margen de los varios análisis de que se viene hablando.

Pero surge entonces la cuestión capital, y es la de determinar cuál es el sitio en donde debe aparecer valorada esa pena; si en la escala de castigos del código, o en la imposición que de ella se hace en las sentencias pronunciadas por los Tribunales Superiores. En el primer evento, cabría la tesis hasta hoy en boga de considerar admisible el recurso de casación contra sentencias absolutorias o impositivas de penas inferiores a seis años; en el segundo, es del todo insostenible la teoría.

El texto del artículo 1º de la ley 78 de 1923 es flagrantemente claro. Al establecer el recurso de casación, se vale de las siguientes voces: "contra las sentencias definitivas que pronuncien en última instancia los Tribunales Superiores de distrito judicial y de las cuales (se subraya) resulte al reo la imposición de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión". La frase relativa "de las cuales", del género femenino, no tiene en el cuerpo de la disposición otro antecedente a qué referirse, que las sentencias de los Tribunales. Buscarle a esa frase, para concordarla, un sustantivo distinto, v. gr., "contra las sentencias que versen sobre delitos de los cuales resulte al reo la imposición de una pena mayor de seis años", es no sólo forzado, sino imposible, ante el inequívoco sentido gramatical del artículo.

Y en el supuesto de que interpretativamente fuera dado confrontar la cuantía del proceso a la faz de los preceptos del código penal, con abstracción de las sentencias, siendo así que en él los delitos se castigan en una escala que fluctúa entre dos extremos, cabe preguntar: ¿Deben buscarse los seis años de la pena en el mínimo, en el medio, o el máximo? Cuál entonces el criterio fijo para la casación de sentencias sobre delitos como el de heridas, contemplado en el artículo 646 del código, y cuya pena es de cuatro a ocho años de presidio?

Pretender localizar los seis años en el medio o en el máximo de las escalas del código, equivale, en teoría, a descartar la casación para delitos castigados allí a la pena de seis años en el grado mínimo. Y de buscarlos siempre en el mínimo —quizá lo menos ilógico— en la práctica se privaría del recurso a los reos que, como en el caso del artículo 646 acabado de citar, donde se castiga en el mínimo con pena de cuatro años, pudieran ser condenados a seis o a ocho años en el medio o en el máximo.

Y de aceptar al Ministerio Público la interposición del recurso de casación contra sentencias absolutorias o de condenación inferior a seis años, a pretexto de que en el estatuto penal hay margen para una condenación a los seis años o más de que habla la ley 78 de 1923, no serían raros los casos en que por la misma razón habría que admitir el recurso también al reo condenado a menos de seis años. Por ejemplo: aquel a quien calificada su delincuencia en el medio de una disposición como la del nombrado artículo 646, y que por habérsele reducido la pena en una sexta parte (artículo 124 del Código penal), fue sentenciado a cinco años, cuatro meses de presidio, intentara venir a la Corte a alegar su absolución o la condena en grado tercero.

La única norma segura, pues, para obtener la cuantía de la casación en materia penal es la que, informándose de manera absolutamente fiel en el texto del artículo 1º de la ley 78 de 1923, busca el límite de los seis años en la imposición que de la pena se hace en las sentencias de los Tribunales Superiores. Así se armonizan los dos artículos de esa ley, el 1º y el 4º, al rededor de los cuales, según se dijo atrás, gira el problema de la admisión del recurso mencionado.

Por el primero se establece el recurso, se determina la clase de negocios que deben ser objeto de él con base en la cuantía de la pena; y en el otro se otorga no solamente a los sentenciados, sino a los agentes del Ministerio público, para que en los asuntos que revisten la importancia inherente a esa cuantía, puedan ocurrir a la Corte, ya en demanda de mayor severidad en los castigos, ora con el propósito de que se repare cualquier

exceso o error en la apreciación de la causa de los reos.

Y el argumento de que otras interpretaciones se imponen en aras de la defensa social y de la represión de los delitos, no parece aceptable en tratándose del recurso de casación; porque además de que ese cuidado incumbe y debe dejarse con plena confianza a los juzgadores de instancia, no puede perderse de vista la índole misma de este recurso, que mira ante todo a la unificación de la jurisprudencia, y cuya finalidad no es propiamente la de dirimir el litigio en los negocios civiles, ni la del juzgamiento del reo en los procesos penales, sino la de confrontar la estricta aplicación que de la ley se haya hecho en las sentencias de último grado proferidas por los Tribunales Superiores.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, declara que no es admisible el recurso de casación interpuesto de hecho por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué contra la sentencia absolutoria de dicho Tribunal fechada el treinta de junio de mil novecientos treinta y siete y proferida en la causa contra Reyes Ramírez Pereira y Ernesto Pinzón.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la "Gaceta Judicial" y transcríbase al Tribunal Superior de Ibagué para su conocimiento.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

REGULACION DE HONORARIOS PERICIALES.—GASTOS DEL JUICIO

1.—El valor de la acción no puede ser el criterio para fijar los honorarios de los peritos, porque en muchos casos ocurre que asuntos de relativo interés pecuniario presentan problemas de difícil solución que requieren un estudio detenido y complicado. Por eso el artículo 568 del C. J. señala como únicos factores que deben apreciarse para elevar la asignación debida a los peritos "la importancia del trabajo y la categoría de los expertos". 2.—El gasto que ocasione toda prueba conducente en un juicio interesa a ambas partes, porque ellas deben estar igualmente interesadas en el esclarecimiento de las cuestiones de hecho que sean dudosas; pero desde que la ley hace la distinción indicada en el artículo 562 del C. J., es porque aquélla regla no indica el criterio que deba seguirse en el particular. Los gastos serán comunes cuando se trate de una prueba decretada en auto para mejor proveer, cuando ha sido pedida por ambas partes, o cuando el dictamen pericial debe versar también sobre cuestiones solicitadas por la contraparte, ajenas a las propuestas por la parte que pidió la prueba.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio siete de mil novecientos treinta y siete.

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

En auto de diez de noviembre del año pasado, el Tribunal Superior de Bogotá, para poner fin a una articulación sobre estimación de los honorarios de los peritos en el juicio seguido por Antonio J. Gómez contra la Nación, señaló los correspondientes a los señores Jesús Antonio Uribe y Gregorio Garavito A. en la cantidad de $ 450 moneda corriente para cada uno, y en $ 200 moneda corriente los del perito señor Jesús María Correa. Esta providencia ha subido a la Corte en virtud de apelación concedida al señor Administrador del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y a los doctores Uribe, Garavito y Correa.

Tramitado legalmente el recurso en la segunda instancia, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones;

El señor Procurador Delegado en lo Civil hizo un estudio detenido del problema y rindió su concepto en la siguiente forma:

"En el juicio ordinario del señor Antonio J. Gómez con la Nación se ha presentado un incidente sobre regulación de honorarios de dos de los peritos, los señores doctores Gregorio Garavito y Jesús Antonio Uribe (dictamen de fs. 154 a 274, cuaderno N° 8), y de otro perito, el doctor Jesús María Correa (dictamen de fs. 13 a 28, id.).

"Por auto fecado el 10 de noviembre del año retropróximo, el Tribunal Superior de Cundinamarca fijó para cada uno de los dos primeros peritos la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) y para el tercero la de doscientos pesos ($ 200.00), como remuneración de su trabajo que debe pagar la Nación.

"Habiendo apelado las partes del mencionado auto, el expediente se halla hoy a vuestro conocimiento.

"Los hechos ocurrieron así:

"El Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales pidió la práctica de una inspección ocular, en asocio de peritos grafólogos, sobre los libros copiadores de correspondencia y archivo de dicho Consejo, para acreditar los hecho a), b), y d) del respectivo memorial de pruebas (fs. 2 y 3, cuaderno número 4).

"Por memorial presentado el 28 de agosto de 1935 se solicitó una ampliación del punto b) del memorial de que se habló (fs. 1, cuaderno N° 8).

"La intervención de los peritos se encaminaba a realizar un cotejo de letras que no se llevó a efecto, a establecer la fecha de presentación de unos documentos, lo cual tampoco se realizó, e indicar la manera como solían comunicarse las resoluciones sobre tarifas a las empresas ferroviarias, lo cual constituyó el único objeto del dictamen pericial.

"La inspección ocular se practicó el 3 de diciembre de 1935, con asistencia de los mencionados peritos doctores Garavito y Uribe, los cuales contaron con la ayuda del Jefe del Departamento de Tráfico del Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales, quien les suministró una lista de once resoluciones, abreviándoles en forma tal el trabajo, que les señaló el volumen, la página, el número de los oficios y el número del libro copiador, y además se les brindaron por dicho Consejo todas las comodidas necesarias para el fácil desempeño del cumplimiento de sus deberes.

"No hubo, pues, un trabajo que requiriera la ciencia o la ilustración de los peritos, sino una simple cuestión de hecho consistente en lo siguiente: "cómo se habían comunicado a los ferrocarriles once resoluciones sobre tarifas y fletes" (fs. 30 y 31, cuaderno Nº 4, 32 y 33 id., y 156, cuaderno Nº 8). Así lo reconocen los mismos peritos cuando dicen: "no creemos que para hacer la regulación de los honorarios, sea menester el dictamen de peritos, ya que los hechos sobre de que ha de hacerse dicha regulación no son de los que exigen conocimientos o prácticas especiales".

"No hubo, pues, cotejo de letras, ni se procedió a establecer la fecha de presentación de varios documentos, porque las partes prescindieron de dichas pruebas.

"El Tribunal ordenó a los peritos, por auto de 7 de diciembre de 1935, que debían hacer un examen detenido de todas las comunicaciones existentes en el archivo y que se relacionaran con el punto sometido a su estudio, a fin de rendir un concepto analítico en el cual se detallen las piezas estudiadas y las causas determinantes de las conclusiones del dictamen.

"Para tal estudio se presentó una facilidad asombrosa, dada la circunstancia de que todos los documentos y papeles del archivo referido se encuentran debidamente legajados, lo cual facilita su rápido manejo, y el trabajo fue de una sencillez tal, que se manifiesta en las conclusiones dadas por los peritos.

"La presentación alegante que los peritos le dieron a su dictamen no puede ser causa para obtener un honorario tan elevado como el que pretenden, o sea la suma de seiscientos pesos ($ 600.00) para cada uno de los peritos Garavito A. y Uribe, ni como el que ha fijado el Tribunal Superior en el auto recurrido, es decir, la suma de cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00.).

"En materia de honorarios periciales dentro de los juicios en que es parte la Nación, se ha venido observando la fijación de sumas exageradas a cargo de ella por algunas autoridades judiciales, y con tal motivo ha sido necesario llevar varios asuntos a la revisión de esa alta Corte.

"Este despacho no entra a sugerir siquiera cuál sea o pudiera ser el precio de los trabajos que los referidos peritos presentaron, pero sí observa que de los arts. 566, inciso 2º, 567 y 568 se deduce que la remuneración de los peritos se hace por horas, pagándoles a cincuenta centavos ($ 0.50) la primera y a veinticinco centavos ($ 0.25) las siguientes, y en el caso de que el asunto sea de mayor cuantía, se pueden aumentar estos honorarios hasta el cuádruplo, es decir, dos pesos ($ 2.00) por la primera hora y un peso ($ 1.00) por cada una de las siguientes, pero si se les concede término para presentar sus trabajos, el Juez puede aumentar las asignaciones prudencialmente, teniendo en cuenta la importancia del trabajo y la categoría de los expertos. Al no seguir el criterio del Tribunal que quizá tiene una base subjetiva, y al buscarle a la fijación de honorarios un fundamento en las disposiciones legales que viniera a unificar la jurisprudencia en esta materia, se tendría que el trabajo de los peritos no se realizó en un lapso mayor de los quince días que les fueron señalados por el Tribunal en su auto de fs. 31 vto., cuaderno Nº 4, lo cual es excesivo, si se tiene en cuenta que apenas trabajaron por algunas pocas horas diarias, pero aún aceptando que durante los referidos quince días hubieran trabajado durante las ocho horas legales que reconocen las disposiciones sobre trabajo, todo esto naturalmente en el supuesto más perjudicial a los intereses de la Nación, tendríamos un total de ciento veinte horas que computadas a un peso con cincuenta centavos ($ 1.50) cada una, aumentando así la tarifa legal, daría la suma de ciento ochenta pesos ($ 180.00) como honorarios para cada uno de los referidos peritos.

"No pretende la Procuraduría que esta regla deba aplicarse en todos los casos, especialmente cuando se trata de trabajos intelectuales que suponen largos años de preparación, en que los peritos ponen al servicio de la justicia su ilustración y su ciencia, lo cual no ocurre en el caso contemplado, por tratarse de una simple cuestión de hecho.

"Hay que tener en cuenta además que el demandante estima la cuantía de su acción en no menos de dos mil pesos ($ 2,000.00) (fs. 18 vto., cuaderno Nº 1), y en tal virtud los honorarios fijados por el Tribunal a los peritos ascienden en su totalidad a la suma

total de más de mil trescientos pesos ($1.300.00), es decir, casi el valor de la acción. La fijación se descompone así: Cuatrocientos cincuenta pesos ($ 450.00) para cada uno de los peritos Correa y Ruiz Rivas, sin contar lo que se fije por honorarios al perito doctor Aguilera. Con esta desmesurada apreciación del Tribunal con respecto a los honorarios periciales, se entrabaría en forma tal la administración de justicia, que para la Nación resultaría mejor pagar la suma que se le cobre en cualquier demanda temeraria, que entrar a defender sus derechos ante los jueces ordinarios.

"En cuanto a la apelación interpuesta por el perito doctor Correa, ocurre lo siguiente:

"El Consejo de FF. CC. solicitó en el mismo juicio la práctica de una prueba pericial para que por los expertos nombrados se dictaminara si entre las funciones de la oficina de ajustes se comprendía la de comunicar las resoluciones sobre tarifas o tan sólo la de liquidar cuentas (fs. 2 y vto., cuaderno N° 8).

"La precitada prueba se extendió a muchos otros puntos, a solicitud de la parte demandante, hecha en memorial de 4 de septiembre de 1935 (fs. 3 y vto., cuaderno id.).

"Se nombró asimismo un perito tercero para que interviniera en el mismo asunto (fs. 276, 278 y 280, cuaderno id), y se le asignó la suma de doscientos pesos ($ 200.00) como honorarios (fs. 290 vto. del mismo cuaderno).

"La prueba fue practicada, pues, a petición de ambas partes y por consiguiente el pago de los honorarios respectivos debe corresponderle a ambas partes, y no sólo a la Nación, como lo establece el Tribunal en el auto recurrido de 25 de enero de 1937 (fs. 28 vto., cuaderno id).

"No podría aceptarse que una de las partes recargara el trabajo de los peritos con nuevas y a veces inútiles cuestiones, haciendo más pesada y costosa la fácil labor de un peritazgo, sin que tuviera que retribuírle nada por el nuevo trabajo que impone, pues con este criterio no sería difícil impedir que se llevara a efecto una prueba pericial, por medio de cuantiosas preguntas de la contraparte, aún conducentes, que graverían en exceso el trabajo de los peritos y el patrimonio de la contraparte.

"Las consideraciones expuestas llevan a este despacho a conceptuar que el auto recurrido deberá ser revocado para rebajar los honorarios de los peritos doctores Uribe y Garavito A. El Consejo de FF. CC. Nacionales estima que la suma de doscientos pesos ($ 200.00) para cada uno de ellos sería equitativa, y no hay razón alguna para aumentar los honorarios fijados al perito doctor Correa. El auto debe ser aclarado también en el sentido de que los doscientos pesos ($ 200.00) fijados por el Tribunal al perito Ruiz Rivas y aceptados por éste, (fs. 29, cuaderno N° 9, 290 vto., cuaderno N° 8) y los doscientos pesos ($ 200.00) que deberán corresponderle al perito Correa, pues no hay razón alguna para que éste pretenda obtener un honorario mayor, y el honorario que se le fije al otro perito doctor Aguilera, de acuerdo con el trabajo practicado, deben ser cubiertos por iguales partes por el demandante, y por la Nación".

Dos cuestiones es necesario decidir: la relativa al monto de los honorarios de los peritos Uribe y Garavito y la que se relaciona con la determinación de quien debe pagar los honorarios de los peritos Ruiz Rivas, Correa y Aguilera.

Como se ve por el concepto transcrito, el señor Procurador considera que se debe señalar como honorarios la suma de doscientos pesos ($ 200.00) para cada uno de los peritos y que los honorarios correspondientes a Lo peritos Ruiz Rivas, Correa y Aguilera deben ser cubiertos por iguales partes por el demandante y por la Nación.

La Sala encuentra muy importantes las observaciones del señor Procurador en lo referente a la apreciación hecha por el Tribunal de los honorarios de los peritos doctores Uribe y Garavito. Pero no considera exagerada la fijación de tales honorarios, en atención al laborioso trabajo realizado por los peritos, quienes cumplieron su encargo en forma plenamente satisfactoria.

Con arreglo al artículo 568 del C. J., el Juez puede aumentar las asignaciones de los peritos, "prudencialmente teniendo en cuenta la importancia del trabajo y la categoría de los expertos".

Sobre el cumplimiento de esta disposición el Tribunal dice lo siguiente:

"Las exposiciones de los expertos nombrados contienen un análisis detallado de las cuestiones que fueron sometidas a su consideración, y de ese análisis pormenorizado se desprende que como auxiliares de la justicia pusieron al servicio de éste todas sus capacidades para rendir un dictamen fundamentado, claro y preciso en lo posible, en términos que no mereció ninguna objeción de las partes.

"De acuerdo con el artículo 568 del C. J., los honorarios de los peritos se fijan por el Juez teniendo en cuenta la importancia del trabajo y la categoría de los expertos.

"En el presente caso, el trabajo de los expertos, sometido a la consideración de las partes y del Tribunal, es, como ya se dijo, completo y como versa sobre cuestiones delicadas que fueron estudiadas a fondo y se rindió por personas entendidas en la materia, el Tribunal, teniendo en cuenta estas circunstancias, procede a hacer la fijación del honorario, pero no en la suma indicada por los peticionarios, que estima un poco alta, sino en otra inferior, que en su sentir, es equitativa y justa".

Los argumentos principales expuestos por el señor Procurador, fueron alegados por el señor Administrador del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en la primera instancia y estudiados por el Tribunal en el auto de fecha veinticinco de enero pasado, en el cual se negó la reposición del auto anterior y se concedió la apelación para ante la Corte.

El dictamen, según aparece de autos, fue rendido con las formalidades legales, debidamente fundamentado y poniendo en el trabajo cuidado especial. Por estas circunstancias y por el tiempo empleado en el estudio de la cuestión, que no fue solamente el del examen del archivo, los honorarios fijados por el Tribunal son equitativos y justos.

El argumento de que se pagará a los peritos una suma que es más de la mitad de la cuantía de la acción, no tiene fundamento, porque la cuantía del pleito no se ha determinado, ya que la expresión del libelo "Estimo la cuantía de la acción en no menos de $ 2,000 moneda colombiana", no determina las aspiraciones precisas del demandante, como lo estimó acertadamente el Tribunal, sino que señala una cantidad mínima.

Por otra parte, el valor de la acción no puede ser el criterio para fijar los honorarios de los peritos, porque en muchos casos ocurre que asuntos de relativo interés pecuniario presentan problemas de difícil solución que requieren un estudio detenido y complicado. Por eso el artículo 568 del C. J., señala como únicos factores que deben apreciarse para elevar la asignación debida a los peritos "la importancia del trabajo y la categoría de los expertos".

Por todas estas razones, la Sala encuentra en esta parte jurídico el auto apelado.

En lo referente a la cuestión relacionada con la determinación de quién debe pagar los honorarios de los peritos Ruiz Rivas, Correa y Aguilera, se tiene lo siguiente:

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales solicitó una prueba pericial para establecer algunos puntos relacionados con la Oficina de Ajustes. El apoderado del demandante pidió a los peritos determinadas aclaraciones en relación con los puntos sometidos a su dictamen, haciendo uso del derecho que tiene la parte contraria de impedir que queden vacíos en una diligencia que puede perjudicarle.

El señor Procurador estima que el auto apelado se debe aclarar en el sentido de que los honorarios fijados a los peritos Ruiz Rivas, Correa y Aguilera, deben ser cubiertos por iguales partes por el demandante y por la Nación.

La cuestión está definida en el artículo 562 del C. J., que dice así:

"Cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que solicite, y contribuir a prorrata al pago de los gastos comunes".

Conforme a esta disposición hay gastos que deben ser hechos por una sola de las partes y otros que deben serlo por ambas, a prorrata.

Puede decirse que el gasto que ocasione toda prueba conducente en un juicio interesa a ambas partes, porque ellas deben estar igualmente interesadas en el esclarecimiento de las cuestiones de hecho que sean dudosas; pero desde que la ley hace la distinción indicada en el artículo 562 del C. J. ya citado, es porque aquella regla no indica el criterio que deba seguirse en el particular.

Los gastos serán comunes cuando se trata de una prueba decretada en auto para mejor proveer; cuando ha sido pedida por ambas partes, o cuando el dictamen pericial deba versar también sobre cuestiones solicitadas por la contraparte, ajenas a las propuestas por la parte que pidió la prueba. Como ninguno de estos casos ocurre en este negocio, debe estarse a lo dispuesto en la primera parte de la disposición citada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio diez y seis de mil novecientos treinta y siete.

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

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en escrito presentado el veintiuno de junio pasado, y el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, solicitaron reposición del auto de fecha siete del mes expresado, para que sea reformado en el sentido de ordenar que los gastos ocasionados por la prueba pericial solicitada por el representante de la Nación en el juicio ordinario que sigue contra dicha entidad el señor Antonio J. Gómez, sean sufragados por ambas partes. De la solicitud se corrió el traslado legal y hoy se pasa a resolverla, previas las siguientes consideraciones:

En el auto expresado, la Sala dijo lo siguiente:

"Los gastos serán comunes cuando se trata de una prueba decretada en auto para mejor proveer; cuando ha sido pedida por ambas partes, o cuando el dictamen pericial deba versar también sobre cuestiones solicitadas por la contraparte, ajenas a las propuestas por la parte que pidió la prueba. Como ninguno de estos casos ocurre en este negocio, debe estarse a lo dispuesto en la primera parte de la disposición citada. (Art. 562 del C. J.)".

En lo anterior se apoyaron los funcionarios expresados para solicitar que se obligue al demandante a pagar la mitad de los honorarios de los peritos, por haber solicitado que éstos dictaminaran sobre varias cuestiones que en concepto de la Sala se dirigían a aclarar la prueba pedida por la entidad demandada.

El auto de la Corte es suficientemente claro. Al decir que los gastos deben ser comunes "cuando el dictamen pericial deba versar también sobre cuestiones solicitadas por la contraparte, ajenas a las propuestas por la parte que pidió la prueba", no se refirió la Sala —ni podía referirse— a las aclaraciones que tienen derecho a solicitar las partes a fin de que la diligencia se practique de la mejor manera posible. "Ajeno", según el Diccionario de la Academia, significa "extraño", "diverso". De manera que la interpretación que se le ha querido dar al concepto de la Sala no tiene fundamento.

Los argumentos expuestos por el señor Procurador, ya habían sido alegados por los representantes de la Nación en la primera instancia y ellos fueron apreciados al dictar el auto de fecha siete de junio pasado.

No encuentra la Sala razones que justifiquen la reforma pedida y por tanto debe negarse la solicitud del señor Procurador, que coadyuva el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, niega la reposición del auto de fecha siete de junio pasado.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SE PIDE EL CUMPLIMIENTO DE UN AUTO DE DESEMBARGO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio quince de mil novecientos treinta y siete.

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

En el juicio seguido por la Sindicatura e Inspección de Lazaretos de Tunja contra la sucesión del doctor Francisco Pinzón Torres, se concedió para ante la Corte el recurso de apelación contra el auto de fecha dos de febrero pasado, interpuesto por el doctor Julio C. Rojas Pinilla, representante de la parte ejecutada. Tramitado legalmente el recurso, se pasa a resolverlo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil

dio su concepto en los siguientes términos:

"En el juicio ejecutivo que adelanta la Administración de Hacienda Nacional de Tunja contra el señor Francisco Pinzón Torres, apeló éste del auto de dos defebrero pasado, por el cual no se accedió a decretar el desembargo de una casa sujeta a esta traba en el debate (fs. 58, cuaderno Nº 1).

"Fundamenta esta petición el hecho de que con anterioridad a la solicitud del ejecutado, la Administración de Hacienda había decretado, en auto de 3 de octubre de 1935, el desembargo del mismo inmueble, sólo que en dicha ocasión faltó que se ordenara al respectivo registrador la cancelación del embargo. Y como de acuerdo con el artículo 1019 del C. J., el desembargo de bienes no puede pedirse sino por una sola vez y sólo antes de dictarse sentencia de pregón y remate, la nombrada oficina recaudadora se abstuvo de acceder a la petición de desembargo.

"Del estudio que ha hecho la Procuraduría de este asunto, se desprende lo siguiente:

"El 21 de agosto de 1935, aquella oficina ejecutora dictó un auto por el cual se decretó el embargo de "una casa de rafa y teja con su sitio y solares ubicada en el barrio de San Ignacio" en la ciudad de Tunja, con expresión de linderos (fs. 9 vto. y 10, cuaderno id).

"Posteriormente, a solicitud del ejecutado, en providencia de 3 de octubre del mismo año, se levantó el embargo anterior y se ordenó oficiar al Registrador de Instrumentos del Circuito para que hiciera la cancelación del gravamen (fs. 19, cuaderno id).

"En fecha posterior a la sentencia de pregón y remate, el 29 de diciembre del año retropróximo, la Administración de Hacienda decretó el avalúo y depósito del inmueble de que se trata. Este auto fue proferido en virtud del certificado de la oficina de Registro de Tunja que figura a fs. 50, cuaderno Nº 1, donde consta que el embargo de dicho inmueble estaba vigente en la época en que se decretó el avalúo y depósito mencionados (fs. 50 a 51, cuaderno id.).

"Como se observa, habiéndose levantado el embargo del referido inmueble desde el 3 de octubre de 1935, vino a resultar más tarde que dicho gravamen estaba vivo aún, de lo cual se concluye que la Administración ejecutora no dio la orden de cancelación del embargo a la oficina de registro de Tunja, o si acaso la comunicó no llegó a su destino, o se extravió o traspapeló en la oficina destinataria. Pero en manera alguna este trámite irregular, posterior al desembargo, puede anular el derecho que obtuvo el ejecutado para que su propiedad sobre la citada finca quedara libre del embargo que había sufrido.

"Por tanto, carecen de validez legal el avalúo y depósito decretados posteriormente, con motivo de haber quedado ineficaz en sus consecuencias la providencia de desembargo, ya que ésta, como no fue revocada por otra, ha continuado hasta el momento con toda su fuerza y valor jurídicos.

"No puede sostenerse que un olvido en oficiar al registrador de Instrumentos Públicos y Privados, como se había ordenado en el auto de 3 de octubre de que se ha hecho mérito, o cualquiera de los eventos contemplados antes, u otros similares puedan tener como resultado la tácita invalidación del auto de desembargo. Una cosa es la validez legal propia de esta providencia, y otra distinta son los efectos de ella, en el evento de una falta de gestión para lograr la cancelación del gravamen, gestión que corresponde al juez de la causa, sin necesidad de petición de parte.

"Pero en el proceso que se estudia, la Procuraduría encuentra que la acción intentada por el ejecutado se encamina a obtener el desembargo de la finca. De lo anterior se desprende que esta petición resulta improcedente, puesto que, estando vigente el desembargo mencionado, mal puede decretarse nuevamente. Mucho menos cabe esta petición con posterioridad a la sentencia de pregón y remate.

"Como lo único que corresponde revisar a la Honorable Corte es la providencia subida en apelación, y ella se encuentra arreglada a derecho, conforme se ha visto, la Procuraduría es del parecer que debe ser confirmada en todas sus partes, pues al ejecutado le queda expedito el camino para hacer efectivo su derecho, puesto que el desembargo de la finca en mención se halla vigente desde el 3 de octubre de 1935, y sólo falta que el Juez a quo cumpla con el deber de librar el oficio respectivo al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja".

La Sala encuentra jurídicas las apreciaciones que hace del problema el señor Procurador Delegado en lo Civil, porque habiéndose decretado el desembargo del inmueble desde el 3 de octubre de 1935, con la advertencia de que se debía librar el despacho del caso al Registrador para la cancelación, en auto que está ejecutoriado, la omisión del empleado ejecutor en el cumplimiento de la providencia mencionada no puede anular el derecho del ejecutado para que su propiedad sobre la finca quedara libre del embargo a que había estado sujeta.

Pero discrepa la Sala del concepto transcrito en la conclusión final. El señor Procurador reconoce el derecho del ejecutado, pero estima que la providencia apelada debe confirmarse y dejar que el interesado ejercite la acción correspondiente para que el juez a que cumpla con el deber de librar el oficio respectivo al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja para la cancelación del embargo del inmueble. La Sala considera que la providencia apelada debe ser revocada, por las siguientes razones:

El auto apelado se funda en que el artículo 1019 del C. J. dice que "el ejecutado puede pedir por una sola vez, antes de la sentencia de pregón y remate el desembargo de bienes indebidamente embargados", lo que indica que la solicitud es improcedente, porque ya el desembargo de la finca se había pedido y decretado.

Es inaceptable el razonamiento del empleado ejecutor, quien niega el desembargo por el hecho de haberse decretado anteriormente, en auto que no se cumplió por la oficina ejecutora, la cual tenía el deber de librar el despacho correspondiente al Registrador.

Lo que solicita el representante de la parte ejecutada en memorial de fecha primero de febrero pasado, no es un nuevo desembargo, sino el cumplimiento de la providencia que lo había concedido, el levantamiento del depósito hecho posteriormente al auto que concedió el desembargo y la cancelación respectiva. Estas peticiones son procedentes y la Sala considera que se deben decretar de conformidad, sin sujetar al interesado a un procedimiento dilatorio para obtener el reconocimiento de su derecho.

La Sala para apartarse de la ilustrada opinión del señor Procurador, tiene en cuenta la siguiente disposición del C. J.:

"Artículo 472—Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y, por consiguiente, con este criterio, han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamentos del derecho".

Reconocido el derecho del actor, se debe buscar la manera de que sea efectivo ese reconocimiento, interpretando las disposiciones legales en un sentido que realice la verdadera aspiración de la justicia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca el auto apelado y en su lugar resuelve levantar el depósito del inmueble de que se ha hecho mención y librar el despacho del caso al Registrador de Instrumentos Públicos de Tunja para la cancelación del embargo, de acuerdo con lo ordenado por el empleado ejecutor con fecha tres de octubre de mil novecientos treinta y cinco.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO.—FIANZA HIPOTECARIA DE CARCEL

1.—Por el hecho de que el superior cambie la denominación que le ha dado el inferior al delito, no puede considerarse que queda sin valor una obligación de fianza, que se ha otorgado para asegurar la comparencia del acusado a responder del hecho que se investiga, cualquiera que sea la denominación que en definitiva le corresponda conforme a la ley.—2. Si la ley establece de manera expresa que la copia de la escritura de hipoteca con el requerimiento correspondiente prestan mérito ejecutivo, sin exigir la copia de la diligencia de fianza, es obvio que la omisión de ésta en el expediente no puede considerarse como motivo de nulidad de la obligación.—3. Para que el fiador de cárcel pueda ser reputado en mora de presentar a su fiado es indispensable que haya precedido el requerimiento del caso.—4. A la fianza de cárcel se aplica la disposición del artículo 2373 del C. C.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y siete.

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

El Juzgado Segundo Superior de Bogotá, en auto proferido con fecha 18 de noviembre de 1935, declaró a los señores Hernando y Juan Uribe Cualla incursos en la multa de $ 10.000 garantizados con hipoteca sobre el dominio de los bienes raíces individualizados en la escritura pública número 4059 de 28 de noviembre de 1928, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito, por no haber cumplido con la obligación de presentar ante dicho Juzgado al señor Alberto Chaves de quien se constituyeron fiadores de cárcel segura, mediante la citada escritura 4059. Este auto fue confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá.

Apoyado en la providencia anterior, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto de fecha veintidós de mayo del año pasado, libró orden de pago, por la vía ejecutiva, a favor del Tesoro Nacional y en contra de los señores Hernando y Juan Uribe Cualla por la suma de $ 10,000 y las costas del juicio.

El Juzgado, en ejercicio de la acción real nacida de la hipoteca mencionada y teniendo en cuenta la disposición del artículo 988 del C. J., decretó el embargo, secuestro y avalúo de los inmuebles hipotecados en la escritura pública número 4059, o sean los siguientes:

"Primero. Un solar de terreno situado en el Barrio de Chapinero de esta ciudad de Bogotá, marcado con el número cinco (5) de la manzana número once (11) del plano de la urbanización que la sociedad "Dávila Holguín y Liévano" está desarrollando, siendo los linderos de dicho solar los siguientes: "Por el Norte, en una extensión de doce metros (12 m,) con el solar número cuatro (4) de la misma manzana; por el Oriente, en una extensión de treinta y tres metros (33 m.) con la carrera quince (15); por el Sur, en una extensión de doce metros (12 m.) con la calle cuarenta y dos (42); y por el Occidente, en una extensión de treinta y tres metros (33 m.) con el solar número seis (6) de la misma manzana".

"Segundo. Un solar de terreno situado en el barrio de Chapinero de esta ciudad de Bogotá, marcado en el plano de la urbanización arriba expresada con el número ocho (8) de la manzana número cuatro (4), solar que está alinderado así: "Por el Norte, con el lote número siete (7) de la misma manzana; por el Sur, con la calle cuarenta y dos (42); por el Oriente, con el solar número cinco (5) de la misma manzana; y por el Occidente, con la carrera quince (15)".

Los ejecutados, en memorial presentado el 24 de julio pasado, propusieron en su favor las excepciones que se desprenden de varios hechos que enumeran en la demanda, la cual fue enviada a la Corte para su conocimiento.

Tramitado legalmente el incidente de excepciones, se pasa a fallarlo. Durante el término de prueba se practicaron las que solicitó el doctor Luis Eduardo Gacharná, apoderado de los doctores Uribe Cualla. Tanto el doctor Gacharná como el señor Procurador Delegado en lo Civil alegaron por escrito durante el término concedido por la Sala.

En la demanda de excepciones los doctores Uribe Cualla enumeran los siguientes he-

chos, en los cuales hacen consistir la nulidad de la fianza y de la escritura en que ésta se otorgó:

"Primero.—El Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso que se adelantaba contra el señor Alberto Chaves, "por los delitos de estafa y uso de las propiedades ajenas sin consentimiento del dueño" por auto de fecha 23 de noviembre de 1928, concedió al procesado el beneficio de libertad provisional mediante caución hipotecaria de diez mil pesos ($ 10.000).

"Segundo.—El procesado nos ofreció como sus fiadores y como tales fuimos admitidos por el citado Juzgado Segundo Superior de Bogotá.

"Tercero.—La fianza se otorgó por medio de la escritura pública número 4052 de 28 de noviembre de 1928 en la Notaría 1ª de Bogotá.

"Cuarto.—El beneficio de libertad provisional se concedió al procesado Alberto Chaves por medio del citado auto de 23 de noviembre de 1928, diciéndose dar así aplicación al artículo 5º de la Ley 68 de 1928.

"Quinto.—Cuando se otorgó y consumó el beneficio de libertad y se firmó la caución hipotecaria, estaba apelado por el Fiscal del Juzgado 2º Superior el auto de llamamiento a juicio de 14 de noviembre de 1928, y en el cual se hacía un cargo por el delito de estafa.

"Sexto.—El beneficio de libertad provisional se concedió al procesado Alberto Chaves sin que estuviera en firme el auto en que se abría causa criminal, y en el cual se formulara ya como ley del proceso un cargo en que se mencionara el delito con la denominación respectiva del Código Penal.

"Séptimo—El mencionado auto de proceder dictado por el Juzgado Superior y la denominación del delito vinieron a ser revocados por el Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de 16 de junio de 1932, cambiándose la denominación de estafa por la de abuso de confianza, disponiéndose al mismo tiempo que el sindicado Alberto Chaves no tenía derecho a gozar del beneficio de libertad provisional por estar aquel delito excluído de esa gracia de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 52 de 1918.

"Octavo—Para que el Juez 2º Superior hubiera podido calcular el grado en que debedía calificarse la delincuencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5º de la ley 68 de 1928, era indispensable que existiera auto de proceder ejecutoriado en el cual se hubiera formulado el cargo, mencionando el delito con la denominación que le diera el Código Penal (artículo 345, ley 105 de 1890). Y afirmamos esto, porque el grado de la delincuencia lo establecen los Jueces cuando declaran el delito (artículo 120, Código Penal); porque el grado de la delincuencia dice relación a la pena (artículo 121 y siguiente del Código Penal); porque el grado de delincuencia se determina en la sentencia condenatoria (artículo 324, ley 57 de 1887). El auto de proceder da comienzo al juicio criminal, abre el proceso y hace un cargo con una denominación técnica dada por el Código Penal. Por tanto, si la calificación del grado de la delincuencia se hace en la sentencia, cómo es posible que el Juez pueda calcular anticipadamente "el grado en que debería calificarse dicha delincuencia" sin tener siquiera un auto de proceder firme, ejecutoriado, que no esté sujeto a posibles revisiones, que vendrían necesariamente a echar por tierra el cálculo que hubiese hecho?

"Noveno—El señor Juez 2º Superior de Bogotá violó la ley de manera ostentosa y flagrante al conceder el beneficio de libertad provisional al sindicado Chaves, sin que estuviera ejecutoriado el auto de proceder. Mejor dicho: violó la ley que dijo aplicar cuando concedió el beneficio de libertad (artículo 15, ley 68 de 1928).

"Décimo—La fianza o caución otorgada por los suscritos 'para presentar al señor Chaves a la autoridad cuando para ello fueren requeridos", así como la escritura en que se otorgó la fianza, son nulas con nulidad absoluta por causa ilícita al tenor de lo dispuesto en el artículo 1524 del Código Civil. La fianza es igualmente nula porque contraviene al derecho público de la Nación, ya que se otorgó a virtud de una violación legal (artículo 1519 del C. C.). Todo lo relativo a las penas envuelve cuestiones de orden público. En ello están de por medio los intereses de la sociedad y los más caros derechos individuales.

"Undécimo—El Tribunal Superior de Bogotá para decidir sobre la denominación del delito y resolver en consecuencia de la apelación interpuesta contra el auto de proceder por el Fiscal del Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Bogotá, empleó tres años, cinco meses y quince días, excediéndose en todos los términos legales e incurriendo en una demora sin precedentes en los anales de Colombia. (arts. 512 antiguo Código Judicial, artículo 33, ley 105 de 1890, 375 y 376 del nuevo Código Judicial)".

En su alegato el doctor Gacharná considera que revocada la calificación que el inferior hizo del delito en el auto de proceder, es de aplicación el artículo 3º de la ley 39 de 1921, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Si se revocare el auto apelado, las diligencias que se hubieren practicado en virtud de ese auto no tendrán valor en juicio; pero el interesado podrá hacer que tales diligencias se practiquen nuevamente, corrigiendo los defectos que el superior que revocó hubiere anotado".

Termina así el doctor Gacharná:

"Responsabilidad del funcionario que libró la boleta de libertad es lo que aparece sin duda alguna en el caso a que me refiero, por obrar precipitadamente, pero no eficacia de la fianza, que por orden expresa de la ley quedó sin valor al ser revocada la providencia que la originó".

La Sala observa:

La disposición citada se refiere a los juicios civiles y no es aplicable por analogía a los procesos criminales. Por el hecho de que el superior cambie la denominación que lo ha dado el inferior al delito, no puede considerarse que queda sin valor una obligación de fianza, que se ha otorgado para asegurar la comparecencia del acusado a responder del hecho que se investiga, cualquiera que sea la denominación que en definitiva le corresponda conforme a la ley.

Por estas razones no puede estimarse comprobada la excepción de nulidad de la fianza, propuesta por los ejecutados en los numerales transcritos de la demanda respectiva.

Dicen los ejecutados que por el hecho de no haberse extendido en el expediente diligencia alguna en que constara la mencionada fianza hipotecaria, con quebranto del artículo 14 de la ley 83 de 1915, la obligación es nula, por haberse pretermitido las formalidades que prescribe el citado artículo, que dice lo siguiente:

"En todo caso el otorgamiento de la caución se hará constar en el expediente por medio de una diligencia autorizada por el empleado respectivo, el agraciado y el fiador, si lo hubiere, en la que se hará constar la obligación del agraciado de presentarse cada vez que sea requerido, o la del fiador en su caso, de hacer la misma presentación y responder de los gastos de la captura en caso de que se violen los compromisos contraídos.

"La copia auténtica de esta diligencia y del requerimiento presta mérito ejecutivo, y las obligaciones que en él se hagan constar se harán efectivas como multas o por medio de la jurisdicción coactiva, según el caso".

Efectivamente, en el expediente no se sentó diligencia alguna especial de fianza; pero esta circunstancia no es motivo de nulidad de la obligación, porque se trata de una caución hipotecaria, para la cual establece la ley la manera como debe otorgarse, sin que sea necesaria la diligencia que se requiere para la fianza prendaria o para la personal.

El artículo 8º de la ley 52 de 1918, dice lo siguiente:

"La caución hipotecaria se constituirá otorgando la escritura pública respectiva y previa la comprobación por parte del peticionario, de la propiedad y libertad de la finca; el valor de ésta será el que tenga en el catastro, y si no figura en éste, el que fijen peritos nombrados por el empleado respectivo.

"Este aceptará la escritura y otorgará la cancelación de la hipoteca, cuando llegue el caso.

"La copia auténtica de la escritura de hipoteca con el requerimiento correspondiente también prestan mérito ejecutivo por medio de la jurisdicción coactiva".

Si la ley establece de manera expresa que la copia de la escritura de hipoteca con el requerimiento correspondiente prestan mérito ejecutivo, sin exigir la copia de la diligencia, es obvio que la omisión de ésta en el expediente no puede considerarse como motivo de nulidad de la obligación.

Otra cosa sería que se hubiera omitido alguna de las firmas del empleado respectivo, del agraciado o del fiador, que exige el artículo 14 de la ley 83 de 1915, porque podría considerarse que estas formalidades son esenciales para la validez de la fianza de cárcel, que es un contrato solemne, sujeto a determinados requisitos señalados en la ley. Pero en el caso que se estudia, en la escritura de constitución de la caución se hicieron constar las obligaciones de los fiadores y del agraciado y fue suscrita por ellos y por el Juez. Este documento reemplaza la diligencia que se extiende en el expediente en los casos de fianza personal o prendaria. El artículo 8º de la ley 52 de 1918, modificó el artículo 14 de la ley 83 de 1915, en lo relativo a la constitución de la fianza hipotecaria, como se ha visto.

No hay, por tanto, nulidad de la obligación por no haberse extendido diligencia de fianza en el expediente, además de la escritura de constitución de la caución hipotecaria, en donde constan las obligaciones de los fiadores y del agraciado.

Estima el doctor Gacharná que se ha ejecutado antes de tiempo a los doctores Uribe Cualla, porque de la escritura de constitu-

ción de la fianza se desprende que ellos se obligaron a presentar a la autoridad cuando para ello fuera requerido el señor Chaves, y que lo cierto es que este señor jamás ha sido requerido por el Juez.

La cláusula segunda de la escritura Nº 4058 de 28 de noviembre de 1928, en donde están consignadas las obligaciones de los fiadores, dice textualmente:

"Que habiendo sido aceptada por el Juzgado la oferta de caución hecha por los comparecientes, se constituyen fiadores de cárcel segura del señor Alberto Chaves, para presentarlo a la autoridad cuando para ello fuere requerido, y si así no lo hiciere, se comprometen a pagar al Tesoro Nacional la suma de diez mil pesos moneda corriente ($ 10,000) y a responder de los gastos de captura en caso de que se violen los compromisos contraídos en esta escritura (artículo catorce (14) de la ley ochenta y tres (83) de mil novecientos quince (1915))".

Conforme a la cláusula anterior, la obligación clara y precisa contraída por los fiadores fue la de presentar a Chaves a la autoridad cuando para ello fuera éste requerido. En la diligencia de inspección ocular practicada por la Sala en el proceso seguido en el Juzgado 2º Superior de Bogotá contra Alberto Chaves por los delitos de estafa y uso de las propiedades ajenas sin el consentimiento del dueño, se hizo constar lo siguiente:

"Al punto b): No existe en el expediente requerimiento personal al señor Alberto Chaves para que se presentara en el Juzgado en ninguna época. En el folio 74 del cuaderno Nº 5 aparece el siguiente auto: 'Juzgado Segundo Superior—Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos treinta y dos. Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Tribunal Superior. En consecuencia, recláme se de los fiadores, doctores Hernando y Juan Uribe Cualla, que presenten a su fiado Alberto Chaves en este Juzgado dentro del término de un mes contado desde el día de la notificación.—Notifíquese y cúmplase. Luis V. Angel y A.—Acuña, Srio'. Este auto aparece notificado al Fiscal y a los doctores Hernando y Juan Uribe Cualla. No aparece notificado al procesado ni a su defensor, doctor Manuel José Salazar".

No habiendo sido requerido el procesado en los términos de la cláusula expresada, no estaban los fiadores en mora de cumplir su obligación de presentarlo, y por tanto, no podían ser condenados al pago de la multa.

El fiador no está obligado sino a lo que conste en el documento de fianza. Si allí no hay constancia expresa de la obligación de presentar al fiado cada vez que al fiador se le exija, quiere decir que la finaza se constituyó de un modo que no puede ser eficaz.

Por la manera como la fianza se constituye, es convencional, legal o judicial. La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código Judicial dispongan otra cosa. (Art. 2362 del C. C.).

A la fianza de cárcel se aplica la disposición del art. 2373 del C. C., que dice que la fianza no se presume, ni debe extenderse á más que el tenor de lo expreso. La ley no exceptúa de este precepto la fianza de cárcel; por el contrario, ordena consignar por escrito la obligación del fiador.

Por consiguiente, al tenor de lo expreso debe atenderse al estudiar las consecuencias que de la obligación emanan para las fiadores.

El señor Procurador Delegado en lo Civil dice lo siguiente sobre este punto:

"Por la mala redacción de la cláusula preinserta se trata de desvirtuar su sentido, cuando se afirma que la expresión en singular 'fuere requerido' se refiere exclusivamente a Chaves y no a los fiadores, pero este despacho acaba de transcribir literalmente la referida cláusula, para que se vea que ella no puede interpretarse por la sola expresión 'fuere requerido' sino por la totalidad de su contexto, y de allí que al continuar diciendo que 'si así no lo hiciere, se comprometen a pagar al Tesoro Nacional la suma de diez mil pesos', se indica claramente, que el requerido es el mismo que se obliga a cumplir la obligación garantizada con la fianza hipotecaria, pues nadie podría deducir que fuera el reo mismo quien contrajo tal obligación".

En primer lugar, si existe una mala redacción de la cláusula de la escritura y en ésta se dijo una cosa distinta de la que en concepto del señor Procurador han debido expresar los otorgantes, como la estipulación es clara, no es el caso de entrar a interpretarla. Por otra parte, si se estima que la cláusula ofrece dudas, éstas no pueden interpretarse desfavorablemente a los fiadores.

El razonamiento del señor Procurador para deducir que el procesado no fue el obligado, es inaceptable, porque la fianza de cárcel es una obligación accesoria a la principal del reo de presentarse cada vez que sea requerido. Por medio de ella se asegura el cumplimiento de un hecho ajeno. Sólo que su incumplimiento, en vez de acarrear la indemnización, acarrea una multa. Esta modalidad la establece la ley, porque la indemnización extinguiría la obligación, mientras que la multa deja al reo la obligación de

presentarse. Chaves se obligó a presentarse en el Juzgado Superior siempre que se le requiriera; esta obligación fue la que afianzaron los doctores Uribe Cualla, y por tanto, la cláusula, no obstante la mala redacción que le atribuye el señor Procurador, tiene un sentido claro y explicable.

El artículo 1622 del C. C. dice que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, "o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes con aprobación de la otra parte". El señor Procurador dice que de la aplicación que el Estado le ha dado a la cláusula que contiene las obligaciones de los fiadores y de una frase suscrita por éstos, surge claramente el sentido de la cláusula comentada.

La aplicación práctica de un contrato no puede deducirse de palabras o frases, sino de hechos concretos. No puede sostenerse que los fiadores hayan aceptado determinada interpretación del contrato hecha por los representantes de la Nación, porque en todo momento se han opuesto al reconocimiento de la obligación que se quiere hacer efectiva en este juicio. Por consiguiente, no se puede acoger la observación del señor Procurador sobre el particular.

Estudiados los hechos que en concepto de los ejecutados constituyen las excepciones principales o defensas que niegan la existencia de la obligación, se ha llegado a la conclusión de que no son suficientes para declarar probada ninguna de tales excepciones. Pero como en el examen detenido del negocio se encontró probada una de las excepciones propuestas como subsidiarias, o sea la de petición antes de tiempo, debe declararse así, sin necesidad de entrar a considerar los demás motivos alegados.

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 petición antes de tiempo, propuesta por los doctores Hernando y Juan Uribe Cualla en este juicio y ordena suspender la ejecución y desembargar los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SE NIEGA LA REPOSICION DEL FALLO ANTERIOR

El fallo que decide sobre las excepciones propuestas en un juicio ejecutivo es una verdadera sentencia y no es, por tanto, susceptible de reposición.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio trece de mil novecientos treinta y siete.

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

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en escrito presentado el nueve de este mes, solicita reposición y revocatoria del fallo de fecha treinta de junio pasado, que declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, propuesta por los doctores Hernando y Juan Uribe Cualla en el juicio ejecutivo que contra ellos adelanta el señor Juez de Ejecuciones Fiscales para hacerles efectiva la multa de diez mil pesos ($ 10,000) que les fue impuesta como fiadores de cárcel del procesado Alberto Chaves.

El señor Procurador pide reconsideración estimando que se trata de un auto interlocutorio. Es, pues, preciso determinar si el fallo que decide sobre unas excepciones en un juicio ejecutivo tiene ese carácter, o es una sentencia definitiva, porque en este último caso no podría ser reconsiderado, al tenor de los artículos 487 y 488 del C. J., según los cuales la reposición sólo procede contra los autos de sustanciación y los interlocutorios, y en virtud del artículo 482 del mismo texto, que establece que la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado.

Conforme al antiguo Código Judicial, las palabras auto y sentencia tenían una misma significación. El sistema del actual Código

es distinto y en él se hace una diferenciación clara sobre el particular: las resoluciones de carácter judicial se denominan sentencias —establece el artículo 466— si deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, y autos interlocutorios, si resuelven algún incidente del juicio o determinan la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, la inadmisión de la demanda, la denegación del recibimiento a prueba, o la práctica de cualquiera de ellas, y todos los demás que contengan resoluciones análogas.

Las excepciones son dilatorias, cuando se refieren al procedimiento para suspenderlo o mejorarlo, y perentorias, las que se oponen a lo sustancial de la acción. (Art. 328 del C. J.).

Las que se proponen en el juicio ejecutivo son perentorias, porque tienden a terminarlo, aun cuando la acción quede viva. El fallo que pone fin a ese incidente es una verdadera sentencia, porque decide una controversia sobre lo principal del juicio. Así se ha estimado por la Corte, aun antes de dictarse las nuevas disposiciones sobre procedimiento, cuando era más explicable una interpretación contraria en vista de que las palabras auto y sentencia tenían una misma significación y de que las normas que reglamentaban lo relativo a excepciones eran también distintas.

Además, el incidente de excepciones en los juicios por jurisdicción coactiva, lo falla la Corte con jurisdicción privativa. La decisión que esta corporación dicta resuelve de manera definitiva la cuestión propuesta y no puede sostenerse que tal providencia tenga los caracteres de un acto interlocutorio. Los artículos 1026 y demás del Código Judicial que tratan de las excepciones en juicio ejecutivo hablan de sentencia al referirse al fallo que las decide y no de acto interlocutorio.

Por estas razones, es improcedente la solicitud de reposición y revocatoria hecha por el señor Procurador.

La Corte, en providencia de fecha 14 de marzo de 1934, publicada en el N° 1895-A de la Gaceta Judicial, página 240, dijo lo siguiente, para negar una solicitud sobre reposición y revocatoria del fallo que decidió unas excepciones en un juicio ejecutivo:

"Si se atiende a lo que dice el ordinal 2° del artículo 466 del Código Judicial, es indudable que dicha providencia es un auto interlocutorio, porque resuelve el incidente de excepciones, como expresamente lo llaman los artículos 36, 1025 y 1060 del Código Judicial.

"Si se atiende, en cambio, a lo que rezan los artículos 1026 y 1028 del mismo Código, debe concluírse que es una sentencia; puesto que ese es el nombre que le dan a esa clase de providencias los preceptos citados. Y hoy no tienen una misma significación las palabras auto y sentencia, como lo tenían antes; porque el artículo 466 determinó su significado propio de modo que no podía decirse que cuando en los artículos 1026, 1027 y 1028 del Código Judicial denominó el legislador sentencia a la resolución proferida en los incidentes de excepciones, quiso hacer análoga en su significado tales resoluciones a los autos interlocutorios.

"Y es que hay razón para que el legislador considere como sentencias tales providencias; porque en ellas queda decidido lo que es objeto de controversia dentro del juicio ejecutivo, en el cual propiamente no se discute derecho alguno, sino que se practican diligencias encaminadas a hacerlo efectivo.

"Por esto no es posible legalmente que la Sala reponga el fallo de 18 de diciembre pasado".

No es el caso de ordenar que la solicitud de reposición permanezca en la Secretaría por el término que señala el artículo 488 del C. J., porque como se ha visto, es improcedente, puesto que no se trata de un acto interlocutorio, y además, porque esa formalidad se cumple para que la contraparte tenga ocasión de objetar la petición si lo tiene a bien y en este caso los doctores Hernando y Juan Uribe Cualla en memorial de fecha de ayer renunciaron formalmente dicho traslado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de reconsiderar el fallo de fecha treinta de junio pasado, por ser improcedente la solicitud hecha por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Téngase a los doctores Hernando y Juan Uribe Cualla por expresamente notificados de la sentencia de fecha treinta de junio pasado. En consecuencia, expídase a su costa copia de dicha sentencia, de las notificaciones y de este auto, como lo solicitan en memorial de ocho del corriente.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

NULIDAD DEL JUICIO POR CARENCIA DE JURISDICCION DEL JUEZ DE LA CAUSA

La sentencia de prelación de créditos, profetida en un juicio seguido con jurisdicción coactiva, es ajena a las atribuciones y a la jurisdicción del Juez ejecutor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio catorce de mil novecientos treinta y siete.

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

El Juzgado de Rentas Nacionales y Ejecuciones de Cali, libró mandamiento ejecutivo por $ 8.186.62, los intereses y las costas, a favor del Tesoro Nacional y contra los señores Bensmann & Linzen y Cía., S. A., sucesores de Bohmer & Linzen y Cía., S. A., domiciliados en aquella ciudad. Adelantado el juicio con graves irregularidades, que anota en su vista de fecha diez y ocho de diciembre pasado el señor Procurador Delegado en lo Civil y sobre las cuales nada puede resolver la Sala, se verificó el remate de los bienes embargados.

Por auto de fecha dos de julio del año pasado, en virtud de un memorial del doctor Leonardo Tafur, apoderado del señor Hermann S. Bohmer, el Juzgado dispuso distribuír el producto de los bienes embargados, así:

"Entréguese al señor Hermann S. Bohmer la cantidad de diez y siete mil setecientos cuarenta y cinco pesos con ochenta y un centavos ($ 17.745.81) a que asciende el remate en este juicio, entrega que se le hace como acreedor de mejor derecho. El señor Bohmer queda con la obligación de desistir del juicio que cursa en el Juzgado 3º de este Circuito, contra Bensman y Linzen & Cía., en lo que sea pertinente, y a lograr el levantamiento del embargo y el secuestro del bién materia del remate;

"Entréguese al Municipio de Cali la cantidad que se le adeuda, tal como se dispuso en auto de 1º de los corrientes;

"El saldo, o sea la cantidad de $ 5.047.87 (cinco mil cuarenta y siete pesos ochenta y siete centavos), póngase a disposición del señor Administrador de Aduana de Buenaventura, por conducto del Administrador de Hacienda Nacional de Cali".

El doctor Jorge Ulloa López pidió al Juzgado la notificación legal del auto expresado, observando que al hacerla se cometieron irregularidades. Pidió igualmente la revocatoria de la providencia y en subsidio, interpuso apelación. Esta última solicitud fue la que prosperó y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Se pasa a resolver lo que sea del caso, agotada como está la tramitación correspondiente.

El señor Procurador estima que la providencia apelada no está notificada legalmente, y que en consecuencia debe devolverse el expediente al Juzgado de su origen para que se surta la notifiación en forma debida, y para que si alguna de las partes interpusiese contra ella el recurso de apelación, pueda la Corte adquirir la respectiva jurisdicción de que hoy carece. Se funda en que si el funcionario aludido creyó que la providencia era un acto interlocutorio y como tal la notificó, violó el artículo 310 del C. J., pues no dejó pasar un día de la fecha en que se profirió; y si la tuvo como sentencia definitiva y así la notificó, violó el artículo 309 de la misma obra, ya que las sentencias que no se hayan notificado personalmente sólo se pueden notificar por edicto —y no por estado— después de diez días de publicadas.

Muy importantes son las argumentaciones del señor Procurador; pero a ellas se observa que si se ordenara devolver el expediente para que se notificara legalmente la providencia, bien considerándola como auto interlocutorio o bien como sentencia definitiva, con ese procedimiento no se corregirían las graves irregularidades de que adolece el proceso, ni adquiriría la Corte la jurisdicción necesaria para fallar en el fondo, ya que se trata de un proveído que contiene declaraciones para dictar los cuales carecía a su vez de competencia el señor Juez de Ejecuciones. Por tanto, la determinación más jurídica a juicio de la Sala es la de declarar la nulidad de lo actuado, desde el auto de fecha dos de julio del año pasado, inclusive, para lo cual sí tiene jurisdicción la Corte, siguiendo la doctrina sentada en casos similares.

Consta de autos que el señor Bohmer presentó una demanda de tercería y desistió de ella, y que la actuación respectiva se siguió ilegalmente en el Juzgado. Posteriormente, siendo un extraño en el juicio, se ordenó en

su favor y en el de otros acreedores que tenían el mismo carácter, la entrega del remanente, en una sentencia de prelación de créditos, ajena a las atribuciones y a la jurisdicción del Juez de Ejecuciones.

Del incidente de excepciones y de las tercerías en los juicios que se sigan por los Recaudadores de Rentas Nacionales y los Jueces de Ejecuciones Fiscales Nacionales investidos de jurisdicción coactiva, conoce la Sala de Negocios Generales de la Corte, según la cuantía. (Art. 36, numeral 5º, del C. J. y 10 del Decreto Nº 1315 de 1936). Es obvio, pues, que el Juez de Ejecuciones Fiscales carecía de jurisdicción para disponer del remanente en la forma en que lo hizo, pretermitiendo todas las disposiciones legales que reglamentan la materia.

Como el Juez ejecutor carecía de jurisdicción, tampoco la tiene la Sala para resolver en el fondo, porque se pretermitiría una instancia. (Art. 148 del C. J.).

El auto apelado envuelve una verdadera transacción entre el Juez ejecutor y uno de los acreedores, el cual se comprometió a desistir en un juicio, sin oír al deudor ni a los demás interesados. Es obvio que por este aspecto también es nulo lo actuado, ya que el funcionario nombrado carecía de facultad legal para llevar a cabo ese arreglo en las condiciones expresadas.

El señor Bohmer se allanó al desembargo del predio rematado a fin de que pudiera registrarse la diligencia de remate y así poder hacer tradición del inmueble al rematador. Son hechos cumplidos de los cuales puede originarse un derecho. Pero a la Corte no le corresponde determinar las acciones o providencias pertinentes, porque esta entidad no puede adelantar concepto alguno sobre el particular. Por eso se limita a declarar la nulidad observada, dejando la solución del asunto al funcionario competente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara nulo lo actuado en este juicio desde el auto de fecha dos de julio del año pasado, inclusive, y ordena devolver el expediente al Juzgado de origen para que resuelva lo que sea pertiente.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION CIVIL

1.—Es doctrina establecida por la Corte en varios fallos la de que como la Ley 29 de 1905 reconoce un derecho a favor de los empleados públicos que han servido treinta años y no hay entidad especialmente encargada de decretar las pensiones, éstas pueden reclamarse por la vía ordinaria. 2.—Cuando se trata de pensiones por servicios civiles, la ley establece la manera como deben recibirse las declaraciones, y por tanto, no es necesaria la ratificación, ya que una disposición especial determina las formalidades a que deben sujetarse los testimonios. La ratificación tiene por objeto dar ocasión a que la parte contraria pueda ejercitar su derecho de repreguntar a los testigos; la necesidad del cumplimiento de esta formalidad desaparece tratándose de pensiones civiles. 3.—La honradez y la consagración en el desempeño de cargos públicos se puede comprobar de una manera general y no especialmente para cada puesto, porque además de que la prueba resultaría extremadamente difícil para el demandante, la honradez debe presumirse.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto doce de mil novecientos treinta y siete.

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

El señor Felipe Acevedo Tavera, vecino de Bogotá, en libelo presentado el dos de abril del año pasado, ante el Tribunal Superior de Bogotá, demandó a la Nación para que por los trámites de un juicio ordinario y con audiencia del Agente del Ministerio Público sea condenada a pagarle mensualmente la suma de setenta y cinco pesos ($ 75), como pensión vitalicia a que tiene derecho por sus servicios civiles prestados en más de treinta años en diferentes cargos o destinos públicos. Pidió también que la pensión se reconozca desde la fecha de la presentación de la demanda.

El Tribunal en sentencia de fecha treinta de noviembre del año pasado, absolvió a la Nación de los cargos formulados en la demanda. De este fallo apeló el interesado y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitado el negocio en la segunda instancia sin que se observen en el proceso causales de nulidad, se pasa a decidirlo en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

Establece el artículo 2º de la Ley 29 de 1905 que los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años, tendrán derecho, como pensión de jubilación, a la mitad del sueldo del último empleo que hubieren ejercido.

El artículo 3º de la misma ley, dice que para gozar de esta gracia deberán comprobar lo siguiente:

1º Que en los destinos que han desempeñado se han conducido con honradez y consagración;

2º Que carecen de medios de subsistencia;

3º Que no han recibido pensión o recompensa ni están en el goce de ella;

4º Que observan buena conducta;

5º Que han cumplido sesenta años;

6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

El parágrafo único del mismo artículo dice que las pruebas consistirán en documentos auténticos y declaraciones de cinco testigos idóneos recibidas ante un Juez de Circuito, con citación del respectivo Agente del Ministerio Público.

El Tribunal encontró probados en el expediente los requisitos exigidos por el artículo 3º de la Ley 29 de 1905, con la observación de que se omitió ratificar las declaraciones de los señores Carlos Mazabel, Alfonso Pieschacón y Abdías Solano. Pero fundó su negativa en la circunstancia de que el solicitante no comprobó que prestó servicios como empleado público durante treinta años.

Es doctrina establecida por la Corte en varios fallos la de que como la Ley 29 de 1905 reconoce un derecho a favor de los empleados públicos que han servido treinta años y no hay entidad especialmente encargada de decretar las pensiones, éstas pueden reclamarse por la vía ordinaria. Por tanto, tiene jurisdicción la Sala para conocer de la apelación interpuesta contra la providencia del Tribunal.

En la sentencia de primera instancia se reconoce que el demandante comprobó suficientemente que prestó servicios en diversos empleos por espacio de veintiséis años, cinco meses y diez y siete días. Durante el término de prueba de la segunda instancia se practicaron numerosas pruebas a petición del

señor Acevedo, con las cuales quedan llenadas a juicio de la Sala las deficiencias que el Tribunal encontró en el expediente y que motivaron el fallo negativo.

Aparece de autos que el señor Felipe Acevedo Tavera prestó servicios por más de treinta años en el desempeño de los siguientes cargos: oficial escribiente de la Fiscalía del Tribunal del Distrito de Bogotá; jefe de sección de la misma Fiscalía; cajista de segunda clase de la imprenta nacional; tenedor de libros de la Administración de Hacienda Nacional del Circuito de Facatativá y Administrador de Hacienda del mismo lugar; tenedor de libros de la Intendencia de telégrafos; tenedor de libros de la Contabilidad de la Inspección General de Correos y Telégrafos; jefe primer liquidador de cuentas del Departamento de Contabilidad de la Administración de Correos Nacionales y Jefe del Departamento de Contabilidad; jefe de la sección de cuentas de la Administración General de Correos; sub-jefe de la sección 8ª de la Contraloría General de la República; jefe de la sección sexta de la misma Contraloría; sub-jefe de la sección séptima de dicha entidad; Auditor seccional del Departamento de Boyacá, Intendencia del Meta y Comisarías especiales de Arauca, Vichada y Vaupés; Auditor seccional de la Contraloría en los Departamentos de Tolima y Huila; Contador supernumerario en la oficina de encomiendas postales; ayudante primero del Contador en la Administración de Hacienda de Cundinamarca; cajista escribiente de la Imprenta de Boyacá y Administrador de la Imprenta de Casanare. Para comprobar el desempeño de los cargos expresados, se presentaron varias pruebas, entre ellas los decretos de nombramiento, actas de posesión y certificaciones sobre el ejercicio de los empleos. Los servicios prestados en los dos últimos puestos mencionados se comprobaron con declaraciones de testigos, por no haberse hallado los correspondientes archivos.

El Tribunal no tuvo en cuenta la prueba de los servicios prestados en la Imprenta Departamental de Boyacá en los años de 1890 a 1892, porque tal hecho se acreditó con las declaraciones extrajuicio de los señores Antonio Gómez, Diego Primitivo García y Alcibiades Ortega, de las cuales sólo la primera fue ratificada dentro del término de prueba de la primera instancia. Pero en la segunda instancia se ratificaron las declaraciones de los testigos García y Ortega, por lo cual la Sala estima corregida la irregularidad anotada por el Tribunal.

Igual cosa ocurre con los servicios prestados en la Intendencia de Casanare como Administrador de la Imprenta. El Tribunal no aceptó tales servicios porque la señora Leonor Mantilla de Ramírez no ratificó su declaración en el término de prueba y el doctor Elisio Medina no precisa el tiempo en que Acevedo hubiera estado desempeñando el cargo. Sobre esto se observa que la declaración de la señora Mantilla de Ramírez, lo mismo que la de Milciades Mariño, quien declara sobre el mismo punto, fueron ratificadas durante el término de prueba de la segunda instancia. La Sala estima que el servicio referido de un año está comprobado, con las declaraciones de los testigos citados.

Además de que las declaraciones fueron ratificadas como lo deseaba el Tribunal, debe tenerse en cuenta lo siguiente, resuelto por la Sala en varios casos:

Para apreciar los testimonios presentados con la demanda, se requiere que sean ratificados durante el término probatorio, "salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho", dice el artículo 698 del C. J. Cuando se trata de pensiones por servicios civiles, la ley establece la manera como deben recibirse las declaraciones, y por tanto, no es necesaria la ratificación, ya que una disposición especial determina las formalidades a que deben sujetarse los testimonios. El artículo 8º, parágrafo único, de la Ley 29 de 1905, dice que las declaraciones se deberán recibir "ante un Juez de Circuito, con citación del respectivo Agente del Ministerio Público". La ratifcación tiene por objeto dar ocasión a que la parte contraria pueda ejercitar su derecho de repreguntar a los testigos; la necesidad del cumplimiento de esta formalidad desaparece tratándose de pensiones civiles, desde el momento en que se establece como requisito indispensable la citación del Agente del Ministerio Público, que representa a la Nación, que es la contraparte en tales juicios.

El señor Procurador Delegado en lo Civil resume sus observaciones finales sobre las pruebas presentadas por el demandante en la siguiente forma:

"Este Despacho, después de la minuciosa y detenida observación de las pruebas acompañadas por el peticionario en la demanda, y en los términos de prueba de primera y segunda instancias, tiene algunos reparos que formular, especialmente en lo que se relaciona con las pruebas supletorias traídas al expediente para demostrar algunos años de servicio, en los puestos de cajista-escribiente de la Imprenta de Boyacá y Administra-

dor de la imprenta de Casanare. Esos reparos se deben a que no es posible saber qué edad tienen los declarantes, pues casi todos manifiestan ser mayores de edad, y podría darse el caso de que los declarantes fueran menores de edad en la época a que se remonta su declaración. Asímismo, manifiesta que lo exigido por el numeral 1º del artículo 3º de la ley 29 de 1905, no está plenamente acreditado, pues no aparece la constancia de que en todos los empleos desempeñados se haya conducido con honradez y consagración, sino que solamente aparecen algunos certificados, muy honrosos por cierto, pero no definitivos en que tal hecho se acredita".

Sobre los reparos del señor Procurador a las pruebas de la demanda se observa lo siguiente:

Con relación a la edad de los testigos, es preciso tener en cuenta que no es necesario que éstos fueran mayores de edad en la época a que se remonta la declaración, ya que el artículo 668 del C. J. sólo exige ser mayor de catorce años para ser testigo hábil. Además, de las pruebras del expediente se desprende que los testigos presentados para comprobar los años de servicio respecto de los cuales no fue posible aducir la prueba principal, tenían las condiciones legales para declarar en la época a que se refieren sus declaraciones.

Para comprobar los servicios en la imprenta de Boyacá, se presentaron las declaraciones de Antonio Gómez, Diego Primitivo García y Alcibíades Ortega. La Madre Superiora del Asilo de Ancianos certifica que en aquel establecimiento está recluído Antonio Gómez, de avanzada edad, oriundo de Tunja y de profesión impresor. El testigo García dice que es mayor de sesenta años. El testigo Ortega no dice la edad que tiene, pero declara que en la época a que se refiere su declaración residía en Tunja y tenía relaciones de amistad con el demandante señor Acevedo.

Los servicios en la Imprenta de Casanare se acreditaron con los testimonios de Elisio Medina, Milciades Mariño y Leonor Mantilla v. de Ramírez. El primero era Intendente y es obvio que para desempeñar el cargo necesitaba ser mayor de edad. La señora Mantilla de Ramírez dice que le constan los hechos porque estuvo en la época a que se refiere la declaración en la población de Támara, Intendencia de Casanare, con su esposo Julio Ramírez Márquez, quien era empleado también de la intendencia, y agrega: "En esa época (1892), iba yo criando a uno de mis hijos que había nacido poco tiempo antes"; estos hechos indican que la declarante tenía las condiciones legales para ser testigo. El señor Milciades Mariño da la razón de su dicho y no se ve razón alguna para desestimar su testimonio.

Durante el término de prueba de la segunda instancia se recibió la declaración del señor Ricardo Cerón sobre los servicios prestados por el señor Acevedo como Administrador de la Imprenta de Casanare. El testigo corrobora lo dicho sobre el particular por Milciades Mariño y Leonor Mantilla de Ramírez, y dice que era empleado de la Intendencia, lo que indica que estaba en condiciones de apreciar los hechos y era hábil para declarar en la época a que se refiere su declaración.

La honradez y consagración en el desempeño de los puestos está acreditada en el expediente con los documentos publicados en la Gaceta de Cundinamarca (auto de la Corte de Cuentas) y certificado de la Dirección de Correos y Telégrafos, como lo estimó el Tribunal, y con otros que obran en autos, los cuales estima la Sala suficientes para acreditar dicha circunstancia. La Corte ha establecido que la honradez y consagración en el desempeño de cargos públicos se puede comprobar de una manera general y no especialmente para cada puesto, como lo desea el señor Procurador, porque además de que la prueba resultaría extremadamente difícil para el demandante, la honradez debe presumirse, mucho más en el caso de un empleado que ha servido consecutivamente durante treinta años cargos oficiales, sin dar lugar a reparos o reconvenciones de parte de sus superiores.

Por lo anterior, la Sala se aparta del concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil.

Están probadas en autos las demás exigencias legales, como lo reconoce el señor Procurador. En efecto, el demandante tiene más de sesenta años, según la partida de bautismo; carece de medios de subsistencia y ha observado buena conducta, lo cual se comprobó con las declaraciones de cinco testigos; no ha recibido pensión o recompensa, al tenor de lo certificado por el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; no es deudor moroso del Tesoro Nacional.

En vista de las pruebas presentadas y de las consideraciones anteriores, la Sala llega a la conclusión de que se debe revocar la sentencia apelada y decretar en cambio la pensión, cuya cuantía debe ser la de $ 75 mensuales, o sea, la mitad del último sueldo devengado, que fue de $ 150, como ayudante primero del Contador de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca (folio 73).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar decreta a favor del señor Felipe Acevedo Tavera, vecino de Bogotá, una pensión vitalicia de jubilación de setenta y cinco pesos ($ 75) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día dos de abril de mil novecientos treinta y seis, fecha en que fue presentada la correspondiente demanda.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Gobierno y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

DEMANDA POR PERJUICIOS.—COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR PARA CONOCER DE LA DEMANDA CONJUNTA CONTRA UN MUNICIPIO Y CONTRA LA NACION

Aunque por cuestiones de derecho privado un municipio no puede ser demandado sino ante el correspondiente Juez de Circuito, de conformidad con el artículo 169 del Código Judicial, si es demandado conjuntamente con la Nación conocerá el correspondiente Tribunal Superior, pues sin esfuerzo se deduce que las dos demandas deben seguirse bajo una misma cuerda para no dividir la continencia de la causa.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La señora Waldina Suárez de Defrancisco demandó por los trámites del juicio a la Nación y al Municipio de Bogotá, para obtener una indemnización por los perjuicios sufridos a causa de la muerte de su hijo Jorge Defrancisco, fallecido en accidente ocurrido en la carretera de occidente, estando en ejercicio de sus funciones como empleado de la Dirección General de Circulación y Tránsito de esta ciudad.

El asunto ha sido tramitado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que al entrar a estudiar el proceso para dictar fallo de primera instancia declaró, en auto de 16 de marzo último, la nulidad de todo lo actuado en lo referente al procedimiento seguido contra el Municipio de Bogotá, el que al entrar a estudiar el proceso para dictar fallo de primera instancia declaró, en auto de 16 de marzo último, la nulidad de todo lo actuado en lo referente al procedimiento seguido contra el Municipio de Bogotá, por incompetencia de jurisdicción en el Tribunal para conocer de los litigios en que siendo parte un Municipio se ventilen cuestiones de mero derecho privado, los que al tenor del artículo 169, inciso 1°, del C. J., son de competencia de los Jueces de Circuito.

Contra esta providencia interpuso apelación el apoderado de la parte actora, subiendo, por tanto, el negocio a esta Superioridad, donde ha recibido el recurso la tramitación procedimental de rigor.

El Tribunal funda su proveído en las siguientes razones:

En este negocio aparecen como demandados la Nación y el Municipio de Bogotá. La acción que se ejercita es una misma, como que previene de una misma causa, pero el Tribunal no es competente para conocer de ambas relaciones, pues en los juicios contenciosos en que un municipio es parte el competente para conocer de ellos es el Juez de Circuito respectivo. El Personero de Bogotá no podía ser oído en el Tribunal, y si lo fue, el procedimiento está viciado de nulidad.

Observa la Corte:

En general, los Municipios no pueden ser demandados, cuando se ventilan cuestiones de derecho privado, ante un Tribunal Superior. Ello se desprende del texto del artículo 169 citado. Si en el caso de autos la demanda se intentase tan sólo contra el Municipio de Bogotá la tesis del Tribunal sería inobjetable. Pero en él la demanda se ha incoado conjuntamente contra dos entidades de derecho público, una de las cuales, la Nación, sólo puede ser demandada ante el Tribunal,

y en el juicio ha de decidirse cuál de ellas ha de responder de la reclamación establecida, o si ambas deben hacerlo solidariamente. No estando fijada nitidamente la responsabilidad en ninguna de las dos sin esfuerza se deduce que las acciones intentadas deben tramitarse bajo una misma cuerda para no dividir la continencia de la causa. No se ve el objeto de dos juicios separados, los que, como atinadamente observa el señor Procurador, al fin tendrían que reunirse en uno, pues la sentencia que se dictase en cualquiera de ellos necesariamente tendría que considerar la responsabilidad civil de cada una de las entidades demandadas, y mal podría desprenderse obligación alguna para aquélla que no estuvo representada ni fue oída en el respectivo proceso.

Las consideraciones expuestas hacen ver que no es legal la nulidad decretada por el Tribunal en el auto que se revisa, el cual debe, por tanto, revocarse.

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia revoca el auto de diez y seis de marzo del año en curso, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio ordinario que la señora Waldina Suárez v. de Defrancisco adelanta contra la Nación y el Municipio de Bogotá, para el pago de perjuicios ocasionados por la muerte de su hijo el señor Jorge Defrancisco.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

PENSION CIVIL

El hecho de desempeñar un cargo público remunerado la persona que pide una pensión del Tesoro por razón de servicios prestados, no es motivo para negársela, toda vez que el beneficiado no pueda empezar a cobrarla sino a partir del día en que el beneficiado haga dejación del cargo, pues sólo desde tal época se considera que aquélla carece de recursos para vivir.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Pedro Jiménez inició juicio ordinario contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Neiva, para que ésta fuese condenada a pagarle una pensión de jubilación de las que el artículo 2º de la ley 29 de 1905 concede a los servidores oficiales.

El Tribunal, en sentencia de 28 de abril del corriente año, falló en consonancia con las pretensiones del actor, y, en tal virtud, por no haber sido apelada dicha providencia, ha subido en consulta a esta Superioridad, donde habiéndose agotado las ritualidades procesales, es llegada la oportunidad de resolver.

De acuerdo con la ley invocada por el demandante, se es acreedor a una pensión de esta clase con el lleno de los siguientes requisitos:

1º—Que el peticionario haya desempeñado destinos públicos por treinta años.

2º—Que en ejercicio de sus cargos se haya conducido con honradez y consagración.

3º—Que carezca de medios de subsistencia.

4º—Que no haya recibido pensión o recompensa ni esté en goce de ellas.

5º—Que observe buena conducta.

6º—Que haya cumplido sesenta años; y

7º—Que como empleado de manejo esté a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

Satisfechas estas exigencias, el solicitante tiene derecho a la gracia.

En el caso que se estudia, el interesado las ha comprobado así:

1º—Con certificaciones de las autoridades respectivas, analizados suficientemente en la sentencia de primera instancia, se establece que el actor ha servido empleos oficiales durante 34 años y 5 meses.

2º—Con declaraciones de los señores Jesús Puentes, José Eusebio Arboleda, Fran-

cisco Díaz E., Jeremías Oliveros y Gabriel Antonio Bahamón, acredita que ha desempeñado sus cargos con honorabilidad y consagración.

En este particular, el señor Procurador delegado considera que el demandante no ha comprobado satisfactoriamente este requisito, pues observa que tres de los testigos nombrados no manifestaron su edad, condición ésta que él considera indispensable para la validez de la prueba.

La Sala, si bien estima atinada la observación del señor representante de la Nación, y con él opina que los testigos deben, por lo general, para dar mayor solidez y eficacia a sus declaraciones, manifestar su edad, cuando su testimonio se refiere a hechos en mucho anteriores al tiempo en que se les interroga, no cree que la omisión de esta circunstancia sea, en el presente caso, motivo suficiente para desechar sus deposiciones y prescindir en absoluto de ella, porque siendo tomadas con intervención del Agente del Ministerio Público y habiendo certificado el Juez sobre la idoneidad de los declarantes, debe presumirse que ambos funcionarios, si no ejercieron las facultades que les concede la ley para tachar y calificar los testimonios, hallaron veraces los testigos y expresión de la verdad lo por ellos afirmado.

3ª—Los testigos antes citados deponen sobre la carencia de medios para subsistir en que se encuentra Jiménez.

El señor Procurador rechaza en absoluto este medio de prueba, por considerarlo contrario a la evidencia, toda vez que el solicitante, como se desprende de la sentencia de primera instancia, sirve en la actualidad el cargo de Oficial Mayor de la Gobernación del Huila. Y conceptúa que, dada esta circunstancia, debe negarse la pensión demandada.

Observa la Sala:

Es natural que debe entenderse que el peticionario carece de medios de subsistencia distintos del sueldo que devenga. Y la sentencia que se revisa así lo reconoce al conceder la gracia impetrada a partir del día en que el beneficiado haga dejación del cargo que desempeña, pues sólo desde tal época se considera que aquél carece de recursos para vivir. La decisión del Tribunal está ceñida a lo estatuído por las disposiciones que regulan la materia, entre ellas a la ley 85 de 1931, cuyo artículo 9º es del siguiente tenor: "Cumplidas todas las condiciones que exigen las leyes vigentes para adquirir el derecho a una pensión civil, podrá obtenerse su reconocimiento, aunque el interesado esté desempeñando un empleo o cargo público, pero no podrá gozar de ella sino una vez separado de dicho empleo".

4ª—Que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público certifica que no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional.

5ª—Los mismos testigos abonan la conducta irreprochable del peticionario.

6ª—Está a paz y salvo con el Tesoro Nacional. Lo certifica así el señor Contralor General de la República.

Las anteriores consideraciones llevan al convencimiento de que la sentencia del Tribunal fue proferida conforme a derecho. En tal virtud, la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el fallo consultado.

Cópiese, notifíquese, publíquese. Oportunamente devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gallán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gerardo Gómez Hernández, Srio.

SALA PLENA EN LO CIVIL

TACHA DE TESTIGOS

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena en lo Civil. Bogotá, agosto catorce de mil novecientos treinta y siete.

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

En el incidente de objeciones a los dictámenes de los peritos principales, en el juicio ordinario de la Nación contra la Andian National Corporation, Limited, el señor Procurador Delegado en lo Civil tachó las declaraciones de los doctores Ricardo Pérez y Ernesto González Concha, pedida por el apoderado de la Compañía con el fin de aclarar algunos puntos del dictamen.

La tacha se tramitó legalmente y durante el término correspondiente, se solicitaron pruebas por ambas partes. Hoy se pasa a resolver el incidente, vencidos como están los respectivos términos.

El señor Procurador tacha por parcialidad los testimonios de los doctores Ricardo Pérez y Ernesto González Concha, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 669 del C. J. En subsidio, los tacha como testigos sospechosos, de acuerdo con el artículo 670 del mismo texto.

Como fundamento de la tacha dice el señor Procurador lo siguiente:

"En principio pudiera decirse que en el referido incidente de objeciones los peritos cuyos dictámenes se objetan no pueden ser tenidos como partes, pero es lo cierto que ellos tienen especial interés en sostener sus puntos de vista afectados de error, toda vez que la declaratoria de error grave vendría a perjudicarlos en forma bastante sensible en la apreciación de sus honorarios, pues es lo natural que no tiene el mismo precio un dictamen meditado, imparcial y científico, que un dictamen ligero y disparatado, pues es penoso observar en expertos en ingeniería un error aritmético, que jurídicamente considera constituye el error por excelencia, el error máximo que afecta hasta la misma autoridad de la cosa juzgada y que permite a los jueces reformar en cualquier momento, de oficio o a solicitud de parte, el error numérico cometido, de acuerdo con el artículo 483 del C. J. Y si tal error tiene alguna excusa en abogados y jueces, es francamente inexplicable e injustificable en personas versadas y especialmente en matemáticas".

A esto se observa que los peritos podían ser llamados por la contraparte a declarar con el fin de aclarar determinados puntos del dictamen que rindieron, sin que con ello se quebrante ninguna disposición legal. Por el contrario, el artículo 719 del C. J. autoriza a las partes para pedir que los peritos expliquen, amplíen o rindan el dictamen con mayor claridad, si hay oscuridad o deficiencia en la exposición; el juez sin petición de parte puede ordenar igual cosa. De manera que por este aspecto no hay fundamento para la tacha de los testigos.

Aparte de las razones expuestas, no se aducen otras para tachar a los testigos.

Con relación al testigo doctor Ricardo Pérez, no se solicitaron por el señor Procurador pruebas de ninguna clase.

Durante el término respectivo se pidieron por el señor Procurador varias pruebas, relacionadas con el testigo doctor Ernesto González Concha, de las cuales se practicaron las siguientes:

Se allegaron a los autos las partidas de nacimiento de Rafael Vicente González Concha y de Juan Ernesto González Concha, lo mismo que la de matrimonio del doctor José María González Valencia y de la señora Ana Josefa Concha, padres legítimos de los dos primeros;

Dos ejemplares del Nº 21581 del Diario Oficial, en el cual aparecen publicados dos contratos celebrados en diciembre de 1929 y octubre de 1930, entre el Gobierno Nacional y la Andian National Corporation, Limited, representada por el doctor José María González Valencia;

Copia de la escritura Nº 423, en la cual consta que el Gerente de la Andian sustituyó al doctor José María González Valencia el poder general para representar a la Compañía.

Ningún hecho de los alegados en la demanda se relaciona directamente con las pruebas anteriores. Pero con ellas posiblemente quiso el señor Procurador probar parcialidad de parte del testigo doctor González Concha por ser hijo del doctor Gonzá-

Valencia, quien fue en época anterior apoderado de la Andian.

La disposición citada por el señor Procurador es el numeral 2º del Art. 569 del C. J., que dice:

"También están impedidos para declarar por parcialidad que se supone:

"1º .....

"2º—En el que es parte en el pleito, en los empleados subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que dicha parte les paga y en los sirvientes o criados de ésta".

No se halla el doctor González Concha en ninguno de los casos contemplados en esta disposición.

El numeral 1º del artículo citado dice que se supone parcialidad para declarar "en el cónyuge, ascendiente, descendiente, o hermano de una de las partes, salvo en causas de edad o parentesco".

El doctor José María González Valencia, padre del testigo doctor Ernesto González Concha, no es parte en el juicio ni apoderado de la Andian. Dicho señor falleció hace varios años. Este hecho no se probó en el expediente, pero es del dominio público, pues está consignado en la ley 3ª de 1935 que decretó honores a la memoria del doctor González Valencia, considerando que "fue un sabio, un recto varón y un patriota eximio". Si el doctor González Valencia fue hace varios años apoderado de la Compañía demandada, esa circunstancia no hace suponer en su hijo parcialidad para declarar en un juicio en que hoy es parte la mencionada Compañía, porque la disposición referida exige como factor la actualidad, es decir, que las personas mencionadas en ella tengan el carácter de partes en el juicio en el momento de declarar el testigo que se supone impedido.

Por otra parte, de autos aparece que el apoderado actual de la Andian es el señor Raymond I. Dodson, según escritura Nº 1564 de 19 de junio de 1934, otorgada ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá. El señor Dodson confirió poder especial al doctor Eduardo Esguerra Serrano para representar a la Compañía en este juicio.

Se probó que el doctor Rafael González Concha es hermano legítimo del doctor Ernesto González Concha. Pero no hay prueba alguna de que el primero tenga vinculaciones con la compañía demandada.

En subsidio, el señor Procurador tacha los testigos por sospechosos, conforme al art. 670 del C. J., que dice así:

"Son testigos sospechosos los otros parientes de una de las partes que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; la persona que reciba de una de las partes alimentación gratuita; el amigo íntimo, y el sujeto que frecuentemente es llamado a declarar en juicios diversos".

Los doctores Pérez y González Concha no se hallan comprendidos en ninguno de los casos que de manera taxativa menciona la disposición anterior, y por tanto, tampoco puede prosperar la petición subsidiaria.

Por estas razones, es preciso llegar a la conclusión de que no hay fundamento para las tachas de los testigos.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena en lo Civil, declara que no están probadas las tachas de los testigos doctores Ricardo Pérez y Ernesto González Concha, propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

INDICE:

Págs.

EDITORIAL—AGUAS PARA EL PUEBLO VECINO.—MIGUEL MORENO JARAMILLO 598

SALA PLENA

INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY 21 DE 1937, POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES.—Se declaran inexequibles los artículos 1º, 2º y 3º (ordinales marcados con las letras a., b. y c.), 4º y 5º de la ley 21 de 1937, en la demanda intentada por el doctor Francisco de Paula Pérez.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 600

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 5º DE LA LEY 21 DE 1937, POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES. Se decide que se esté a lo resuelto en la sentencia anterior en relación con el artículo 5º en la demanda intentada por el señor Angel María Serrano.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 629

INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º, 2º, 3º, 4º y 5º DE LA LEY 21 DE 1937, POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES.—Se declara que se esté a lo resuelto en sentencia de que es ponente el Magistrado doctor Pedro Alejo Rodríguez y que lleva fecha de 18 de octubre de mil novecientos treinta y siete, en la demanda intentada por el doctor Francisco López Mojica. — Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 629

SALA DE CASACION EN LO CIVIL:

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR SIMULACION. — DECLARACION JUDICIAL DE INEXISTENCIA POR SIMULACION. — REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO SEGUN LA LEY 28 DE 1932.—SOCIEDAD CONYUGAL Y CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA CONFORME A LA LEGISLACION ANTERIOR A 1932.—LA SOCIEDAD CONYUGAL A PARTIR DE LA LEY 28.—PARTICIPACION DE GANANCIALES. — ACTUAL CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA.—ALCANCE DEL ARTICULO 7º DE LA LEY 28.—ACCION JUDICIAL PARA OBTENER LA DISTRIBUCION DE BIENES DE LAS SOCIEDADES ANTIGUAS. REPRESENTANTE DE LA MUJER CASADA MENOR DE EDAD ANTE EL REGIMEN DE LA LEY 28.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de Adelaida Navarro contra su esposo Vicente Rodríguez Díaz. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 630

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL:

NULIDAD POR HABER INTERVENIDO COMO JURADO UN EMPLEADO DEL PODER JUDICIAL.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Alejandro Rojas Quintero por homicidio y se anula lo actuado desde el auto que señaló día para el sorteo general de jurados.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 647

REVISION DE UNA CAUSA POR GRAVE INDICIO DE RESPONSABILIDAD DEL SENTENCIADO.—Se ordena la revisión de la causa por hurto contra Jesús Quesada Holguín en los juzgados de Yotoco y 3º del Circuito de Buga.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez ... 650

PARRICIDIO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en la causa contra José María Escolar por parricidio. — Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 652

DELITOS MILITARES Y DELITOS COMUNES.—Se anula la causa militar contra los tenientes Alberto Ruiz Novoa y Francisco Roldán Fernández, el cabo Pablo A. Rivera y el soldado Clemente Caicedo, por varios hechos ocurridos en Bucaramanga y relacionados con la muerte de los señores Horacio Torres Mantilla e Isabel Gómez Toro.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 656

HOMICIDIO. — ASESINATO. — CUERPO DEL DELITO Y SU PRUEBA.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Rogelio Flórez Jaimes por asesinato.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias 661

EL RECURSO DE CASACION SOLO PROCEDE CUANDO EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SE HA IMPUESTO PENA QUE SEA O EXCEDA DE SEIS AÑOS.—Se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto de hecho por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué contra la sentencia absolutoria de dicho Tribunal proferida en la causa contra Reyes Ramírez Pereira y Ernesto Pinzón, sindicados como circuladores de moneda falsa.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 665

SALA DE NEGOCIOS GENERALES:

REGULACION DE HONORARIOS PERICIALES.—GASTOS DEL JUICIO. — Se confirma el auto de diez de noviembre pa-

Pág.

sado dictado por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Antonio J. Gómez contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 668

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR. Se niega la solicitud del señor Procurador Delegado en lo civil y del señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales sobre reposición del auto anterior. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 672

SE PIDE EL CUMPLIMIENTO DE UN AUTO DE DESEMBARGO.—Se revoca el auto de la Inspección de Lazaretos de Tunja en el juicio contra la sucesión del doctor Francisco Pinzón Torres y se ordena el desembargo de bienes.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 672

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO. FIANZA HIPOTECARIA DE CARCEL. Se declara probada la excepción de petición antes de tiempo y se ordena el desembargo de bienes en el ejecutivo del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra los doctores Hernando y Juan Uribe Cualla como fiadores de cárcel del sindicado Alberto Chaves.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo .. 675

SE NIEGA LA REPOSICION DEL FALLO ANTERIOR solicitada por el señor Procurador Delegado en lo Civil.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 679

Págs.

NULIDAD DEL JUICIO POR CARENCIA DE JURISDICCION DEL JUEZ DE LA CAUSA.—Se declara nulo lo actuado desde el auto de fecha dos de julio del año pasado en el ejecutivo del Juzgado de Rentas Nacionales y Ejecuciones de Cali contra Bensmann & Linzen, S. A.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 381

PENSION CIVIL.—Se decreta a favor del señor Felipe Acevedo Tavera por servicios civiles.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 383

DEMANDA POR PERJUICIOS.—COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR PARA CONOCER DE LA DEMANDA CONJUNTA CONTRA UN MUNICIPIO Y CONTRA LA NACION.—Se revoca el auto del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de la señora Waldina Suárez v. de Defrancisco contra la Nación y el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.... 686

PENSION CIVIL.—Se declara a favor de Pedro Jiménez por servicios públicos.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 687

SALA PLENA EN LO CIVIL:

Se declara no probada la tacha de los testigos doctores Ricardo Pérez y Ernesto González Concha en el ordinario de la Nación contra la Andian National Corporation, Limited.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 689

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

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

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

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLV BOGOTA — NOVIEMBRE DE 1937 Nº 1929

EL DEBATE ORAL EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL DE ALEMANIA

En materia del procedimiento en lo civil de Alemania dominan cinco principios básicos que en parte lo diferencian profundamente de otros sistemas como el argentino. Son estos principios:

1.—El de la oralidad. Artículo 128 del Código de Procedimiento en lo Civil (Zivil —Prosess—Ordnung, "ZPO") dispone en principio para todos los juicios contradictorios:

"La discusión del negocio por las partes ante el Tribunal que conozca del mismo será oral".

Expondremos más adelante en qué forma se lleva a cabo este debate oral y qué excepciones sufre el principio de la oralidad. Sin embargo, conviene anotar ya aquí que casi siempre el debate oral en la audiencia correspondiente presupone una detenida preparación anterior por los llamados escritos preparatorios, por lo menos en aquellos pleitos en que intervienen necesariamente abogados como representantes de las partes.

2).—El principio de la inmediación: todos los actos de procedimiento inclusivo la recepción de la prueba tienen generalmente que realizarse inmediatamente ante el Tribunal que conozca del caso (artículos 128 y 355 ZPO). Solamente en casos de excepción pueden ciertos actos de preparación del debate oral o de la recepción de la prueba producirse ante un juez delegado del mismo Tribunal o (por exhortos y oficios) ante un juez de otra jurisdicción territorial.

3).—Para todas las audiencias en juicios contradictorios rige el principio de la publicidad: cualquier persona tiene acceso a las salas de audiencia y puede asistir a las audiencias aun sin tener un interés justificado en ellas. La publicidad comprende no sólo los debates de las partes ante el Tribunal, sino también la publicación de las sentencias que resulten de cada audiencia, (art. 169, Ley Orgánica de los Tribunales). La Ley admite excepciones de esta regla solamente para los juicios de divorcio o nulidad de matrimonio y generalmente para los casos de juicios ordinarios en los que la publicidad de los debates pueda acarrear un peligro para la seguridad o moral públicas. En todos estos casos puede la audiencia realizarse con exclusión de las personas que no

son parte en el juicio cuando una de las partes lo solicitare o el Tribunal mismo lo considere oportuno para el orden público. Sin embargo, la promulgación de las sentencias y resoluciones del Tribunal, aún en tales casos, tiene que efectuarse siempre pública y oralmente.

Sin publicidad se realiza la recepción de prueba, en cuanto se efectúe no ante el Tribunal mismo en la audiencia destinada para el debate oral del caso, sino ante un magistrado delegado del Tribunal o ante un juez que proceda en virtud de un exhorto u oficio de parte del Tribunal de competencia inmediata.

4).—El principio de la iniciativa de las partes (las partes son las dueñas del proceso, de su iniciación y prosecución: "ne procedat iudex de officio") ha sufrido importantes restricciones por las últimas reformas del Código. Estas reformas tienden a impedir cualquier abuso, especialmente la dilatación del proceso y el aplazamiento innecesario de audiencias debido a ausencia de una parte o negligencia de otra índole. La tendencia moderna en el procedimiento alemán es: compeler a las partes, una vez que se haya iniciado formalmente un pleito, a que cooperen con el Tribunal en la conclusión del proceso con toda la rapidez posible.

A este fin sirven especialmente varias disposiciones de la ley de reformas del 27 de octubre de 1933, las que vamos a exponer más adelante.

En los juicios de menor cuantía (ante los jueces de la instancia "Amtsichter"), una vez interpuesta la demanda casi todo se hace ahora por el juez de oficio: fijación de audiencias, citaciones de las partes o de testigos, notificaciones, etc. (Solamente la notificación formal de las sentencias publicadas por el Tribunal, queda reservada a la iniciativa de la parte interesada, tanto en los juicios ante los Tribunales colegiados como ante los jueces de menor cuantía. Esto tiene importancia para la ejecución de las sentencias).

5).—El principio de la disposición de las partes en cuanto a la materia del caso objeto del pleito: las partes disponen de lo que debe servir de base para la sentencia.

El primer apartado del artículo 308 ZPO, dispone:

"Los Tribunales carecen de facultades para conceder a una parte lo que no haya pedido. Esta disposición valdrá especialmente para los frutos, intereses y créditos accesorios análogos".

Solamente para la condena en costas dispone el segundo apartado del mismo artículo que, "será pronunciada por el Tribunal aunque no medie petición de parte".

Podría añadirse como un sexto principio fundamental del proceso alemán el de la unidad de procedimiento, cristalizado en la vista oral.

El artículo 278 del Código, todavía en vigencia, dice:

"Los medios de ataque y de defensa (excepciones sobre el fondo, reconvención, réplica, etc.) podrán hacerse valer hasta la terminación de la audiencia en que se pronuncie la sentencia".

De manera que, en principio, las partes tienen plena libertad para determinar en qué fase del proceso quieren alegar sus defensas, réplicas, etc., nombrar testigos y presentar documentos, siempre que lo hagan antes de terminarse la última audiencia que sea base de la sentencia.

Pero esta libertad de las partes a determinar ellas mismas el momento oportuno en que quisieran alegar, es restringida por disposiciones legales cada vez más terminantes, introducidas por las últimas reformas, ya mencionadas, de 1924 y 1933, que tienden a concretar el proceso en una sola audiencia y a excluir a las partes en todo lo que alegaran tardíamente.

Así, el artículo 272b, debido a reformas de 1924, dispone que:

"El presidente o un miembro del Tribunal designado por él cuidará de tomar antes del debate todas las medidas que se estimen oportunas para terminar, si es posible, el negocio en una sola audiencia".

Tales medidas precautorias del Tribunal antes de la audiencia consisten, por ejemplo, en: ordenar a las partes la ampliación y aclaración de los escritos preparatorios de la audiencia, la presentación de documentos, la citación de las partes a comparecer personalmente a la audiencia, la citación de testigos nombrados a comparecer y declarar en la misma audiencia, etc.

En cuanto a la exclusión de una parte negligente en el uso de sus medios de ataque y de defensa tardíamente producidos, dispone el artículo 279, cuyo segundo apartado se añadió por la reforma de octubre de 1933.

"Los medios de ataque y de defensa tardíamente ejercitados por una parte podrán ser rechazados si con su admisión se retrasare la resolución del negocio y el Tribunal, en ejercicio de su libre arbitrio estimase que la parte no ha hecho antes uso de los mismos con la intención de dilatar el proceso o por negligencia grave".

En las circunstancias indicadas en el apartado anterior se podrán rechazar los medios

de ataque y de defensa no dados a conocer antes en escrito preparatorio.

Y el primer apartado del artículo 138, también introducido por la reforma de 1933, dispone que:

"Las partes han de hacer sus declaraciones sobre las circunstancias de hecho con toda amplitud y conforme a la verdad".

Hemos visto que la ley da la sanción de las omisiones de una parte en su deber de alegar y exponer todo lo esencial con la debida anticipación a la audiencia. Esta sanción consiste en no oír, a esa parte en lo que alegare tardíamente y con propósitos o de sorprender a la otra parte y al Tribunal en el debate oral o simplemente de dilatar el proceso. Esta obligación de declarar a su debido tiempo ya traía consigo la obligación de declarar también con toda amplitud: Serían alegatos tardíos con todas las consecuencias legales para la parte, los que, hechos con retardo y producidos en momento oportuno, sólo sirvan para subsanar deficiencias de los alegatos anteriormente hechos en cuanto a la exposición de las circunstancias de hecho del proceso. La ley, en su redacción después de la última reforma, subraya solamente este concepto y obliga a las partes expresamente a hacer sus declaraciones no solamente en su tiempo antes de la audiencia, sino también con toda amplitud.

En cuanto a la obligación de las partes a declararse con veracidad, no encontramos en la ley una sanción para los casos en que una de ellas falte a este deber. No habiendo así un castigo especial para los casos de mentiras o encubrimientos en los procesos, nos parece que la reforma no ha llegado a más que declarar un precepto lírico y moral. Ya antes de la reforma era un deber de los jueces no tomar en cuenta para la sentencia declaraciones de las partes cuya verdad fuera dudosa en sí o por las deducciones y contrapruebas de la otra parte. Tanto menos eran dignas de consideración declaraciones que resultaron simplemente mentiras.

El Gobierno del Reich, al promulgar la ley de reformas del 27 de octubre de 1933, declaró entre otras cosas:

"Ninguno que sea parte en un proceso civil, tendrá libertad para desviar el criterio del Tribunal con falsedades o abusar de la actividad de los jueces por dilaciones del proceso, sean ellas debidas a mala intención o negligencia de la parte;..

Es un deber del juez, procurar por medio de una enérgica dirección del juicio y en contacto estrecho con las partes que cada caso litigioso, después de una preparación detenida antes de la audiencia, sea dilucidado y sentenciado, si es posible, en una sola audiencia..."

Esa parte esencial del proceso alemán, la audiencia, se realiza más o menos en forma igual ante todos los Tribunales, así ante los jueces de menor cuantía ("Amtsrichter") como ante las Cámaras ("Landgerichte") y demás tribunales colegiados. (Las Cámaras, Landgerichte, funcionan en el sistema judicial de Alemania no solamente como Tribunales de Apelación, sino también y casi en primer lugar como Juzgados de 1ª instancia para todos los asuntos de mayor cuantía en los que no sean competentes los "Amtsrichter").

Aquí vamos a señalar en lo siguiente el procedimiento en las audiencias ante las Cámaras, entendiéndose sin más explicaciones que las mismas reglas, solamente con ciertas variantes correspondientes, se aplican también a los juicios ante los jueces de menor cuantía, los "Amtsrichter".

La audiencia, destinada por su naturaleza al debate oral, presupone para su desarrollo normal: la citación de las partes con arreglo a las disposiciones legales, la notificación de los alegatos preparatorios de cada parte, a la parte contraria, la preparación debida del debate oral por estos alegatos, la comparencia de las dos partes y en los procesos en que es preceptivo el abogado, también de sus abogados, el estudio previo del expediente en todos los autos por el presidente del Tribunal y el juez relator.

Antes de comenzar la audiencia se llama oralmente a comparecer a las partes, a los abogados y todos los interesados.

En el acta levantada por el secretario actuario (Gerichts schreiber) se nota la presencia de cada miembro del Tribunal con descripción de sus funciones (presidente, juez relator, vocal, etc.), de las partes, abogados y de peritos y testigos si han sido citados por esta audiencia (artículo 159).

Realizado esto, el presidente del Tribunal declara abiertos los debates y los dirige (artículo 136). Concede la palabra primero al actor para que funde su demanda y alegue todo lo necesario en forma de un discurso continuo. Después alega el demandado. Siguen las réplicas, dúplicas, etc., las repreguntas que se permiten a cada altura del debate al presidente y a cualquier miembro del Tribunal, en especial al juez relator. El presidente tiene el deber de cuidar de que el asunto se examine en toda su extensión y de que los debates lleguen al final sin interrupción. En el caso de que no se pueda terminar la vista en una sesión, el presidente

fijará sin dilación el día en que haya de continuar.

Las pretensiones que formulan las partes al principio y en conclusión formal de sus alegatos, se anotan en el acta de la audiencia (artículo 160).

El presidente del Tribunal procura que las peticiones que las partes formulen al Tribunal, sean las convenientes y útiles para el esclarecimiento del asunto, particularmente que las partes completen las indicaciones insuficientes sobre los hechos e indiquen los medios de prueba que intenten emplear. Con este objeto examinará junto con las partes, si es necesario, y a fin de aclararlos, los puntos de hecho y los de derecho de la causa y formulará las preguntas pertinentes. El presidente del Tribunal llamará la atención de las partes sobre las dudas que se ofrezcan en los puntos que el Tribunal puede examinar de oficio. Permitirá a los magistrados del Tribunal, a petición de los mismos, que interroguen a las partes (artículo 139).

Esto no quiere decir, naturalmente, que el juez tenga la obligación de suplir la incapacidad intelectual de una parte o de un abogado prestándose a formularle todas las pretensiones que él mismo no ha sido capaz de formular con arreglo al derecho y a los hechos. Sin embargo, se considera que el fin principal de un proceso civil es la averiguación de la verdad y no solamente un juego estratégico de las partes y sus abogados, en el que gana el más prevenido y astuto. La probidad del debate, que es condición de una justicia objetiva, requiere que el Tribunal no disimule a las partes las observaciones críticas que, muchas veces, ya se habrá formado en la fase preparatoria de la audiencia, al estudiar el presidente y el juez relator los alegatos preparatorios. El Tribunal va a advertir a las partes de ciertas fallas formales en sus peticiones, incongruencias entre aquellos y las pruebas ofrecidas, etc.

El comienzo del debate oral y la formación de las peticiones de las partes ante el Tribunal significa dentro del sistema judicial de Alemania (que en principio no conoce la justicia gratuita) un aumento considerable de las costas procesales. Muchas veces el Tribunal, para evitar costas innecesarias, recomienda ya al principio de la audiencia, antes de iniciarse el debate, ciertas medidas que tiendan a disminuir esos riesgos para una o las dos de las partes, modificación de una demanda posiblemente justa, pero mal formulada (art. 264), desistimiento de la parte actora de una demanda obviamente infundada (según el art. 721 el actor puede desistir de la demanda sin conformidad del demandado, sólo hasta el comienzo formal del debate en la audiencia), desistimiento del demandado en su defensa obviamente inútil y confesión de su obligación (artículo 307), aplazamiento de la audiencia a pedido de las partes para que ellas traten de llegar a una transacción, etc., etc.

Pero todas estas advertencias no serán nunca más que simples insinuaciones, hechas, por cierto, con la autoridad del Tribunal que ya por el estudio de la demanda y de los escritos preparatorios se ha formado una opinión, por lo menos precaria, del asunto. Rige el principio, antes expuesto, de la declaración de las partes. Si ellas se allanan a las observaciones, bien: se rectifica, declara, completa, etc., todo lo necesario en el acto. Pero muchas veces las partes o sus abogados se oponen: esperan poder justificar sus pretensiones en la forma presentada en los escritos por una exposición vigorosa en el debate oral y llegar así al quebrantamiento de una opinión desfavorable de parte del Tribunal o de uno de los jueces. Muchas veces también se arriesga una sentencia desfavorable en 1ª instancia, confiando en una revocación del fallo por el Tribunal Superior. Si las partes insisten hasta la clausura del debate oral en sus peticiones formuladas anteriormente, los jueces tienen la obligación de fallar sobre lo pedido, nada más y nada menos. El artículo 308 del Código, ya citado, prohibe a los jueces conceder a una parte lo que no haya sido pedido (con excepción de las costas). E igualmente carecen de facultad para pasar por alto una petición de parte, aunque en el interés de la misma parte. El fundamento de la resolución judicial es la totalidad del material procesal tal como se encuentre al finalizar el último debate oral.

El debate oral termina cuando, a juicio del Tribunal el asunto está suficientemente discutido (artículo 136, último aparte). Entonces el presidente declara terminado el debate y el Tribunal se retira para deliberar en sesión secreta. La sentencia (o resolución interlocutoria que sea el resultado del debate oral, se da a conocer por lo general en la misma audiencia en que se hayan dado por terminados los debates (artículo 310). El Tribunal vuelve a la sala de la audiencia, restablece la publicidad del procedimiento, después de lo cual se da lectura a la sentencia o resolución respectiva (artículo 311) En caso de que la naturaleza del asunto requiera deliberaciones del Tribunal más prolongadas, el Tribunal señala en la misma audiencia en que terminaran los debates, otra audiencia para la publicación de la senten-

cia. Esta audiencia nueva debe tener lugar antes de que transcurra una semana (artículo 310).

Hay dos excepciones importantes del principio de la oralidad del procedimiento civil alemán:

1).—La resolución según el estado de los autos (Entscheidung nach Lage der Akten).

En el caso del artículo 251a, que se debe a la reforma de 1924:

"Cuando ninguna de las partes comparezca en una audiencia o la compareciente no formule las peticiones que correspondan, sin estar el procedimiento en suspenso, el Tribunal podrá resolver el negocio según el estado en que se encuentren los autos. Pero en tal caso no se podrá publicar la sentencia antes de haber transcurrido un plazo no menor de una semana, y en todo caso será preciso que con anterioridad a la ausencia de las partes o inactividad de ellas haya habido alguna audiencia. La audiencia que el Tribunal señale para la publicación de la sentencia se pondrá en conocimiento de la parte incomparecida por carta certificada".

Es un procedimiento distinto del procedimiento contumacial o en rebeldía, del que no trataremos en esta oportunidad por no ofrecer mayores diferencias con otros sistemas procesales como las ofrecen las instituciones aquí tratadas.

Por la institución de la resolución según el estado de los autos se evita, ante todo, que las partes mismas puedan, por no comparecer ninguna a la audiencia, o por no formular peticiones en ella, hacer suspender forzosamente la marcha del proceso y contrarrestar todas las tentativas del Tribunal para terminarlo.

Encima de todo está el interés público que exige la pronta terminación de cada pleito, una vez que la demanda haya sido notificada al demandado y el Tribunal haya tomado las medidas y precauciones necesarias para la audiencia decisiva y para la sentencia.

Pero puede suceder que no por descuido o simple intención de ambas partes de dilatar el proceso, se deje de urgirlo. Que medien intereses considerables en pro de una suspensión: posibilidad de una transacción posterior, disminución de un daño por el transcurso del tiempo, etc. En todos estos casos tampoco se permite a las partes dejar solamente de concurrir a una audiencia o abstenerse de formular las peticiones debidas: la ley exige que las dos partes pidan expresamente al Tribunal la suspensión del proceso, justificando convincentemente su interés común en esta suspensión (artículo 251 ZPO). Si las partes no proceden así, o si el Tribunal, por no considerar justificado el interés de las partes en la suspensión del proceso, se niega a ésta (sin que las partes comparezcan), entonces se prosigue el procedimiento mediante la "resolución según el estado de los autos": El juez o Tribunal sentencia (interlocutoria o definitivamente) sin la correspondiente actividad anterior de las partes en la audiencia, sin debate oral y sin que haya sido pedida la sentencia.

(En cambio, en el caso de rebeldía o procedimiento contumacial: comparece una de las partes, el demandante o el demandado, urge la continuación del proceso y pide sentencia en contra del ausente (artículos 330 y siguientes).

2).—Artículo 7 de la Ley de Reforma a la Organización Judicial de Alemania del 6 de octubre de 1931, dispone:

"Mediando consentimiento de las dos partes puede el Tribunal proceder a sentenciar sin una audiencia con debate oral anterior. La publicación de la sentencia en audiencia se sustituye en este caso por la notificación por cédula".

Es decir: las partes renuncian expresa y unánimemente a la prerrogativa del debate oral ante el Tribunal y ponen la decisión del proceso, sin pedir audiencia, en manos de los jueces: optan por el procedimiento escrito en lugar del oral. Esta opción procede en cualquier fase del proceso, por ejemplo: antes como después de una toma de pruebas. Pero la declaración de las partes no obliga al juez: él puede acceder. También puede insistir en que se proceda a la celebración de una audiencia con debate oral, en cuyo caso las partes tienen la obligación de comparecer a la audiencia fijada y discutir el asunto oralmente según las reglas procesales ya expuestas. El Tribunal accederá al pedido de las partes de proceder sin vista oral, regularmente en los casos en que se tiene ya por suficientemente aclarado el asunto, sea por audiencias con debates orales anteriores, sea por escritos preparatorios, sea por la simplicidad de un asunto que no ofrece dudas o dificultades para la decisión judicial. De este modo, evitando una audiencia aparatosa, con todas las citaciones previas y otras preparativas necesarias, puede el procedimiento del artículo citado llevar a una abreviación considerable del proceso. Es una reforma y a la vez una concesión al sistema procesal de otros países que no conocen la oralidad del procedimiento alemán.

Por Hans M. Semon

(De la Revista "La Justicia", de México).

SALA PLENA

SE DECLARAN INEXEQUIBLES LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 10 DE 1934 Y DEL DECRETO NUMERO 652 DE 1935

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, noviembre doce de mil novecientos treinta y siete.

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

El señor Alvaro Pérez Vives, en ejercicio de la acción pública que concede la Constitución, se dirigió a la Corte en libelo presentado el tres de junio del año pasado, para que se declare la inexequibilidad de la Ley 10 de 1934 y del Decreto número 652 de 1935, reglamentario de dicha Ley, por considerar que las disposiciones de tales actos son retroactivas y violatorias de derechos adquiridos.

A la demanda se le dio el curso legal y se pasó en traslado al señor Procurador General de la Nación, que emitió su concepto oponiéndose a las pretensiones del actor, con fecha cinco de noviembre del año pasado.

Declarado legal el impedimento del doctor José Antonio Montalvo, de conformidad con el artículo 4º de la Ley 96 de 1936, por haber sido miembro del Congreso que expidió la Ley 10 de 1934, fue sorteado Conjuez para reemplazarlo el doctor Carlos Bravo, quien se posesionó oportunamente.

Considerado el proyecto de sentencia presentado por el Magistrado doctor Eleuterio Serna R., en el momento de la votación resultó ésta empatada, por lo cual fue necesario el sorteo de un Conjuez para dirimir el empate. Resultó elegido el doctor Antonio José Montoya. Sometido nuevamente a votación el proyecto, fue negado por siete votos contra seis. Por esta circunstancia pasó el asunto para redactar el nuevo proyecto al Magistrado doctor Pedro A. Gómez Naranjo, a quien correspondía en turno siguiendo el orden alfabético de apellidos.

Las disposiciones acusadas

Conforme al enunciado de la acusación el actor la dirige contra la totalidad de los estatutos que rigen las situaciones jurídicas de los empleados particulares. Pero en el texto del libelo sólo concreta los cargos contra el inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto ejecutivo Nº 652 de 1935 que la reglamenta.

La Ley 96 de 1936, sobre la sustanciación de los asuntos de inexequibilidad de leyes y decretos acusados como inconstitucionales ante la Corte, establece en el artículo 2º que el memorial o escrito en que se pida la declaración de inexequibilidad, deberá contener: 1º la transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales; 2º el señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideren infringidos; y 3º las razones por las cuales dichos textos se consideran violados.

De manera que no es admisible la acusación vaga o imprecisa de una ley o decreto, sino que es necesario determinar y transcribir en el texto de la demanda las disposiciones que se consideran inconstitucionales.

De acuerdo con lo anterior, el fallo de la Corte en este caso se debe circunscribir al inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y al parágrafo del artículo 24 del Decreto Nº 652 de 1935, que son las únicas disposiciones respecto de las cuales se cumplen los mandatos legales de que se ha hecho mención.

La Ley 10 de 1934 estableció algunos derechos de los empleados. El artículo 12 determina lo que se entiende por empleado particular y por patrono para los efectos de dicha Ley; el artículo 13 dice cómo debe extenderse el contrato de trabajo; el artículo 14 trata de las concesiones y auxilios de que gozarán los empleados particulares y dice así:

"Artículo 14. Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios:

"a) Quince (15) días de vacaciones remuneradas por cada año de servicio, de conformidad con las remuneraciones ordinarias devengadas. La época de vacaciones será señalada por el patrón;

"b) Auxilio de enfermedad hasta por ciento veinte (120) días, a la rata siguiente: las dos terceras partes del sueldo, durante los primeros sesenta (60) días de la enfermedad; la mitad, para los treinta días siguientes, y la tercera parte para el tiempo restante;

"c) En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado, y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio, y si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo.

"Parágrafo. Al auxilio de cesantía tendrá derecho el empleado, aunque su retiro del servicio obedezca a terminación del contrato por vencimiento del plazo de duración, excepto, en este caso, cuando el patrón se allane a renovarlo en condiciones iguales a las anteriores, y el empleado no acceda a ello".

El inciso c) de este artículo es uno de los textos materia de la acusación.

El Decreto Nº 652 de 1935 reglamentó la Ley 10 de 1934, en lo relativo a los derechos de los empleados particulares. El artículo 24 dice así:

"Artículo 24. Los empleados particulares que sean despedidos sin justa causa, tendrán derecho a un auxilio de cesantía de un sueldo por cada año de servicio que presten, o hayan prestado. Para calcular el auxilio de cesantía se partirá del sueldo medio devengado en los tres últimos años de servicio, y si hubiere sido menor el tiempo de trabajo, se procederá en la misma proporción.

"Parágrafo. Es entendido que a los empleados particulares que no tengan perdido el puesto al entrar en vigencia de la Ley 10 de 1934, se les computará, para los efectos del artículo anterior, el tiempo de servicio que lleven en la empresa o establecimiento, siempre que lo hayan prestado sin solución de continuidad, salvo el caso de licencia por enfermedad, vacaciones o otra causa justificada".

El parágrafo de este artículo es la otra disposición que constituye la materia de la acusación.

Los fundamentos de la demanda

El principio de la no retroactividad de la ley, que reconoce la Constitución, es el fundamento de la acusación. El actor considera que las disposiciones acusadas tienen carácter retroactivo y que por consiguiente, violan derechos adquiridos. Se expresa así el demandante:

"1º—Un derecho adquirido es un derecho patrimonial;

"2º—Este derecho patrimonial no puede ser desconocido alegando situaciones de hecho coetáneas.

"3º—La ley 10 y el decreto 652 consagran que las situaciones de hecho pueden, cuando han sido elevadas por la ley a la categoría de jurídicas, vulnerar derechos adquiridos, es decir, patrimoniales".

Como ya se dijo, no obstante el cargo general contra los estatutos mencionados, el libelo se refiere de manera especial y única al inciso c) del artículo 14 de la ley 10 y al parágrafo del artículo 24 del decreto número 652.

El artículo 26 de la Constitución, que es el texto en que se apoya la demanda, dice así:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

La irretroactividad de las leyes y los derechos adquiridos

La Constitución Nacional garantiza la irretroactividad de las leyes. Este precepto está reglamentado en los artículos 18 a 47 de la ley 153 de 1887. El carácter retroactivo de una ley consiste en vulnerar derechos adquiridos.

Las disposiciones acusadas no tienen efecto retroactivo. El inciso c) del artículo 14 de la ley 10 de 1934 establece el derecho a indemnización en el caso de que se realice

un hecho posterior a la expedición de dicha ley: el despido de un empleado, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato. Es obvio que tal disposición no puede tener efecto retroactivo cuando el derecho que consagra nace de un hecho futuro. El parágrafo del artículo 24 del decreto 652 de 1935, que reglamenta la materia, ciñéndose al espíritu de la ley, tampoco es retroactivo por las mismas causas.

La disposición mencionada de la ley 10 y el precepto reglamentario del decreto 652, señalan el tiempo que el empleado sirvió con anterioridad a la expedición de la ley, como justo factor para graduar el monto de la indemnización. No puede esta circunstancia considerarse como motivo de irretroactividad, porque el hecho de entrar en el cómputo de la indemnización todo el tiempo de servicios del empleado, sea anterior o posterior a la ley, sólo significa que se utiliza ese factor para señalar la cuantía de la indemnización en una forma que consulte la equidad y la justicia.

El doctor Manuel J. Angarita, eminente abogado, al comentar las disposiciones de la ley 153 de 1887, dice que hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido. Agrega que esas leyes no tienen carácter retroactivo y deben considerarse únicamente como "retrospectivas". Esta doctrina la acoge el señor Procurador General de la Nación en su importante estudio y la sustenta con opiniones de modernos expositores de derecho, para aplicarla como pertinente al caso que se estudia.

En la legislación colombiana hay numerosos antecedentes en que se ha tenido en cuenta el tiempo de servicios anterior a la expedición de las leyes para regular la cuantía de las pensiones y las recompensas. Pudiera argumentarse que se trata de cargas del Estado y que éste tiene libertad para resolver lo relativo al pago de las gracias que concede a sus servidores. Pero también el legislador ha reglamentado en la misma forma las pensiones y recompensas que deben pagar empresas o instituciones privadas o distintas de las nacionales, como ocurre con la ley 1ª de 1932 sobre pensiones de los empleados ferroviarios, de la cual se hablará más adelante, y con los sueldos de retiro de los militares y pensiones que se pagan con fondos de cajas que no pertenecen al Tesoro Nacional.

El medio establecido por el legislador colombiano para determinar la cuantía de la indemnización en los casos de despido, no puede considerarse como caprichoso o arbitrario, sino que responde a un alto ideal de humanidad y de justicia social, que mira al reconocimiento de los esfuerzos del empleado que ha dedicado sus capacidades al servicio de una empresa, con honradez y decisión. No es justo que al empleado, después de un servicio prolongado y eficiente, que muchas veces agota sus energías y lo imposibilita para otras actividades, se le despida sin derecho a una recompensa equitativa que lo libre siquiera en parte de los rigores de una cesantía injustificada.

La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquéllos hacen parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia de 2 de marzo de 1918).

Fiore dice que el derecho adquirido en atención a la ley nueva, es el derecho perfecto, aquél que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho. Dice el mismo autor que "lo pasado, que queda fuéra de la ley, es el derecho individualmente ya adquirido, en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente".

Siguiendo este orden de ideas en el estudio del problema que se debate, se llega a la conclusión de que no hay para los patronos el derecho adquirido de que se habla para no pagar al empleado la indemnización, en caso de despido que no sea originado por mala conducta ni por impedimento del contrato, porque jamás ha existido una ley que los exima de esa obligación, ni podría haberla, porque con ella se habría consagrado una injusticia notoria. En cambio, sí existen textos de la ley civil que en ciertos casos daban al empleado despedido el derecho de reclamar en la forma ordinaria indemnización por los perjuicios ocasionados. La ley 10 no hizo otra cosa que fijar las normas para el ejercicio del derecho a la indemnización, siguiendo los dictados de la justicia social.

Las disposiciones acusadas no quebrantan ninguna situación jurídica concreta establecida en favor de los patronos, que los eximiera de la obligación de indemnizar a los empleados cesantes. No son, por consiguiente, tales disposiciones violatorias de derechos adquiridos.

La Constitución, en su artículo 40 establece que el trabajo goza de la especial protección del Estado.

Las leyes que reglamentan lo relativo al contrato de trabajo, son de interés social. Así lo consideró la Corte en sentencia de fecha 25 de mayo de 1936, en la cual dijo lo siguiente:

"El contrato de trabajo del que vive la mayoría de los hombres forma la base de la organización actual, económica e industrial y presentado como un hecho social, tanto por su magnitud, como por su trascendencia, da lugar a un derecho indiscutible 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".

Si se estudiara lo relativo a la indemnización de los empleados despedidos solamente a la luz de las disposiciones rígidas del Código Civil y del Código de Comercio, posiblemente encontrarían asidero los argumentos de los que sostienen la tesis de la retroactividad de las disposicoines acusadas. Pero la importante cuestión que se comenta no debe contemplarse a través de los mandatos de los textos expresados, sino de acuerdo con los principios que informan la justicia social, como lo ha entendido y practicado la Corte.

Además de los cánones escritos de las Constituciones y de las leyes, están ciertos principios de humanidad, fundados en el derecho natural, que no deben desatenderse cuando se trata de buscar la armonía social. La legislación colombiana así lo establece, cuando dice en el art. 4º de la ley 153 de 1887 que los principios del derecho natural servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. Un eminente autor comenta una disposición similar del Código chileno, así:

"El Derecho natural no sólo es fuente sino complemento de la legislación, porque en los casos imprevistos o no resueltos claramente por la ley positiva, la solución dependerá muchas veces de la justa aplicación de la ley natural".

La jurisprudencia

La Corte, en sentencia de siete de noviembre de mil novecientos treinta y tres, declaró que no son inexequibles los artículos 1º de la ley 1ª de 1932 y 4º del decreto 1471 del mismo año, acusados como inconstitucionales por los doctores Pedro M. Carreño y Eduardo Rodríguez Piñeres.

Los textos referidos son los siguientes:

Artículo 1º de la ley 1ª de 1932:

"Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años, que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación, según la escala siguiente:

"Los que ganen $ 30 o menos, recibirán el sueldo íntegro.

"Los que ganen más de $ 30, recibirán $ 30, más $ 0.75 por cada peso más de sueldo, hasta $ 50.

"Los que ganen más de $ 50, recibirán $ 45, más $ 0.50 por cada peso más de sueldo, hasta $ 80.

"Los que ganen más de $ 80, recibirán $ 60, más $ 0.25 por cada peso más de sueldo, hasta $ 240.

"Los que ganen más de $ 240, recibirán $ 100, que es el máximo de las pensiones que obliga esta ley.

"Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente ley".

El artículo 4º del decreto Nº 1471 de 1932, dice así:

"Los empleados y obreros tendrán derecho de que el tiempo de servicio prestado con anterioridad a la vigencia de la ley 1ª de 1932, se acumule al tiempo que sirvan durante tal vigencia. Pero los empleados y obreros de empresas ferroviarias de propiedad de los Departamentos, de los Municipios y de los particulares, que se hayan retirado del servicio o que hayan sido suspendidos con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley, no tendrán derecho a la pensión aun cuando hubieren cumplido veinte años de servicios y tengan la edad requerida. Los empleados y obreros de las empresas ferroviarias de la Nación solamente carecerán del derecho a la pensión, si su retiro o su despido se hubiere efectuado con anterioridad al día 16 de julio de 1931".

Como fundamento principal la Corte dijo lo siguiente:

"Las pensiones (las de la ley 1ª de 1932) no tienen el carácter de sueldos ni de salarios, pues al paso que los dos últimos miran al interés privado, las pensiones son instituciones establecidas por motivos de interés general, que hacen parte de lo que se conoce con el nombre de "previsión social" y que tienen por finalidad atender a la subsistencia de aquellas personas que por razón de su edad y estado de pobreza no pueden subvenir a sus más apremiantes necesidades, después de haber consumido sus energías y su edad útil en servicio de una empresa o entidad. La sociedad está interesada en que dichas personas no carezcan de lo necesario para su sostenimiento, y por este motivo procura que disfruten de una asignación que las coloque en circunstancias de no perecer de inanición".

La Corte declaró que las disposiciones mencionadas no son inexequibles, en el concepto en que fueron acusadas. Si se comparan los motivos de la acusación, se ve que son iguales a los que se adujeron como fundamento de la demanda que hoy se estudia. La Corte sintetiza así los argumentos expuestos por los doctores Carreño y Rodríguez Piñeres:

"Que el artículo 1º transcrito, o sea el de la ley 1ª de 1932, en cuanto se refiere a servicios prestados con anterioridad a la vigencia de dicha ley, lesiona derechos adquiridos de las empresas particulares de transportes, por cuanto la remuneración correspondiente a esos servicios quedó regulada por los contratos celebrados conforme a la legislación entonces vigente, entre los empleados y obreros y las empresas, las cuales al pactar tales estipendios tuvieron en cuenta los cálculos de sus respectivos negocios y sobre dichos cálculos liquidaron y repartieron las utilidades obtenidas en los años o semestres correspondientes; por lo cual, agregan, al establecer la ley la obligación para las empresas, de reconocer y pagar pensiones por razón de tales servios, se afecta una situación jurídica creada y amparada por la legislación anterior".

Este antecedente de la jurisprudencia de la Corte tiene especial importancia para el estudio de la demanda contra la ley 10 de 1934 y el decreto reglamentario, por tratarse de disposiciones similares a las que hoy se analizan.

Las legislaciones extranjeras y la indemnización por el despido sin causa

Observa la Revista Internacional del Trabajo, entrega correspondiente a abril de 1937, que los riesgos de despido con todas sus consecuencias, han aumentado en los últimos años para los empleados por diversas causas, entre las cuales se anotan la disminución del comercio internacional, el paso de la ley de la oferta y la demanda sobre la remuneración y la escogencia del empleado, la plétora de candidatos y la competencia que hacen las mujeres, que trabajan por un salario reducido. Por este motivo las organizaciones de las diversas tendencias y los distintos países han manifestado sus aspiraciones en esta materia que se han cristalizado en los dos puntos siguientes:

1º—Que ningún contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios sea terminado sin un aviso anticipado suficiente.

2º—Que la terminación del contrato de trabajo sin que haya falta personal del empleado, deba comportar para este último el derecho a una indemnización.

La Asociación Internacional para el progreso social ha recomendado a su vez que la indemnización de licenciamiento sea proporcionada a la duración del servicio.

En estos fines humanitarios se inspiran las nuevas legislaciones del mundo. La revista mencionada, en sus números de abril, mayo y junio de este año, publica el extracto de la legislación de varios países. A continuación se insertan algunos de estos interesantes datos, de trascendencia en este fallo para establecer una comparación de la legislación colombiana con la de aquellos países:

ALEMANIA—Las últimas leyes que reglamentan el trabajo nacional y que contienen capítulos especiales sobre protección en los casos de licenciamiento, fueron expedidas en el año de 1934. La indemnización se fija sobre la base del salario anual del empleado despedido y es proporcionada a la duración del empleo.

AUSTRIA—Las últimas disposiciones sobre el contrato de trabajo fueron dictadas en el año de 1934. En ellas se establece que después de tres años de servicios consecutivos, el empleado tiene derecho a una indemnización al fin del contrato. La indemnización del licenciamiento es calculada según el salario mensual del empleado y la duración de los servicios.

ITALIA—La carta del trabajo aprobada por el Gran Consejo Fascista del 21 de abril de 1927 y publicada en la Gaceta Oficial del 30 de abril del mismo año, Nº [illegible], establece que en las empresas de trabajo continuo, el trabajador tiene derecho en caso de cesación de los beneficios del trabajo por licenciamiento, sin falta de su parte, a una indemnización proporcional a los años de servicio.

Esta indemnización es debida también en caso de muerte del empleado.

El valor mínimo de la indemnización de licenciamiento no puede ser inferior a la mitad del monto de un número de mensualidades de sueldo igual al número de los años de servicio efectuados.

CHILE—La ley número 5,405 del 8 de febrero de 1934 es el último texto expedido sobre reglamentación del contrato de trabajo. En aquella legislación existen las siguientes disposiciones sobre indemnización en los casos de despido del empleado:

La indemnización por los años de servicio es igual al salario mensual por cada año entero de servicio, teniendo en cuenta hasta un máximo de $ 1,000. El período de servicio será contado desde el día de entrada en él hasta el día de su terminación.

El salario mensual será el término medio de los salarios y comisiones, o de las comisiones solamente en los últimos seis meses de servicio.

La indemnización será debida por la duración del servicio efectuado a partir del 31 de diciembre de 1924.

Los años de servicio cumplidos antes de esta fecha, dan lugar a una indemnización del 50 por 100 del salario mensual por cada año entero de servicio.

Si el salario del empleado excede de $ 1,000 por mes, le será pagado además, por cada año, el 30 por 100 del excedente por los años de servicio cumplidos después del 31 de diciembre de 1924, y el 15 por 100 por los servicios anteriores a esta fecha.

En el caso de cesión de la empresa el empleado conserva su derecho a la indemnización y el propietario está obligado para los efectos del cómputo de ésta a reconocer los años cumplidos al servicio de sus predecesores.

Podrían citarse muchas otras legislaciones modernas en las cuales se establece como factor para fijar el monto de la indemnización en los casos de despido, el tiempo de servicios anterior a la ley que reglamenta la materia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de las funciones constitucionales que le señala el artículo 149 de la Carta fundamental de la República y previa audiencia del señor Procurador General de la Nación, decide que son exequibles el inciso c) del artículo 14 de la ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del decreto número 652 de 1935, disposiciones acusadas como inconstitucionales por el señor Alvaro Pérez Vives.

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése cuenta al Ministerio de Gobierno, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

Liborio Escallón.—Carlos Bravo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—Antonio José Montoya.—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez. — Hernán Salamanca. Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Acogemos como salvamento el siguiente proyecto que como ponente presentó el Magistrado doctor Serna R., y que no fue aceptado en la Corte Plena por la mayoría de nuestros distinguidos colegas, cuyos puntos de vista constitucionales acatamos altamente.

Al final haremos unas cortas reflexiones sobre el fallo, cuyos fundamentos son dignos de toda atención.

En cuanto a nuestras opiniones, ellas nacen de una convicción firme y sincera; pero pueden ser erradas, porque la mente humana no es capaz de ver siempre, a plena luz, los difíciles problemas del Derecho.

I

Antecedentes

El señor Alvaro Pérez Vives solicita la declaración de inexequibilidad de la ley 10 de 1934 y del decreto número 652 de 1935, reglamentario de ella, por ser violatorios del artículo 31 de la Constitución de 1886 y del artículo 5º del Acto Legislativo número 3 de 1910.

Sus reparos van dirigidos contra el artículo 14 de dicha ley y el 24 del decreto reglamentario, los cuales, según el acusador, vulneran derechos adquiridos. Del artículo reglamentario nombrado dice, además, que

amplía el artículo de la Ley, cuando la frase "que presten o hayan prestado", la sustituye por esta: "se les computará, para los efectos del artículo anterior, el tiempo de servicio que lleven en la empresa o establecimiento".

Después de algunas prenociones, hace la siguiente síntesis:

"La ley 10 de 1934 y el decreto 652 de 1935 violan derechos adquiridos, porque violan un derecho patrimonial, ya que los autores y nuestra jurisprudencia identifican aquél con éste.

"Probado:

"1º—Porque un patrimonio adquirido justamente bajo el imperio de una ley que lo defiende no puede ser vulnerado por un simple hecho y en en este caso el auxilio de cesantía debe pagarse con anterioridad a la vigencia de la ley, con fondos patrimoniales del amo.

"2º—Porque es sólo a partir de la nueva ley que ese hecho, convertido en derecho, puede producir bienes patrimoniales susceptibles de ser opuestos a otros bienes patrimoniales.

"3º—Porque ningún hecho violatorio del derecho de propiedad puede ser erigido en derecho (art. 31 de la C. N., 5º del A. L. Nº 8 de 1910)".

A la acusación se acompañaron un ejemplar debidamente autenticado del Diario Oficial en que corre publicada la Ley, y una copia, expedida por el Ministerio de Gobierno, del Decreto reglamentario de ella.

El 11 de julio de 1936 se admitió la acusación por el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán, a quien le había tocado en repartimiento. Mas, en virtud de modificación impuesta por la ley 96 de 1936, se hizo nuevo reparto de los negocios constitucionales que en esa fecha se estaban sustanciando, y en tal virtud, el 11 de agosto del año susodicho tocó este asunto al Magistrado que presenta el proyecto actual.

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado, circunscribe la cuestión debatida, en la siguiente forma, que es una fiel interpretación del libelo acusatorio.

"El enunciado de la acusación, como se ve, es contra la totalidad del estatuto que regula la situación jurídica de los empleados particulares, aunque en la demostración sólamente aparecen como materia concreta de aquélla, el inciso c) del artículo 14 de la ley y el parágrafo del artículo 24 del decreto ejecutivo que la reglamenta".

II

Artículos acusados

El numeral c) del artículo 14 de la ley dice así:

"c)—En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado..."

Y el parágrafo del artículo 24 del decreto reglamentario enuncia el mismo precepto, así:

"Parágrafo.—Es entendido que a los empleados particulares que no tengan perdido el puesto al entrar en vigencia la ley 10 de 1934, se les computará, para los efectos del artículo anterior, el tiempo de servicio que lleven en la empresa o establecimiento".

III

Vista del Procurador General de la Nación

En su interesante dictamen anota el señor Procurador General de la Nación que la acusación se inició estando vigente el artículo 31 de la Constitución de 1886 que fue sustituído por el artículo 10 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936, sobre el cual hace esta disertación:

"El legislador no podía ni puede ahora dictar leyes que vulneren la propiedad privada y los demás derechos adquiridos. Las leyes nuevas no pueden tener acción sobre el pasado afectando al sujeto de derecho en sus bienes patrimoniales. En tal sentido no pueden ser retroactivas. Estos principios, que son la base de la demanda, han quedado nuevamente incorporados, por la Reforma de 1936 en la Constitución Nacional. Ellos han sido adoptados, como la regla general, del mismo modo que lo fueron en la Carta de 1886. Sólo cuando la necesidad pública o el interés social, reconocidos en la nueva ley, se hallen en conflicto con el interés privado, éste deberá ceder —como es obvio— al interés público o social, y sólo entonces la ley podrá tener repercusión sobre los hechos cumplidos, afectando las situaciones jurídicas que pertenecen al patrimonio individual.

"Y cabe aquí un comentario al margen del nuevo estatuto sobre la propiedad. Versando este concepto sobre el tema, tan antiguo como complejo, de los conflictos que suscita la aplicación de las leyes en el tiempo, es oportuno observar, a propósito del artículo 10 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936,

que los casos de excepción allí previstos, en que la propiedad privada queda sujeta a expropiaciones con indemnización o sin ella, deben ser regulados por normas precisas de carácter permanente, que obliguen a los asociados tanto como al órgano del Poder Público que las dicta, mientras éste no las modifique o derogue".

Dice después el mismo funcionario que las relaciones jurídicas que genera el contrato de trabajo, estaban reglamentadas rudimentariamente en algunos textos legales. A este propósito menciona el contrato que el Código de Comercio llama preposición, y los artículos del Código Civil referentes al arrendamiento de servicios inmateriales. Argumenta así:

"La legislación anterior no concedió, en manera alguna, a los patrones el derecho a ponerle fin al contrato de trabajo sin indemnizar al empleado por los daños morales o materiales que el despido injusto le causare. La cesantía sin causa legal y sin compensaciones, impuesta al empleado, era el resultado inevitable de la falta de protección legal de sus derechos.

"Había, pues, una situación de hecho de que los patrones disfrutaban, sin fundamento en la ley ni en la justicia y con menoscabo evidente de las compensaciones a que en este caso tenían derecho los empleados, conforme a las reglas especiales del contrato y, a falta de éstas, de acuerdo con el derecho común.

"Al tutelar la nueva ley los derechos de los empleados, no vulnera, anula o cercena ningún derecho de los patrones por cuanto no afecta los hechos cumplidos, es decir, las situaciones contractuales nacidas y extinguidas bajo la vigencia de las leyes anteriores, ni los beneficios ya recibidos por los patrones merced a la situación de hecho de que antes disfrutaron.

"Es, por tanto, insostenible la tesis en que se fundan los impugnadores del nuevo Estatuto de que las leyes anteriores establecieron una situación jurídica a favor de los patronos, constituída por el derecho al despido sin causarle a deber nada al empleado perjudicado por una cesantía arbitraria. El despido se efectuaba, es verdad, sin consecuencias jurídicas de ningún género, pero la ausencia de sanción civil o penal, por crónica que sea, no legitima el acto contrario al derecho".

Sostiene después que la ley 10 no destruye estados facultativos de los patrones, pues éstos, en la legislación anterior, no tenían la facultad de despedir impunemente al empleado. Luégo afirma que aunque la ley 10 alterara, en los contratos en curso, el ejercicio de una facultad que se ejercía, bajo el imperio de legislaciones anteriores, sin limitaciones, ello no le daría a esa ley carácter retroactivo sino retrospectivo.

Trae en apoyo de su tesis la siguiente opinión:

"Bajo el nombre de derechos —exponían Baudry-Lacantinerie y Hourques Fourcade— la ley nos reconoce aptitudes, nos otorga facultades, dejándonos generalmente en libertad para usar o no usar de ellas. Mientras no hemos utilizado esas aptitudes, tenemos si se quiere un derecho, en el sentido de que somos aptos para adquirirlo, según los modos determinados. Pero ese derecho no es para nosotros 'adquirido' sino cuando hemos recurrido a esos modos y cuando nuestra aptitud se ha manifestado de hecho por el acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad 'legal', que en alguna manera se ha materializado en este acto y se traduce exteriormente por él, es constitutivo de derecho adquirido".

Este aspecto de la cuestión lo sintetiza así el señor Procurador:

"El caso propuesto lo hemos estudiado hasta aquí, teniendo en cuenta la posición que los patrones tenían delante de las reglas de derecho anteriores para demostrar, como queda demostrado, que ellas no incorporaron en el dominio de aquéllos, como se pretende en la demanda, el derecho de poner al empleado en estado de cesantía sin justa causa, aspecto sobre el cual quiero llamar insistentemente la atención de la Honorable Corte.

"Y queda también demostrado que aún suponiendo que la realización de este hecho —el despido—se hubiera podido producir sin consecuencias jurídicas para los patrones, por autorizarlo así la ley, la cuestión pasaría del terreno de los derechos adquiridos al plano de los derechos facultativos, cuyo ejercicio puede ser sometido por el legislador a condiciones nuevas que lo amplíen o restrinjan".

Tratando del auxilio de cesantía, computando en él el tiempo del servicio a partir del contrato y no de la ley, asevera que la ley que eso preceptúa no es retroactiva, porque no ataca las partes ya cumplidas del contrato, porque el despido, con causa justa o sin ella, es un acto del patrón, es un hecho posterior a la ley y no pertenece a la categoría de los inevitables. Estas afirmaciones las respalda en la siguiente opinión del Profesor Roubier:

"Una ley relativa a una situación jurídica retroactiva no es 'retroactiva' aun cuando los efectos de esta situación deban remon-

tarse más allá de su entrada en vigor, si ella no debe aplicarse sino mediante el advenimiento de hechos posteriores a esta entrada en vigor, con la condición, sin embargo, que no se trate de hechos cuyo advenimiento sea inevitable, ni de hechos que el beneficiario de esa retroactividad pueda llevar a cabo libremente".

IV

Un comentario a una sentencia de la Corte Suprema de la República Argentina

Sostiene el señor Procurador que el caso contemplado por el alto Tribunal de aquella nación y el que ahora debe estudiar la Corte de Colombia son completamente distintos, por lo que desestima los argumentos que se hacen buscando la paridad entre la ley 10 de 1934 y el artículo 2º de la ley argentina 11,729, declarado inconstitucional "en cuanto obliga al principal a abonar al empleado, en todos los casos de despido, haya o no preaviso, una indemnización no inferior a la mitad de su retribución normal, por cada año de servicio, reconociéndose la antigüedad de éste hasta los cinco años anteriores a la sanción de la ley".

El señor Procurador hace estas acotaciones:

"Según se ve en la parte resolutiva de la sentencia, que copio al principio de este comentario, el artículo de la ley argentina se refiere a 'todos los casos de despido'. El de la ley colombiana se refiere al despido 'sin causa justificada'.

"Se trata de dos leyes que contemplan situaciones distintas. La diferencia es substancial y notoria. Para la primera situación la Corte de aquella ilustre República no admite ninguna 'antigüedad' porque —según las razones que aduce en el fallo— la ley debe 'disponer para lo futuro' 'sin alterar el régimen de los contratos en cuanto hace a situaciones pasadas y liquidadas'. Para la segunda sí la admitió, según lo vemos en el siguiente pasaje inadvertido de la parte motiva del fallo que se nos ha dado a conocer.

"'La solución —dice— a que lógicamente conducen las consideraciones precedentes no está contradicha por el antecedente de otras leyes que se invocan, tales como las de jubilaciones y pensiones ferroviarias y la de los empleados de empresas particulares que acuerdan, es cierto, beneficios al personal despedido del servicio, sin causa justificada, un año o dos antes de la sanción de dichas leyes, recargando con este especial favor los servicios de las respectivas cajas, por ende, la contribución de las empresas'".

V

Jurisprudencia colombiana

Por último, el señor Agente del Ministerio Público alude a la ley 1ª de 1932, sobre jubilación de obreros y empleados ferroviarios, acusada como violatoria de derechos adquiridos, por cuanto abarcaba empresas ferroviarias particulares y consideraba el tiempo anterior a la vigencia de la ley.

Por sentencia de 7 de noviembre de 1933 la Corte declaró que no eran inexequibles las disposiciones acusadas por el concepto expresado en la demanda.

VI

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina

Se trataba de la ley número 11,729, sobre empleados, y en particular, del siguiente precepto del artículo 2º: "También se abonará por el principal al empleado en todos los casos de despido, haya o no preaviso, una indemnización no inferior a la mitad de su retribución mensual por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos cinco años o de todo el tiempo del servicio, cuando es inferior a aquel plazo".

Para que se vea cómo no es tanta la disconformidad de nuestro caso con el de la Argentina, es conveniente transcribir, tomándolos de la "Gaceta del Foro" de Buenos Aires, los siguientes apartes de la sentencia de la Corte Suprema de aquel país:

"4º—Que no puede decirse lo mismo del artículo 2º de la ley número 11729 que da efecto retroactivo al artículo 157, inciso 3º, en la parte impugnada por la demanda. En efecto, la obligación con que se grava al empleador 'en todos los casos de despido, haya o no preaviso, consistente en una indemnización no inferior a la mitad de la retribución mensual del empleado por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomándose como base de retribución el promedio de los últimos cinco años, o de todo el tiempo de servicio cuando es inferior a aquel plazo', dispone que la antigüedad en el servicio ha de contarse desde los cinco años anteriores a la sanción de la ley, a los efectos de las indemnizaciones establecidas en el artículo 157. Es patente que tal efecto retro-

activo dado a la ley sancionada en 1934 que grava con una indemnización ineludible el patrimonio del empleador en forma que éste no ha podido prever, aunque con el elevado propósito de beneficiar al empleado, viola el derecho de propiedad de aquél, al imponerle una nueva obligación en razón de servicios realizados y finiquitados con anterioridad a la ley —cinco años—, término durante el cual el legislador no creyó conveniente gravar con esa carga al empleador que despidiera a sus empleados. Pues si bien la irretroactividad de la ley en materia civil, no es un principio o garantía constitucional que el congreso no pueda derogar cuando el interés general lo exija, es de advertir —como tiene resuelto esta Corte en numerosos fallos— que esa facultad de legislar hacia el pasado no es ilimitada, desde que so pretexto de legislar no podía violarse la garantía de la propiedad que consagra el artículo 17 de la Constitución. Y ello ocurre precisamente con el artículo 2º de la ley.

"5º—Si se reconociera al congreso la facultad de legislar hacia el pasado modificando las modalidades y efectos de los contratos vigentes, con efecto retroactivo a una época anterior a la sanción de la ley —cinco años en este caso—, esa facultad podría igualmente extenderse a cualquier número de años, diez, veinte o treinta años, con los desastrosos efectos jurídicos, económicos y sociales que es fácil imaginar. La inestabilidad, en cuanto al pasado de los contratos, constituiría la norma, y la inseguridad, el malestar económico y social serían sus fatales consecuencias.

"6º—Es cierto que los nuevos hechos y las nuevas necesidades requieren la nueva y adecuada legislación que los contemple y regule, siguiendo el ritmo del progreso y de la vida social. Y si el legislador, con ese criterio, ha considerado que la situación de los empleados y obreros de comercio, debe mejorarse y por tanto que deban modificarse razonablemente las modalidades y los efectos de los contratos existentes, nada obsta para que se realice esa alta finalidad por medio de una legislación adecuada, justa y razonable cuyos beneficios en favor de los empleados, han empezado a sentirse inmediatamente después de sancionada la ley. Pero de ahí a violar flagrantemente el patrimonio del empleador al punto de impedirle despidir a sus empleados existentes al sancionarse la ley, sin pagarles una indemnización cuyo monto depende de servicios concluídos y liquidados con anterioridad a la misma y de acuerdo al contrato libremente pactado y a la ley entonces vigente, hay una manifiesta diferencia que prohibe hacer el artículo 17 de la Constitución nacional, cuando declara la inviolabilidad de la propiedad, tal como ha sido interpretada esa garantía en los numerosos casos sometidos a la decisión de esta Corte. Con razón jurídica sostiene el señor Procurador General 'que es francamente inconstitucional este tipo de retroactividad, por cuya virtud la ley toma del bolsillo del patrón una cierta suma de dinero y se la hace entregar al empleado a título de ajustes, que al tiempo de producirse, no creaban tal responsabilidad ni permitieron presumirla" — y que "el congreso de 1934, en uso de facultades constitucionales indiscutibles, pudo reformar el Código de Comercio concediendo o negando ciertos derechos para lo sucesivo; pero no estuvo entre sus atribuciones la de declarar que existió en el pasado, por virtud de la ley, un crédito que en aquel momento no era impuesto por ley alguna. Semejante declaratoria importaría admitir que los legisladores de 1934 tuvieran derecho de legislar para 1929, reemplazando a quienes en esa fecha ejercitaban válidamente la representación nacional. Con el mismo derecho otra ley futura podría ordenar a los empleados despedidos hoy devuelvan mañana a sus patrones todo lo que éstos les paguen por concepto de la actual reforma".

Al párrafo que el Procurador de Colombia transcribe y en el que la Corte argentina explica ciertos antecedentes que no considera contradictorios, conviene agregarle esta parte de aquel fallo: "Pero hay que tener presente que este recargo es insignificante en relación al volumen de los intereses de la caja, y que por estas leyes el aporte de las empresas no se hace con desmedro de sus utilidades ni dividendos, ni mucho menos de su capital, sino con el aumento de las tarifas en los servicios públicos que prestan en la medida de lo necesario; aumento que naturalmente lo paga el público (artículos 2º y 3º, inciso d) de la ley 9635, correlacionados con los artículos 9º, inciso 6º, y 59 de la ley número 10650 (6), artículo 58 de la ley 11110).

"Que tampoco puede citarse como contradicción la ley de accidentes del trabajo número 9688, porque ésta, al conceder un amparo al trabajador a costa del patrón dispone para lo futuro, sin alterar el régimen de los contratos en cuanto hace a situaciones pasadas y liquidadas".

VII

Jubilación de empleados y obreros ferroviarios

Con la jurisprudencia establecida respec-

to de la exequibilidad de la ley 1ª de 1932 se ha pretendido argumentar en favor de la ley 10 de 1934, interpretada en el sentido de comprender los años anteriores a su vigencia. Aquella ley consagra una pensión para quienes hayan trabajado en las empresas ferroviarias oficiales o privadas por espacio de veinte años, contados con anterioridad a su vigencia, como lo interpretó la Corte, basándose en la intención que emerge de este inciso: "Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente ley".

Acusada la susodicha ley, dijo la Corte, en la parte considerativa de la sentencia de 7 de noviembre de 1933: "Los términos precisos empleados por los demandantes son los siguientes:

"En lo que atañe a los empleados u obreros de empresas oficiales, los textos preinsertos son inobjetables: el Estado puede disponer de los dineros que le pertenezcan por medio de actos como éstos y otros semejantes.

"No pasa lo mismo con las empresas particulares que antes de la vigencia de la ley 1ª de 1932 tuvieron a su servicio a empleados y obreros a quienes pagaron sus sueldos y salarios conforme a contratos celebrados bajo el imperio de las leyes vigentes en ese tiempo. Esas empresas se obligaron a pagar sus servicios teniendo en cuenta los cálculos de sus respectivos negocios y sobre la base de tales cálculos liquidaron y repartieron las utilidades obtenidas en los años o semestres correspondientes y así como ellas no tenían derecho a exigir a sus empleados servicios a que sus contratos no los obligaban, así tampoco tales obreros o empleados pueden nunca exigir una remuneración mayor a la pactada".

Concretada así la discusión, la Corte estimó que no siendo las pensiones aumentos de sueldos, sino medidas de provisión social dictadas en interés de una clase de la colectividad, para atender a su subsistencia, no podían ellas alterar, a manera de sobresueldos, la remuneración pactada en los contratos.

A este respecto se expresó así:

"Sentado este punto preliminar, ¿podrá decirse, como lo afirman los demandantes, que tanto la ley como el decreto mencionados, en cuanto digan relación a empresas ferroviarias particulares, violan derechos adquiridos de éstas, en razón de que la remuneración de los servicios anteriores a la vigencia de la ley quedó regulada por los contratos que conforme a la legislación entonces vigente celebraron los empleados u obreros y las empresas, no siendo posible exigirles a estas últimas mayores erogaciones por razón de tales servicios?

"Para absolver esta pregunta es menester examinar previamente si las pensiones de que se trata constituyen en realidad un aumento de los sueldos y salarios devengados y pagados con anterioridad a la vigencia de la ley, o si es otro el concepto en que aquéllas deben tomarse. Sueldo no es otra cosa que el estipendio que se paga a un empleado por su trabajo o servicio. Ese estipendio recibe el nombre especial de salario cuando se trata de obreros, domésticos o de empleados de inferior categoría. Tanto el sueldo como el salario constituyen el precio, el arrendamiento de servicios pactado entre el patrón y el empleado u obrero.

"Las pensiones no tienen el carácter de sueldos ni de salarios, pues al paso que los dos últimos miran al interés privado, las pensiones son instituciones establecidas por motivos de interés general, que hacen parte de lo que se conoce con el nombre de 'previsión social' y que tiene por finalidad atender a la subsistencia de aquellas personas que por razón de su edad y estado de pobreza no pueden subvenir a sus más apremiantes necesidades, después de haber consumido sus energías y su edad útil en servicios de una empresa o entidad. La sociedad está interesada en que dichas personas no carezcan de lo necesario para su sostenimiento, y por este motivo procura que disfruten de una asignación que las coloque en circunstancias de no perecer de inanición.

"No pudiendo, pues, por ningún concepto, reputarse las pensiones como un aumento de los sueldos o salarios devengados por los favorecidos con ellas, mal puede estimarse que con el establecimiento de dichas pensiones se vulneran los derechos adquiridos por las empresas ferroviarias en razón de los contratos celebrados por éstas con anterioridad a la vigencia de la ley con los empleados u obreros, sobre fijación de los sueldos o salarios devengables por los últimos. El verdadero concepto de las pensiones de que se trata es el de un gravamen establecido, por motivos de interés social, a cargo de las mencionadas empresas y a favor de los empleados u obreros que reúnan las condiciones señaladas por la ley. Consideradas así las cosas, ninguna oposición media entre los contratos de que se ha hecho mención y las

pensiones, y por lo mismo es insostenible que con el establecimiento de las últimas se desconozcan los derechos emanados de aquellas convenciones, siendo de advertir que este desconocimiento constituye el único concepto en que han sido acusadas las disposiciones que se han venido analizando".

Los acusadores, en el libelo, formularon también el cargo de que las disposiciones referidas violaban derechos adquiridos "en cuanto tales textos se refieren a empleados y obreros de empresas ferroviarias particulares que prestan sus servicios durante el tiempo anterior al de la vigencia de la citada ley 1ª y a quienes por razón de tales servicios se les concede el derecho a pensiones vitalicias pagaderas por las empresas a que sirvieron".

Cuál era en la mente de la Corte la naturaleza de tales pensiones? En la sentencia a que se alude se dijo lo que sigue: "El verdadero concepto de las pensiones de que se trata es el de un gravamen establecido por motivos de interés social". Dentro de tal concepción no representaban ellas ni un ahorro forzado ni primas de seguro descontadas del sueldo, como lo pensó el señor Procurador de ese entonces, ni mucho menos una indemnización compensatoria para quienes habían prestado los servicios.

La Corte consideró que la ley 1ª, por sus propósitos y finalidad era de previsión social y a la vez de carácter administrativo, y que por consiguiente las pensiones en ellas estatuídas eran no tanto un derecho particular y civil de los ferroviarios cuanto una obligación pública de las empresas.

Y encerrada dentro de este círculo llegó a la conclusión de que no alteraban las relaciones privadas concertadas en los contratos. Y para decidir no tuvo en cuenta otras consideraciones ni otros motivos. Por eso en la parte resolutiva se produjo así:

"No estando, según lo dicho, demostrado el cargo que se aduce contra el art. 1º de la ley 1ª de 1932, y el art. 4º del decreto 1471 del mismo año, la Corte Suprema, obrando en pleno... declara que no son inexequibles las referidas disposiciones, en el concepto en que han sido acusadas".

Cuando se profirió este fallo, existía aún la doctrina de que la solicitud sobre inconstitucionalidad de que trataba el art. 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 (hoy el 149 de la C. N.), podía equipararse a una demanda civil en la cual el actor debía expresar el motivo de la acusación y su fundamento constitucional, sin que la Corte pudiera, al fallar, extender de oficio su decisión fuéra de dichos motivos y fundamentos. Era ésa la doctrina imperante, como puede verse en muchos fallos.

Dijo la Corte: "... Son notorias las ventajas que para la justicia y el bien general tiene la conclusión anterior, pues de lo contrario bastaría que se presentara hasta intencionalmente una demanda inepta, a la cual recaería forzosamente una declaración negativa, o sea de no inexequibilidad, con el fin de que quedaran cerradas definitivamente las puertas para un posterior estudio y examen de una ley quizá abiertamente inconstitucional. Por razones de un exagerado e injustificable formulismo, pesaría sobre los ciudadanos la aplicación de una ley inconstitucional, en menoscabo de la armonía y orden jurídicos, y así vendría a ser letra muerta el precepto de la Carta que dispone que a la Corte le está encomendada "la guarda de la integridad de la Constitución".

"Además, la tesis sostenida en el actual fallo acerca de este punto, es la misma consagrada en casos semejantes con el voto unánime de los Magistrados, y la tesis opuesta a ella impediría corregir tal vez errores en asuntos de tánta trascendencia por parte de la misma Corte y del Congreso, que podría y puede enmendar provechosamente los vicios de un precepto legislativo, de acuerdo con las decisiones de aquélla. Cuando el art. 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 le atribuye a la Corte el decidir definitivamente sobre la inexequibilidad de los actos legislativos objetados o acusados por tal motivo por cualquier ciudadano, ha de entenderse que el fallo definitivo que ella dicta recae sólamente sobre los cargos aducidos en el mensaje de objeciones o en la demanda de acusación". Gaceta Judicial, Nº 1858. Tomo XXXVII, pág. 361.

La Corte actual hace un recorrido mayor, cuando cumple su misión de guardián del Código fundamental; su actividad no queda dentro de un cerco de hierro tan impenetrable. Su jurisprudencia se ha ido orientando en el sentido de una investigación más amplia, y la Ley 96 de 1936, a este respecto es categórica, cuando dice: "Pero si la Corte, al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Basta lo dicho para considerar que el fallo sobre pensiones a los ferroviarios no suministra argumentos decisivos para el asunto que al presente se debate, porque el estu-

dio que ahora puede hacer la Corte sobre las demandas de inconstitucionalidad no tiene vallas infranqueables que limiten como antes la exploración de diversos motivos y textos constitucionales.

VIII

El contrato de trabajo con empleados en la legislación anterior a la Ley 10

El contrato de trabajo con empleados antes de la Ley 10 no existía propiamente, pues él estaba incluído en la categoría de lo que entonces, dentro de un criterio individualista, se llamaba arrendamiento de servicios inmateriales.

Sobre tal base, el artículo 2066 del Código Civil, en el numeral 1º establece la norma de que el contrato podía terminarse, si no se había estipulado plazo fijo, cuando se quisiera, o mediante el desahucio, si así se había concertado. Si se trataba de estipendios periódicos, se debía dar aviso con la anticipación que señala el artículo citado.

Respecto de factores o dependientes de comercio, la ley (artículo 445 del Código de Comercio) dispone que la terminación de los contratos se rija por las estipulaciones de éstos. Si no hubiere plazo, las partes pueden terminar la convención dando la una a la otra aviso con un mes de anticipación. El empleador podía despedir al empleado antes de vencido el mes, si pagaba la mesada íntegra. (449 ibídem).

La Sala de Casación Civil ha establecido que cuando en un arrendamiento de servicios ajustado a tiempo preciso, una de las partes rompe la convención despidiendo a la otra sin causa justificante, hay derecho a indemnización. Se expresa así: "Con la terminación culposa por parte de la sociedad, del contrato de arrendamiento de servicios, se extinguió ilícitamente el derecho de Uricochechea al cumplimiento de la prestación que contrajo la arrendataria de pagarle un sueldo de ciento ochenta pesos mensuales durante el año que faltaba para el vencimiento del plazo y de ahí surgió el derecho a cobrar indemnización". (Gaceta Judicial Nos. 1907 y 1908, pág. 408).

En otro fallo dice la misma Sala: "La expresión contrato de trabajo no ha entrado en las legislaciones modernas sino desde fecha relativamente reciente, y ni cuando se expidió el Código Francés ni cuando se adoptaron los códigos chileno y colombiano, se tuvo en cuenta tal fenómeno jurídico que hoy es de gran importancia. Unicamente se reglamentó el contrato de arrendamiento de servicios, pero con un criterio de convención de carácter estrictamente privado. Fue en 1890, por la Ley 27 de diciembre de ese año, cuando el legislador francés empleó la expresión de contrato de trabajo y adicionó el artículo 1780 del Código civil francés.

"A esa adición siguieron varias leyes, hasta que en 1910, el 28 de diciembre, fue expedido en Francia el Código de Trabajo. Este movimiento legislativo, que obedece a causas sociales, cuya realidad es patente, ha sido seguido por casi todos los países y en lo que atañe a Colombia, se encuentran, entre otras, las leyes 57 de 1915, 57 de 1925, 13 de 1928, 133 de 1931, 48 de 1930, 72 de 1926, 44 de 1929, 86 de 1928, 82 de 1932, 57 de 1926". (Gaceta Judicial, Nos. 1909 y 1910, pág. 622).

De lo que se acaba de exponer se sacan estas conclusiones: que antes de la ley 10 de 1934, regían las disposiciones del Código Civil y de Comercio premencionadas, y que bajo el imperio de ellas, el patrono, por regla general, estaba facultado para despedir a sus empleados sin que se lo siguieran consecuencias jurídicas. Ello era, acaso, injusto o inconveniente? Fue la Ley 10 de 1934 la que vino a modificar semejante estado de cosas, incorporando en la legislación positiva principios más acordes con el desarrollo de la vida social contemporánea.

Esa legislación anterior quedó incorporada en los negocios efectuados a su amparo, como lo prescribe el artículo 38 de la ley 153 de 1887.

Con todo, estos conceptos no implican que sea un absurdo sostener, como parece ser la tesis del señor Procurador, que, imperando tal legislación, el despido no podía efectuarse sino mediante un motivo apreciable y serio además del cumplimiento de las prescripciones sobre preaviso.

Semejante teoría no afecta mayormente las cuestiones que se encaran en relación con la ley 10, porque el numeral C) del art. 14 establece condiciones especiales para el despido sin las cuales este hecho es una terminación culposa del contrato, un acto ilícito indemnizable. Y si se dice que ese ilícito se sanciona por la ley, semejante sanción previamente justipreciada no es en el fondo otra cosa que una indemnización.

Por cualquier lado que se enfoque el problema, se llega al resultado de que un despido sin causa legal es la ruptura del contrato.

Si se miran las referidas disposiciones a través del criterio de la previsión social, podrían denominarse las consecuencias del despido, como lo hace la ley, auxilios de cesantía, sin que tal denominación cambie la na-

turaleza de la figura jurídica, pues tal auxilio es una indemnización. Querrá decir que la mencianda norma legal consagra derechos que miran al interés individual, por una parte, y por otra, al orden público o social, ya que el Estado tiene interés en que los empleados particulares no queden inermes ante el paro forzoso, ante el desempleo.

De ahí que el despido sea reglamentado por el legislador, lo cual es un imperativo de justicia social.

Para algunos, dicho auxilio es más bien una recompensa de retiro que como obligación social se impone al empleador; es algo así como un subsidio al empleado por el desempleo y que nada tiene que ver con el régimen de los contratos anteriores. En lugar oportuno se estudiará esta faz de la cuestión.

IX

Interpretación de la Ley 10

En la Cámara de la legislatura de 1933 se introdujo por varios representantes un proyecto sobre "defensa, garantía y protección de los empleados particulares", en el cual se destacan estos artículos: "Art. Cuando un empleado sea destituído de su empleo, sin causa legal, comprobada ante la Junta Municipal del Trabajo, deberá el patrono abonarle un sueldo mensual por cada año de servicio, si este sueldo no excediese de ciento veinte pesos... Art. El empleado que tuviere prestado un año de servicio al mismo patrono o empresa antes de la vigencia de esta ley, recibirá una indemnización equivalente al cincuenta por ciento del sueldo mensual por cada año de servicio, siempre que no se ponga fin al contrato por parte del empleado".

El proyecto aprobado en primer debate pasó para el estudio a la comisión de Negocios Generales, la que rindió un informe proponiendo se le diese segundo debate.

Otro proyecto fue llevado a la misma corporación el 4 de octubre de 1933, y en él se expresó en el artículo 3º, lo siguiente: "Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios: a)... b)... c)... Auxilio de cesantía, siempre que el empleado no sea despedido por mala conducta, a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y proporcionalmente por las fracciones de año. Para los efectos de este artículo se tomará el sueldo medio que el empleado hubiere devengado en los tres últimos años de servicio; si hubiere trabajado por un tiempo menor, se tomará el sueldo medio de todo el tiempo de trabajo".

Este último proyecto pasó a la comisión de Asuntos Sociales, la que presentó un pliego de modificaciones, en la que dijo: "Auxilio de cesantía siempre que el empleado no sea despedido por mala conducta a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio que preste o haya prestado y proporcionalmente por las fracciones del año..."

Cuando se estaba discutiendo en la Cámara el proyecto de ley "sobre pérdida y rehabilitación de derechos políticos", originario del Senado, se introdujeron en el segundo debate los artículos sobre empleados y entre ellos el siguiente: "Los empleados particulares gozarán de las siguientes concesiones y auxilios... d) En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año..."

Volvió todo el proyecto al Senado donde se abrió el segundo debate. Pasó también en tercero con algunas modificaciones, lo que dio origen a que la Cámara las considerara y accediera a ellas en la sesión de 21 de noviembre del mismo año de 1933.

El Excelentísimo señor Presidente de la República hizo uso del veto constitucional, porque en las disposiciones de ella se comprendía a los empleados públicos, y sus objeciones fueron consideradas y aceptadas en la Cámara de la legislatura de 1934. Así, sintetizando la historia del proyecto, nació la Ley 10 de 1934.

Conviene transcribir unos apartes del informe de minoría en que se estudiaron las objeciones del ejecutivo y que dice lo siguiente:

"Si se limitara a los empleados públicos la interpretación de la forma verbal hayan prestado, no habría dificultad, porque el ejercicio de las funciones públicas no crea relaciones jurídicas de naturaleza civil en primer lugar, y en segundo lugar, porque, siendo el Estado mismo el autor de un beneficio para sus servidores se ajustaría a los principios científicos y a nuestro Derecho público interno al decretar en tales condiciones un efecto legal retrospectivo. Empero, cobijando a los empleados particulares, esto es, a los efectos ya cumplidos de relaciones jurídicas creadas o nacidas bajo el imperio de leyes anteriores, vigentes aún, ¿podría aceptarse como mero efecto retrospectivo? Absolutamente no. Nadie se atrevería a negar que este efecto no es restros-

pectivo sino típicamente retroactivo, por cuanto lesiona derechos adquiridos conforme a la ley; de consiguiente, es contrario a la letra y al espíritu de los preceptos constitucionales que regulan la materia".

En la discusión sobre este informe dijo el H. Representante Jorge Elécer Gaitán: "Señor Presidente: La Cámara debe saber a conciencia que este proyecto sí tiene efecto retroactivo y debe votarlo con tal conocimiento. Este efecto retroactivo no se refiere a los empleados que ya han dejado de serlo sino se refiere a aquellos que lo son en la actualidad, y los años de servicio a que se refiere el proyecto para establecer una prima de cesantía, deben contarse, no a partir de la ley, sino desde cualquier tiempo atrás en que el empleado venga trabajando. Es decir, la prima debe empezarse a aplicar inmediatamente que entre en vigencia la ley, teniendo en cuenta los servicios del empleado anteriores a su expedición..."

El H. Representante Gómez Martínez dijo: "Creo que el H. Representante Gaitán clarificó el asunto que nos ocupa, en su exposición sobre el alcance retroactivo, yo diría retrospectivo de este proyecto. Porque eran varios los representantes que estaban en la creencia de que los derechos que este proyecto concede apenas miraban hacia el futuro. Y eso no es así, sino que de acuerdo con los términos en que está concebido el proyecto mira hacia el pasado, y los años corridos han de tenerse en cuenta para computar la cuantía del auxilio de cesantía que aquí se consagra. No se trata, como muy bien lo dijo el honorable colega, de un efecto retroactivo, en el sentido de que se desconozcan derechos adquiridos, sino de que, tomando en cuenta el tiempo pretérito, se crea una perspectiva de derecho en favor de los empleados particulares..."

Como puede observarse por los antecedentes relatados, en la Cámara no había un acuerdo sobre la significación y alcance de la forma verbal "hayan prestado". Es verdad que algunos oradores hablaron de un efecto retroactivo; pero ni los discursos parlamentarios ni las constancias que se acostumbra dejar en las actas son auténtica interpretación de las leyes.

Los debates del Congreso y los discursos de los parlamentarios, en general, no reflejan sino opiniones particulares, pues es frecuente que las leyes salgan con un contenido diferente del que quisieron incluir en ellas algunos miembros de la representación nacional.

Hay quienes piensan, con más o menos fundamento, que la inflexión verbal "hayan prestado", inserta en el numeral c) del art. 14, que se ha mencionado tantas veces, no fue usada por el legislador como un pasado de subjuntivo, equivalente a prestaron a partir de la vigencia de la ley, sino como un antefuturo en relación con el despido, acto del porvenir. Argumentan en tal sentido, con apoyo en el art. 4º de la Ley 153 de 1887, y consecuencialmente cuentan el servicio sólo a partir de la vigencia.

Con semejante interpretación el presten o hayan prestado comprende el mismo tiempo futuro que se extiende desde la vigencia de la ley hasta el despido. Consideran tales intérpretes que si otra hubiera sido la intención de la ley, se habrían empleado en ella términos más explícitos, claros y rotundos.

En apoyo de esta tesis pudieran aducirse respetables opiniones.

Dice el Profesor Arturo Alessandri:

"Una cosa es que la ley pueda ser retroactiva y otra es que lo sea. Pero si hay duda sobre el espíritu del Legislador, si el sentido no es claro... el Juez no debe darle carácter retroactivo porque la regla general es que la ley sólo puede disponer para el futuro y no tiene efecto retroactivo".

Claro Solar expone lo que sigue:

"Cuando el Legislador manifiesta claramente su voluntad de dar efecto retroactivo a la ley, la cuestión es sencilla: el juez no tiene más remedio que ejecutar esa voluntad... Si el Legislador atribuye excepcionalmente un efecto retroactivo a sus disposiciones, no cabe distinguir ya acerca de su alcance y extensión. Pero cuando no se asigna ese efecto especial a la ley, es necesario discurrir sobre la extensión de sus preceptos y sobre la esfera más o menos amplia que limita el círculo de sus aplicaciones".

Don Eugenio Vergara, hablando del efecto retroactivo de la ley, en el Código Civil ante la Universidad dice (pág. 18) así: "Son notables a este respecto las palabras de Teodosio II, contenidas en una Constitución dada para el Imperio de Oriente en 440: "Leges et constitutiones futuris certum est dare forman negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit".

"Tampoco abrogan ni aun los efectos pendientes de las relaciones jurídicas formadas de antemano sino que continúan rigiéndose por las leyes coetáneas a su formación. Para que este efecto normal de las disposiciones legales ceda su puesto a otro excepcional, es preciso que el Legislador lo declare expresamente, nominatim. Así sólo puede obtenerse el resultado de que una ley influya sobre

hechos ejecutados antes de su promulgación".

Según Roubier, la retroactividad es una posición anormal de la ley y por eso debe cargar de cláusulas del mismo legislador. Este expositor no admite que la irretroactividad pueda ser tácita.

Los Profesores Champeau y Uribe en la obra de Derecho Civil traen los siguientes comentarios, al tratar del principio de que la ley no tiene efecto sino para el futuro: "Si la ley es obligatoria para todos, y si la ignorancia de ella no sirve de excusa, mal puede obligar antes de existir; pues de otro modo los particulares quedarían expuestos a ver comprometido su patrimonio a cada momento, por leyes nuevas imposibles de prever; no habrá seguridad ninguna en las transacciones, y los derechos más sagrados carecerían de base sólida. Además las leyes no sólo no producen, en tesis general, efecto sino para lo futuro, sino que tampoco deben aplicarse en las consecuencias de hechos pasados posteriores a la promulgación de aquellas cuando aplicándolas se vulneran derechos adquiridos".

Según el art. 26 de la Constitución (codificación oficial) la regla general es qua la ley no puede ir contra derechos adquiridos. Es esta una norma para el legislador y para el juzgador, al interpretar la ley para aplicarla.

Diríase que no existiendo otras razones de mayor vigor, es ineludible apreciar que la inflexión verbal "hayan prestado" no comprende en la mente del legislador todo el tiempo de servicio que se lleve en el establecimiento.

Empero, no siendo la norma legal suficientemente explícita es fuerza acudir a la interpretación de ella, lo cual no es una labor meramente mecánica. Es de observarse primeramente que la retroactividad o retrospectividad, según el caso, no reclaman que se incluyan en una fórmula gramatical estos vocablos, pues es suficiente, cuando la literalidad no revele claramente el contenido conceptual, deducir el espíritu de la disposición, considerándola en frente de las finalidades por ella perseguidas y ante los textos legales y principios jurídicos de hermenéutica.

Si el fundamento de la Ley 10 es la justicia social y sus propósitos fueron regular la cesantía con el criterio del servicio prestado, parece lo más lógico aceptar que el Legislador no quiso excluir del tiempo del servicio el anterior a la vigencia de la ley.

Fuéra de esta consideración, hay antecedentes en el proceso legislativo que inclinan el pensamiento a semejante exégesis, como se verá en seguida:

Uno de los Parágrafos del art. 14 hacía extensivo el auxilio de cesantía a los empleados oficiales, y ello fue objeto de objeciones del Ejecutivo, según se ve en lo que va a transcribirse: "... Supongamos el caso de un ministro diplomático que con un sueldo mensual de mil pesos haya prestado sus servicios al Estado durante diez años. Al verificarse un cambio en el personal de las legaciones, el retiro de dicho funcionario le causaría al fisco una erogación de diez mil pesos. Las sumas necesarias para cubrir esas remuneraciones a los altos empleados tendrían que gravar los presupuestos nacionales, departamentales y municipales, y traerían como consecuencia el aumento de cargas tributarias que hoy pesan sobre el pueblo colombiano, que no estaría bien dispuesto a contribuir con sus dineros para sostener ese injusto privilegio..."—Enrique Olaya Herrera.—El Ministro de Gobierno, Gabriel Turbay.—El Ministro de Industrias, Francisco José Chaux".

Para el Poder ejecutivo el "hayan prestado" se extendía a un tiempo indefinido, dentro del cual cabían años anteriores a la vigencia de la ley. Y al aceptar el parlamento este reparo, con ello significó que su intención era también darle a la forma verbal discutida un alcance sin restricciones.

En el proyecto que sirvió de base al numeral c) del art. 14 que hoy se cuestiona, se habló únicamente del "año de servicio" sin ninguna especificación. Luégo se cambió esta frase por la de "cada año de servicio" que presten o hayan prestado. Para algo se introdujo la modificación. Aquí vale aplicar el principio de interpretación que dice que las expresiones de la ley deben entenderse en el sentido que produzcan algún efecto, y no al contrario, sin que lo favorable u odioso de la disposición pueda tomarse en cuenta para ampliar o restringir su alcance.

En uno de los informes sobre las objeciones presidenciales, se habló de retroactividad, y la Cámara nada dijo para desechar esa tesis.

Además de lo dicho, las opiniones de distinguidos parlamentarios que estuvieron en la discusión de la ley, pueden evaluarse como argumentos confirmativos, aunque por sí solos no sean, como antes se dijo, pauta segura para una interpretación.

En suma, la forma verbal presten es un futuro de subjuntivo que se refiere al servicio posterior a la vigencia de la ley hasta el despido; el hayan prestado com-

prende el tiempo corrido desde dicha vigencia hacia atrás.

X

Retroactividad

Conforme lo dicen algunos autores, el efecto retroactivo de una ley es su aplicación en el pasado; el efecto inmediato, su aplicación en el presente.

Dentro de esta idea tan amplia, decía el art. 13 del C. C.: "La ley no tiene efecto retroactivo. No hay otra excepción a esta regla que la que emite el art. 24 de la Constitución Nacional, para el caso de que la ley posterior, en materia penal, imponga menor pena".

Los constituyentes de 1886 consagraron la irretroactividad penal y la civil en los artículos 26, 28 y 31 del Código fundamental, aunque sin emplear el vocablo consagrado por la doctrina. Después como legisladores ordinarios desenvolvieron sus concepciones sobre el asunto en la Ley 153 de 1887, en la cual se destaca el art. 49, que derogó el art. 13 transcrito, de suerte que la prohibición de irretroactividad para el Legislador quedó circunscrita a los derechos adquiridos, como lo estatuía el art. 31 de la C. de 1886 y lo repite el art. 10 del Acto Legislativo Nº 1º de 1936. (Art. 26 de la Codificación oficial de 1937). Tanto esta última disposición, como la antigua, tienen por finalidad impedir que el Congreso pase por encima de los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles.

Una ley puede tener efecto en el pasado, sin ser inconstitucional, cuando no vulnera los derechos adquiridos de que se ha hablado. El legislador puede señalar efecto retrospectivo a una ley, para crear derechos, si con ello no viola otros adquiridos legítimamente, de conformidad con el texto constitucional que los protege.

El art. 28 de la Codificación dice: "Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social".

Si se entendiera que allí se refirió el constituyente a toda ley que mira hacia un interés público o social, la excepción sería la regla general, porque leyes con miras netamente particulares rara vez se expiden. Parece lo más lógico que el texto haga referencia a leyes que se relacionan directamente con el Estado o se propongan un fin de especial protección.

La norma es la irretroactividad; la retroactividad es la excepción, impuesta por la necesidad, que debe aparecer reconocida en la ley, para que así, en el conflicto, el derecho privado ceda al interés público o social, indemnizando al titular del derecho cuando se le prive de él, en todo o en parte.

XI

Es retroactiva la Ley 10?

A veces ciertas conveniencias de convivencia social parecen requerir que las leyes extiendan sus efectos más allá de su entrada en vigor; pero en una sociedad organizada dentro del Derecho, las personas no deben estar sometidas a los vaivenes de la legislación, pues éstas necesitan alguna seguridad en sus negocios, los cuales serían siempre un mero albur, si las leyes de mañana pudieran arrebatar los derechos conseguidos hoy al amparo de determinadas leyes. Contra tal sistema escollarían todos los medios de la previsión humana.

Si el numeral C. del art. 14 de la Ley 10, apenas dicra al Juez las normaciones para regular un derecho anteriormente adquirido, podría decirse que la retroactividad era en tal evento un espejismo ilusorio. Más tal cosa sería apenas la conclusión de esta premisa: la duración en el empleo o sea la antigüedad generó para el empleado un derecho de indemnización por el desgaste de sus energías, o una retribución por el mismo concepto. Ello no sería, en el fondo, sino el derecho a una participación pecuniaria, conquistada por el trabajo, no pagada por el empleador, y reservada por él para entregarla al empleado, en el momento del despido.

Si realmente se tratase de un derecho adquirido en la forma enunciada, la susodicha reserva debería devolverse al empleado, aunque se le hubiera despedido por motivos justificativos. Nada dicen tampoco, sobre este punto, las leyes antecedentes, y en consecuencia, es lógica la afirmación de que ese derecho no estaba consagrado en disposiciones positivas anteriores a la Ley que se discute.

Si se arguye que tal derecho estaba fundado en principios de equidad, habría que contestar que también es de simple equidad no deducir responsabilidades, no previstas en las convenciones ni expresadas en la estructuración legal de los contratos. El criterio de equidad, aplicado de semejante modo, a

favor de una de las partes contratantes y en perjuicio de la otra, presupondría que la duración de los empleos dependió siempre del mérito del empleado, cuando, en muchas ocasiones, fue una resultante de la buena voluntad del empleador. Y cuando la atención se fija, no en el empresario de fuerte capital, sino en los empleadores de escasa fortuna —y ellos, entre nosotros, forman legión— entonces no aparece muy evidente la equidad, al imponer estos gravámenes no prescritos en la época en que transcurrieran sin ellos años de servicio de los empleados.

Si el auxilio de cesantía se hubiera extendido a los empleados despedidos antes de la vigencia de la ley ¿este efecto sería retroactivo? El doctor Luis Felipe Latorre, cuyo concepto ha sido remitido a la Corte y ha pasado por disposición de la Presidencia al magistrado que elabora el proyecto, escribió lo que se transcribe: "Si esta (la ley 10) hubiera dado a los empleados despedidos antes el derecho de reclamar indemnización, el efecto retroactivo sería incuestionable; pero desde el momento en que el auxilio de cesantía tiene que derivarse de un despido posterior a la vigencia de la ley, que en todo caso es un acto voluntario del patrón "que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato por parte del empleado", la pretendida violación de derechos adquiridos del patrón carece de fundamento jurídico y la tacha de inconstitucionalidad de la ley no resiste examen serio".

A esta opinión, que en parte es rigurosamente jurídica, se observa:

Si la aplicación de la ley a despidos anteriores implica retroactividad, ¿no la implicaría también el querer derivar de servicios ya cancelados y pagados, nuevas obligaciones, cuando antes de la ley 10 no había leyes que originaran créditos al respecto?

Situaciones jurídicas tan semejantes claman que se les aplique el mismo criterio, para no incidir en una antilogia.

El expositor Roubier, a quien con tanta razón se ha aludido en el debate sobre esta ley, escribió en su obra "Los conflictos de las Leyes en el tiempo" lo que sigue: "Por ejemplo, una ley nueva estatuye que "la muerte del arrendatario pondrá fin al contrato de arrendamiento; la ley se aplicaría retroactivamente, si se aplica a una muerte sobrevenida antes de ella entrar en vigor; en efecto, un hecho que bajo la ley del día en que se produjo no daba nacimiento a situación jurídica alguna, no puede, en virtud de una ley posterior, haber producido efectos jurídicos, sin retroactividad".

¿No es este el caso de la antigüedad en los servicios, antes de la vigencia de la Ley 10 de 1934?

El numeral c) del art. 14 de la susodicha ley 10 contempla el caso del auxilio o indemnización de cesantía para los empleados despedidos después de la vigencia de ella.

Si la cesantía es una mera facultad del empleador, la cual no constituye para él un derecho adquirido, sino al ejercitarse querrá decir que al aplicar la ley nueva a semejantes hechos, no se tropezaría con obstáculos. Si se estima que dicha facultad, en los contratos en curso, no es otra cosa que la de terminar el contrato, podría surgir en la aplicación de la ley el problema referente a cuál de las leyes debe sujetarse la terminación de las convenciones a término fijo, nacidas anteladamente a la ley prenombrada. Esta cuestión, así planteada, obliga a pregonar la tesis de que en estos eventos, hay que atender, no tanto a la noción de pasado en sentido material, cuanto a lo que se entiende por pasado, jurídicamente hablando. Estas dos realidades no siempre coinciden, pues cuando una relación contractual jurídica aparece, puede contener en sí consecuencias que deben considerarse pertenecientes al pasado jurídico que las fecunda, y no al porvenir, que es el imperio de las nuevas leyes.

Al presentarse una situación conflictiva de hecho, en esas condiciones, toca al juzgador en el caso concreto deslindar los campos para la aplicación de las normas antiguas o las nuevas.

Por otra parte, el parágrafo del mismo numeral es el que se refiere de manera especial a los contratos a plazo fijo de duración.

Como el numeral C. del art. mencionado se refiere a los despidos que jurídicamente pueden considerarse como futuros, es palmario que en esta parte no existe la retroactividad que se alega.

Fuéra de estas reflexiones, en los contratos a plazo indeterminado, la Ley 10, al regir, se les incorpora, sin que por ello se violen derechos adquiridos.

Otro punto que contempla el numeral c) es el criterio adoptado por el legislador para fijar la cuantía de la indemnización o auxilio de cesantía. No se ha dejado esta fijación al arbitrio judicial ni se ha señalado al juzgador un catarbón amplio, como lo sería indicarle que tuviese en cuenta, para el monto de la indemnización, las condiciones de edad del empleado, el sueldo, la pobreza, o el número de personas a quienes con su trabajo sostenga. Se ha escogido un criterio

matemático, preciso, consistente en gravar con suma determinada cada año de servicio. Mientras la aplicación de este criterio queda dentro del radio comprendido entre la vigencia de la ley y el despido, no se puede aseverar que haya retroactividad.

Otra es la cuestión, cuando se abarcan años de servicios ya cancelados y se reabre una situación definitivamente cerrada, imperantes otras prescripciones legales o contractuales distintas de los ordenamientos de la ley 10.

Empero, se opina por algunos que la retroactividad es aparente, porque antaño tanto la legislación civil como la comercial imponían el deber al patrón de dar aviso previo sin lo cual el empleado tenía derecho a ser indemnizado. De ahí infieren que esa indemnización y la de la ley 10 no se diferencian sustancialmente, y que las disposiciones de la última sólo se contraen a estatuír normas para la evaluación del daño, las cuales vagamente existían antes en el libre arbitrio del juez.

Esto no es así, porque una cosa es el aviso previo para el despido, y otra el despido efectuado contra expresas determinaciones legales, por lo cual las reparaciones debidas en cada una de estas circunstancias son dispares. Una ruptura brusca del contrato puede ser por motivos legales, y puede no existir reparación por falta de preaviso, y con todo violarse la ley reglamentaria de la terminación del contrato.

Consiguientemente, el argumento construído con tales fundamentos es deleznable, porque se cimienta en la confusión de dos distintas posiciones jurídicas. Arguyen otros que con anterioridad a la ley 10 preexistía la indemnización, por el abuso del derecho, y que el auxilio de cesantía no tiene con ella diferencias esenciales.

El abuso del derecho es el uso egoísta de éste sin consideración a los intereses antagónicos de la colectividad; es el uso irregular. En cambio, el despido efectuado fuéra de las causas expresadas en la ley 10, relieva el desencadenamiento de una voluntad que actúa sin derecho y contra el derecho de la otra parte contratante.

En consecuencia, las reparaciones basadas en la discutida figura jurídica "del abuso del derecho" y las debidas por quebrantamiento de disposiciones legales explícitas tampoco pueden confundirse.

Para otros, no hay retroactividad, porque suponen que la ley 10 apenas ha establecido una sanción para hechos que en la conciencia jurídica colectiva violaban la justicia natural, de donde deducen que nada nuevo se ha traído al Derecho con la dicha ley. Teoría seductora es ella, en verdad, pero no tiene firmeza y consistencia, porque también se atiende a un ideal de justicia al no deducir responsabilidades por hechos que no estaban previstos en las leyes.

En el código del Trabajo, de Chile, la indemnización de cesantía se computa por cada año de servicio desde que el empleado entra a la empresa hasta el día en que cesen sus labores.

Y una autoridad en estas materias, el Profesor Arturo Alessandri, escribe: "Recientemente se han dictado dos leyes retroactivas: la ley de empleados particulares, que en su artículo 59 establece una indemnización de desahucio proporcional a los años de servicio, y éstos se cuentan desde que el empleado haya sido contratado, aunque este contrato se haya realizado con antelación a la vigencia de la ley. Dentro del concepto de la retroactividad de las leyes no tendría derecho a esta indemnización el empleado que hubiera sido contratado antes de la ley, porque en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, y en ellas no se establecía esta indemnización".

Lo que consagra el numeral C. multicitado, es una indemnización especial que acrece en proporción a los años de servicio. No es una simple medida para la cuantía, porque al tomarse la duración del contrato en función matemática se toma un efecto de éste y se le hace producir consecuencias no previstas en la convención, contra el otro contratante. Por el contrato realizado de acuerdo con las leyes civiles, los celebrantes adquieren con justo título derecho a todos los efectos naturales de él, explícitos e implícitos.

El nacimiento del hecho o sea la duración del empleo ha surgido antes de la nueva ley; el contrato estaba consumado de acuerdo con las leyes civiles vigentes, y esa antigüedad en el servicio no producía efecto alguno hasta que la ley 10 modificó y adulteró semejante situación. Y así como hay retroactividad, cuando se borran los efectos producidos en el pasado contractual por un hecho, la hay también cuando a otro hecho se le hacen producir efectos que no existían.

Ocurre que en esas condiciones servicios prestados con antelación a la ley 10, se estiman como basamento para imponer al empleador responsabilidades pecuniarias, cuando éste, en la época en que el servicio se prestó, tenía derecho a no pagar más de lo que se le podía exigir por obra de las cláusulas expresas del contrato o de las prove-

nientes de las leyes civiles incorporadas a él.

Pagado el sueldo y terminado el contrato, o mejor, una etapa de él, lo que acontece en los que por no tener plazo se van renovando continua y sucesivamente, ningún efecto nuevo podía surgir antes de la ley por razón de antigüedad o duración de los servicios, porque esto es una situación jurídica dependiente de la voluntad del empleador y del empleado, los cuales tienen en el contrato su régimen legal.

Fue esta seguridad la que guió a los empleadores, cuando hacían los balances de sus empresas, repartían los dividendos o establecían los fondos de reserva.

Por ningún motivo el despido, que no es sino la terminación del contrato, puede producir consecuencias que vayan, por benéficas que sean, a vulnerar situaciones concretas en que se amparen derechos adquiridos por uno de los contratantes.

La antigüedad en el servicio prestado antes del advenimiento de la ley, no producía los efectos que ésta le señala. Luego —conviene repetirlo— pretender exigir una indemnización en función de esa antigüedad, contra uno de los contratantes, es violar el derecho que éste había adquirido, de acuerdo con las leyes imperantes entonces, a que no se le exigiesen más prestaciones, por el otro contratante, que las que constaran en la convención, ora expresamente o ya en virtud de las leyes que suplían el silencio de las partes.

Dice Fiore, al estudiar la retroactividad, en materia de contratos: "La ley nueva que se hallare en vigor al tiempo de deducirse dichos efectos, del mismo modo que no puede cambiar las relaciones contractuales, no puede tampoco alterar el derecho adquirido de que todos los efectos directos de dichas relaciones sean determinados y regidos por la ley, vigente al celebrarse el contrato".

Por tanto, es retroacividad modificar o suprimir los efectos realizados en los contratos o hacer que hechos dependientes de la voluntad de las partes sean fuente de efectos no previstos ni convenidos por ellas explícita o implícitamente.

Pero, no obstante lo expuesto, podría argüirse que la ley 10, como se infiere del artículo 19 de ella, es de orden público, y que no hay derechos adquiridos contra el orden público.

A este reparo es fácil responder que dicha ley es de orden público a partir de su vigencia hacia el futuro, pero que esa condición no significa que ella pueda crear derechos antes no existentes con violación de derechos adquiridos, que en la ley suprema son derechos constitucionales.

Ello sería como admitir que hay orden público contra el orden público, cuando una de las columnas graníticas de éste es la irretroactividad de las leyes.

Es del Profesor Claro Solar este concepto: "... la voluntad del legislador, si no es expresa, debe estar netamente establecida para que el juez pueda estar aun forzado a considerarla tal, pues se comprende fácilmente que, aunque la ley repose en consideraciones de orden público, no debe regir el pasado en el pensamiento de aquellos que la han hecho".

Si la ley sobre empleados fuera únicamente la regulación de un derecho privativo del Estado, como una ley sobre monedas e impuestos, no se podría hablar de derechos adquiridos convencionales, frente a ella, porque en las cláusulas de un contrato no pueden quedar comprometidas las prerrogativas que por ministerio de la ley suprema corresponden a las funciones públicas estatales.

Así es como debe entenderse la siguiente exposición doctrinal del doctor José María Samper:

"Seguramente no debe admitirse a ciegas, o en absoluto, la idea trivial de que las leyes no han de tener efecto retroactivo. Si por efecto retroactivo se entiende toda modificación o alteración que las leyes producen en los hechos existentes cuando ellas son dadas, es claro que en ningún caso dejarían de obrar, en cierta medida, sobre lo pasado, retrotrayéndose más o menos sus efectos. Nunca se podría legislar por modos enteramente inofensivos, puesto que siempre se afectaría algo existente, por mucho que la disposición legal fuera aplicable en lo futuro. Así serían tachables, por su efecto retroactivo, todas las leyes sobre procedimientos judiciales, sobre impuestos, sobre administración fiscal, sobre formación y registro de actos civiles, sobre amnistías o indultos, etcétera, etcétera.

"No; la ley no tiene efecto retroactivo de mal carácter, esto es, injusto y pernicioso, cuando simplemente modifica formas, aumenta o disminuye formalidades, cambia procedimientos, otorga valores (sin perjuicio de tercero), o hace perder esperanzas concebidas; en suma, cuando es simplemente ejecutiva o adjetiva (que se dice impropiamente), pero ni aún substantiva, sin vulnerar derechos adquiridos. Lo que no es lícito, porque es doloso, porque es inmoral, es dar a la ley la autoridad que destruye o vulnera derechos adquiridos a virtud de hechos anteriormente consumados; derechos que hacen parte de la propiedad de las per-

sonas —verbigracia—, los que se derivan de contratos perfeccionados, de hechos ya verificados que la ley anterior ha declarado ser fundamentos de derechos claros y precisos..."

Contra todo lo expuesto se arguye que el auxilio de cesantía se origina de una ley que impone prestaciones al empleador, sin que las convenciones se afecten, comoquiera que tales imposiciones, nacidas de la intervención del Estado que regula la justicia social, son obligaciones extracontractuales, cuyo cumplimiento no vulnera por tanto derechos adquiridos por acuerdo de voluntades.

El desempleo y la cesantía provienen, según la ley 10, de un acto del empleador, o sea de la terminación del contrato, la cual es un efecto de éste, siendo consiguientemente la indemnización un concepto que se relaciona directamente con el régimen convencional entre empleadores y empleados.

Cierto es que el estado puede intervenir reglamentando la libertad y el derecho de contratar, pero el intervencionismo normal no puede ir hasta sacrificar, sin indemnización, derechos legítimamente adquiridos de acuerdo con las leyes civiles, pues, si esto se permitiera, la ley suprema sería incongruente, ya que en unos artículos colocaba el elemento destructor de garantías en otros consagradas.

La intervención del Estado en el contrato de empleo la imponen el orden social y la justicia, pues no se trata en él de un simple cambio de mercancía, sino ante todo, de la actividad humana puesta al servicio de otras personas, de lo cual debe inferirse que en este contrato hay particularismos que lo diferencian de los que tienen por objeto las cosas.

Tal intervención estatal se realiza ora imponiendo obligaciones patrimoniales que han de hacer parte del contrato, ora prohibiendo ciertos actos que vayan en desmedro de la dignidad, la salud y la vida misma de los empleados.

La democracia, para establecer el imperio de la justicia social, en la cual los intereses desiguales deben equilibrarse jurídicamente, acude con medidas protectoras en defensa de las clases más débiles para que no sucumban en la batalla cotidiana. Todo ello es muy razonable. Ya la Corte, en famosa sentencia, dijo, hablando de esta materia:

"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".

Esta doctrina diserta y humanizadora del Derecho, en marcha hacia el futuro irá transformando la legislación individualista, para colocar en un plano de armonía el capital y el trabajo.

Pero si esas transformaciones, al ponerse en práctica, tropiezan con la justicia legal en que se amparan los derechos adquiridos en el pasado, es preciso levantar el límite. De otro modo bajo el nombre de interés social se cohonestaría el holocausto de todo derecho, y así la zona de actividad individual, que el código fundamental protege, se derrumbaría.

La destrucción de esa garantía constitucional perjudicaría a todos: al empleado en la vía de su liberación, y a los industriales y comerciales en pequeño, que no pertenecen a la burguesía capitalista sino también a la clase media.

XII

Derecho social

El hombre no vive solo, y por eso sus derechos no pueden aislarse de la colectividad en que actúa. No es posible, ni sería oportuno emitir opiniones sobre las diversas corrientes doctrinales acerca de lo que se entiende por derecho social. Para la motivación de lo que a la Corte atañe, basta pensar que el Derecho social es algo así como una línea intermediaria entre el derecho privado y el público, y que él busca la conciliación entre las colisiones que se susciten en los planos de la justicia conmutativa y de la distributiva.

Nuestra constitución, con acentuado realismo enfrente de los problemas contemporáneos, consigna en el artículo 16 este precepto contra el individualismo exagerado: "Las autoridades de la República están constituídas 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".

En el art. 26, después de afirmar el principio de la irretroactividad, dice que la propiedad es una "función social" para sacar la conclusión de que ella implica obligaciones, sin que tal declaración signifique que sólo reconoce la existencia de un derecho de propiedad objetivo con exclusión de los derechos subjetivos, individuales, que mencione en la primera parte del artículo.

Incluye en las causas de expropiación los motivos de interés social, y, con cautela, introduce excepciones al principio de la indemnización.

En el art. 28 faculta al Estado para intervenir por medio de leyes, con el fin de "dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho".

Esos derechos a la seguridad del trabajo, al sueldo vital, etc., los rodea de justa protección, lo que implica que las leyes pertinentes deben acatar también los derechos patronales.

Ninguno de estos preceptos se contraría cuando se ampara el derecho de propiedad, el derecho adquirido, y la defensa de esta garantía constitucional no es tampoco óbice para una necesaria, justa y humanitaria legislación.

El interés privado debe ceder ante el interés social; pero cuando éste se encuentra en pugna con el derecho individual, la armonización requiere indemnización, como lo preceptúa el art. 26 de la Constitución.

Es evidente que entre interés y derecho hay diferencias jurídicas: el primero es una situación abstracta ante la ley; el segundo es algo concreto que está provisto de acción o de excepción.

Cuando la ley 10 toma en función años de servicio anteriores a su vigencia, no subordina un interés privado a uno social, sino un derecho adquirido, cosas distintas, como se ha tratado de patentizar.

Ninguna de estas consideraciones serviría tampoco de obstáculo, para que las clases patronales voluntariamente hagan las concesiones que la Ética les señale. Al garantizar la super-ley el derecho individual de propiedad, no impide su renunciamiento. Y cuando la Corte, cumpliendo su misión de guardián de la integridad de la Constitución, pone a salvo el principio de la irretroactividad de las leyes, apenas atiende a los postulados jurídicos, sin desviar su atención a los intereses meramente económicos, cuya consideración es del resorte de la competencia legislativa.

XIII

Una doctrina de Roubier

La cita de Roubier hecha por el señor Procurador no es muy aplicable al asunto que se está estudiando.

Habla el expositor francés de situaciones jurídicas retroactivas, es decir, de aquellas cuya constitución en determinado momento conlleva efectos en el pasado. Para poner más en claro esta cuestión conviene reproducir la siguiente síntesis del doctor Eduardo Zuleta en su importante obra sobre "Derechos adquiridos" cuando trata sobre la doctrina de Roubier:

"Hay tipos especiales de situaciones jurídicas que aunque obedecen a los mismos principios sentados requieren ciertas explicaciones... Esas situaciones jurídicas son: a), b), c), d)—Las retroactivas, o sea aquellas cuya constitución en determinadas fechas implica efectos en el pasado (las que resultan de una condición suspensiva o resolutoria; del reconocimiento de un hijo natural; de la indagación de paternidad) a las cuales se les aplica la siguiente regla: una ley relativa a una situación jurídica retroactiva, no es retroactiva, aun cuando los efectos de esta situación deban remontarse más allá de la vigencia de la ley si ésta no debe aplicarse sino mediante el acaecimiento de hechos posteriores a esa vigencia y cuando no se trate ni de hechos cuyo acaecimiento sea inevitable ni de hechos cuyo cumplimiento dependa exclusivamente del beneficio de esa retroactividad".

Leyes de esta clase son propiamente las que se han llamado retrospectivas, como puede verse confrontando varias disposiciones de la ley 153 de 1887.

Roubier distingue dos especies de situaciones jurídicas retroactivas: las que se derivan de un contrato o acto jurídico y las que provienen de hechos más independientes, como el reconocimiento de un hijo natural. Al referirse el autor nombrado a las situaciones jurídicas derivadas de contratos hace resaltar la idea de que la proyección de aquéllas en éstos no va más allá del día en que ha nacido la intervención en el pacto. Por eso asevera que en esta materia todo depende estrechamente "de este contrato, de este acto jurídico".

Es explicable que al surgir a la vida una convención condicionada, los efectos de ésta se modifiquen al advenimiento del hecho previsto; pero sólo aquellos efectos coetáneos a la condición contractual. Al aplicarse la tesis al contrato de empleo, en relación con la ley 10, se diría que verificado el hecho del despido, retrospectivamente los años de servicio a partir de la vigencia se pondrían en función para el monto de la indemnización o auxilio.

Pero los años anteriores no quedarían comprendidos, porque es sólo desde la vigencia de la ley cuando los contratos están sometidos a ese particularismo.

Es notorio, además, que siendo la filiación un estado natural de hecho, su reconocimien-

te produce efectos desde antes de la vigencia de las leyes que regulen la constitución de esas situaciones jurídicas.

Mas no hay una paridad completa entre este caso y la ley que constituye un derecho de cesantía.

La tesis de Roubier se planeó especialmente considerando los problemas que en Francia se presentaron con motivos de la ley de 16 de noviembre de 1912 sobre la investigación de la paternidad.

Y con todo, cuando se discute sobre cuál es el límite hasta donde los efectos de esta situación jurídica pueden extenderse, sin retroactividad, los juristas discrepan.

Así Planiol y Ripert conceptúan de esto modo: "Pero parece que la Corte de Casación ha exagerado el alcance de una solución justa, al resolver que las sucesiones liquidadas sin la participación del hijo natural tienen que anularse. A nosotros nos parece que el principio de la no retroactividad de las leyes prohíbe la revisión de una sucesión ajustada a una legislación anterior". (Derecho Civil Francés. Planiol. Ripert).

Esto basta para patentizar cómo la aplicación de la doctrina de Roubier a los problemas relativos a la ley 10, no es una cosa que pueda admitirse sencillamente, sin discriminaciones.

Es que, sobre todo, el auxilio de cesantía no puede estudiarse sin tener a la vista una situación concurrente: la del empleador vinculado al empleado por un contrato.

Cobra oportunidad una opinión, cuya firmeza no vacila, a pesar de los tiempos. Es del doctor Julián Restrepo Hernández, uno de nuestros más penetrantes juristas: "Por nuestra parte, vemos que todo contrato produce como efectos inmediatos derechos y obligaciones, ya efectivos, ya en expectativa o condicionales que pueden existir o no según acontecimientos posteriores, como en los casos de mora, o de culpa o de caso fortuito. Todos ellos son efectos y consecuencias del contrato que deben correr la misma suerte de éste, es decir, ser regidos por una misma ley, que es la del contrato".

XIV

Recompensa de retiro

Cuando se piensa que el empleado ha vinculado su persona al trabajo, se ven surgir la necesidad y la justicia de una protección que cobra importancia, si se hacen consideraciones sobre la suerte de los empleados que dedicaron largos años al servicio de una empresa.

Por ello las legislaciones buscan la manera de compensar la pérdida del empleo, cuando esto ocurre.

Para algunos doctrinantes no se trata, en tales circunstancias, de una indemnización, por el despido injusto o ilegal, como ya se ha discurrido a través de esta motivación. Opinan ellos que la compensación por el paro se debe al empleado solamente por el hecho de su trabajo, más o menos prolongado, sin que dicha compensación esté condicionada, a falta suya o del empleador, no siendo, por tanto, escollo para la tesis la consideración de que el empleado pierda tal derecho cuando sus procederes no se acomodan a la justicia legal.

En esta teoría, el desempleo, consecuencia de la terminación del contrato, se contrapesa con un auxilio de cesantía o recompensa de retiro que en favor del empleado ha establecido la ley 10.

Si se cree que ese auxilio o recompensa es un resultado de la terminación del contrato y representa dentro de la justicia social una remuneración por la antigüedad en el servicio, se llega por otro camino a la retroactividad, ya que se toman como factores años transcurridos antes de la vigencia de la ley.

Así las cosas, tal recompensa sería algo así como un ajuste del sueldo, o como dicen otros, un ahorro, un sueldo diferido. El fundamento doctrinal de todo ello vendría a ser el reconocimiento de un derecho económico, que se supone preexistente y que se origina de la permanencia del empleado en la empresa.

Y no se diga que esa recompensa es una obligación extra-contractual, puesto que se impone, después de terminado el pacto.

Sucede que en las relaciones laborales la protección legal se extiende desde su iniciación hasta después de que concluye el contrato, porque hay efectos de él que aparecen en el período de la declinación.

El doctor Milciades Cortés, ex-Procurador Delegado en lo civil, en una importante disertación sobre la irretroactividad, emite esta opinión que parece referirse a esta clase de medidas protectoras referentes a particulares: "Las leyes o decretos sobre accidentes de trabajo, pensiones o recompensas no pueden aplicarse a hechos acaecidos o a épocas cumplidas antes de su vigencia".

XV

Obligación extracontractual

Pudiera pensarse, como en efecto algunos lo piensan, que el auxilio de cesantía inci-

pable y forzosa, depende sólo de la existencia de la empresa o establecimiento, del hecho de ocurrir el paro cuando la persona que lo sufre estaba bajo la dependencia patronal, y de la consideración de que el sueldo es para el empleado quizá el único medio de subsistencia.

Desde ese punto de vista los propugnadores de semejante interpretación de la ley 10, conceptúan que los dichos auxilios se subordinan a la idea de que constituyen gravámenes de utilidad social, a cargo de los patronos, con el fin de atender a las necesidades de quienes de un momento a otro se ven sumidos en el abismo del desempleo.

Si la constitución hubiera establecido tan sólo que la propiedad era una función social, de suerte que la persona humana apenas estuviera sujeta a los deberes impuestos por el Estado, nada habría que argumentar en esas condiciones.

Querría decir entonces que las situaciones individuales eran meros intereses que debían desaparecer ante las exigencias del verdadero derecho: el objetivo. Y siendo ello así, podría decirse con Ripert: "El derecho subjetivo es el recuerdo de una época en que la doctrina individualista era considerada como una resistencia ante el poder político. El pueblo, que ha tomado ya el poder político, no tolera los poderes privados. Los derechos individuales deben consiguientemente desaparecer. Con ellos desaparecerá quizá todo el derecho privado. Todo hombre, dentro de la máquina social, será considerado como el cumplidor de una función social, y todas las relaciones entre los hombres serán de derecho público. El día en que esta doctrina haya triunfado definitivamente, el derecho civil no sólo se habrá transformado, como lo quería Duguit: "él habrá desaparecido". (El Régimen democrático y el derecho Civil Moderno, por Georges Ripert. 1936).

Si como un gravamen de mera previsión social y aun de interés público, se estima el auxilio, es razonable concluír que con él no se afecta el régimen de los contratos, porque en ese caso no se trata ya de relaciones de justicia conmutativa sino de obligaciones de derecho público. Y así las cosas, el servicio prestado por el empleado no vendría a tomarse en función para hacerle producir efectos sino como una mera referencia, como una simple medida de valor, sin afectación de las relaciones contractuales.

¿Es entonces la tan citada ley un estatuto de asistencia social, sin que para nada intervenga la justicia conmutativa? Si ello es así, cabe preguntar si de tal modo puede privarse de la propiedad una persona para beneficiar a otra. ¿Ese auxilio impuesto al empleador es a título gratuito? Antes de la reforma de 1936 nuestra constitución establecía que nadie podía ser privado de su propiedad, sino por pena, apremio, indemnización o contribución general. Al derogarse la disposición respectiva, no se ha querido dejar la propiedad a la omnímoda merced del Legislador ordinario, para que él la cercene a su talante, puesto que en esa hipótesis ningún alcance tendría el precepto vigente que protege la propiedad privada y los demás derechos adquiridos.

Quienes necesitan la asistencia social no tienen, dentro de la justicia conmutativa, un derecho directo contra determinadas personas.

Por otra parte, la idea de asistencia no es propiamente caridad ante nuestra ley suprema, pues en ella existe el art. 39 que dice: "La asistencia pública es función del Estado..."

Todo esto pone de resalto que esa función es un deber estatal, que debe hacerse con el dinero público y no con la fortuna particular; pues lo contrario sería admitir que el Estado podía, arbitrariamente, desprenderse del cumplimiento de este deber para descargarlo sobre determinadas personas.

Además de esto, el amparo en los casos de cesantía no se ha establecido propiamente por meros móviles de asistencia social, sino como una protección al trabajo (art. 40 de la C. N.).

¿Una obligación social, como la estatuída por el numeral C. del art. 14 de la ley 10, puede imponerse como un gravamen público, en vez de incorporarse a los contratos a base de la justicia conmutativa, como parece lo más natural, por tratarse de relaciones patrimoniales entre empleados y empleadores?

La mejor contestación a este interrogante la dio la Corte Plena, y se recordará para tal fin lo que esta entidad dijo a propósito de un asunto de magna importancia.

Cuando en un momento histórico imperiosas urgencias llamaran la atención colectiva hacia la situación de los deudores, el parlamento colombiano, en presencia de una clase social que juzgó víctima de dificultades y aun de injusticias, dictó la ley 37 de 1932, en la cual creó un gravamen o impuesto contra los acreedores y en favor de los deudores y con finalidades sociales.

Acusada la ley como inconstitucional, dijo la Corte Plena (ponente el ilustre Magistrado doctor Mújica), rechazando un gravamen de semejante naturaleza: "La teoría de ori-

gen alemán, encabezada por Wagner, que pretende ver en el impuesto un fin de política social, "el cual comprenda intervención reglamentaria en la repartición de las rentas de la fortuna de la población de manera de producir una modificación del reparto que se opera bajo el régimen del tráfico libre", es improcedente e inexacta desde el ángulo constitucional y científico, porque la misión del fisco no es la de transferir su poder en instrumento de opresión a disposición de la clase dominante, la cual con el pretexto de compensar las diferencias entre las personas, "resultantes del hecho de las iniquidades legales acumuladas", vendría a decretar, fiscalmente, la distribución de la riqueza común en provecho de una minoría que especula y a expensas de una mayoría que trabaja". Y qué hizo la Corte ante razón tan contundente? Opinó que tal gravamen, constitucionalmente no era un impuesto sino el hecho escueto de una rebaja de intereses, y para sostener la ley, aplicó la teoría de la imprevisión.

En el asunto que ahora se dilucida, ¿qué sería ese gravamen público sobre los empleadores sino la obligación impuesta a ellos, para que en nombre del interés social se desprendiesen de parte de su patrimonio para recompensar a los empleados?

Cuando el interés social tiene necesidad de la propiedad privada, el procedimiento es expropiar. El auxilio de cesantía, como gravamen público, sería completamente inexequible. Pero la ley 10 no puede, sin torturarse su contenido, interpretarse de esa manera.

La previsión social la hace el Estado, cuando se refiere a los particulares entre sí, regulando sus relaciones privadas por medio de disposiciones, como las de la ley 10, las cuales deben incorporarse en los contratos. No se requiere un pensamiento zahorí para comprender cuán fatales serían las consecuencias, si se aceptase como procedimiento regular la imposición de gravámenes sociales siguiendo la trayectoria de Wagner, rechazada por la Corte.

XVI

Decreto reglamentario

El parágrafo del art. 24 del decreto, según se ve con facilidad, computa todo el tiempo de servicio que los empleados tengan en la empresa.

La potestad reglamentaria es el desarrollo natural de la ley.

El ejecutivo, en el parágrafo mencionado, no se ha extralimitado, sino que ha traducido los términos de la ley.

La circunstancia de que los decretos reglamentarios tienen su fundamento y razón de ser en la ley que desarrollan, hace que la inexequibilidad de ellos dependa de la de aquélla.

Así, pues, siendo inexequible el numeral c) en la parte a que se refiere toda la exposición anterior, el art. 24 del decreto lo será también en el mismo sentido.

XVII

Parte resolutiva

En fuerza de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, y en ejercicio de la función constitucional que consagra el art. 149 del Código fundamental,

Decide:

Primero—Es inexequible en el numeral c) del art. 14 de la ley 10 de 1934 la frase verbal "hayan prestado".

Segundo—Es inexequible la misma expresión "hayan prestado" del art. 24 del decreto reglamentario Nº 652 de 1935.

Tercero—Es inexequible el parágrafo del mismo artículo 24 del mencionado decreto, en cuanto por él se comprenden servicios anteriores a la vigencia de la ley.

Cuarto—Es exequible el numeral c), del dicho art. 14 de la ley 10, en todas las demás partes no comprendidas en la declaración a que se contrae el numeral primero de este acuerdo.

A continuación del proyecto vamos a hacer las reflexiones anunciadas.

En el fallo que ha sido aprobado en reemplazo del anterior proyecto se da a entender que la ley 10 nada tiene que ver con el Código Civil ni con el de Comercio, puesto que el auxilio de cesantía proviene de una ley de justicia social.

Ni desconocemos ni impugnamos tal procedencia, pero tampoco aceptamos, a pesar del respeto que nos merece la opinión de nuestros colegas, que entre el Derecho social y el individual haya una absoluta oposición. El primero se roza primordialmente con aquellas relaciones que tienen por objeto necesidades del organismo colectivo; el segundo se refiere a las finalidades del hombre, en cuanto sér coexistente con sus semejantes en la colectividad. Esta división surge, al hacerse una abstracción mental de la so-

ciedad en que el hombre actúa, aunque en la realidad no es posible suponer a éste ejerciendo sus derechos, como si viviera aislado en una isla solitaria. Con todo, la abstracción se admite como un método para el estudio científico, y también, porque los hombres, a veces, obran con fines preponderantemente particulares.

Luego lo más corriente es conciliar las condiciones de individualidad y sociabilidad, como manifestaciones de la misma actividad humana solicitada por necesidades de ambos órdenes.

Por consiguiente, leyes como las dispensadoras de ciertas recompensas o auxilios entre personas privadas, deben concatenarse con disposiciones anteriores, aunque éstas sean de carácter meramente civil, ya que aquéllas pueden apreciarse como un avance o transformación de la figura jurídica denominada "contrato de trabajo".

Por el antecedente jurisprudencial que la sentencia invoca (se refiere al fallo sobre la ley de pensiones a los ferroviarios) se ve que ella estima el auxilio de cesantía como una imposición de previsión social, desconectada del régimen contractual.

Si ese auxilio es una especie de indemnización por la antigüedad en el servicio, no se explicaría cómo se separa de la remuneración pactada, puesto que esta clase de recompensas hace parte de lo que hoy llaman con tánta propiedad "sueldo vital".

La sentencia parece colocarse en el plano en que se situó la Corte pasada cuando decidió la acusación sobre la ley 1ª de 1932. Siendo ello así, creemos que debió analizarse la cuestión desde ese punto de vista, pues la ley 96 de 1936 no permite hoy detener la marcha en la investigación de todos los reparos constitucionales, por lo cual era imprescindible dar respuesta a interrogantes como éstos: ¿Puede la ley, en nombre del interés social, imponer una obligación extracontractual de pagar determinada cantidad en dinero o en especie? Si esa prestación no es un impuesto ¿es acaso una norma por la cual se obliga a los empleadores a dar recompensas a que no les obligaba la justicia conmutativa? ¿Puede la ley tener esa omnipotencia sin que sufran menoscabo los principios constitucionales que protegen la propiedad privada?

La Corte, en el fallo actual, no avanza conceptos en este sentido, y por ello nos vemos en el penoso deber de disentir de las conclusiones que en él se deducen, al aplicar la jurisprudencia prenombrada.

En lo que respecta a la regla de interpretación consignada en el art. 4º de la ley 153 de 1887, puede decirse que es muy justa, en verdad; mas no entendemos cuál es la aplicación que de ella pretenda hacerse en la sentencia. Porque si el Derecho natural sirve para ilustrar la constitución, cuando la duda se presenta, no hay que olvidar, en tal misión, que uno de los principios de este Derecho es el respeto a los derechos adquiridos, en una palabra, a la propiedad privada.

Miradas así las cosas, el criterio de equidad no llevaría a conclusiones inaceptables. Porque la equidad, en muchas ocasiones, si no se atiende al derecho positivo, se convierte en un sentimiento incoercible, variable como todos los sentimientos, diferente según la idiosincrasia individual, y modificable "en una misma persona, según las impresiones y la disposición de espíritu del momento", como tan lapidariamente lo dice M. P. Fabreguettes en la obra "La Lógica Judicial y el Arte de Juzgar".

La protección al trabajo de que habla el art. 46 de la Constitución, justifica las medidas que defienden al trabajador contra los riesgos sociales, uno de los cuales es el paro. Mas de ahí no es dado deducir que esa protección no tenga algún límite en los derechos de la clase patronal.

Tanto los magistrados que aprueban la sentencia, como los que figuraron con voto disidente, están de acuerdo en que las disposiciones acusadas, en cuanto produzcan sus efectos a partir de la vigencia de la ley, son intachables. Su discrepancia se presenta en relación con el cómputo de los años anteriores a la vigencia.

Muy interesantes son las citas del fallo en relación con la legislación internacional sobre los licenciamientos injustos en el contrato de trabajo.

En algunas naciones de las nombradas, como Alemania, la indemnización se avalúa, estimando como elementos: la situación del empleado, la calidad de la empresa y la duración del servicio; en otras, como Austria, se atiende también a la duración del servicio, y la cuantía de la reparación se va calculando sobre una tabla más o menos así: el doble de la remuneración del último mes; el triple de ella después de un año de servicio; cuatro veces esta suma después de 10 años, etc.

En Italia, la indemnización se basa en el servicio prestado. Pero no deja de tener alguna significación recordar que en ese país "el individuo tiene dentro de la organización una actividad muy limitada, aun cuando se aceptan los principios de libertad de tipo individualista, al permitirse el libre juego de la iniciativa de cada cual, en tanto, en cuan-

to no afecte la supremacía del Estado y la unidad y preponderancia de la Nación, con todas las espléndidas posibilidades, para el bien o para el mal, de la Dictadura y control absoluto del Partido Fascista y su Jefe".

En lo que se refiere a Chile, ya en el proyecto se patentiza cómo califica la ley de retroactiva el profesor Alessandri.

Podríamos agregar a esta lista la legislación brasilera (ley 62 de 1935); la peruana (Nº 587 de 1930 y Nº 8439 de 1936), etc.

Podríamos también rememorar que en Venezuela, no obstante el clamor de los interesados, se consideró retroactiva una disposición que tomaba en cuenta para el monto de la indemnización años anteriores a la promulgación de la ley.

Las Constituciones posteriores a la guerra mundial han tenido especialísimo cuidado en consagrar preceptos de benéfico alcance social, "considerando que existen condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas la injusticia, la miseria y las privaciones, lo cual engendra tal descontento que la paz y la armonía universales peligran", como lo dijeron los delegados de las naciones en el Tratado de Paz de Versalles.

Los Magistrados que no asentimos al fallo, no hemos desconocido esa legislación universal.

Hubiera sido demasiado importante que nuestros respetables colegas nos hubieran dicho en qué circunstancias se encontraba cada una de esas leyes en relación con las respectivas constituciones. Asimismo habría sido de suma trascendencia el análisis de dichas leyes para saber su naturaleza específica y determinar así hasta donde ellas podían o no mirarse como retroactivas.

No hemos combatido la ley 10, porque ella tome, para la indemnización, el servicio prestado desde la época en que, contándolo, no se vulneran ni los derechos adquiridos ni la propiedad privada.

Dejamos, en esta forma, expresado nuestro disentimiento, y manifestamos nuevamente nuestro temor de errar ante las tesis sostenidas por nuestros ilustrados colegas.

Bogotá, noviembre 13 de 1937.

Liborio Escallón.—El Conjuez, Carlos Bravo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado doctor Hernán Salamanca

A los fundamentos, fuertes y anchos, en que se apoya la tesis vencida que aspiraba a acomodar la ley al precepto constitucional que prohibe la retroactividad en materia civil, brillantemente consignados en el proyecto del Magistrado doctor Serna, deseo agregar unas breves palabras destinadas a explicar que solamente por sentirme impedido por una leal interpretación de la Constitución Nacional no he votado una tesis que se aviene mejor con mis ideas y mis inclinaciones en punto a justicia social.

"La relación del derecho público es aquella en que uno de los sujetos, activo o pasivo, o los dos a la vez, son el Estado o una autoridad cualquiera. La relación del derecho privado es aquella en la que los dos sujetos son personas o grupos de personas desprovistas de carácter oficial". (La régle du droit. Roguin).

El art. 26 de la C. N. consagra el principio tutelar de la irretroactividad de las leyes en materia civil, del modo que el art. 28 lo establece en materia penal. "Las leyes civiles o leyes sobre materia civil a que alude la Constitución en varios artículos, son aquellas que versan sobre alguna de las materias a que se refiere el artículo 1º del Código Civil. De suerte que todas las demás que no estén comprendidas en esa especificación, no tienen el carácter de leyes civiles en el sentido jurídico de la Constitución y de la ley". (Jurisprudencia de la Corte Suprema).

"El Código Civil comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles". (Art. 1º del C. C.).

Mientras la transformación legislativa de nuestros sistemas jurídicos no haga desaparecer la diferencia entre el derecho público y el derecho privado, es preciso reconocer que en el campo del derecho civil no es posible, no es jurídico cuando menos, pretender realizar las exigencias de la solidaridad y la utilidad social con prescindencia de la voluntad individual, sin afectar profundamente la institución fundamental de los contratos, que en nuestro sistema como en el de la casi totalidad de las naciones, tiene como principio esencial la libertad. Es innegable que esta libertad contractual es frecuentemente un concepto mentiroso por la inferioridad y subordinación económica de uno de los contratantes, y por este motivo la legislación moderna no se limita a consagrar la igualdad de derecho entre las partes, sino que reconociendo la existencia de una desigualdad de hecho se aparta progresivamente de la libertad como norma suprema reguladora de los contratos y restringe la libertad individual imponiendo obligaciones con un criterio de amparo y protección a los débiles, operando sobre la realidad económica y dando de esta manera al derecho privado un contenido de solidaridad social y de justicia. En el dominio de nuestras instituciones jurídicas ya es claramente perceptible la interferencia de la libertad y la solidaridad en las discusiones que suscita la interpretación de los fenómenos económicos en que se polarizan la tendencia individualista y la colectivista. No sucedió de esta manera en la discusión que la Corte adelantó en torno de la constitucionalidad de la ley 10 de 1934, porque en cuanto a la aceptación de la justicia social que este estatuto encarna y la necesidad y oportunidad de incorporarla en nuestra legislación permanente, fue unánime y expreso el concepto de los doce magistrados; la cuestión que fue materia de divergencia y de equilibrada contradicción de pareceres nunca fue la viabilidad de la ley, cuya totalidad tampoco estaba acusada, y la cual cabe holgadamente dentro del molde constitucional, sino única y exclusivamente la alinderación de los efectos de la ley en el tiempo, esto es, la consideración del problema de la irretroactividad en materia civil a la luz del texto de la Carta que establece este principio básico de juridicidad, que por equivaler a orden, seguridad y armonía debe constituir el centro de gravedad en todo movimiento innovador de la legislación civil. En ningún instante dejó de estar la deliberación de la Corte, que ocupó el trabajo de varios días, en estricto terreno de consideración jurídica y ni una sola apreciación de política partidista deslustró la severidad doctrinaria de su pugna.

Como la mayor parte de los códigos civiles, el nuestro se inspira en el criterio individualista que hunde sus raíces tradicionales en el derecho romano. Nuestras leyes contienen la sistematización del principio de la libertad contractual, y en la Constitución de la República está consagrado, y muy recientemente renovado, la norma cardinal de la irretroactividad legal como protección de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles. Quizá en lo único en que se relieva claramente la noción de derecho adquirido y la justificación de la irretroactividad de la ley entre la multiplicidad confusa de las doctrinas al respecto, es en torno de los contratos que nacieron y vivieron perfectos bajo un régimen de libertad que los conformó dentro del imperio de una legislación vigente. Las obligaciones y derechos que en esa fuente se generaron, con todas sus dimensiones y alcances, ingresaron al patrimonio de los contratantes como bienes jurídicos creados por un hecho honestamente capaz de producirlos. El contrato es fuente de obligaciones, de la misma manera y con la misma eficacia que la ley; pero para que ésta genere prestaciones en conexidad con el contrato civil, como concausa, es indispensable que la ley exista a la celebración del contrato para que a través de éste pueda accionar sobre la libertad individual, restringiéndola, en virtud de la regla universal de derecho, que debe ser también criterio de legislación social, de que las leyes vigentes se entienden incorporadas en los contratos en calidad de elementos naturales. Sólo de esta manera pueden operar las leyes sobre contratos de derecho privado para modificar sus prestaciones, y de esta manera, restringiendo y condicionando por motivos de índole económica la libertad individual para contratar, puede realizarse progresivamente la justicia social por los cauces serenos de la juridicidad. Lo que puede compaginarse con los postulados del derecho es la variación, destrucción o creación de prestaciones contractuales por efecto de una ley, en el lapso en que el contrato vivió plena vida jurídica sin originar las obligaciones que establece la nueva ley, precisamente porque no existía cuando se contrató.

Las modificaciones que la complejidad creciente de la lucha económica actual van imponiendo al derecho privado para que no resulte inferior a la vida y a la justicia de la vida, tienen que ser el producto de elaboraciones legislativas que aporten condiciones y situaciones distintas en las relaciones

jurídicas con un propósito de protección a los menos poderosos y hábiles, que vayan incorporándose con nuevos elementos y conquistas de equidad en la estructura del derecho nacional. Hay que acomodar el derecho a la justicia. La sola hermenéutica no es la vía conducente a este fin necesario de modernización en un sentido de socialización del derecho, porque interpretando la ley con urgencias crecientes llega un punto en que es preciso romper el molde y destruir el contenido y armonía jurídica del sistema. El intervencionismo de Estado, elevado a canon constitucional en Colombia, es instrumento insuperable para producir justicia donde quiera que esté perturbado por la iniquidad el juego de los factores económicos, extendiendo su acción a cuestiones y planos de actividad que hasta hoy fueron cuidadosamente cerrados a su influjo. Pero esta intervención para atemperar desigualdades, para amparar el trabajo o para prevenir y suavizar los conflictos que la civilización hace cada día más ásperos, no tiene otra manera de realizarse que por medio de leyes que traigan en su imperio mejores condiciones y bases de bienestar para la vida que comienza con ellas. Se deforma el intervencionismo al pretender proyectar los efectos de su legislación sobre un pasado irrevocablemente abolido, sometiendo de esta manera, a fuerza de exégesis, a un proceso inconveniente de erosión los sillares del orden institucional del Estado.

"Esta gran transformación, próxima a realizarse, deriva de la gran evolución hecha en las relaciones entre el Estado y el individuo, lo cual implica un cambio profundo en las relaciones de obligación de derecho privado. Esta gran transformación se extiende por la limitación progresiva de la libertad individual que, a medida que va abarcando nuevos dominios y acción propias, más debe estar encauzada, si se quiere que con la vida y la acción de conjunto subsista la unidad armónica del organismo social. De esta limitación de la libertad resulta una limitación correspondiente de la propiedad e incluso del valor jurídico del contrato como fuente de derechos y obligaciones. De esta manera, muchas relaciones jurídicas que eran antes exclusivamente del dominio del derecho privado, entran gradualmente en el derecho público como relaciones consideradas cada vez más como asociadas al interés general". (F. Consentini).

Para extender la aplicación de los efectos de la ley sin consideración al tiempo, no basta que tal solución se justifique sobradamente en el plano de las consideraciones político-económicas; para la Corte es indispensable, además, su justificación jurídica, su conformación al imperio constitucional, porque la sujeción rigurosa a la ley de nuestras leyes es lo que cifra y delimita la libertad mental de un Magistrado al frente de problemas de esta índole. El régimen constitucional es sobre todo un régimen de garantía del derecho, y en esto reside la esencia y razón de ser de la función de casación constitucional que compete a la Corte. Escribo esto pensando en los que juzgan esta clase de fenómenos desde la cómoda arbitrariedad de sus aspiraciones de justicia, sin imperativos respetos ni amores por ninguna norma que enfrente su imaginación. Por esto, hay una diferencia esencial entre el espíritu de justicia social de un político y el espíritu de justicia social de un Magistrado.

Bogotá, noviembre 12 de 1937.

Hernán Salamanca.

ADICION AL SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO

Unificado mi pensamiento con el de los demás distinguidos colegas de la Corte que suscriben el salvamento conjunto elaborado por el señor Magistrado doctor Eleuterio Serna, y que es el mismo luminoso estudio que él presentó como proyecto de sentencia, quiero subrayar sintéticamente algunos aspectos de las razones que me obligaron a disentir de la docta opinión de la mayoría de la Sala falladora.

Antes debo expresar que fue unánime el pensamiento de todos los Magistrados acerca de la conveniencia, justicia y constitucionalidad del auxilio de cesantía aplicado a los años posteriores a la vigencia de la Ley 10. El problema se concretó a la aplicación del

auxilio teniendo en cuenta los anteriores años de servicio.

La sentencia que hoy dicta la Corte se apoya esencialmente en los siguientes fundamentos:

1º El antecedente jurisprudencial que resulta del fallo dictado por la Corte respecto de la Ley 1ª de 1932, sobre pensiones a los empleados ferroviarios; y

2º El auxilio de cesantía es un gravamen de interés social que no toca con relaciones contractuales entre empleadores y empleados.

Consideraciones del fallo, como la de que el despido, por ser posterior a la ley, no implica retroactividad, quedan comprendidas en las dos premisas mencionadas.

La sentencia sobre la Ley 1ª de 1932 no estudió el problema de la retroactividad

En el salvamento conjunto aparece la comprobación de que el criterio de la Corte cuando profirió aquella decisión, distinto al que hoy informa los fallos que dicta, la llevó a resolver en favor de la exequibilidad sin que ello significase que la Corte encontrara constitucional en su integridad la ley acusada. Aparente paradoja que se explica si se observa que en el tiempo en que aquel fallo se dictó podía la Corte sostener que una ley no era inconstitucional sin que ello implicase su afirmación de que si era constitucional.

La referida ley fue acusada como violatoria de derechos emanados de contratos; la Corte estimó que las pensiones ferroviarias eran gravámenes de interés social extraños a las relaciones contractuales; consideró que por lo tanto no era pertinente el estudio de si la ley era o nó retroactiva, y limitando su examen al solo aspecto de la acusación —violación de contratos— declaró que en tal concepto no era inconstitucional.

Así se explica cómo, por no haberse estudiado entonces el problema de la retroactividad, resulta aparentemente que la Corte halló constitucional la disposición de esa ley que extiende el derecho a las pensiones para los empleados y obreros despedidos antes de su vigencia —extremo hasta donde no han ido los más destacados defensores de la exequibilidad retroactiva— cuando en realidad la Corte no emitió concepto alguno acerca de tan delicada cuestión.

Por estas razones y por las que detalladamente se exponen en el salvamento conjunto se ve cómo la sentencia mencionada carece de valor como antecedente jurisprudencial para probar la constitucionalidad de la Ley 10.

El auxilio de cesantía, gravamen de interés social

No es el auxilio de cesantía un gravamen de interés social extraño a los contratos. Y de serlo tendría el carácter de un impuesto establecido por el Estado en función pública, juzgado ya como inconstitucional.

Al estudiar la Corte en reciente fallo, la acusación que se había hecho a la Ley que redujo las deudas entre particulares, constató que el impuesto en ella establecido, como gravamen de interés social en favor de la clase de los deudores, la que entonces merecía especial protección del Estado, no era un impuesto sino en realidad una rebaja a las deudas; que ella afectaba patrimonios individuales amparados por contratos; que por lo mismo vulneraba derechos adquiridos, y solamente halló justificación constitucional a tal medida aplicando la teoría de la imprevisión, que permite al Juez, en el caso de circunstancias económicas extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, restablecer el equilibrio de las prestaciones contractuales, aniquilado por efecto de aquellos fenómenos.

Lo que entonces dijo la Corte acerca de la rebaja de las obligaciones, a cargo de los acreedores, es aplicable al auxilio de cesantía, a cargo de los empleadores, gravámenes ambos de interés social. Lo que significa que el auxilio es inconstitucional si se le mira como impuesto, por no ajustarse a las características técnicas de éste, ya que se impone en beneficio de particulares, y también es inconstitucional si se le considera, como debe hacerse, como carga no extraña a los contratos, ya que vulnera derechos adquiridos.

No comparto el pensamiento de la mayoría de la Corte cuando expresa en la sentencia que la indemnización por el despido debe contemplarse con prescindencia de las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio, y solamente de acuerdo con los principios que informan la justicia social.

El salvamento conjunto demuestra cómo es más favorable al empleado el estar protegido con vínculos contractuales que el hallarse a merced de la inseguridad que pueda resultarle de la aplicación de un principio de contenido tan variable y fluctuante como el de la justicia social.

No puede ser solamente el interés social la única norma, el criterio exclusivo, que informa las decisiones en materia constitucional. La altísima misión que le correspon-

de a la Corte Suprema, de guarda de la integridad de la Constitución, la coloca necesariamente en el campo severo de la aplicación del derecho. La Carta Fundamental de una nación contiene los principios básicos que regulan jurídicamente la convivencia social. Si al Juez o Magistrado ha de estar atento a la captación de lo que se llame la sensibilidad social de un pueblo en un determinado momento histórico, también debe velar porque no se posterguen ni se sacrifiquen las normas que constituyen la máxima estructura legal de una nación, y que son, por lo mismo, su más elevado patrimonio espiritual.

No es lo mismo la justificación social de una ley que su justificación constitucional. Si la defensa constitucional de la ley se pudiera basar solamente en la justicia social, se iría rectamente a esta conclusión: La Constitución ha de extenderse o ampliarse en la medida en que lo requieran las llamadas leyes sociales. Así tendríanse las leyes constitucionales, por el solo hecho de su expedición. La ley sería la Constitución.

La lucha ideológica entre el individualismo y el socialismo, que agita al mundo, ha conmovido felizmente al país, en orden a obtener que se conjugen más armónica, equitativa y justamente los intereses de las clases productoras. Por esto la antigua legislación individualista va siendo reemplazada por otra de carácter social definido, más de acuerdo con las modernas concepciones económicas. Este ambiente un tanto caótico, producido por la agitación pública en torno al problema social, llega hasta la Corte, plasmado en las medidas legislativas, para que ella, en su función más alta, le diga al país hasta dónde pueden pasar a través del Estatuto esas fórmulas de vida y de justicia social. Esa alta misión reguladora de la Corte implica para sus miembros una máxima responsabilidad. Consciente de ella, y en virtud de una honda persuasión, resultado de sereno y dilatado estudio, he asumido la posición que se traduce en este salvamento.

Bogotá, noviembre doce de mil novecientos treinta y siete.

Aníbal Cardoso Gaitán

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES DEL DECRETO NUMERO 652 DE 1935, RELATIVO A LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PARTICULARES

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, noviembre diecinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Por el ciudadano colombiano doctor Alfonso Córdoba se señala como inconstitucional el art. 33 del Decreto Ejecutivo número 652 de 3 de abril de 1935, Diario Oficial número 22.863, decreto por el cual se reglamenta la Ley 10 de 1934 en lo relativo a los derechos de los empleados particulares, en cuanto dicho artículo 33 contiene la frase "y el Juez las fallará en conciencia".

El contexto del art. 33 es el siguiente:

"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 segundo 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 de la suma y por la vecindad de las partes, según las reglas generales del Código Judicial.

"Parágrafo ....."

El demandante objeta esa disposición por varios aspectos, que desarrolla separadamente a la luz de los preceptos constitucionales que considera violados, a saber: el numeral 3º del art. 120, el art. 26, el inciso primero del art. 58 y el numeral primero del art. 73 de la Constitución de 1886; el inciso segundo del art. 21 y el inciso primero del art. 22 del Acto Legislativo número 1 de 1936, reformatorio de la Constitución.

El señor Procurador General de la Nación coincide con el demandante en las principales razones que fundamentan la acusación y concluye que es inexequible el art. 33 del decreto 652 como violador principalmente, por extralimitación, de la facultad reglamentaria que al Poder Ejecutivo le concede el numeral tercero del art. 120 de la Constitución.

La Corte considera:

El legislador de 1934 dispuso en el art. 18 de la Ley 10: "Mientras se establece una jurisdicción especial para la solución de los conflictos de trabajo que puedan originarse en 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...."

De las disposiciones adoptadas transitoriamente para la tramitación de tales cuestiones forma parte integrante la siguiente: "Art. 1210. Conforme a lo convenido por las partes en el escrito en que pidan el procedimiento verbal, el fallo del Juez puede ser dictado, o en derecho, o en conciencia".

A continuación dice el Código que la sentencia, si es en conciencia, no está sujeta a recurso alguno, y, si en derecho, es apelable.

El legislador de 1934, al adoptar el trámite del procedimiento verbal, incorporó, por el sistema de recepción directa, para la solución de los conflictos del contrato de trabajo, el derecho de los interesados a optar porque el Juez les dicte un fallo en derecho o en conciencia.

Por su parte, el Poder Ejecutivo, al reglamentar la Ley 16 de 1934, se expresó así: Art. 33 del Decreto 652 de 1935. "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..." Se subraya la frase "y el Juez las fallará en conciencia".

Ahora bien, como la ley que se trataba de reglamentar, según lo dicho, daba y da, de antemano, a las partes, la aludida opción; como según la ley, si ellas no se ponen de acuerdo en que el fallo se dicte en conciencia, tal fallo ha de ser en derecho; es claro que el Decreto 652 destruye esa opción al prevenir que el Juez, sin más ni más, fallará en conciencia.

El Decreto varía pues las posibilidades jurídicas de los interesados y en ese punto no está encaminado a la cumplida ejecución de la ley, por un aspecto, y por otro suprime una opción concedida por el legislador para el ejercicio de un derecho, opción que integra la plenitud de las formas de un juicio. Todo lo cual va contra el recto ejercicio de la facultad reglamentaria (art. 120, ord. 3 de la Constitución) y contra el derecho a ser juzgado (art. 26 ibídem).

Si se considera que la Corte Suprema ha expresado en varios fallos cuál sea el ejercicio de la potestad reglamentaria, por el aspecto que en este caso presenta la cuestión, carece de objeto insistir en ello. (Sentencia de 11 de octubre de 1912, XX, 159; auto de dos de noviembre de 1916, XXVI, 35; acuerdo de 24 de abril de 1922, XXIX, 158; sentencia de 9 de octubre de 1924, XXXI, 191).

CAPITULO II

También es objeto de esta demanda de inconstitucionalidad el Parágrafo del art. 24 del Decreto Ejecutivo número 652 de 1935, que dice:

"Parágrafo.—Es entendido que a los empleados particulares que no tengan perdido el puesto al entrar en vigencia la Ley 10 de 1934, se les computará, para los efectos del artículo anterior, el tiempo de servicio que lleven en la empresa o establecimiento, siempre que lo hayan prestado sin solución de continuidad, salvo el caso de licencia por enfermedad, vacaciones u otra causa justificada".

La Corte ya decidió sobre la inexequibilidad de esta disposición ejecutiva dictada en desarrollo de la Ley 10 de 1934 en el fallo recaído a la demanda presentada por el señor Alvaro Pérez Vives, de fecha 12 de noviembre último, y considera, por tanto, inoficioso reproducir aquí los fundamentos de su sentencia.

Por todo lo cual la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, en ejercicio de las funciones constitucionales que le señala el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación,

Resuelve:

1º Es inexequible el artículo 33 del Decreto Ejecutivo número 652 de 1935 (6 de abril) "por el cual se reglamenta la Ley 10 de 1934, en lo relativo a los derechos de los empleados particulares", en cuanto dispone que el Juez fallará en conciencia las controversias a que el decreto se refiere, prescindiendo de la opción que la ley confiere a los interesados para un fallo en conciencia o en derecho.

2º En lo referente al Parágrafo del artículo 24 del mencionado Decreto Ejecutivo, estese a lo resuelto en sentencia de fecha doce de noviembre del año en curso, recaída a la demanda presentada por el señor Alvaro Pérez Vives.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y en el Diario Oficial, y archívese el expediente.

Liborio Escallón.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en pdd".

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UN REMATE EN JUICIO DE VENTA DE BIENES HIPOTECADOS.—TERMINOS JUDICIALES.—CARTELES PARA LOS REMATES

1.—La falta de cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1037 del Código Judicial hace improcedente la cita del artículo 1746 del Código Civil. 2. Pronunciado el auto de señalamiento de fecha para el remate, cualquiera hora es oportuna para hacer el anuncio con la fijación de los carteles correspondientes, siempre que tal anuncio se haga en la forma legal con veinte días de anticipación al fijado para el remate cuando de inmuebles se trate. No tiene el carácter de irregularidad procedimental la fijación de los avisos o carteles de anuncio al público antes de la notificación del auto en que se señala fecha para el remate. El punto inicial para la computación de los veinte días es distinto e independiente de la notificación del auto en que se señala día para el remate, y no es otro que la FECHA DEL ANUNCIO, según el texto expreso del art. 1037 del C. J. En ese término se incluyen los días de vacancia y se entiende formado de días judiciales que se cuentan de la misma manera que para los edictos y estados, sobre la duración de las horas de despacho o horas de trabajo. (arts. 184 y 310, C. J.).

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Barranquilla, Israel Vásquez Cohen demandó a Juan B. de Marchena en juicio especial de venta de la cosa hipotecada, y en este juicio, con fecha 9 de diciembre de 1932, el demandante remató para sí y por cuenta de su crédito el inmueble hipotecado, ubicado en la ciudad de Barranquilla, de propiedad del deudor demandado.

Posteriormente Juan B. de Marchena demandó a Vásquez Cohen en juicio ordinario para que se declarara la nulidad del juicio especial de venta de la cosa hipotecada, del remate de la finca, de la sentencia que ordenó verificarlo y de todas las actuaciones surtidas en relación con tal juicio.

El Juez de primera instancia, en sentencia de 31 de julio de 1936, decidió el litigio negando las peticiones de la demanda, y absolviendo, en consecuencia, al demandado Vásquez Cohen.

Contra este fallo interpuso el actor recurso de apelación que el Tribunal decidió en sentencia definitiva de segunda instancia en que revocó la del Juzgado y acogió la acción de nulidad demandada.

Interpuso oportunamente recurso de casación el doctor Israel Vásquez Cohen contra este fallo definitivo de segunda instancia, el cual, admitido y tramitado en la forma legal, se procede a decidir.

La sentencia acusada

Tres fueron las peticiones de nulidad alegadas por el actor en su demanda: I.—Nulidad del remate, de la sentencia aprobatoria y de toda la actuación en el juicio especial "por incompetencia del Juez de primera instancia"; II—Nulidad del remate por falta de las formalidades prescritas por la ley para la validez de tal acto; III—Nulidad del remate por preterm isión de la formalidad ordenada por el art. 23 de la ley 37 de 1932 sobre la fijación de porcentaje mínimo para la subasta.

El Tribunal acogió las razones del Juzgado del Circuito en relación con la primera y la tercera de las causales de nulidad preindicadas, las que rechazó en consideración a que la nulidad por incompetencia de jurisdicción no puede demandarse en juicio distinto de aquel en que haya ocurrido el caso de incompetencia, y por considerar, en relación con la tercera causal, que no podría variarse la base del remate hecha de acuerdo con el art. 1045 del C. J., dando aplicación a la ley 37 de 1932 que no regía entonces, y que no podía, en consecuencia, producir va-

riacifa en lo que estaba legalmente hecho bajo el imperio de otra disposición legal.

No coincidió el Tribunal con la apreciación que el Juez de primera instancia hizo con referencia a la causal segunda, y a través de consideraciones distintas llegó a la conclusión de que sí habían faltado formalidades de las prescritas por la ley para la validez del remate verificado en el juicio especial de Vásquez Cohen contra Marchena (ordinal 2 del art. 451 del C. J.), omisión que hace consistir en el hecho de que los avisos de que trata el art. 1037 del C. J. no permanecieron fijados por todo el término legal, de modo que el remate de la finca se llevó a cabo antes de que hubieran transcurrido los veinte días exigidos por la ley.

Se funda la sentencia del Tribunal en que, "de conformidad con el art. 865 del C. J., los términos empiezan a correr desde el día siguiente a la notificación del auto que los concede. Esta es la regla general. En el caso de autos el término de los veinte días para el remate no corre desde el siguiente a la notificación, sino desde la fecha de los avisos, que como se ha visto fueron fijados el diez y nueve de noviembre. Como por día ha de entenderse el espacio de veinticuatro horas, y como los plazos de días se entiende que terminan a la media noche del último día del plazo, según la ley, el remate de que aquí se trata se llevó a cabo sin lugar a dudas antes de los veinte días que ordena el art. 1037 del C. J., que vencía a la media noche del último día y por tanto se incurrió en la causal de nulidad considerada en el numeral 2 del art. 451 del C. J.".

Con el preinserto fundamento decidió el Tribunal: "Declara nulo el remate llevado a cabo el nueve de diciembre de mil novecientos treinta y dos, en el juicio especial hipotecario seguido entre el doctor Israel Vásquez Cohen y Juan B. de Marchena, por ante el señor Juez tercero de este Circuito, de la siguiente finca raíz: ..... Como consecuencia, se declara nulo asimismo el auto aprobatorio del remate del bien individualizado, de fecha nueve de febrero de mil novecientos treinta y dos, y se ordena la cancelación de la inscripción de la diligencia de remate hecha ante la Oficina de Registro del Circuito".

Materia del recurso

Ya se dejó dicho que el Tribunal, al decidir la segunda instancia del pleito, no halló fundadas las causales de nulidad por incompetencia de jurisdicción y por inaplicación de la ley 57 de 1932 sobre base de la cuantía del remate, y como contra la sentencia que así decidió no ha recurrido en casación sino el demandado Israel Vásquez Cohen, tales extremos están fuera del debate. El punto materia de decisión es el referente a preterminisión de formalidades legales para la validez del remate (ord. 2, art. 451 de C. J.).

Demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducida por los litigantes y por violación de la ley sustantiva (ordinales 1 y 2, art. 520 del C. J.). Señala como violados los arts. 336, 451 y 1037 del C. J., y 1740 del C. C. y afirma que esta violación fue consecuencia de errores de hecho y de derecho: de hecho, al afirmar el Tribunal que el aviso del remate no duró fijado sino diez y nueve días, teniendo como día inicial el diez y nueve de noviembre y como final el ocho de diciembre cuando es lo cierto que así resultan veinte días cabales con sus noches correspondientes; y de derecho, consistente en la errónea apreciación de la prueba (copia del juicio especial) al aplicar a los avisos la teoría jurídica de los autos según la cual los términos señalados en éstos se cuentan a partir del día siguiente al de su notificación (art. 336 in fine del C. J.), en vez de la regla del art. 1037 ibidem que rige especialmente la materia de avisos de remate. Afirma también el recurrente que al violar el Tribunal los precitados textos, violó igualmente, por indebida aplicación, el art. 1740 del C. C. por haber declarado nulo un acto jurídico el remate, al cual no le faltaba requisito alguno de los que la ley prescribe para su validez.

La Corte considera los cargos, comenzando por el de violación de la ley sustantiva como lo impone el orden lógico:

Se trata en este caso de nulidad de un remate como acto judicial o diligencia procesal, regido como tal por las reglas y preceptos consignados en la ley de procedimiento, y no como acto civil contentivo de un contrato de venta que se celebra por ministerio de la ley en que el vendedor está representado por el juez, en cuyo caso debe regirse por los principios que informan la teoría de los actos y declaraciones de la voluntad. La cuestión que ha de decidirse atañera versa sobre aplicación de textos procedimentales y se reduce a establecer si en el remate que se verificó en el juicio especial seguido por Vásquez Cohen contra Juan B.

de Marchena se dio adecuado cumplimiento a la formalidad prescrita en el art. 1037 del C. J. de anunciar al público la fecha de la almoneda por medio de carteles que deben fijarse en el despacho del Juzgado y en tres parajes, por lo menos, de los más concurridos del lugar, con veinte días de precedencia a la fecha del remate, por tratarse de bienes inmuebles. Esta determinación del carácter estrictamente procedimental de las formalidades omitidas en que se ha fundado la nulidad demandada puesta de manifiesto con la expresión del punto que es materia del recurso, sirve para declarar improcedente la cita del art. 1740 del C. C. entre las disposiciones que el recurrente señala como violadas en el fallo.

Para resolver el recurso precisa advertir la diferencia que existe entre el modo legal como corren los términos procesales propiamente dichos y la manera como se realizan y cumplen los avisos, requerimientos, traslados, reconvenciones y otros actos análogos que una providencia judicial manda cumplir.

Los términos del proceso judicial, como son, por ejemplo, el de pruebas y el de alegar de bien probado, tienen su punto de partida en el día siguiente al de la notificación del auto que los concede, como expresamente lo dispone el art. 366 del C. J., con la constancia, cuando de autos para surtir traslados se trata, de haberse puesto el expediente a la disposición de la parte interesada, como lo estatuye el art. 199 ibidem.

Cuando el auto contenga la orden de dar un aviso, de hacer un requerimiento, una reconvención u otro acto análogo en que deba intervenir el juez, se entiende, de acuerdo con la disposición contenida en el art. 325 del C. J., que tales actos quedan legalmente surtidos con la notificación del auto en que hayan sido ordenados y la exhibición de los documentos que en cada caso exija la ley. Los términos judiciales entonces, y los avisos, requerimientos y demás actos análogos en que tenga intervención el Juez, están inseparablemente vinculados y condicionados en su curso y cumplimiento a la notificación del auto en que hayan sido ordenados.

Hay otros actos que se cumplen a lo largo de los procedimientos judiciales y cuya ejecución también es ordenada por medio de autos pero en los cuales no tiene el juez intervención directa ninguna y cuya realización adecuada y legal no está inmediatamente condicionada con la notificación de la providencia en que se ordenaron. Tales actos constituyen más propiamente funciones secretariales en los despachos judiciales, y su cumplimiento es oportuno independientemente de la notificación del auto que les da origen.

A esta especie pertenece, en concepto de la Corte, el anuncio que debe darse al público por medio de carteles en las condiciones y formas señaladas por los arts. 1037 y 1038 del C. de P. C. El auto en que se hace señalamiento de fecha para que tenga lugar un remate, fuéra de la fijación del día y hora para la celebración de la subasta, que sí establece una situación procesal de interés para las partes litigantes, no contiene propiamente un trámite judicial en los demás ordenamientos que es de usanza consignar en él sobre anuncio de la fecha de la almoneda al público. Esta diligencia no está destinada por su naturaleza y objeto a producir ni a variar ninguna de las reaciones jurídico-procesales que ligan a las partes, sino encaminada a producir un efecto fuéra de la actuación propiamente dicha, como es dar noticia y conocimiento al público en forma previa, difundida y oportuna para favorecer una buena subasta. Pronunciado el auto de señalamiento de fecha para el remate, cualquiera hora es oportuna para hacer el anuncio con la fijación de los carteles correspondientes siempre que tal anuncio se haga en la forma legal con veinte días de anticipación al fijado para el remate cuando de inmuebles se trate.

No tiene el carácter de irregularidad procedimental la fijación de los avisos o carteles de anuncio al público antes de la notificación del auto en que se señaló fecha para el remate, como tuvo ocurrencia en el caso de estudio (el auto que señaló el nueve de diciembre para el remate se dictó el diez y siete de noviembre, y los carteles se fijaron, el del Juzgado el diez y ocho y los de los parajes públicos el diez y nueve del mismo mes). Pero esta circunstancia no debe ser en realidad punto de consideración, porque cualquier vicio en que haya incurrido el procedimiento en este particular, no constituye motivo legal de nulidad del remate. La irregularidad a que la ley ha dado esta categoría es la omisión de anuncio o el anuncio mal hecho por no haber permanecido fijados los carteles correspondientes por el término que señala la ley.

El punto inicial para la computación de los veinte días es distinto e independiente de la notificación del auto en que se señala día para el remate, y no es otro que la fecha del anuncio, según el texto expreso del art. 1037 del C. J. En ese término se incluyen los días de vacancia y se entiende formado

de días judiciales que se cuentan de la misma manera que para los edictos y estados, sobre la duración de las horas de despacho u horas de trabajo (arts. 180 y 310 del C. J.).

De las copias auténticas tomadas del juicio especial en que se hizo el remate de que se trata, y a las cuales corresponde mérito de plenitud probatoria, aparece establecido que en auto de diez y siete de noviembre se señaló el nueve de diciembre siguiente para que tuviera lugar el remate (f. 13 v., cuaderno principal); que el diez y ocho del mismo noviembre se fijó en el despacho del Juzgado el cartel de aviso y se entregó al interesado copia para su publicación en un periódico y en los sitios de mayor concurrencia del lugar; que el diez y nueve siguiente se fijaron cuatro carteles en los siguientes lugares: uno en la puerta de entrada del Juzgado 3 del Circuito, otro en la parte baja del frontis del Palacio de Justicia, otro en Cañón Verdad y otro en el Mercado Público (f. 14 ibidem); que a las cinco de la tarde del día nueve de diciembre, fecha en que tuvo lugar el remate, se desfijó el cartel de aviso del Juzgado y se agregó a los autos con la correspondiente constancia de la Secretaría.

El día diez y nueve de noviembre, por lo que se ha visto, ya pudo el público tener conocimiento de que el nueve de diciembre siguiente iba a tener lugar el remate de la casa hipotecada, puesto que ese día ya pudieron leerse los carteles que lo anunciaban con todas sus especificaciones en cuatro de los lugares más concurridos de la ciudad de Barranquilla, realizándose de esta manera el objeto legal de semejante diligencia. Y no hay duda de que, a partir de esta fecha y hasta el nueve de diciembre siguiente, se cumplieron sobradamente los veinte días que exige la ley para la precedencia del anuncio. Trascurrieron veintiuno. Establecido de manera evidente, como ocurrió en este caso que en la oportunidad y forma legal se fijaron los carteles de aviso del remate en tres parajes, por lo menos, de los más concurridos del lugar, y que se dio aviso, además, en un periódico de la localidad, es claro que la computación del término de días de permanencia de los carteles de aviso no puede hacerse sino sobre el que se fijó en el despacho del Juzgado, que es el único que queda sometido a la vigilancia inmediata de los funcionarios judiciales, y ya se dejó advertido que en el presente caso tal ejemplar fue fijado el diez y ocho de noviembre y desfijado, según constancias procesales, el nueve de diciembre, día en que se celebró la subasta. (Veintiún días). Resultaría arbitrario deducir la permanencia de los carteles durante el término legal, dando aplicación estricta a las reglas sobre computación de términos judiciales, sobre la irresponsabilidad y desamparo de las carteleras públicas. En el procedimiento anterior el Secretario del Juzgado era "particularmente responsable" de la fijación de los avisos y de que permanecieran fijados y legibles por el tiempo señalado y establecía que la desfijación, ruptura o inutilización en cualquier forma de los carteles se consideraban como actos de desacato a la autoridad judicial y se sancionaban con pena de arresto y multas (arts. 1062 y 1063 del C. J. anterior).

De lo expuesto se deduce sin lugar a duda que es fundado el cargo formulado por el recurrente y que hace consistir en que el Tribunal incurrió en error de hecho en el cómputo de los días al apreciar la prueba de la copia de la actuación del juicio especial, y que este error lo condujo, junto con la interpretación errónea del art. 1037 del C. J., a dar aplicación indebida al art. 451 ibidem, contentiva de una disposición de naturaleza sustantiva.

Demostrado el fundamento de una de las causales alegadas, suficiente para producir la casación del fallo, no se consideran las restantes (art. 538 del C. J.).

Las consideraciones que han servido a la Corte para concluír que el remate a que ha venido haciéndose referencia no se llevó a cabo en la situación irregular en que consideró el Tribunal que había ocurrido, porque no se celebró antes de transcurrir veinte días contados desde la fecha en que se anunció al público, constituyen fundamento suficiente y adecuado de la resolución que corresponde proferir a la Corte en reemplazo de la que ha de infirmar. Inexistente la informalidad procedimental en que se apoyó únicamente la sentencia del Tribunal, procede restaurar el imperio del fallo de la primera instancia.

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, resuelve: Cásase la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el diez de agosto de mil novecientos treinta y seis en el presente juicio, y en su lugar se confirma la proferida por el Juzgado primero de ese Circuito el veinte de febrero de mil novecientos treinta y seis, excepto en lo referente a costas.

No se hace condenación en costas en las instancias ni en casación.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA DE NULIDAD DE UNA PATENTE Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—TECNICA DE CASACION.—SUSTANCIACION DE LOS JUICIOS SOBRE PATENTES

No cabe casar una sentencia para llegar, ya en instancia, a la misma conclusión del Tribunal, aunque por senda diferente, sino que lo procedente y a la vez suficiente para los fines que a la casación asigna el art. 519 del C. J. es establecer la verdadera doctrina que unifique la jurisprudencia nacional.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Tribunal Superior de Medellín en sentencia hoy al estudio de la Corte Suprema por haberse admitido y tramitado debidamente el recurso de casación interpuesto por los demandantes que pasa aquí a decidirse, confirmó la del Juzgado 2º de ese Circuito, negatoria de las peticiones de la demanda ordinaria de Lorenzo Bustamante y Ulpiano Acevedo contra Julio Mc. Ewen y Jesús M. Ramírez, todos de esa vecindad, sobre varios puntos, entre ellos principalmente nulidad de la patente Nº 2618 expedida a favor de éstos el 30 de abril de 1931 e indemnización de perjuicios.

Hechos

De la larga enumeración de hechos fundamentales se entresacan como culminantes y a la vez suficientes en lo atañedero a la casación, estos: 1º—El Poder Ejecutivo expidió el 14 de noviembre de 1912 la patente Nº 1119 a un invento consistente "en hacer inquebrantable el aluminio que emplean en la fabricación de chocolateras y estribos para sillas de montar", dicho Bustamante y Joaquín Restrepo, cuyos derechos fueron motivo de traspasos varios, en virtud de los cuales y de asociaciones de hecho que no es necesario enumerar ni discriminar aquí, el personal interesado en lo atañedero a esa patente está constituído hoy por los dos actores. 2º—Obtenida la patente de 1912, Bustamante, viendo el auge de su fabricación de estribos, se dedicó a estudiar la simplificación del trabajo hasta llegar a un molde o turquesa en forma de caja metálica en que se fundieran aquéllos con más economía y rapidez, molde que hizo fabricar en Inglaterra en ejemplar que multiplicó después aquí en sus talleres. 3º—Ramírez se aprovechó deslealmente de su empleo en éstos para hacer otro tanto por cuenta propia, sin autorización de quienes eran dueños de tal procedimiento y molde y de la patente citada, por lo cual éstos prescindieron de él y lo demandaron ante las autoridades policivas y Ramírez entonces, con el apoyo pecuniario de Mc. Ewen, obtuvo para ambos la patente de 1931, cuya nulidad se demanda en este juicio, para explotar un invento consistente "en estribos de aluminio fabricados por medio de un procedimiento especial de caja metálica"; y 4º—Los demandados han perjudicado a los actores violándoles sus derechos.

Los demandados contestaron oponiéndose en fuerza de no estar amparados los actores sino en lo relativo al metal inquebrantable y referirse la patente suya no al metal sino al procedimiento de fabricación, negando haberlos perjudicado y excepcionando como adelante se estudiará.

La sentencia recurrida

El Juzgado razonó en suma así: Las dos patentes son distintas por referirse la una al metal mismo y la otra a la caja para la fabricación; tampoco está acreditada la iden-

tidad entre la caja empleada por Ramírez y la ideada por Bustamante, por lo cual no puede prosperar la demanda ni ante el respecto que pide para su patente, ni ante la circunstancia de tratarse de procedimiento ajeno conocido y ya empleado por otros antes de patentarlo.

El Tribunal, después de estudiar detenidamente las patentes y los relatos de los respectivos inventos que se presentan al Ministerio al solicitarlas y que en copia vinieron a este proceso, encuentra también completa diferencia entre las dos, pues la una versa sobre el metal mismo de que se fabrican olletas y estribos, de suerte que los moldes son apenas algo incidental en la descripción del invento patentado en 1912, y la otra versa sobre la caja metálica, de suerte que el metal sólo incidentalmente se menciona en la descripción del invento patentado en 1931; la una se refiere a un procedimiento químico y la otra a uno mecánico; la una a la materia prima, la otra al modo de fabricación; en la una el procedimiento de ésta es mero detalle, y lo esencial es la inquebrantabilidad del aluminio; en la otra el metal se menciona apenas por ser de cita inevitable, pero lo cardinal es el proceso de hechura.

Se detiene el Tribunal recordando cómo, según texto expreso de la ley, el Poder Ejecutivo, al expedir una patente no garantiza la novedad efectiva del invento ni que éste a la verdad lo sea; y agrega que los actores no han demostrado recibir perjuicio por el uso que los demandados hacen de lo que como invento de éstos patentaron en 1931. E insistiendo sobre que las patentes son distintas por amparar la una el aluminio inquebrantable y la otra la caja metálica, añade como consideración decisiva respaldada por peritos que califica de excepcionales en competencia y honorabilidad, cuyas frases mismas reproduce, que desgraciadamente para Bustamante éste "no patentó su invento de la caja metálica creyendo erróneamente que quedaba comprendido en su patente de 1912".

El recurso

Los demandantes en su presente recurso aducen la causal primera de las establecidas por el art. 520 del C. J., en sus varias formas, así: violación directa de los arts. 22, numeral 1º, 23 y 1º de la ley 31 de 1925, 15 de la 95 de 1890 y 2º de la 50 de 1936; aplicación indebida e interpretación errónea de los arts. 8º, 22 y 23 de dicha ley 31; apreciación errónea de la patente de los demandados y consiguiente violación del citado numeral 1º del art. 22; violación de los arts. 1º a 4º, 22 y 23 de la misma ley de 1925 por apreciación errónea de esa patente y de la de los demandantes y de las descripciones correspondientes, error este último de derecho por quebrantar el art. 632 del C. J. al desoírlas a pesar de la fuerza de plena prueba que éste les asigna, y violación del numeral 1º del art. 22 ya citado, por haberlo dejado de aplicar en razón de errónea apreciación y de falta de apreciación de la dicha patente de 1912, de la inspección ocular, del dictamen pericial y de las declaraciones de testigos con que, junto con la descripción de aquélla, formaron un haz de pruebas suficiente para demostrar la nulidad de la patente de 1931 por no ser invento de los actuales demandados la caja metálica antedicha y, además, ser ésta algo conocido ya del público para cuando como de éstos se patentó.

Los actores han ejercitado en este pleito dos acciones que, aunque desgraciadamente involucradas en sus alegaciones y probanzas, es sencillo distinguir, y que son: la relativa a la patente de 1931 que tiende a anularla y cancelarla, y la relativa a la patente de 1912, encaminada a que se la respete y se impida su usurpación y violación.

Aunque en lo relativo a esta última se expresa por los actores que los reos emplean el aluminio inquebrantable, ello es que su queja tiene por fundamento el concepto de que la patente suya (la de 1912) abarca la caja metálica; de modo que a todo lo largo del pleito su acusación contra los demandados se basa ya en que éstos fabrican estribos, en general, ya principalmente en que los hacen en esa caja metálica, y de aquí es de donde derivan los actores su acción de perjuicios, que el Tribunal les niega, tanto por no haberlos demostrado como por no extenderse la patente de 1912 a esa caja. Sobre este pie formulan la demanda de casación.

El art. 24 de la citada ley de 1925 es el que atiende a las acciones de esta clase cuando efectivamente hay usurpación, esto es, concretando al presente caso lo que ocurriría si se hubiese demostrado que los demandados producen o emplean en sus labores el aluminio inquebrantable patentado originariamente; y el art. 25 de la misma ley establece la sanción pecuniaria, la responsabilidad civil y aún la acción penal a que se someten los usurpadores.

Es claro que la absolución pronunciada en el presente pleito no puede entenderse en sentido que, pugnando con estas terminantes disposiciones legales, autorizara la usurpación, esto es, el que alguien (aquí los demandados) produjera o empleara el aluminio inquebrantable sin el consentimiento expreso de los dueños de la patente de 1912 o contribuyeran siquiera a estos hechos o cualquiera otro de los vedados por dicho art. 24. Repítese que la presente contienda ha tenido por base al respecto el concepto de los demandantes de que su patente se extiende a la caja metálica y que es del empleo de ésta por los demandados de donde derivan la respectiva acción; de suerte que la absolución pronunciada por Juzgado y Tribunal ha tenido a su turno por fundamento el concepto de éstos de que tal caja no quedó comprendida por esa patente.

La Corte encuentra acertado este concepto de que la patente de 1912 no abarcó tanto cuanto los demandantes pretenden, y por lo mismo, encuentra infundados los correspondientes cargos en casación atrás expuestos resumidamente.

Para ello bastaría leer esa patente y su descripción. Estos elementos acreditan que lo que entonces pidieron Restrepo y Bustamante fue el amparo de un procedimiento con sus diversas variantes y escala de proporciones en los componentes para hacer inquebrantable el aluminio, y lo transcrito aquí ya de las frases cardinales de la patente hace ver que allí exclusivamente para ese procedimiento se concedió. Como es obvio, tratándose de la hechura de olletas chocolateras y de estribos, hubieron de mencionarse estos productos de la futura fabricación, y como es obvio también, habiéndose de hacer de metal fundido, hubieron de mencionarse los moldes en que éste se vaciase o, mejor dicho, hubo de manifestarse en el relato o descripción esa circunstancia de que el metal tendría que vaciarse en moldes. Pero de ahí no puede deducirse que la fabricación o producción de olletas y de estribos quedara, por decirlo así, monopolizada por Restrepo y Bustamante, ni que el empleo de moldes para fundir en general metales con el objeto de producir tales artículos quedase en semejante situación. Hacer estribos y fundir metales y vaciarlos en moldes son actividades libres que no quedaron ni podían quedar limitadas, considerándolas en sí mismas, porque se patentase un procedimiento especial para hacer inquebrantable el aluminio, que fue, como bástas veces se ha puesto aquí de presente, la única expresa, estimado y amparado en el referido título de 1912.

Corrobora lo dicho una circunstancia tan significativa como ésta: según se verá en el capítulo siguiente de este fallo, ambos actores sostienen ahincadamente que por virtud del auge que después de obtenido la patente de 1912 adquirió su negocio de fabricación de estribos, Bustamante se dedicó a idear la manera de hacer este labor más rápida y económica hasta llegar a la caja metálica que deslealmente patentó Ramírez como invento suyo en su propia favor y en el de su compañero Mc. Ewen. Salta así a la vista que esta caja, así fuese sólo por su posterioridad de que se está hablando, no pudo quedar incluída en la patente de 1912.

Si los reclamos referidos relativos a la defensa de esta patente, inclusive la reclamación de perjuicios, los derivan los demandantes de que ella se extendió a dicha caja, la sola consideración de que este concepto no puede admitírseles basta para rechazar los cargos que en casación formulan contra la sentencia del Tribunal basados en que éste encuentra la misma inadmisibilidad a que se acaba de aludir, que es la que encuentra la Corte como queda expuesto.

La nulidad de la patente de 1931, acción consagrada por el citado art. 22, cuyo numeral 1º invocan reiteradamente los actores, y que es la de cancelación al tenor del art. 1º de la citada ley de 1931, que también invocan, la derivan, como ya se expuso, de ser conocido y no ser invento de Ramírez el molde, turquesa o caja metálica a que esta patente se refiere. Y, como ya se advirtió también, en lo atañedero a esta clase acción, el cargo en casación consiste en falta y error de apreciación de las pruebas con que los actores acreditaron los hechos a que acaba de aludirse, de los cuales se debió deducir forzosamente la aplicación de esas disposiciones legales, violadas en concepto de ellos por haberse dejado de aplicar.

La Corte, revisando el conjunto probatorio respectivo, encuentra efectivamente comprobado que para cuando Ramírez y Mc. Ewen patentaron tal caja, ésta era conocida y que, además, había sido de años atrás Bustamante quien la dió y propagó a su hechura, tal como en este proceso desde su demanda inicial hasta la de casación inclusive lo han afirmado conjuntamente él (Bustamante) y Acevedo.

Lo que acaba de decirse conduciría precisamente a acoger el cargo, pero lo impi-

tencia recurrida y reemplazarla por la que correspondería según el art. 538 del C. J., a no mediar la circunstancia de que el fallo de instancia que reemplazase el recurrido habría de ser también absolutorio, no desde ese punto de vista naturalmente, sino desde otro muy distinto que pasa a estudiarse. Y la Corte tiene establecido que en casos tales no cabe casar para llegar a la misma conclusión del Tribunal, aunque por senda diferente, sino que lo procedente y a la vez suficiente para los fines que a la casación asigna el art. 519 de ese Código es establecer la verdadera doctrina que unifique la jurisprudencia nacional o a esto concurra en cada caso, en la parte motiva, no sin que, de otro lado, se reconozca que el recurrente se halla libre de costas, aun sin lograr que el fallo recurrido se case, porque de ellas lo defiende el Art. 575 de la misma obra en la parte final de su numeral 2º

Ese otro hecho que viene a servir de valla para que la sentencia del Tribunal no se rompa porque la de instancia que en su reemplazo se dictara sería absolutoria también, es la cosa juzgada, excepción que el juzgador habría de declarar aun de oficio (C. J. Art. 343), que los demandados opusieron desde su contestación de la demanda y que en la segunda instancia comprobaron haciendo venir al proceso en debida forma la copia que se halla en el Cdno. 4º, fols. 2 a 15.

En efecto: la Ley 94 de 1931 dice en el inciso 1º de su Art. 1º que "Podrá oponerse a la expedición de una patente o solicitar su cancelación, si ya hubiere sido otorgada, quien alegare ser el autor o propietario del invento para el cual se solicita el privilegio"; y en su inciso final dispone que "En estos casos se procederá en igual forma a la dispuesta en esta ley para las oposiciones al registro de marcas". Esto último significa, según el Art. 6º de la misma ley, que del Ministerio respectivo se enviará la oposición o solicitud con los antecedentes del negocio al reparto de los Jueces civiles del Circuito de Bogotá para que ello se resuelva allí mediante el juicio establecido por la Ley 31 de 1925 en su Art. 38. Es de advertir que ambas leyes califican este juicio de sumario.

Bustamante en el mismo año de 1931 manifestó al Ministerio de Industrias su inconformidad con la concesión de la patente concedida a Ramírez y Mc. Ewen; del Ministerio se hizo el referido envío al Juzgado, y ante éste (el 1º del Circuito de Bogotá) formuló aquél (Bustamante) por medio de apoderado la demanda judicial correspondiente, la que vino a notificarse a los demandados en 1932, lo que significa, estando vigente ya el Código Judicial actual, que ese juicio se siguió como éste dispone en su Art. 1226 o, mejor dicho, que ese juicio vino a ser el creado y reglamentado por esta disposición, en la cual no se le califica de sumario, porque ya en el nuevo Código no hay juicios sumarios, y en que el calificativo de reserva para la tramitación, de modo que su inciso 1º termina advirtiendo que esos juicios —los relativos a patentes— se sustancian sumariamente". El inciso 2º indica esa forma de sustanciación.

Dicho Juzgado 1º pronunció sentencia absolutoria el 14 de junio de 1932 y el Tribunal Superior de este Distrito Judicial la confirmó en la de 10 de febrero de 1933. Con el expediente original volvieron al Ministerio, en obedecimiento del Art. 40 de la citada ley de 1925, por lo cual de ahí se obtuvieron para el presente juicio las mencionadas copias.

En ese juicio se debatió todo lo debatido en el presente en cuanto se refiere a las dos acciones antedichas, también en ése involucradas. Por tanto quedó decidido desde entonces lo que aquí se ha controvertido nuevamente. Procede incuestionablemente, pues, la excepción de cosa juzgada.

No se consideró a la luz de esta excepción lo atinente a la acción relativa a la patente de 1912, porque, no hallándose justificados los cargos que en el presente recurso se hacen al respecto a la sentencia del Tribunal, no hubo lugar a ello; pero como en lo relativo a la acción sobre la patente de 1931 sí se hallan justificados los respectivos cargos y por consiguiente habría lugar a casar aquella sentencia, se impone el estudio de la cosa juzgada con motivo de tal acción, en fuerza de lo antedicho sobre el importante detalle de no casarse ese fallo porque el que lo reemplazara llegaría a igual solución.

Como se ve, no habiéndose estudiado la cosa juzgada en relación con las acciones relativas a la patente de 1912 en que es interesado como condueño el demandante Acevedo, no ha habido lugar a indagar si para él, en lo tocante a la citada sentencia de 1933, hay o no, en vista de la procedencia de sus derechos y de la titulación acompañada a la demanda y relatada en ésta, la identidad jurídica de que habla el Art. 474 del C. J.

Reduciéndose tal estudio, por virtud de lo dicho ya al respecto, a la cancelación y nulidad de la patente de 1931, se tiene que Bustamante, que es a quien aquella acción asistiría, fue parte en el juicio de entonces en que fueron demandados Ramírez y Mc. Ewen, en que se demandó esa misma nuli-

dad por las mismas causas que se demanda en el presente. De ahí la procedencia de la excepción, según dicho Art. 474 y el 473 ibídem, sin que ocurra salvedad ante la parte final del inciso 2º de este último, porque no se está en el caso, siendo así que la ley no ha dispuesto la ventilación en juicio ordinario, sino que del todo y con alcance definitivo se remite al especial que se surtió De acuerdo con los Arts. 8º y 9º de la citada ley de 1925.

A este respecto conviene recordar que cuando las leyes sobre patentes por excepción hallan necesario aquel juicio, así lo disponen en texto expreso, de que es ejemplo el Art. 59 de la de 1925 tántas veces citada aquí. Además, el Art. 734 del mismo Código, que inicia el título XVIII sobre juicio ordinario dice que el procedimiento de que éste trata "es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario". Y aunque es verdad que el citado Art. 1206 habla de que los juicios sobre patentes se sustancian sumariamente, no es menos cierto que esta clase de juicios, como ya se ha dicho, está establecida como juicio especial en la agrupación a que ese Art. 1206 corresponde y que las disposiciones expresas de las leyes sobre patentes miran hacia este juicio en forma, por decirlo así, exclusiva, al punto de establecer juicio ordinario, como se ha observado, sólo excepcionalmente y, sobre todo, de darles a las sentencias dictadas en el especial el alcance definitivo que se observa, por ejemplo, en los Arts. 40 a 42 de la citada ley de 1925 y de pronunciar la precisa locución cosa juzgada esta misma ley por ejemplo, en sus Arts. 27 y 55.

No sobrará poner de presente la intervención que el Poder Ejecutivo, en el Ministerio respectivo, tiene respecto de los traspasos de las patentes y de derechos en ellas, en guarda de los interesados mismos, cuando son varios, y, principalmente, en guarda de terceros, propósitos claramente revelados en las varias disposiciones de la citada ley de 1925 traíbles a cuento, así: el Art. 16 que exige, no sólo para obtener prórroga, sino también para el traspaso de una patente, solicitud al Ministerio con expresión, entre otras cosas, en este último caso, del nombre y domicilio del cesionario; el Art. 20 que crea un libro de registro en que el Ministerio anotará las patentes y sus renovaciones y traspasos; el Art. 21 que ordena dar cuenta de toda renovación, cesión o traspaso en el periódico oficial, y el Art. 29, según el cual éstos "no producirán efecto respecto de terceros mientras no se extienda la anotación respectiva en el libro de registro de patentes"

Resumiendo: la acción de nulidad no puede prosperar porque desde el juicio seguido sobre ella por Bustamante con los mismos motivos que el presente lo perdió él desde la citada sentencia del Tribunal de Bogotá de 1933 en que fueron absueltos Ramírez y Mc. Ewen; y así la cosa juzgada lleva ahora también a la absolución. Como esto fue lo resuelto por el Tribunal de Medellín en su sentencia materia del presente recurso, aunque por razonamiento distinto no acogido por la Corte, ella no casa este fallo. Y la prohibición a los mandatos de fabricar estribos de aluminio en la referida caja metálica, que el Tribunal negó, se halla indemne ante los cargos que en casación al respecto se formulan, por cuanto la Corte reconoce que no hubo error al conceptuar que esa caja no quedó incluída en la patente de 1912, clave y base de lo atañedero a esa acción y a los correspondientes cargos. Otro tanto sobre la negación de perjuicios por esa causa.

La prohibición de emplear o producir el aluminio inquebrantable patentado en 1912 sería innecesaria en una sentencia, ya que de suyo la patente la lleva consigo, como se deduce, entre otras disposiciones, de las contenidas en los Arts. 24 y 25 de la citada ley de 1925; de suerte que sin necesidad de prohibición expresa pronunciada en juicio, cuandoquiera que se hayan ejecutado o se estén ejecutando los hechos de usurpación allí previstos, los interesados tienen el amparo asegurado por los recursos, acciones y severas sanciones que esos artículos establecen.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el diez y nueve de septiembre de mil novecientos treinta y seis. Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Germán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

María de la Paz Jiménez demandó en vía ordinaria a María Peralta viuda de Jiménez a fin de que se reformase el testamento de Aristides Moreno que instituyó heredero único a esta señora, su mujer legítima, con exclusión o preterinisión de la demandante, su madre natural y consiguientemente su legitimaria, por no haber habido descendientes legítimos del testador; y el Juzgado del Circuito del Líbano hizo las declaraciones demandadas en sentencia de ocho de junio de 1936, que el Tribunal Superior de Ibagué confirmó en la de siete de abril de 1937, contra la cual interpuso casación el apoderado de la demandada en memorial limitado a manifestar que lo interpone fundado en el Art. 522 del C. J.

Concedido el recurso por el Tribunal, con cita del Art. 519 de esa obra *in fine*, y declarado admisible, se ordenó el traslado de la ley a la parte recurrente, la cual se abstuvo de fundar aquél, por lo cual esa oportunidad se ha cerrado en tal estado, que es el previsto y reglamentado por el Art. 532 ibídem, según el cual en tal evento se declara desierto el recurso y se condena en costas a la parte recurrente. Acerca de este último detalle se advierte que no aparece que se hayan causado costas a la contraparte, por lo cual esa condenación no ocurre.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara desierto el recurso de casación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el siete de abril del año en curso. Sin costas.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SE NIEGA EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA QUE ORDENA REHACER UNA PARTICION

En un juicio mortuorio no ocurre la posibilidad del recurso de casación sino cuando el Tribunal ha pronunciado sentencia aprobatoria de la partición de los bienes y sólo esta sentencia da lugar o materia al efecto. La sentencia que, por acoger las objeciones a una partición, ordena rehacerla, no es susceptible del recurso de casación.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Tribunal Superior de San Gil en el juicio de sucesión de Faustino Santamaría, revocando la sentencia del Juzgado 2º del Circuito del Socorro aprobatoria de la partición de los bienes, acogió objeciones opuestas a ese trabajo y ordenó rehacerlo, en sentencia de 18 de mayo último contra la cual otorgó recurso de casación en cuya virtud este asunto se repartió en la Corte el 28 de agosto y, vencido el término de fijación en lista, entra al estudio de la Sala para decidir si el recurso es o no admisible.

Para concederlo se estudia, según el Art. 523 del C. J., entre otras cosas, si la sentencia contra la cual se interpone es de las que por medio de él pueden ser impugnadas; y éstas son las taxativamente enumeradas en el Art. 519 del mismo Código, así: "1º Las pronunciadas en los juicios ordinarios o que sumen este carácter. 2º Las que aprueban

las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes o de sucesión (subraya la Corte), o de liquidación de sociedades disueltas; y 3ª Las de graduación de créditos en los juicios sobre cesión de bienes, o de concurso de acreedores".

Como se ve, en un juicio mortuorio no ocurre la posibilidad del recurso de casación sino cuando el Tribunal ha pronunciado sentencia aprobatoria de la partición de los bienes y sólo esta sentencia da lugar o materia al efecto. Al reducir la ley la procedencia de este recurso en tales juicios a ese único caso, es evidentemente lógica con los fines para los cuales lo instituyó y con el alcance del mismo. No se comprendería que sobre un mismo tema o sobre un mismo problema o grupo de problemas cupiera o pudiera ocurrir más de una ocasión de admitir y decidir ese recurso extraordinario y esencialmente definitivo. Y tan anómala situación o posibilidad vendría a producirse si los fallos que ordenan rehacer la partición fuesen materia de él. Así, si cupiese contra un fallo como el de ahora, no por ello dejaría de ser procedente contra el que apruebe más tarde la partición rehecha; y en esta sola hipótesis se tendrían dos sentencias de casación en un mismo juicio, firmes ambas, ambas procedentes. Claramente se ve la ilegalidad de semejante ocurrencia y situación.

Sin necesidad de estas obvias reflexiones, basta la lectura de la disposición legal parcialmente transcrita para hallar improcedente el recurso en el presente caso, cuya concesión por el Tribunal causa, a la verdad, extrañeza.

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 inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la providencia de diez y ocho de mayo último dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, a quien se devolverá el expediente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Germán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CIVIL.—FALSEDAD Y SIMULACION

El recurso extraordinario de revisión debe estar condicionado a uno de estos dos hechos: que el vencimiento en el pleito de una de las partes haya sido determinado por acción dolosa, directa o indirecta, de la otra, o por fuerza mayor que haya impedido a cualquiera de ellas exhibir documentos decisivos. De consiguiente, salvo en este último evento, en los demás, el móvil en que inspiróse la ley al dar ese recurso estriba en que ciertos hechos o circunstancias criminosas no pueden germinar, a pretexto de la cosa juzgada, situaciones de derecho estables y definitivas. 2.—La falsedad en su sentido general de mutación de la verdad, aplicada a la prueba documental, es inoperante en orden a producir la revisión de las sentencias. 3.—Cuando la simulación obedece a motivos inconfesables de las partes que se confabulan para consumarla, con el fin de engañar a terceros, adolece de fraude. Y este vicio fraudulento tiene, a más de la sanción penal, en su caso, acciones civiles nacidas del derecho de los terceros para descorrer el velo que oculta el acto verdadero, o hacer declarar su ineficacia, conjurando de esta manera los efectos engañosos y perjudiciales con que los contratantes pretendieron burlarlos. Más aún, estas acciones de simulación no requieren para existir intención dañada en los simulantes, en fuerza de que se fundan en los perjuicios que la simulación les cause a los terceros. Pero la ley estuvo lejos de erigir entre las causales de revisión la simulación propiamente tal, en ninguna de sus formas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El 26 de junio de 1934, el tribunal superior de Bogotá dictó sentencia de graduación de créditos en el juicio de concurso de acreedores sobre los bienes del señor Manuel Suárez G. En esta sentencia el tribunal reformó la que había pronunciado el juez de la causa, primero del circuito de Ubaté, y que en virtud del recurso de apelación interpuesto por varios acreedores subió ante aquella entidad. El juez había resuelto: "1º Declárzanse probados los créditos de los señores Juan José González, Luis María Triana, Leandro Cortés Cendales, María Luisa Bernal, Antonio Alvarado (sus dos créditos) y el de Rosa Suárez por $ 4,000.00 con intereses, el que consta en instrumento privado de fecha 15 de mayo de 1930; 2º—Declárase no probados los créditos de Joaquín Alvarez y el crédito de Rosa Suárez que consta en documento privado que lleva fecha 15 de mayo de 1930, por encima especificado con el mote 'Documento número segundo'; y 3º—Con el producto de los bienes embargados páguense los créditos probados a prorrata de sus valores, con sus intereses y costas, sobre el sobrante de la masa concursada. Es entendido que se pagarán de preferencia las costas causadas en interés general de los acreedores, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 2494 y 2495 del C. C.".

El tribunal reformó el anterior fallo en el sentido de declarar probados también los créditos que estaba cobrando Joaquín Alvarez, los cuales son dos, suman entrambos un capital de seis mil quinientos pesos ($ 6,500), fuéra de los intereses debidos, y constan en sendos documentos privados así: uno por tres mil pesos ($ 3,000) con estipulación de intereses moratorios al 15 por 100, otorgado en Bogotá el cuatro de enero de 1925, y con plazo hasta el 4 de mayo del mismo año; y otro por tres mil quinientos pesos ($ 3,500), con estipulación de idéntico interés moratorio, otorgado en el Carmen de Carupa el día 18 de julio de 1925, y con plazo de pago hasta el 18 de septiembre siguiente. Ambos documentos están suscritos por Manuel Suárez G., quien declara ser vecino del Carmen de Carupa, obligándose a pagar esas sumas a Joaquín Alvarez.

Abstúvose el juzgado de mandar pagar los dos créditos anteriores, porque "sucede que dichos documentos tal como se hallan otorgados no prestan mérito ejecutivo porque no están reconocidos y tampoco pueden considerarse como instrumentos negociables pues no llenan los requisitos de que trata el artículo 5º de la la Ley 46 de 1923".

El Tribunal revocó la decisión del Juzgado, fundado en el reconocimiento expreso que Manuel Suárez hizo en el término de prueba de la segunda instancia de los dos documentos.

Demanda de revisión

La acreedora Rosa Suárez presentó ante la Corte demanda de revisión de la senten-

cia del Tribunal. Para intentarla invoca el artículo 542 del Código Judicial, y la apoya en el numeral segundo de dicho precepto, en armonía con las siguientes afirmaciones fundamentales:

"Los documentos otorgados a favor de Joaquín Alvarez y a cargo de Manuel Suárez G. a que se ha hecho referencia y en los cuales se fundó, entre otros, la sentencia de segunda instancia proferida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá de fecha 25 de junio de 1934, son falsos y simulados.

"La suscrita Rosa Suárez ha sido parte en el juicio de concurso de acreedores a que se ha hecho referencia.

"A tiempo de dictarse la sentencia de fecha 26 de junio de 1934, por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, los expresados documentos a favor de Joaquín Alvarez y a cargo del concursado Manuel Suárez, no eran conocidos como falsos por parte de la suscrita recurrente".

La demanda de revisión fue incoada ante la Corte dentro del término estipulado en el artículo 543 del Código Judicial.

Oportunamente pidió la Corte el proceso en que dictóse la sentencia materia de la revisión. Y llegado dicho proceso fueron corridos los traslados de regla al ejecutado y acreedores en el concurso. El primero manifestó su rotunda oposición a la demanda. Los segundos, salvo Joaquín Alvarez, estuvieron acordes en el pedimento contenido en ella. Abierto el término de prueba, hicieron uso de él el apoderado de la demandante y Joaquín Alvarez.

Las pruebas

La parte demandante concentró todo su esfuerzo probatorio a demostrar que el papel sellado en que aparecen extendidos los dos documentos de deber firmados por el señor Manuel Suárez a favor de Joaquín Alvarez no existía en el país a la fecha del otorgamiento de los documentos, sino que se editó y puso en uso en época muy posterior. Tal empeño alcanzólo según acreditanlo los siguientes elementos:

A) La inspección ocular practicada por la Sala de Casación sobre los dos documentos cuestionarios, los cuales actualmente están originales, obrando en el sumario que por el delito de falsedad se adelanta en el Juzgado primero superior de esta ciudad contra Joaquín Alvarez; quedó establecido en ella que aquellos documentos están extendidos en papel sellado fabricado por la Casa Perkins, Bacon & Co., Londres, de acuerdo con la marca de fábrica que lleva impresa cada hoja de papel en la parte superior.

B) El certificado de la sección de provisiones del gobierno nacional, entidad que hoy funciona como dependencia del ministerio de agricultura y comercio, según el cual el primer contrato para el suministro de papel sellado con destino al gobierno nacional celebrado con la Casa Perkins Bacon & Co. de Londres fue el número 7236 de 27 de junio de 1931, por 5.000.000 de hojas, cuya entrega inicióse en el mes de marzo de 1932, sin que haya constancia de que antes hubiera llegado al país papel sellado de esa marca. Véanse fls. 11 y 11v. de los dos primeros cuadernos de la Corte.

C) Por comisión rogatoria al consul de Colombia en Londres, este funcionario obtuvo del director de la Casa Perkins Bacon & Co. un certificado en que se detallan las remesas de papel sellado que la mencionada casa le ha hecho al gobierno de Colombia, desde el año de 1931. Antes de este año no mediaron contratos ni suministros de ninguna clase.

D) Durante la inspección ocular también comprobóse por el examen que hizo la Sala en algunos protocolos de dos notarías, que en los años de 1924 y 1925 el papel sellado empleado para el otorgamiento de escrituras fue de las casas Waterlow & Sons Limited, Londres, y Geo-Bernard Stationery Co. St. Louis, U. S. A. Algunas escrituras fueron también extendidas en papel común habilitado por el administrador de hacienda nacional de Cundinamarca, de conformidad con el decreto número 905 de 1925.

En conclusión: de todos los elementos probatorios aportados al juicio por el demandante se deduce sin vacilación este hecho: que los dos documentos por $ 3,000 y $ 3,500 fechados respectivamente el 4 de enero y el 18 de julio de 1925, siendo pagaderos, aquél el 4 de mayo, y éste el 18 de septiembre del mismo año, con que Joaquín Alvarez presentóse en el juicio de concurso a respaldar su carácter de acreedor, no pudieron ser otorgados en las fechas que tales documentos rezan, porque ni antes ni después de esas fechas, hasta los primeros meses del año de 1932, en que comenzó a darse al consumo en el país el papel fabricado por la Casa Perkins, existía en Colombia el papel oficial en que los documentos fueron extendidos. De manera que con certidumbre puede afirmarse que los dos documentos fueron así antedatados por el acreedor y el deudor.

Procedencia del recurso

Entre las causales de revisión de una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte o por un tribunal superior, el artículo 542 del código judicial, dispone la siguiente en su ordinal segundo: "Si recayó en virtud de documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después".

Refiriéndose la Corte al fundamento y alcance de las cuatro causales de revisión de sentencias, creadas por el artículo 542, dijo lo siguiente en sentencia de fecha diez de diciembre del año próximo pasado:

"Examinando las cuatro causales de revisión se concluye que ellas han sido establecidas y tienen eficacia en cuanto provengan no sólo de hechos culpables, sino de hechos delictuosos, emanados de una de las partes, ya directamente, como cuando retiene una prueba decisiva y que favorecía a la parte contraria, ya cuando ha aducido documentos y testigos falsos, o también cuando la injusticia del fallo proviene de un hecho delictuoso del juez juzgador.

"No ha querido el legislador que una sentencia dictada en alguna de estas condiciones vincule en derecho a las partes; pero si esto es así y tiende a destruír toda incidencia delictuosa en un proceso o en fallo, también es cierto que el recurso de revisión no puede considerarse como una tercera instancia donde puedan las partes producir nuevas pruebas, o mejorar o complementar las que produjeron en las instancias del juicio".

(Gaceta Judicial, número 1920 y 1921, pág. 653).

El recurso extraordinario de revisión debe estar condicionado, según el expresado pensamiento de la Corte, a uno de estos dos hechos: que el vencimiento en el pleito de una de las partes haya sido determinado por la acción dolosa, directa o indirecta, de la otra, o por fuerza mayor que haya impedido a cualquiera de ellas exhibir documentos decisivos. De consiguiente, salvo en este último evento, en los demás, el móvil en que inspiróse la ley al dar ese recurso estriba en que ciertos hechos o circunstancias criminosas no pueden germinar, a pretexto de la cosa juzgada, situaciones de derecho estables y definitivas.

En el presente recurso el hecho propuesto como fuente de la revisión y acreditado en el respectivo término consiste simplemente, y en definitiva, en que Manuel Suárez, deudor, y Joaquín Alvarez, acreedor, antedataron los dos documentos privados que el segundo presentóse a recaudar y cuyo recaudo está sentenciado en el juicio de concurso de acreedores sobre los bienes del primero.

De esta manera el autor del recurso intenta encasillar dentro del concepto de falsedad el hecho de simular el plazo y el día del otorgamiento de una obligación.

Dado el fundamento científico del recurso de revisión expuesto antes, es natural que la causal segunda contemple, como dice Chiovenda, "documentos falsos esto es debe tratarse de falsedad (material o intelectual) inherente a la prueba documental producida en juicio".

De consiguiente, la falsedad en su sentido general de mutación de la verdad, aplicada a la prueba documental, es inoperante en orden a producir la revisión de las sentencias. En ese sentido comprende en el campo jurídico la simulación, y ya se sabe que la simulación en sí no es un acto ilícito.

Bien conocida es la distinción sobre la simulación de los actos jurídicos y la falsedad. Los autores han tratado mucho de ella. Concuerdan en decir que la falsedad tiene por campo de operaciones el acto, como forma de testimonio probatorio, que él fabrica o altera en su materialidad, raspando, borrando o modificando lo escrito (falsedad material); o desciende al elemento objetivo alterando la verdad material de las declaraciones emitidas o de las circunstancias de hecho (falsedad intelectual). En cambio la simulación disfraza el consentimiento de las partes contratantes, esto es, el elemento subjetivo del negocio.

En la simulación "los contratos fingen o alteran la verdad subjetiva del consentimiento manifiesto, declarando una cosa no querida o no querida de aquel modo; con lo cual la apariencia reside en el elemento espiritual del contrato, invisible, impalpable, imperceptible. Mientras el falsario ataca el documento, los simuladores fingen su acuerdo con lo que en éste se atestigua. La falsedad es una alteración física de lo escrito; la simulación una alteración intelectual de lo querido". (Gallinal, Estudio sobre el Código de Procedimiento Civil Uruguayo).

Esta Corte delimitando el concepto de falsedad de documentos dijo lo siguiente en sentencia de 2 de junio de 1926, publicada en la Gaceta Judicial, tomo XXXII, pág. 355, columna 2ª: "La falsedad en su acepción más amplia, comprende toda mutación de la verdad, y en tal sentido se dice que incurre en falsedad un testigo cuando se aparta de la verdad en su exposición, lo mismo que quien usurpa un título o función que no le corresponde. Mas, tratándose de documen-

tos, la palabra falsedad asume un sentido restringido y comprende solamente la falsedad formal, la material y la intelectual. La formal tiene lugar cuando se hace aparecer que un instrumento ha sido autorizado por un funcionario público que no ha intervenido en su otorgamiento, o sea cuando se falsifica la firma misma del funcionario; la falsedad material es la que ocurre cuando el instrumento es originariamente legítimo pero ha sufrido alteración en su contenido; y se dice que es intelectual cuando el funcionario que ha intervenido en el otorgamiento del instrumento hace constar en él hechos que no son verdaderos".

Cuando la simulación obedece a motivos inconfesables de las partes que se confabulan para consumarla, con el fin de engañar a terceros, adolece de fraude. Y este vicio fraudulento tiene, a más de la sanción penal, en su caso, acciones civiles nacidas del derecho de los terceros para descorrer el velo que oculta el acto verdadero, o hacer declarar su ineficacia, conjurando de esta manera los efectos engañosos y perjudiciales con que los contratantes pretendieron burlarlos. Más aún, estas acciones de simulación no requieren para existir intención dañada en los simulantes, en fuerza de que se fundan en los perjuicios que la simulación les cause a los terceros. Pero la ley estuvo lejos de erigir entre las causales de revisión la simulación propiamente tal, en ninguna de sus formas.

Ahora, en lo atinente a la cuestión de autos, el concierto de los otorgantes de los documentos, consumado con posterioridad al pronunciamiento de la providencia que decretó el concurso, dirigido a fingirlos de plazo vencido desde el año de 1925 —el auto de formación de concurso lleva fecha 24 de noviembre de 1930—, aun cuando fraudulento en cuanto implica una simulación tendiente a aumentar el número de los créditos y a darles entrada en el juicio a supuestas deudas no exigibles todavía a tiempo de formalizarse el concurso, no es equivalente a aquel otro fraude fraguado por el falsario de un documento público o privado, constitutivo de un hecho criminoso, castigado por la ley penal.

Es falsario quien pretendiendo introducir una antedata en un documento lo raspa, enmienda o altera materialmente con el objeto de oponerlo a quien suscribiólo con otra fecha. Como también serían falsarios el acreedor y el deudor que, con idéntico procedimiento, convienen en antedatar un documento privado que para terceros adquirió fecha cierta, impulsados aquéllos por el pensamiento de aprovechar la antedata en fraude y menoscabo del derecho de otros acreedores. Pero tal no es el caso de la falsedad invocada aquí para franquear el camino de la revisión de la sentencia.

Vicios de la naturaleza dicha, cuando no han sido conocidos por la parte agraviada durante el seguimiento del pleito, sino después de dictado el fallo, deben conducir a la revisión de éste, pues la víctima no ha podido defenderse eficazmente de un hecho doloroso ignorado. Mas si el hecho pudo conocerlo, pero dejó de atacarlo oportunamente por negligencia o descuido, entonces es natural que carezca del derecho a la revisión del fallo, porque el vencimiento obedece a su propia y exclusiva culpa. De ahí que, con razón, el ordinal segundo exija que la falsedad no sea conocida al tiempo de dictarse la sentencia.

Ahora sí podrá observarse cuán distante está el hecho propuesto como fundamento del presente recurso, de la causal invocada, falsedad conocida tardíamente. Y notarás fácilmente que aquel hecho no es de los que son susceptibles de revivir la discusión en un pleito ya fenecido.

Los acreedores en el juicio de concurso de Manuel Suárez tuvieron a la mano medios ostensibles y eficaces de discutir la incorporación de los dos créditos de Joaquín Alvarez en la lista de los del concurso. Basta observar que los respectivos documentos sólo adquirieron fecha cierta, según el artículo 1762 del C. C., cuando fueron presentados en el juicio, esto es, en octubre de 1932, época para la cual estaba muy adelantado el proceso y circulando hacía meses el papel sellado en que los dichos documentos fueron escritos.

La fecha cierta de los documentos privados, que concierne a terceros, está reglamentada por la ley precisamente en miras a anular, con relación a ellos, los efectos de las antedatas que los otorgantes puedan consentir. De consiguiente, ante este hecho, pierde significado el que las partes de los dos documentos de Joaquín Alvarez hubiesen convenido en simular, como efectivamente simularon, la época de la expedición de los dos pagarés.

Fallo:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Declárase infundado el recurso de revisión intentado por Rosa Suárez contra la senten-

cia pronunciada por el tribunal superior de Bogotá con fecha 26 de junio de 1934 en el juicio de concurso de acreedores seguido a los bienes de Manuel Suárez.

Condénase en las costas del recurso a la recurrente Rosa Suárez, costas que previa tasación se tomarán de los doscientos pesos consignados por ella, y el resto se enviará por conducto de la Secretaría de la Corte a la beneficencia pública.

Devuélvase el proceso a la oficina de origen.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Arturo Tapias Pilonieta.—Hernán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena concedió el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Francisco F. Vergara C. contra la sentencia de dicho Tribunal dictada el veinticuatro de octubre próximo pasado, que confirmó la del juez del circuito de Magangué. En dicho fallo se declaró resuelto el contrato de compraventa celebrado entre los señores Francisco Vergara O., como vendedor, y Salvador Cure, como comprador, al tenor de la escritura pública número 114 otorgada ante el notario de Magangué el 8 de noviembre de 1932.

En tal virtud vinieron los autos a la Corte, donde se repartió el negocio y se admitió el recurso, habiendo constituído ambas partes sus respectivos apoderados.

Por auto de 5 de agosto último se ordenó el traslado a la parte recurrente, a quien se le entregó el expediente el 12 de agosto y lo devolvió sin demanda de casación el 9 de septiembre.

Según informe del secretario de la Corte, transcurrieron no sólo los treinta días para fundar el recurso, sin que tal cosa se hubiera hecho, sino que, además, transcurrió el término adicional de que trata el artículo 374 del C. J.

Es, pues, el caso de dar aplicación al artículo 532 de dicho código, y por lo tanto, 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 el apoderado de Francisco F. Vergara C. contra la sentencia de fecha 24 de octubre de 1936 dictada por el Tribunal Superior del distrito judicial de Cartagena, sentencia que por lo tanto queda ejecutoriada.

Condénase en las costas al recurrente.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J. Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Por el Secretario, El Oficial Mayor, Emilio Prieto Hernández.

SE DECLARA IMPROCEDENTE EL RECURSO DE CASACION

No cabe proferido en juicio especial de venta de una finca hipotecada, aunque ese juicio se haya tramitado como ordinario, no da lugar el recurso extraordinario de casación, y menos cuando, como en el presente caso, no se trata de una sentencia definitiva.

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

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En el juicio especial de venta o adjudicación de bienes hipotecados, promovido por Neftalí Castro contra Carlos Ramírez Villegas y otros, en el juzgado séptimo del circuito de Bogotá, el tribunal superior de Bogotá proveyó con fecha doce de marzo último así:

"Por las razones expuestas el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar niega la venta de la finca hipotecada mientras no se traiga a los autos el certificado de que trata el artículo 1008 del Código Judicial en los términos prescritos por el artículo 635 de la misma obra".

Esta resolución fue aclarada a petición de parte en la de fecha veinticuatro de mayo siguiente, en el sentido de que "se revoca el fallo de primera instancia para el solo efecto de que la sentencia no se pronuncie mientras no se presente el certificado de que trata el artículo 1008 del Código Judicial en los términos prescritos por el artículo 635 de la misma obra".

Contra estos pronunciamientos interpusieron el recurso de casación tanto el acreedor demandante Neftalí Castro como el demandado Ramírez Villegas. El tribunal concedió el recurso. En la Corte se fijó en lista el negocio. Los recurrentes aprovecharon ese término para fundar la admisión de aquél. De acuerdo con el artículo 629 del código judicial le corresponde ahora a la Sala decidir si el recurso es o no admisible, disponiendo en el primer caso que siga la sustanciación, y en el segundo que se devuelvan los autos al tribunal. Y en ejercicio de esa facultad, la Corte decide que el recurso interpuesto por una y otra parte es improcedente, para lo cual expone dos razones, la primera a manera de principal, y la segunda como subsidiaria:

Primera—El recurso no tiene por objeto una sentencia dictada en juicio ordinario, o que haya asumido ese carácter. En efecto:

Desde la primera instancia, la acción promovida fue la especial que antes de la expedición del nuevo código judicial, que es la ley 105 de 1931, vino a reconocer la ley 108 de 1928, "de venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados". Por ese procedimiento se corrió al demandado traslado de la demanda y el acreedor hipotecario obtuvo el embargo y el depósito de la finca gravada. Y dentro de ese procedimiento otro acreedor también hipotecario, el Banco Alemán Antioqueño, introdujo una tercería coadyuvante, la cual fue sustanciada como juicio ordinario, de conformidad con lo que sobre el particular disponía el artículo 236 de la ley 105 de 1890. Esta tercería fue decidida por el juez al mismo tiempo que la acción especial, en sentencia de fecha 21 de agosto de 1934. En esta sentencia decretóse la venta en pública subasta de las fincas de Santa Rosa de Osos y El Hospital, perseguidas por el demandante Neftalí Castro para el pago del crédito en cobro. Con lo que quedó decidida y sentenciada la acción especial de venta. Y negóse el pago del crédito presentado por el tercerista, Banco Alemán Antioqueño. Con lo que quedó decidida y sentenciada la tercería.

El tercerista no apeló de este fallo. Quedó por ende descartada la tercería, y por lo mismo el juicio ordinario a que ella dio origen.

El demandante Ramírez Villegas sí apeló del fallo, y en esa virtud el negocio subió al tribunal para sustanciar tal apelación. En el tribunal el magistrado ponente dispuso que el recurso se sometiese a las ritualidades de la segunda instancia de los juicios ordinarios. Así se practicó. A estas ritualidades púsoles término la sentencia cuya parte resolutiva dejóse ya trascrita, en la cual lo juzgado y sentenciado tiene por objeto único el recaudo intentado por el acreedor señor Castro.

De consiguiente, habiendo desaparecido desde la primera instancia el juicio ordinario proveniente de la tercería, el tribunal, al dictar su sentencia decidió esencialmente so-

bre la acción de cobro del demandante, cuyas normas son especiales en cualquier etapa del juicio. 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 fuéra del alcance del recurso de casación, a que se le quiere someter.

Segunda—El fallo del tribunal no es una sentencia definitiva. El recurso de casación procede únicamente contra las sentencias definitivas, y en los casos limitados previstos en la ley.

Por sentencia ha de entenderse la resolución que pronuncia el juez de acuerdo con la ley sobre el punto o cuestión que ante él se controvierte.

Y es definitiva, palabra que proviene del verbo definere, terminar, cuando el juez resuelve terminando el proceso, y con vista de todo lo alegado y probado por los litigantes sobre el negocio suscitado ante él en una instancia. Decía así la Ley 2ª, Título 22, Partida 3ª: "juicio acabado que da (el juez) sobre la demanda principal finiquitando o condenando al demandado".

Según el concepto de Chiovenda, la sentencia definitiva es acto con el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda; mediante la sentencia ha terminado su oficio; a no ser que haya que tomar resoluciones consecuenciales, (liquidación de costas, perjuicios, etc.). Por la sentencia el juez no debe ni puede ingerirse más en el pleito. Si es impugnable surgirá con la impugnación otra etapa de la relación procesal en que será competente otro tribunal.

Nuestro código de procedimiento, de acuerdo con las nociones precedentes, di que una resolución es sentencia "si decid definitivamente sobre la controversia q constituye la materia del juicio o sobre principal de éste, sea que se pronuncie primera o en segunda instancia, o a virt de recurso extraordinario".

Estos conceptos, aplicados a la resoluci recurrida en casación, del tribunal, determ nan el carácter verdadero de ella. Allí inferior no sentenció definitivamente sob la acción principal del demandante, ni sob las defensas del demandado. Limitóse a n gar temporalmente aquella acción mientra no venga a los autos el certificado del r gistrador que echa menos. De manera q cuando venga tal certificado, se produci la sentencia definitiva "finiquitando o co denando al demandado".

Si ahora se admitiese el recurso, con m yor razón sería obligatorio admitirlo aquel segundo fallo, que sobrevenga cuand tenga cumplimiento la ordenación del trib nal, y entonces tendríanse dos recursos casación respecto de un mismo negocio y s bre el mismo juicio, procedimiento exótico más de reñido con los principios y la fin lidad del recurso de casación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Ju ticia, Sala de Casación Civil, administrand justicia en nombre de la República de C lombia y por autoridad de la ley, decla inadmisible el recurso de casación contra providencia del tribunal superior del distri judicial de Bogotá, de fecha doce de mar del corriente año, pronunciada en el juic especial de venta de bienes hipotecados s guido por Neftalí Castro contra Carlos R mírez Villegas y otros.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Ga ceta Judicial y devuélvase el proceso al tr bunal de origen.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

LEYES DE DEUDAS.—MORA EN LA OBLIGACION DE PAGAR CANTIDADES DE DINERO

1.—Leyes y decretos dictados de 1932 a 1933 gravaron los intereses de deudas entre particulares, en cuanto excedieran de cierto límite, imponiéndoles un tributo equivalente al exceso. 2.—No tiene eso el carácter de un impuesto, y así lo reconoció la corte en su sentencia de exequibilidad pronunciada el 25 de febrero de 1937; pero no porque sea otra su índole puede negarse que el legislador y el jefe del ejecutivo, por disposiciones declaradas ya exequibles, decretaron, con el impropio nombre de "impuesto", un beneficio en provecho de los deudores y a cargo de los acreedores. 3.—El código civil da para la indemnización de perjuicios por la mora en pagar cantidades de dinero, un estatuto especialísimo. La indemnización en esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos: a).—Sólo procede la MORATORIA, o sea la que se puede exigir cuando el deudor no cumple a su tiempo. Nunca la COMPENSATORIA, o sea el dinero que se tiene derecho a exigir cuando el deudor no cumple o cumple parcialmente. b).—No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios. Basta el hecho de retardo para que puedan cobrarse. La ley los presume. Se deben los intereses sin tener en cuenta daño emergente ni lucro cesante. Tampoco se exigen demanda ni requerimiento. c). El avalúo de perjuicios no está sometido al criterio del juez. De antemano lo hace la ley rígidamente. ch).—El pago de intereses constituye la única indemnización. No puede pedirse otra adicional. Tampoco está al arbitrio del acreedor demandar o la indemnización avaluada o el interés convenido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Marco A. Muñoz O. demandó en juicio ejecutivo a la sociedad de Alejandro Barriga e Hijos, y a sus socios Alejandro Barriga y Carla Barriga Samper.

Introdujeron tercerías coadyuvantes Esait Hermanos, Julio Barriga Páez, Meléndez Hermanos, Elías M. Muvdi, A. & T. Meluk, Luis Jorge Sánchez, Roberto Tobón, Guillermo Novoa, Félix María Sánchez, Emilia Gaitán de Gil, Antonio Volpe & Cª y Alberto Vale Villar.

La demanda de Antonio Volpe & Cª no fue admitida.

Las tercerías de Novoa, Sánchez (Félix María) y Gaitán de Gil caducaron.

El juzgado 2º civil del circuito de Bogotá pronunció sentencia de graduación de créditos, en la siguiente forma:

1º—Declaró probados los créditos de Muñoz O., Eslait Hermanos, Barriga Páez, Meléndez Hermanos, Muvdi, A. & T. Meluk (cesionario de todos éstos, Agustín Dussán Q.), Sánchez y Tobón (cesionario de éste último, Miguel S. Uribe Holguín).

2º—Dispuso que los pagos fueran hechos en este orden: a).—Costas causadas en interés general de los acreedores. b).—Con el producto de la casa hipotecada por escritura Nº 559, de 8 de junio de 1922, otorgada en la notaría 5ª de esta ciudad, se pagará el crédito de Sánchez y sus costas particulares. c).—Con el producto del lote hipotecado por las escrituras Nos. 899, de 23 de noviembre de 1921, otorgada en la notaría 5ª, y 406, de 30 de marzo de 1922, otorgada en la notaría 4ª, se pagará en primer término el crédito de Tobón (hoy Uribe Holguín) y en segundo término el crédito de Muñoz O. (hoy Dussán Q.). d).—Los créditos de los terceristas ya nombrados, pertenecientes hoy a Dussán Q., se pagarán en último término y a prorrata (si a ello hubiere lugar).

3º—Mandó que si quedaba alguna parte insoluta de los créditos hipotecarios, en esa parte concurrirían con el acreedor quirografario, a prorrata.

4º—Ordenó se tuvieran en cuenta las disposiciones legales que gravan los intereses.

5º—Negó las peticiones hechas en la tercería de Vale Villar.

6º—Decretó el pregón y remate de los bienes y la liquidación de los créditos.

7º—Condenó en costas a los ejecutados.

El tribunal de Bogotá reformó la sentencia del juzgado en estos términos:

1ª—En la liquidación del crédito de Barriga Páez (hoy Dussán Q.) debe tenerse en cuenta un abono reconocido por el acreedor, de $ 1,491.40, hecho al primitivo titular.

2ª—El valor de los créditos perseguidos en la tercería de Muvdi, se cubrirá: a Dussán Q., lo que corresponda según el documento, y a Alejandro Villaneda Soto, subrogatario, el valor de la letra que no quedó comprendido en la cesión.

3ª—El crédito correspondiente a la tercería de A. & T. Meluk se podrá pagar a su cesionario en dinero o en café, a voluntad del deudor.

4ª—En lo demás fue confirmada la sentencia del juzgado.

María Barriga Samper, Alberto Vale Villar y Agustín Dussán Q., interpusieron recurso de casación contra la sentencia del tribunal.

A Dussán Q. se le decretó traslado de los autos, pero como no formulara demanda de casación, la corte declaró desierto su recurso.

Véase cómo fue atacada la sentencia por la recurrente Barriga Samper y por el recurrente Vale Villar.

CAPITULO I

Marco A. Muñoz O.

Dice el tribunal:

En firme el mandamiento ejecutivo, nada se decidirá sobre este crédito, fuéra de declararse cuál es el lugar que le corresponde en la prelación.

Dice la recurrente:

Muñoz O. cedió su crédito a Rodulfo Samper Uribe. Este a Dussán Q. por $ 1,400.00. Se dijo en esta última cesión que el cesionario se subrogaba en la cantidad de $ 2,000.00, quedando implícitamente comprendidos en ella los intereses y las costas, toda vez que el crédito que cobraba Samper Uribe apenas valía $ 2,254.33 y de esa suma había recibido más de $ 1,000.00. Por tanto, Dussán Q. sólo adquirió derecho a $ 2,000.00 y cuando más los intereses de esta cantidad desde que adquirió el derecho hasta que reciba el pago y las costas que se causen de ahí en adelante. El tribunal aceptó esta acreencia en la forma en que fue pronunciado el mandamiento de pago. Obrando así, apreció erróneamente las pruebas y violó preceptos sustantivos. No está el fallo en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, pues el tribunal ordena pagar la suma demandada, es decir, $ 2,254.33, los intereses y las costas, cuando esas pretensiones fueron limitadas por Samper Uribe, quien no trasmitió a Dussán Q. otro derecho que el de cobrar $ 2,000.00. No haciendo esa limitación, violó la sentencia el artículo 876 del código de comercio, aplicable al caso de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 902 del mismo código y 1966, del civil. Por error en la apreciación de pruebas, infringe la sentencia los artículos 876 del código de comercio y 1602 del código civil.

Dice la corte:

Por memorial suscrito el 31 de mayo de 1928, Marco A. Muñoz O. manifestó al juez que declaraba subrogado a Rodulfo Samper Uribe en el crédito objeto del juicio ejecutivo, con todos sus derechos y acciones, por cuanto dicho señor le pagó totalmente el capital, los intereses y las costas (folio 333 del cuaderno principal). Este memorial fue suscrito también por María Barriga Samper.

Por auto fechado el 1º de junio de 1928, el juez concedió permiso a Muñoz O. para poner la nota de cesión en el título correspondiente (folio 333 vuelta del cuaderno principal).

El 16 de febrero de 1929, Muñoz O. puso la nota de cesión del crédito a favor de Samper Uribe, "sin reservas ni limitaciones de ninguna clase" (folios 5 vuelta y 6 del cuaderno principal).

El 13 de diciembre de 1933, Rodulfo Samper Uribe manifestó al juez que había cedido el crédito a Agustín Dussán Q., "por valor recibido de capital, intereses, costas y agencias" (folio 414 del cuaderno principal).

Por auto fechado el 24 de enero de 1934, el juez concedió permiso a Samper Uribe para poner la correspondiente nota de cesión (folio 414 del cuaderno principal).

El 2 de mayo de 1934, Samper Uribe cedió el crédito a Agustín Dussán Q., por haber recibido de éste, como precio, la cantidad de $ 1,400.00 (folio 6 del cuaderno principal).

El 10 de julio de 1934, manifestó Samper Uribe, con su firma y con la del apoderado de Dussán Q., doctor Rafael Díaz Vargas, que él hizo la cesión a Dussán Q. "por la suma de dos mil pesos ($ 2,000.00), por la cual cantidad debe quedar y estimarse subrogado el señor Dussán Q. como representativa de capital que dicho señor me entregó por razón de la acreencia cedida". En este memorial pide Samper Uribe que el juez "se sirva resolver que la cesión en referencia

comprende un capital de dos mil pesos, en el cual debe estimarse subrogado el cesionario señor Dussán Q." (folio 416 del cuaderno principal). Esta manifestación está firmada por María Barriga Samper.

El 11 de julio de 1934, Samper Uribe se dirigió al juez para decirle que aclaraba la cesión manifestando que la hizo por un capital neto de $ 2,000.00 moneda corriente, recibido a su satisfacción (folio 6 vuelta del cuaderno principal). Esta aclaración fue suscrita por María Barriga Samper.

Por auto fechado el 14 de julio de 1934 declaró el juez que Dussán Q. es cesionario al tenor del memorial fechado el 10 de julio.

En sentir de la corte, está demostrado que Dussán Q. no tiene derecho a cobrar sino el valor de $ 2,000.00 y los intereses de esta cantidad desde la fecha del memorial de las partes, o sea, desde el 10 de julio de 1934 (folio 416 del cuaderno principal). No hay necesidad de averiguar si se trata o no de la cesión de un derecho litigioso, que hiciera aplicable el artículo 1971 del código civil, porque las tres partes interesadas en el negocio —cedente, cesionario y deudor— consignaron expresamente, en su memorial citado, la limitación de que se ha hecho mérito. Ese memorial es la ley de las partes, reconocida por auto fechado el 14 de los mismos mes y año. Tal ley no fue tomada en cuenta por el fallador, con lo cual violó el artículo 1602 del código civil, invocado por la recurrente. En este punto será casada la sentencia, con el fin de hacer en instancia el cambio a que haya lugar.

CAPITULO II

Eslait Hermanos.

Dice el Tribunal:

Según documento fechado el 1º de agosto de 1922, los ejecutados deben $ 3,300.00 dólares a Dussán Q., subrogatario de Villaneda Soto, quien a su turno lo fue de Eslait Hermanos.

Dice la recurrente:

Hubo error de hecho y de derecho al aceptar la personería de los demandantes. Por escritura Nº 1950, de 5 de octubre de 1922, otorgada en la notaría 1ª de Barranquilla, Carlos J. Eslait confirió poder general a Emilio Farrut para el cobro de unas acreencias. Farrut, como apoderado general de Eslait Hermanos, confirió poder especial a Pedro Torres S., para que éste demandara a Alejandro Barriga e Hijos. Torres S. propuso la tercería y vendió el crédito a Villaneda Soto. Este a Dussán Q. Pero Carlos J. Eslait no era socio de Eslait Hermanos, como puede verse en la escritura 1225 de 29 de junio de 1922, otorgada en Barranquilla, y en el certificado del juez de dicho circuito. Al ordenar el pago de esta acreencia, por apreciación errónea de las pruebas sobre la personería sustantiva del demandante, violó el tribunal los artículos 6, 1858, 1634, 1740, 1741, 1757 y 2698 del código civil; 489 del código de comercio, y 15 de la ley 95 de 1890.

Dice la corte:

Este cargo carece de importancia. Quien confirió poder a Emilio Farrut no fue Carlos J. Eslait, como se dice erróneamente en el encabezamiento de la escritura Nº 1950, sino Félix J. Eslait, que firma tal escritura. Y el último sí era socio de Eslait Hermanos, como aparece en la escritura social y en su extracto (folios 1º y siguientes del cuaderno Nº 9).

No se acoge esta causal.

CAPITULO III

Julio Barriga Páez

Dice el tribunal:

Fúndase esta demanda en documento de 30 de junio de 1921, por $ 5,372.00, pagaderos el 30 de septiembre del año expresado. Intereses moratorios, 1½% mensual. Cesionario, Agustín Dussán Q. A buena cuenta aparece pagada la cantidad de $ 1,491.40, con la imputación hecha en el recibo correspondiente.

Dice la recurrente:

El fallo infringe la ley, por aplicación indebida e interpretación errónea de las pruebas. El 2 de agosto de 1932, Barriga Páez negoció su crédito con Dussán Q. por la cantidad de $ 5,372.00, incluídos en ella los intereses causados, las costas y las agencias en derecho. Así quedó limitada la suma exigible. Este crédito fue constituído entre el Banco de Colombia y Alejandro Barriga e Hijos, sociedades comerciales, y consta en un pagaré a la orden. Rígese por el código de comercio, según lo dispuesto en el artículo 1966 del civil. Según el inciso 2º del mercantil, en concordancia con el 902 de la misma obra, al pagar el endosatario por cuenta del obligado, no tiene otro derecho que el de obtener la devolución de lo pagado. El tribunal violó las disposiciones citadas. Infringió también el artículo 1622 del código civil, por falta de consonancia con las posiciones de las partes, ya que ese crédito fue limitado con el concurso del cedente, del cesionario y de la parte ejecutada. En conse-

cuencia, debe ordenarse el pago de $ 5.372.00, los intereses de esta cantidad desde el 12 de agosto de 1932 y las costas del juicio de esa fecha en adelante.

Dice la corte:

En la nota de cesión puesta al reverso del documento (folios 1 vuelta y 2 del cuaderno Nº 2º) dijo Barriga Páez: "Por igual valor recibido a mi satisfacción, de capital, intereses y costas, teniendo en cuenta el abono hecho por los deudores, cedo el presente documento de deber junto con sus accesorios, al señor D. Agustín Dussán Q.".

Esta nota fue puesta el 13 de septiembre de 1932, según autorización dada por el juez en auto del 4 de agosto anterior.

En memorial del 2 de agosto, suscrito por cedente y cesionario, se dice que Barriga Páez cede a Dussán Q. "el crédito que sirve de base a la tercería antes dicha, el cual fue inicialmente constituído por los señores Alejandro Barriga e Hijos y la señora Ana Noguera de Alarcón, a favor del Banco de Colombia de esta ciudad, por la cantidad de cinco mil trescientos setenta y dos pesos ($ 5,372.00), cesión en la cual se ha tenido en cuenta el abono de que trata el recibo de 12 de diciembre de mil novecientos veintiuno, expedido por el Banco de Colombia a favor de Alejandro Barriga e Hijos, por la cantidad de mil cuatrocientos noventa y un pesos con cuarenta centavos ($ 1,491.40), el cual obra en autos" (folio 27 del cuaderno Nº 2º).

No se advierte la limitación alegada, por la recurrente en este capítulo de su demanda, pues no ocurrió, como ella lo asevera, que el crédito fuese cedido por $ 5,372.00, cantidad expresada como simple dato del capital recibido a mutuo por Alejandro Barriga e Hijos y Ana Noguera de Alarcón. El precio de la cesión fue "igual valor recibido a mi satisfacción, de capital, intereses y costas, teniendo en cuenta el abono hecho por los deudores....". Luego la apreciación del tribunal es correcta.

No se acoge la causal.

CAPITULO IV

Meléndez Hermanos.

Dice el tribunal:

Fúndase esta tercería en documento del 25 de noviembre de 1921, por $ 700.00. Plazo, 30 días. Intereses moratorios 1½% mensual. Villaneda Soto se subrogó por pago en los derechos del tercerista y cedió luégo el crédito a Dussán Q.

Dice la recurrente:

Se cobra un crédito que consta en pagaré a la orden, otorgado entre comerciantes. Por ende, hace extensiva su acusación del capítulo anterior.

Dice la corte:

El doctor C. A. Torres Pinzón, mandatario de Meléndez Hermanos, cedió este crédito a Villaneda Soto con fecha 27 de febrero de 1929. Luégo el cesionario lo transfirió a Dussán Q., con fecha 3 de junio de 1930 (folio 6 vuelta del cuaderno Nº 4º).

Ni en estas dos notas de cesión ni en los memoriales en que se pidió que el juez las autorizara (folios 30 y 33 del cuaderno Nº 4) aparece limitada la cuantía de lo cedido.

No se acoge la causal.

CAPITULO V

Elías M. Mavdl

Sin observaciones.

CAPITULO VI

A. & T. Meluk.

Sin observaciones.

CAPITULO VII

Luis Jorge Sánchez

Sin observaciones.

CAPITULO VIII

Roberto Tobón.

Dice el tribunal:

Por la escritura 899, del 28 de noviembre de 1921, otorgada en la notaría 5ª de este circuito, María Barriga Samper, obrando en su propio nombre y en el de Alejandro Barriga e Hijos, dijo haber recibido de Tobón 80,000 francos en cheque del Banco de Colombia, con plazo de seis meses e intereses del 1½% mensual para el plazo y para la mora. El acreedor declaró recibidos los correspondientes al plazo. Es un crédito hipotecario. Fue rematado por Vale Villar en juicio contra Tobón. Miguel S. Uribe Holguín pagó el valor del crédito y se le declaró subrogado el 18 de mayo de 1929.

Dice la recurrente:

Uribe Holguín pagó en dinero (costo de francos y costas) la cantidad de $ 5,560.00. Como es crédito comercial, debe concluírse que a aquél se le debe pagar esa suma más los intereses legales y las costas causadas

de la fecha citada en adelante. Aunque en este capítulo se limita la recurrente a pedir que la corte aclare el fallo del tribunal en el sentido expresado, aclaración que no procede como causal en este recurso, al final de su demanda enumera los capítulos por ella atacados, y cita como infringidos los artículos 6, 1602, 1622, 1633, 1634, 1740, 1741, 1757, 1996 y 2595 del código civil; 876 y 902 del código de comercio, y 15 de la ley 95 de 1890.

Dice la corte:

Según aparece en memorial de 17 de mayo de 1929, suscrito por Uribe Holguín y por la recurrente (folio 67 del cuaderno Nº 16), aquél pagó a Vale Villar, "con ánimo de subrogarse en los derechos de acreedor", 142,200 francos, de capital e intereses hasta el 23 de mayo de 1929, y $ 161.20 de costas. En el folio 67 vuelta del mismo cuaderno, fue subrogado sin limitación alguna, ni había razón para hacerla, porque fue pagado el valor del crédito en francos franceses hasta el citado 23 de mayo, por capital e intereses. El tribunal se limitó a relatar lo ocurrido, con lo cual no violó ley alguna.

No se acoge esta causal.

CAPITULO IX

Alberto Vale Villar.

Dice el tribunal:

Esta nueva teoría tiene su base en el mismo crédito hipotecario de Tobón. En la demanda de ésta, se pidieron intereses del 1% mensual, afirmándose equivocadamente haber sido ésta la rata estipulada. Vale Villar remató el crédito y por consiguiente adquirió derecho al 1½%. Uribe Holguín pagó lo que era materia de la tercería, y por tanto la subrogación en su favor no se operó respecto de intereses sino hasta concurrencia del 1%. Cuando Vale Villar promovió su demanda por el ½%, era dueño de esa parte del crédito. Pero a contar de la vigencia de los decretos Nos. 280 y 420, y de las leyes 37 del mismo año y 46 de 1923, ese interés del ½% vino a ser materia del gravamen establecido a favor del fisco.

En cuanto a los perjuicios provenientes de la desvalorización del franco en la fecha de la demanda, observa el tribunal que la obligación tenía por objeto una cantidad determinada de moneda y se le pagó al tercerista en la misma clase estipulada: francos franceses. Cuando venció el plazo se hallaba el crédito en cabeza de Tobón. No puede pretender Vale Villar que el pago se le hiciese el día del vencimiento ni durante el tiempo comprendido entre ese día y el de la adquisición del crédito. Cuando remató, sabía que el deudor se hallaba en mora y aceptó las consecuencias de ésta por lo que hace a la posible desvalorización de la moneda, así como se habría beneficiado si en vez de bajar los francos hubieran más bien subido. Si el pago se le hubiese hecho tan pronto como remató, habría tenido que sufrir igualmente las consecuencias de la desvalorización, pues si existe la posibilidad de haber invertido los francos en época anterior a su depreciación, no es ello algo sobre lo cual pueda pronunciarse fallo condenatorio. Para que los perjuicios fueran imputables al deudor sería preciso establecer que a consecuencia de su mora, el acreedor dejó de dar a los francos determinada inversión antes de la baja. No habiéndose comprobado eso, falta la relación de causalidad entre el retardo del deudor y la merma de valores. El artículo 2228 del código civil no es aplicable. Aun aceptando que las monedas extranjeras no son moneda en Colombia, es necesario tener en cuenta que no se trata de establecer qué debió pagar el acreedor, puesto que la obligación fue satisfecha en la forma prescrita por la primera parte del citado texto: restituyendo igual cantidad de cosas del mismo género y calidad que las prestadas.

Igualmente pide el tercerista se le ordene "pagar el uno y medio por ciento de interés mensual liquidados desde la notificación del traslado de esta demanda, sobre 80,000 francos de réditos atrasados, capitalizando así parte de los debidos, a lo menos por el año completo precedente a esa tercería". Basta leer los términos de esta súplica para comprender que no puede prosperar, pues los intereses atrasados no producen intereses.

Dice el recurrente:

Un tercero pagó a Vale Villar lo demandado por Tobón, sin perjuicio del derecho sobre el saldo correspondiente al rematador del crédito (art. 1670, ord. 2º, del C. C.), para que se opere el pago total que comprende intereses e indemnizaciones (art. 1649, ord. 2º, del C. C.). Contra los ejecutados quedó al rematador el ½% de interés en 84 meses e indemnización por haberse desvalorizado los francos. Sentenció ultra petita el tribunal, al confirmar el punto 5º del fallo de primera instancia, que había negado a Vale Villar el ½%, considerándolo del fisco nacional, aunque éste no era parte en el juicio, y dejando ese lucro en poder del deudor a título de depositario del mismo fisco, sin oportuna pretensión de los litigantes, y antes contra la parte ejecutada, que desautorizó las consideraciones del juez. Por esta

incongruencia fueron violados los artículos 471 del código judicial, 7º de la ley 153 de 1887 y 26 y 52 de la constitución nacional. El tribunal considera que el rematador adquirió derecho al 1½% estipulado en la escritura 899, y aunque éste no recibió sino el 1%, negó el derecho al ½%, dejándolo en pro de los ejecutados, quienes estiman impertinente la aplicación dada por el juez a la ley de deudas (cuaderno Nº 18, folio 7). El tribunal, haciendo caso omiso de las leyes preexistentes, aplicó mal los decretos 280 y 420 de 1932 y las leyes 37 del año citado y 46 de 1933. Erróneamente interpretó las referidas disposiciones al entender como "impuesto" lo que no es tal según el artículo 67 del acto legislativo de 1910, y como perpetuo "depositario del fisco" a quien no es sino donatario de los intereses del acreedor. El fallo viola los artículos 31 de la constitución y 5º del acto legislativo Nº 3 de 1910, porque vulnera un derecho adquirido al ½% y priva de una parte de su patrimonio al tercerista, por causa distinta a las contempladas en la norma últimamente citada. Infringe los artículo 1625 y 1757 del código civil y 593 del código judicial. El sentenciador fija su atención en la escritura 899 de 1921, en la diligencia de remate y en la actuación judicial en que consta que el recurrente recibió parte del lucro estipulado, pero aprecia erróneamente esos elementos probatórios, violando los preceptos citados y además el artículo 40 del acto legislativo Nº 3; los artículos 1602, 1603, 1626, 1627, 1649, 1670 y 2231 del código civil, y el 38 de la ley 153 de 1887.

En cuanto a la desvalorización del franco, observa el recurrente: la sentencia viola, por errónea interpretación, los artículos 930 del código de comercio y 2223 del código civil. Aquél estatuye que el deudor cumple restituyendo monedas de la misma especie que las recibidas, cualquiera que sea el valor que tengan al tiempo de la restitución; preceptúa éste que deberá restituír igual cantidad de cosas del mismo género y calidad, sea que el precio de ellas haya bajado o subido en el intervalo, y agrega que si esto no fuere posible y no lo exigiere el acreedor, podrá el mutuario pagar lo que valgan en el tiempo y lugar en que ha debido hacerse el pago. Dichos textos no dicen que el deudor cumple su obligación en cualquier tiempo, como lo entendió el tribunal. La errónea interpretación del artículo 2223 del código civil, lo llevó a infringir los artículos 1551 y 1602 de la misma obra. También infringió los artículos 1603, 1613, 1614, 1626, 1627 y 1649 (ordinal 2º) del código civil.

Dice la corte:

El doctor Vale Villar demandó por el saldo de un medio por ciento en los intereses de mora, por intereses de intereses y por perjuicios provenientes de la desvalorización del franco.

Como en casación guardó silencio sobre intereses de intereses, se procede a estudiar lo referente al medio por ciento y a los daños durante la mora.

Por escritura Nº 899, de 23 de noviembre de 1921, otorgada en la notaría 5ª de Bogotá, Alejandro Barriga e Hijos se constituyeron deudores de Roberto Tobón por la cantidad de ochenta mil francos (80,000), recibida de aquél en cheque del Banco de Colombia de esta ciudad sobre la de París. Los deudores se obligaron a pagar al acreedor esos francos, en Bogotá "y en la misma especie y forma en que los tienen recibidos", seis meses después de la fecha del instrumento público mencionado. Durante este plazo, y también para el evento de mora en la devolución del capital prestado, los deudores se obligaron a pagar intereses al "uno y medio por ciento mensual sin perjuicio de las acciones legales del acreedor". Trátase de una deuda hipotecaria.

El decreto Nº 280 de 1932 gravó los intereses de las operaciones de mutuo efectuadas entre particulares con garantía real, imponiéndoles un tributo equivalente a la cantidad en que tales intereses pasaran del 10% anual (art. 1º, inc. b), y prescribió que "los intereses pactados para el caso de mora, si excedieren en más de un 2% a los que se estipulan durante el plazo, quedarán gravados con un impuesto equivalente al exceso" (art. 3º).

El decreto Nº 420 de 1932 extendió el gravamen a las deudas entre particulares provenientes de contratos distintos del mutuo (art. 1º).

La ley 37 de 1932 dispuso que el impuesto mencionado a que se refieren los decretos 280 y 420 del mismo año, se hicieran efectivos sobre los intereses pendientes y no pagados hasta la sanción de esta ley, así como los que se causaran en adelante por razón de obligaciones de dinero entre particulares, contraídas del 1º de enero de 1925 al 30 de junio de 1931.

Respecto de las obligaciones de que tratan los dos decretos citados —el 280, en el ordinal b) de su artículo 1º, y el 420 en su artículo 1º— y respecto también de las obligaciones a que se refiere la primera parte del artículo 10 de la ley 37, elevó ésta el impuesto a la cantidad en que los intereses excedieran del 6% anual para las obligaciones

aseguradas con garantía real (artículo 1º).

La ley 46 de 1933 dispuso que entre las deudas a favor de particulares a que sean aplicables las disposiciones de la ley 37 de 1932, se incluyen las contraídas con anterioridad al 1º de enero de 1925 (art. 7º).

La corte suprema de justicia, en fallo fechado el 25 de febrero de 1937, declaró exequibles, entre otras normas, el artículo 1º del decreto Nº 280 de 1932, el 1º del decreto 420 del mismo año, la ley 37 de 1932 y el artículo 7º de la ley 46 de 1933.

Así recordado el estatuto legal sobre gravamen a los intereses durante el plazo y durante la mora, se hace memoria del pago hecho al doctor Vale Villar, por el doctor Miguel S. Uribe Holguín.

Según liquidación aprobada por el juez el 24 de abril de 1928, (cuaderno Nº 16, folio 63), la parte ejecutada debía al doctor Vale Villar lo siguiente:

"Capital	fs. 80.000
Intereses al uno por ciento desde el 23 de mayo de 1922 al 23 de abril de 1929 (83 meses)	66.400
Suma el capital y los intereses	fs. 146.400
Pagó la parte ejecutada el 17 de julio de 1922, según consta del memorial de 22 de marzo del año de 1923 y que corre al folio 9 de este cuaderno	fs. 5.000
Saldo a cargo de los ejecutados hasta hoy	fs. 141.400"

El doctor Uribe Holguín pagó esa suma en un cheque del Banco de Colombia sobre París. También pagó en la misma forma 800 francos más de intereses correspondientes al mes que vencería el 23 de mayo de 1929 (cuaderno Nº 16, folio 67).

El doctor Uribe Holguín quedó legalmente subrogado en el crédito de Tobón contra el doctor Vale Villar. Así lo declaró el juez por auto fechado el 18 de mayo de 1929 (cuaderno Nº 16, folio 67 vuelta).

El doctor Vale Villar cobra el medio por ciento que representa la diferencia entre el uno por ciento que se le pagó y el uno y medio por ciento estipulado como tipo de intereses de mora. El tribunal negó la súplica del demandante, invocando los decretos 280 a 420 de 1932, así como las leyes 37 del mismo año y 46 de 1933, porque ese interés del uno y medio por ciento vino a ser, en sentir del fallador, materia del gravamen sobre los intereses.

Según el art. 3º del decreto Nº 280 de 1932, "los intereses pactados para el caso de mora, si excedieren en más de un dos por ciento a los que se estipularon durante el plazo, quedarán gravados con un impuesto equivalente al exceso".

Hablara el artículo 3º de los intereses que "se estipularon" o que "fueron estipulados" durante el plazo, y no habría en este negocio, teniendo sólo en cuenta ese decreto, materia gravable con el llamado impuesto, porque los intereses de mora, uno y medio por ciento, no excedieron en nada de los intereses estipulados para los primeros seis meses, constitutivos del plazo. Pero el artículo habla en presente de los intereses que "se estipulan" durante el plazo, lo cual da la idea de que, no obstante el impropio uso del verbo "estipular", ese artículo se refiere no a los intereses estipulados por las partes sino a los que se fijan por el mismo decreto 280, o sea, el 10% anual en las operaciones de mutuo con garantía real. Esta es la interpretación razonable. De no serlo, para evitar el gravamen sobre usurios intereses de mora hubiera bastado que no se propasaran en más del 2% de los más altos intereses convencionales estipulados para el plazo.

La ley 37 elevó el impuesto a la cantidad en que los intereses excedieron del 6% anual para las obligaciones aseguradas con garantía real.

El fallador obró jurídicamente al no decretar en favor del doctor Vale Villar un interés suplemental del ½% mensual.

Es científico decir, como lo dice el recurrente, que no tiene eso el carácter de impuesto, y así lo reconoció la corte en su sentencia de exequibilidad. Pero no porque sea otra su índole puede negarse que el legislador y el jefe del ejecutivo, por disposiciones declaradas ya exequibles, decretaron, con el impropio nombre de "impuesto", un beneficio en provecho de los deudores y a cargo de los acreedores.

No procede la cita de los artículos 1349 y 1870 del código civil, porque se ha demostrado que no había derecho a cobrar ese saldo de intereses.

Los demandados juzgan impertinente la aplicación dada a la ley de deudas (cuaderno Nº 13, folio 7), pero no renuncian al derecho que ésta les otorga.

Pronunciada la exequibilidad de las normas legales sobre deudas, no puede decirse que aplicándolas violara el fallador alguna norma constitucional.

Los demás preceptos civiles y judiciales son de todo punto improcedentes por las razones apuntadas.

En lo que atañe a la desvalorización del franco, alegada por el recurrente como causa de perjuicios, observa la corte:

En primer lugar, la súplica no fue encaminada a obtener por principal más de los ochenta mil francos pagados. Esa súplica versa únicamente sobre perjuicios.

En segundo lugar, observa la corte que según el artículo 1617 del código civil, cuando se debe una cantidad de dinero, la indemnización por la mora está sujeta a varias reglas, entre las cuales se cuenta la de que se siguen debiendo los intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal.

Véase:

En el título sobre efecto de las obligaciones, principia el código civil por sentar la norma de que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes. Consagra aquí la teoría romana de la autonomía de la voluntad, sustentada por Domat y Pothier y acogida por el código de Napoleón. Dispone luégo que las convenciones se ejecuten de buena fe. Señala en seguida los casos en que el deudor es responsable de la culpa lata, de la leve, de la levísima y aun del caso fortuito. Regula después el peso de la prueba referente al cuidado y a la fuerza mayor. Preceptúa, por fin, que la medida de la responsabilidad y la incumbencia probatoria se entienden sin perjuicio de leyes especiales y de estipulaciones expresas.

Formado este primer cuadro, señala el contenido de las obligaciones de dar, de conservar, de hacer, de contratar y de no hacer, entreverando los conceptos de riesgo y mora.

En otro cuadro coloca la indemnización de perjuicios en sus fases de daño emergente y lucro cesante, distinguiendo en cuanto al tiempo la obligación de no hacer de los otros tipos de obligaciones, y fijando las consecuencias del dolo y de la fuerza mayor. También aquí advierte que los contratantes pueden modificar las reglas legales por medio de sus propios convenios.

Y cuando, en el remate del título, llega a la obligación de pagar una cantidad de dinero, da para la indemnización de perjuicios por la mora un estatuto especialísimo, imposible de ser colocado en los tres cuadros de que se ha hecho mérito.

Es así como las reglas sobre ejecución de los contratos sufren excepciones cuando se debe dinero.

La indemnización en esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos:

a) Sólo procede la **moratoria**, o sea la que se puede exigir cuando el deudor no cumple a su tiempo. Nunca la **compensatoria**, o sea el dinero que se tiene derecho a exigir cuando el deudor no cumple o cumple parcialmente. La razón de ello es clara. Debiéndose dinero, los daños por la inejecución no pueden pagarse como compensatorios, porque éstos consisten en transformar la obligación inicial en la de satisfacer dinero, lo cual supone que aquélla no tuviese por objeto ese bién. Desde que nace el contrato se sabe cuál es la cantidad que ha de pagarse. La ley no habla sino de perjuicio que resulta del retardo en la ejecución, mientras que en las otras obligaciones prevé también perjuicios que resultan de la inejecución.

b) No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios. Basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse. La ley los presume, suponiendo que todo capital en dinero gana intereses y que el solo hecho de que el acreedor no lo recibiera oportunamente, le ha privado de inversiones lucrativas. Tampoco el deudor es oído si pretende probar que su mora no ha perjudicado al acreedor o le ha traído beneficio. Esta derogación del derecho común se explica por la dificultad de avaluar el daño imputable a la tardanza. Cómo habría empleado su dinero el acreedor si lo hubiese recibido oportunamente? Cuáles habrían sido los productos del nuevo empleo? Imposible saberlo con exactitud. Por eso los intereses se deben sin tener en cuenta el daño emergente, ni el lucro cesante. Basta la mora. Tampoco se exigen demanda ni requerimiento.

c) El avalúo de prejuicios no está sometido al criterio del juez. De antemano lo hace la ley rígidamente. Avalúo anticipado, de origen legal. Hay un punto máximo de avaluación, más allá de cuyos límites no se puede llegar. Hé aquí la consecuencia de ser el derecho a cobrar perjuicios independiente de la prueba de los mismos. Si la ley presume su existencia, también tiene derecho a presumir su monto.

ch) El pago de intereses constituye la única indemnización. No puede pedirse otra adicional. Tampoco está al arbitrio del acreedor demandar o la indemnización avaluada o el interés convenido.

Alessandri Rodríguez, en desacuerdo con la opinión expuesta por Barros Errázuriz, dice que el artículo 1559 del código chileno, cuya doctrina es igual a la de nuestro artículo 1617, no rechaza la solución de que el acreedor pueda cobrar otros perjuicios además de los intereses. Apóyase en que la regla 2ª del artículo dice que "el acreedor no

tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses", de donde parece deducirse que puede pedir varios perjuicios y que sólo cuando los reduzca a intereses no necesita probarlos. Observa cómo pudiéndose asimilar la indemnización compensatoria a la moratoria, única a que se refiere el artículo 1559, no se ve razón para que el acreedor deba abstenerse de cobrar daños. Dice que es esta la solución unánime aceptada por la doctrina francesa y que fueron tales los antecedentes que el señor Bello tuvo en vista al redactar el precepto. Y así, tomando como ejemplo un negocio fallado por los tribunales de Francia, anota que si el deudor de dinero incurre en mora está obligado a indemnizar los perjuicios previstos y aún los imprevistos. Si el acreedor, añade, pensaba comprar acciones con dinero que el deudor debió pagarle, y no las compró por causa de la mora, tendría derecho a cobrar los perjuicios sufridos por haberse privado de tales acciones, y, más todavía, si a consecuencia del incumplimiento del acreedor fuera declarado en quiebra, tendría el deudor que indemnizarle los perjuicios de la declaración.

Como Alessandri Rodríguez alude a Francia, procede hacer memoria de algunos antecedentes ocurridos en el país:

El artículo 1153 del código francés decía:

"Artículo 1153.—En las obligaciones que se limitan al pago de cierta suma, los daños e intereses que resultan del retardo en la ejecución no consisten jamás sino en la condena a los intereses fijados por la ley; salvo las reglas particulares en el comercio y en la caución".

"Estos daños e intereses son debidos sin que el acreedor tenga que justificar pérdida alguna".

"No son debidos sino desde el día de la demanda, excepto en los casos en que la ley los haga correr de pleno derecho".

Una ley de 7 de abril de 1900 sustituyó así el artículo 1153:

"En las obligaciones que se limitan al pago de cierta suma, los daños e intereses que resultan del retardo en la ejecución no consisten jamás sino en la condena a los intereses fijados por la ley; salvo las reglas particulares en el comercio y en la caución".

"Estos daños e intereses son debidos sin que el acreedor tenga que justificar pérdida alguna".

"No son debidos sino desde el día del requerimiento para el pago, excepto en los casos en que la ley los haga correr de pleno derecho".

"El acreedor a quien el deudor en mora le ha causado, por su mala fe, un perjuicio independiente de este retardo, puede obtener daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito".

Como puede observarse, el artículo 1153 francés y la ley francesa de 1900 son más explícitos que los artículos 1559 chileno y 1617 colombiano. Enseñan aquéllos, sin lugar a duda, que en las obligaciones de pagar cantidades de dinero, los perjuicios se consisten sino en la condena a interés, excepto ciertas reglas particulares y el caso especial de mala fe en el deudor. En este último evento, según la citada ley, puede cobrar perjuicios distintos de los intereses moratorios.

Pasando de la legislación francesa al derecho jurisprudencial francés, baste recordar que en repetidos fallos se resolvió desde antes de ser expedida la ley de 1900, que el artículo 1153 no se oponía a que el acreedor pudiese, conforme al derecho común, obtener remuneración suplemental por causa de perjuicios resultantes de un motivo distinto del simple retardo, pues en el monto de la reparación no debería limitarse a los intereses moratorios sino cuando el deudor no había perjudicado al acreedor por actos de mala fe o de culpa lata equivalente al dolo. La ley de 1900, dice Baudry-Lacantinerie, consagró expresamente esta interpretación jurisprudencial. Es verdad que Laurent, con anterioridad a esta ley, afirmó que del artículo 1153 no podía concluirse que jamás hubiera perjuicios distintos de los intereses moratorios, puesto que ese artículo prevé el retardo que no excluye los daños reales sufridos por el acreedor. Mas ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia citada por dicho autor, según la cual fueron autorizados perjuicios distintos de los intereses moratorios ya pagados, se refiere a daño proveniente de un delito, caso en el cual, le dice el mismo Laurent, se obró en virtud del artículo 1382 (semejante a nuestro artículo 2341), y no del 1153 (semejante a nuestro artículo 1617). (G. Baudry-Lacantinerie, tomo II, página 83. F. Laurent, tomo II, página 415).

Y pasando de la ley y de la jurisprudencia francesa a la doctrina expuesta por los expositores franceses, se observa cómo éstos afirman que los perjuicios no consisten sino en los intereses, salvo excepciones como en el caso de mala fe. Véase a Josserand, Crémieu y otros.

En el proyecto del código civil elaborado por don Andrés Bello en 1853, dice lo siguiente la regla 1ª del artículo 1708, que

llegó a ser con modificaciones el 1559 del código chileno y el 1617 del código colombiano, muy semejantes los dos últimos:

"1º—Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se han pactado intereses, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario, quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen una plena indemnización en ciertos casos".

Lo de "una plena indemnización" quedó borrado en el texto definitivo de los códigos chileno y colombiano, y en algunos otros particulares cambiada esa regla 1ª.

Como en el presente negocio no se ha alegado ni probado intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del acreedor, sino apenas los daños de la desvalorización del franco ocurrida durante la mora del deudor, no hay necesidad de decidir si en Colombia puede condenarse a perjuicios distintos de los intereses moratorios cuando la tardanza obedece a dolo del deudor.

No procede, pues, la cita de los preceptos citados por el recurrente en este capítulo de su demanda, ni es el caso de estudiar los artículos 2199 y 2395 del código civil y 498 del código de comercio, que aquél no citó ni tenía por qué citar.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

falla:

Cásese parcialmente la sentencia proferida en este juicio por el tribunal de Bogotá, con fecha 5 de diciembre de 1935, la cual queda sustituída, para efecto de claridad, por la siguiente que la corte pronuncia en instancia:

"1º—En la liquidación del crédito de Julio Barriga Páez (hoy su cesionario Agustín Dussán Q.) debe tenerse en cuenta el abono reconocido por el acreedor, de mil cuatrocientos noventa y un pesos cuarenta centavos, hecho al primitivo titular del crédito";

"2º—El valor de los créditos que se persiguen en la tercería de Elías Muvdi se cubrirá: al cesionario Agustín Dussán Q., lo que corresponde por razón del crédito que consta en el documento, y al subrogatario Alejandro Villaneda Soto el valor de la letra que no quedó comprendido en la cesión";

"3º—El crédito que corresponde a la tercería de A. & T. Meluk se podrá pagar a su cesionario en dinero o en café en las condiciones estipuladas en el contrato, a voluntad del deudor";

4º—Agustín Dussán Q., como cesionario de Rodulfo Samper Uribe, que a su vez lo fue de Marco A. Muñoz Q., tiene derecho a cobrar el valor de $ 2.000.00 más los intereses de esta cantidad, desde la fecha en que el deudor se hizo sabedor de la cesión, o sea desde el 10 de julio de 1934, hasta que se efectuó el pago.

5º—Queda así reformada la sentencia de primera instancia, la cual se confirma en todo lo demás.

"No se hace condenación en costas en la segunda instancia".

El recurrente doctor Vale Villar pagará las costas del recurso, en lo que a él pueda corresponderle.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la gaceta judicial y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Miguel Moreno J.—Arturo Tapias Pilonieta.—El Conjuez, Valerio Botero Isaza.—El Conjuez, Manuel José Ramírez Beltrán.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

MOCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES.—SOCIEDAD COLECTIVA.—LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD DESPUES DE SU DISOLUCION.—REPRESENTACION EN JUICIO DE LAS SOCIEDADES DISUELTAS.—EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA.—LIQUIDACION.—PERJUICIOS MORALES

1.—Por el hecho de la disolución no se extingue la personalidad de la sociedad. Esta subsiste hasta el momento en que termina completamente su liquidación. Pudiera decirse sin hipérbole que este último es el período más importante de su vida jurídica, porque el fraccionamiento completo del activo y su transformación en dinero es la consecuencia de todo lo realizado durante la situación normal o funcional de la sociedad. 2.—Las sociedades disueltas comparecen en juicio por medio de sus liquidadores, quienes, en su calidad de verdaderos mandatarios de ellas, toman la seguridad procesal. 3.—La deficiente representación en juicio de la sociedad disuelta se remedia por medio de la ratificación durante la secuela del juicio. En rigor, dado nuestro código judicial, la excepción de ilegitimidad procesal, en cuanto trae el ordinal 2º del art. 532 de esa obra, sólo puede proponerse como dilatoria. La nulidad procesal proveniente de la falta de ese presupuesto es alegable de acuerdo con el art. 450 ibídem. 4.—Nuestra legislación mercantil no ha erigido a los administradores de las sociedades colectivas en liquidadores de derecho. El derecho de liquidar (art. 538, C. C.) se halla implícitamente en el derecho propio del socio. 5.—Se sabe que en materia de responsabilidad el daño material no es sólo el corporal susceptible de apreciarse por los sentidos. En el daño moral puede existir igualmente el elemento corporal: v. gr., la herida que desfigura. El criterio empleado en derecho para distinguir las dos categorías de daño consiste en referir el perjuicio material al patrimonial y el moral al extrapatrimonial o no económico. Ese criterio corresponde a la división de los derechos en patrimoniales: reales y de crédito, y extrapatrimoniales: de la personalidad, de la familia. Ante todo es de observarse que, en la mayor parte de los casos, el perjuicio moral causa un daño patrimonial: por ejemplo, el ataque a la probidad de un comerciante puede ocasionar la ruina de su negocio. Por lo tanto, a consecuencia de ello los daños morales se subdividen en dos categorías: 1ª los que perjudican la parte social del patrimonio moral: honor, consideración, reputación, etc. 2º, los que menoscaban la parte afectiva del patrimonio moral: sentimientos, afecciones, pensamientos, etc. Tanto en el perjuicio moral como en el material se requiere como elemento esencial para su reparación el de ser cierto.

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Cali, la sociedad colectiva de comercio, Carlo Pagnamenta & Cía. demandó a Bruno Botta, ciudadano suizo, indemnización de perjuicios por los daños, tanto materiales como morales, que sufrieron las extinguidas sociedades de Carlo Pagnamenta & Cía. y Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., con motivo de algunos negocios que celebró el demandado, extralimitando sus funciones de mandatario administrador.

Los hechos se compendian así: Por medio de la escritura Nº 12, pasada el 27 de enero de 1926 ante el Notario de Buenaventura, Carlo Pagnamenta y Piero Guglielmetti constituyeron, por un término de cinco años, la sociedad colectiva de comercio Carlo Pagnamenta & Cía., para especular en el ramo de comisiones. Fueron cláusulas de ese contrato la de poder constituir mandatarios generales o especiales y la de abstenerse de otorgar cauciones que no redundaren en utilidad manifiesta del negocio.

Aparece de la escritura 307, otorgada el 18 de julio de 1929 ante el mismo Notario, el poder que para la administración de la sociedad colectiva y la representación de todos los negocios de ella confirió Piero Guglielmetti a Carlo Pagnamenta.

Según la escritura 578 de 22 de diciembre de 1929, Pagnamenta confirió mandato y a la vez delegó el otro a favor de Bruno Botta y Laurentino Rodríguez P., para que obraran en nombre de Carlo Pagnamenta & Cía., "con facultad para celebrar toda clase de negocios que sean en provecho de la compañía o que no le causen perjuicio de ninguna clase". Se estipuló en ese instrumento: "Los apoderados Botta y Rodríguez P. no podrán, bajo ningún concepto, comprometer la sociedad Carlo Pagnamenta & Cía. o la persona de Carlo Pagnamenta con fianzas de ninguna clase. Igualmente les queda prohibido en absoluto comprometer o enajenar los bienes muebles o inmuebles de la citada sociedad o de la persona de Carlo Pagnamenta".

No obstante lo convenido, Botta obligó a Carlo Pagnamenta & Cía. a asumir el activo

y el pasivo de Julio Racines V. & Cía., S. A., a cambio del veinte por ciento (20%) durante dos años de las utilidades líquidas de aquélla, conforme puede verse en el documento privado del 13 de mayo de 1931.

Por virtud de esa negociación, Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., reemplazó a Racines V. & Cía., S. A., en la fianza de los créditos a cargo de la Compañía Nacional de Navegación, S. A., y a favor de los Bancos de Bogotá y de Londres y América del Sur, créditos que constan en sendos pagarés fechados el 15 y 9 de mayo de 1931.

Por haber expirado el 27 de enero de 1931 el plazo para la duración de la sociedad Carlo Pagnamenta & Cía., ésta fue declarada disuelta y en liquidación desde esa fecha, según consta de la escritura Nº 149, otorgada ante el Notario de Buenaventura el 9 de junio del año dicho, en donde se estipuló igualmente que la liquidación de ella se efectuaría por Carlo Pagnamenta & Cía., S. A.

Por medio de la escritura Nº 151, pasada el 10 de junio de 1931 ante el Notario de Buenaventura, Pedro Guglielmetti, Carlo Pagnamenta, Bruno Botta, A. Corfitz Andersen y Eulogio Echeverri, constituyeron la sociedad anónima Carlo Pagnamenta & Cía., cuyo gerente fue hasta el 6 de enero de 1932 el mismo Botta.

Esto, en su calidad de gerente y no obstante lo dispuesto en los artículos estatutarios 66 y 49, que exigían para caucionar obligaciones de terceros y para incorporar una sociedad en otra la autorización previa de la asamblea general de accionistas, obligó a Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., como fiadora solidaria de la Compañía Nacional de Navegación, S. A., en los pagarés del 12 de mayo de 1931, a favor del Banco de Bogotá, por seis mil quinientos pesos ($ 6,500) y del 9 del mismo mayo, a favor del Banco de Londres y América del Sur, por cinco mil pesos ($ 5,000).

El descargo de estos instrumentos negociables hecho por Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., le acarreó graves perjuicios. La demandante actual, sociedad colectiva de comercio, se hizo cargo "del monto total del activo y pasivo de la sociedad anónima", conforme consta en la escritura de constitución Nº 9, otorgada ante el Notario de Buenaventura el 28 de enero de 1932.

Los perjuicios materiales que con motivo de la extralimitación de funciones por parte del gerente de la extinguida sociedad anónima se causaron, ascienden a quince mil pesos ($ 15,000), "computando intereses pagados y los dejados de ganar por esos dineros".

Los perjuicios morales los estima la actora en diez mil pesos ($ 10,000) y consisten en el daño ocasionado a la buena reputación comercial de la sociedad anónima, con motivo de la ejecución que contra ella entabló el Banco de Bogotá.

Sentencia acusada

El 1º de julio de 1936, el Tribunal Superior de Cali desestimó la acción instaurada por falta de personería substantiva de la parte actora en cuanto a los perjuicios que sufrió la sociedad Carlo Pagnamenta & Cía., disuelta en 1931, y por ausencia de aquéllos en lo que se refiere a Carlo Pagnamenta & Cía., S. A. (la de 1932).

Consideró el Tribunal que Carlo Pagnamenta & Cía., sociedad constituída por medio de la escritura Nº 9 del 28 de enero de 1932, no era liquidadora de la de Carlo Pagnamenta & Cía., "formalizada por la escritura Nº 12 de 27 de enero de 1926".

En la escritura Nº 149 de 9 de junio de 1931 de liquidación de la primitiva sociedad colectiva, se dijo que ésta la llevaría a cabo la sociedad anónima Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., la cual todavía no estaba constituída. En la escritura Nº 9 de 28 de enero de 1932 de formalización de esta última, no se expresó lo referente a la liquidación de la extinguida sociedad. La escritura Nº 131 de 20 de febrero de 1934, pasada ante el Notario 1º de Cali, no llenó, en concepto del Tribunal, el vacío anotado, porque, aun cuando ella "por una ligereza se aceptó en el término de pruebas de la segunda instancia", no se adujo en la forma que previene el art. 636 del C. J.

Prescindiendo de esta glosa, agrega el Tribunal, esa última escritura, en la cual se designa a la actora como liquidadora de la primitiva sociedad Carlo Pagnamenta & Cía., no tiene el alcance de sanear el vicio de personería, porque el demandado lo anotó al contestar la demanda y por lo tanto sería darle efecto retroactivo aceptar como liquidadora de Carlo Pagnamenta & Cía. a la sociedad fundada en 1932.

"Si carecía de liquidador legal (dice textualmente) la expresada sociedad en el momento de promoverse la acción y ésta no fue instaurada por los socios, la personería que a su nombre se haya ejercitado es ilegítima y continuará siéndolo, ya que no se trata de un vicio adjetivo ratificable por el consentimiento de las partes. No debe confundirse la personería adjetiva de una sociedad, que es la deficiente representación que de ella se ha hecho en la causa, con la inexis-

tencia de la persona representada, que es lo que engendra, entre otros casos, la excepción perentoria de ilegitimidad substantiva, insubsanable y por consiguiente inallanable en los juicios".

La demandante adquirió el activo y se obligó al pago del pasivo de Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., motivo por el cual su legitimación en la causa es perfecta.

Los pagarés en virtud de los cuales Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., se obliga solidariamente con la Compañía Nacional de Navegación, S. A., a favor de los Bancos de Bogotá y de Londres y América del Sur, tienen fechas, respectivamente, del 12 y 9 de mayo de 1931, y como Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., no se constituyó sino el 10 de junio de 1931, Botta no pudo con ellos obligar a ésta. Los indicios consistentes en que en esos pagarés figuran la Notaría, la fecha y el número de la escritura constitutiva de Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., no alcanzan para el Tribunal a demostrar que los mencionados pagarés fueron antedatados por otorgados con posterioridad al nacimiento de aquella compañía, porque a ello "se oponen los arts. 15, 24, 25 y concordantes de la ley 46 de 1932, y el 1759 del C. C.".

Requiérese, por lo tanto, advierte, "una demostración fehaciente de que tales documentos no fueron otorgados en la fecha que ellos dicen, sino en otra posterior", pues, de lo contrario, se desvirtuarían tanto las presunciones legales creadas al respecto como "la letra misma de la disposición últimamente citada, según la cual el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haber sido otorgado y su fecha".

Como consecuencia de lo anterior, consideró el Tribunal que no pudiendo Botta haber obligado a Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., en los pagarés a favor de los Bancos de Bogotá y de Londres y América del Sur, carece de fundamento la acción de perjuicios.

Materia del recurso

La sentencia fue acusada como violatoria de la ley sustantiva: causal 1ª del art. 520 del C. J.

El Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la escritura Nº 131 de 1934, puesto que ella no vino a constituir una representación con efecto retroactivo sino que significa la "ratificación a un mandato explícito anterior". Débese ello a que el administrador de Carlo Pagnamenta & Cía., fundada en 1932, confirió poder para este pleito, no solamente en su carácter dicho sino también como "apoderado general" de Carlo Pagnamenta y de Piero Guglielmetti, éstos socios de la sociedad organizada en 1923.

El Tribunal apreció erróneamente la prueba referente a la antedata de los instrumentos negociables suscritos con posterioridad al 10 de junio de 1931, porque afirma que ella es únicamente indiciaria. Para desvirtuar esta aseveración existe la confesión del demandado en posiciones, declarando que firmó los pagarés como gerente de la sociedad Carlo Pagnamenta & Cía., S. A. Porque del contexto de los mismos pagarés aparece en forma clara e incontrovertible que su fecha es posterior al 10 de junio de 1931. Y por último, porque conforme al art. 1759 del C. C., la fecha de un título es la precisa y cierta y no la puesta por error al pie de él.

A consecuencia de esos errores, violó el Tribunal los arts. 2142 y 2180 del C. C., 452, 583, 527, 512, 519 del código de comercio.

Finalmente, si se tiene en cuenta que existe daño no sólo en el menoscabo de valores positivos sino en el aumento de datos negativos de deudas, en la frustración de una ganancia, en la circunstancia de incurrirse en un cierto peligro al asumir una deuda ajena o en el menoscabo del crédito, Botta, quien extralimitó el mandato, causó perjuicios tanto a la sociedad colectiva de 1923 como a la anónima de Carlo Pagnamenta & Cía.

Motivos

De los presupuestos procesales esenciales para la viabilidad de la acción: a)—capacidad para ser parte; b)—capacidad procesal o para comparecer en juicio; c)—y facultad de disposición procesal o derecho de gestión procesal, el Tribunal consideró erróneamente lo relativo a la ilegitimidad de la personería de la sociedad actora, debido al confusionismo de las ideas existentes entre nosotros en relación con los presupuestos procesales, una de cuyas más importantes manifestaciones es, en lo pertinente, nuestro mismo código judicial.

Por el hecho de la disolución no se extingue la personalidad de la sociedad. Esta subsiste hasta el momento en que termina completamente su liquidación. Puédese afirmar sin hipérbole que este último es el período más importante de su vida jurídica, porque el hacinamiento completo del activo y su transformación en dinero es la consecuencia de todo lo realizado durante la actuación comercial o financiera de la sociedad. Por lo tanto, Carlo Pagnamenta & Cía., en liquidación, sociedad de 1926, tiene (art. 587 del código de comercio) capacidad para ser parte,

Las sociedades disueltas comparecen en juicio por medio de sus liquidadores, quienes, en su calidad de verdaderos mandatarios de ellas, tiene la capacidad procesal. De ahí que en este pleito lo que en realidad hubo inicialmente fue una deficiente representación de Carlo Pagnamenta & Cía. en liquidación, sociedad de 1926, la cual es saneable por medio de la ratificación durante la secuela del pleito.

En rigor, dado nuestro código judicial, la excepción de incapacidad procesal, en cuanto hace al ord. 2º del art. 332 de esa obra, sólo puede proponerse como dilatoria. La nulidad procesal proveniente de la falta de ese presupuesto es allanable de acuerdo con el art. 450 ibídem.

Durante el término probatorio de la segunda instancia se adujo, para sanear el vicio proveniente de la falta de capacidad procesal en cabeza de la sociedad actora, la escritura Nº 131, pasada ante el Notario 1º de de Cali el 20 de febrero de 1934. Por medio de ese instrumento público Pagnamenta y Guglielmetti, únicos socios de la primitiva sociedad colectiva disuelta de Pagnamenta & Cía. (la de 1926), nombraron liquidadora de ella a la sociedad demandante (la de 1932). Además, el administrador de esta última, ratificó lo actuado en el juicio. Un instrumento público puede aducirse con el acto de obtención (inciso 1º del art. 630 del C. J.) o independientemente de éste, de la manera prevista por el art. 636 ibídem.

Por lo que respecta a la facultad de disposición procesal, confundió el Tribunal, involucrándolo, este presupuesto con el que precede, ya analizado. En el caso actual, el punto es claro. La existencia de la relación de derecho sustantiva que se deduce en este juicio, atribuye a Carlo Pagnamenta & Cía. en liquidación, cuya personalidad jurídica subsiste, la facultad de provocar lícitamente una decisión judicial en su carácter de titular de aquella relación de derecho y obliga a Botta a sufrir el proceso, debido a que Botta constituye el otro extremo de la misma.

Corregida la jurisprudencia del Tribunal en lo atañadero a esta acción, de las dos que se ejercitan, se hacen acerca de ella las siguientes consideraciones de instancia:

La sociedad colectiva Carlo Pagnamenta & Cía., constituída el 27 de enero de 1926 para un período de cinco años, continúa subsistiendo desde el 28 de enero de 1931 hasta cuando se finalice su liquidación, no como sociedad de producción sino como sociedad en liquidación, lo cual significa que, en orden a la eficacia de los actos jurídicos realizados con posterioridad a la fecha dicha de su disolución, sólo son válidos los que hayan tendido a continuar los negocios en curso en la medida en que eso haya conducido a clausurar la liquidación.

Nuestra legislación mercantil no ha erigido a los administradores de las sociedades colectivas en liquidadores de derecho. El derecho de liquidar (art. 536 del C. Cº) se halla incluído implícitamente en el derecho propio del socio.

En virtud de que a la llegada del término prefijado para su duración la sociedad mercantil se disuelve de derecho, Botta cesó automáticamente de ser mandatario de Carlo Pagnamenta & Cía. el 28 de enero de 1931.

Lo que antecede es suficiente para establecer la culpa del demandado por extralimitación de funciones en el negocio que en nombre de Carlo Pagnamenta & Cía. (la de 1926), celebró con Racines V. & Cía., S. A.

No aparecen, ni siquiera afirmados por la actora, en lo que respecta a haber negociado con Racines V. & Cía., S. A., los otros dos elementos integrantes de la responsabilidad civil, daño sufrido por la víctima y relación de causalidad entre éste y la culpa del autor.

De ahí que no proceda, por el extremo analizado, la condenación de Botta, teniendo en cuenta, además, que el acto suyo hasta pudo ser fuente de beneficios para Carlo Pagnamenta & Cía., en liquidación.

II

El Tribunal incurrió en error de derecho en la calificación de las pruebas conducentes a establecer la antedata de los pagarés que Botta, en su calidad de gerente de Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., otorgó como fiador solidario de la Compañía Nacional de Navegación a favor de los Bancos de Bogotá y de Londres y América del Sur. El art. 662 del C. J. dispone valorar con mérito de plena prueba el indicio necesario consistente, para este caso, en la cita que de los detalles de la solemnización de la sociedad anónima aparece en el cuerpo de los pagarés, tales como los de número de la escritura pública, su fecha, la Notaría en donde se otorgó y la alusión a ciertas cláusulas del contrato social. Además, el Tribunal no sumó a esos hechos indiciales la confesión de Botta, declarando que el otorgamiento de esos instrumentos negociables lo hizo en su calidad de gerente de la citada sociedad.

De paso se observa, además, que no hubo, que se haya al menos comprobado o siquiera alegado, una autorización ulterior, que habría sido ratificación, que llenando esa exi-

gencia, así fuese ex post facto, hubiese validado ese paso de Botta.

Son improcedentes los considerandos del Tribunal acerca de si Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., quedó o no vinculada al pago de los referidos pagarés, porque lo que en esta segunda acción se ventila es la responsabilidad civil de Botta consiguiente a la extralimitación de su mandato de gerente cuando los otorgó. Y antes bien, la antedata de esos instrumentos negociables demuestra que el demandado no obtuvo de la Asamblea General de accionistas la autorización que de acuerdo con la cláusula 66 de los estatutos sociales le era necesaria para caucionar válidamente obligaciones de terceros. Que esa compañía pudiera haberse defendido del cobro invocando las circunstancias aludidas, según las cuales la extralimitación de Botta no la obligaba, es un hecho distinto de la extralimitación en sí misma.

Tampoco proceden los considerandos que se analizan si se toman en el sentido de que el Tribunal quiso establecer compensación de culpas. En el supuesto más riguroso, no es negligencia de Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., el haberse abstenido de proponer en el juicio ejecutivo entablado contra ella por el Banco de Bogotá la excepción de falta de titularidad de las obligaciones a su cargo, con apoyo en los arts. 24 y 25 de la ley 46 de 1923, porque precisamente el gerente de la sociedad anónima en ese entonces era el mismo Botta, quien no cesó en sus funciones sino el 6 de enero de 1932, y porque, desde otro punto de vista, eran suficientes simples motivos de política mercantil para que Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., honrara su firma descargando los pagarés.

Se sabe que en materia de responsabilidad el daño material no es sólo el corporal susceptible de apreciarse por los sentidos. En el daño moral puede existir igualmente el elemento corporal; v. gr., la herida que desfigura. El criterio empleado en derecho para distinguir las dos categorías de daño consiste en referir el perjuicio material al patrimonial y el moral al extrapatrimonial o no económico. Ese criterio corresponde a la división de los derechos en patrimoniales: reales y de crédito, y extrapatrimoniales: de la personalidad, de la familia.

Ante todo es de observarse que, en la mayor parte de los casos, el perjuicio moral causa un daño patrimonial: por ejemplo, el ataque a la probidad de un comerciante puede ocasionar la ruina de su negocio.

Por lo tanto, a consecuencia de ello los daños morales se subdividen en dos categorías: 1ª—los que perjudican la parte social del patrimonio moral: honor, consideración, reputación, etc.: 2ª—los que menoscaban la parte afectiva del patrimonio moral: sentimientos, afectos, pensamientos, etc.

Tanto en el perjuicio moral como en el material se requiere como elemento esencial para su reparación el de ser cierto, lo cual aparece demostrado en este pleito.

Se observa que los perjuicios morales en este caso tienen su fuente en la culpa de Botta, por la extralimitación de sus funciones de gerente. La Corte no entiende, salvo los casos de responsabilidad; v. gr., por abuso del derecho, que el simple secuestro judicial mediante la acción correspondiente conlleve indemnización de perjuicios porque con ello se cause un daño, no obstante haber sido honestamente ejercitado el derecho a la traba de los bienes.

Para el avalúo de esos perjuicios morales, los peritos tendrán en cuenta estos dos factores: 1º—que aquéllos, por voluntad de la demandante, se limitaron al daño consistente en el menoscabo del crédito que sufrió Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., con motivo del secuestro de sus bienes en el juicio ejecutivo que le siguió el Banco de Bogotá, y 2º—que la sociedad se liquidó definitivamente poco tiempo después sin que se hubiera afirmado siquiera que ello fue una consecuencia de la lesión ocasionada a su reputación comercial. Y ya no sería oportuno alegar esta disolución como efecto de la culpa de Botta y por tanto como elemento para la valoración del perjuicio.

De ahí que el lapso de tiempo afectado por el perjuicio no pueda ser anterior al juicio ejecutivo ni posterior a la disolución de esa compañía.

Los dos instrumentos negociables suman $ 11,500. Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., junto con otros acreedores, cobró a la Compañía Nacional de Navegación, por la vía ejecutiva, esa misma cantidad. De autos aparece que en la sentencia de adjudicación del precio del remate, fechada el 4 de marzo de 1933, a Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., le entregó el Juzgado, por el concepto dicho, $ 12,265.47.

Por consiguiente, debiéndose limitar la condena al pago del daño causado, Botta sólo aparece obligado por el valor de los perjuicios provenientes del detrimento del crédito de Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., con motivo del juicio ejecutivo seguido contra ella y por los $ 11,500 de los pagarés, junto con sus intereses, y las cantidades que ella desembolsó tanto para pagarlos como para cobrarlos, en cuanto la suma de todo ello exceda de los citados $ 12,265.47 que pagó

a Carlo Pagnamenta & Cía., S. A., la Compañía Nacional de Navegación, principal deudora en los referidos instrumentos negociables.

Resolución:

Con apoyo en los motivos dichos, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que el 1º de julio de 1936 pronunció en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Cali y revocando la del Juzgado 1º del Circuito de Cali, fechada el 9 de febrero de 1934, resuelve:

1º—Condénase a Bruno Botta a pagar a Carlo Pagnamenta & Cía., sociedad colectiva de comercio constituída por medio de la escritura Nº 3, pasada el 28 de enero de 1932 ante el Notario de Buenaventura, en su calidad de subrogataria de la extinguida sociedad anónima Carlo Pagnamenta & Cía., el valor de los siguientes perjuicios, para cuya fijación se seguirá el procedimiento establecido en el art. 553 del C. J., a saber: a)—Los morales provenientes del menoscabo del crédito que sufrió esta última entidad, con motivo del juicio ejecutivo a que se alude en el cuerpo de esta sentencia; b)—Los materiales, consistentes en la diferencia entre lo invertido por Pagnamenta & Cía., S. A., en cancelar los dos instrumentos negociables de que se habla en esta sentencia, y lo reembolsado ya por ella en sus acciones contra su fiada.

2º—Absuélvese al demandado, Botta, de los demás cargos de la demanda.

3º—Sin costas en el recurso ni en las instancias.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la Gaceta Judicial copia de esta providencia.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Arturo Tapias Pilonieta.—Herrán Salamanca.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSION CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto trece de mil novecientos treinta y siete.

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

La señora Blanca Consuegra v. de Delgado, por medio de su apoderado doctor Víctor Hernández Díaz, solicita se decrete a su favor una pensión de jubilación en su carácter de viuda del doctor Carlos J. Delgado, quien sirvió más de veinte años en el ramo judicial y fue Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga durante más de siete años y Magistrado del Tribunal Supremo de Santander por cuatro años. De la demanda se corrió el traslado legal al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien encontró algunas deficiencias en la documentación presentada. Llenadas las omisiones con nuevas pruebas por la parte interesada, se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El artículo 6º de la ley 102 de 1927, parágrafo único, les da a las viudas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores que hubieren servido por más de veinte años en el ramo judicial, el derecho a disfrutar de una pensión mensual de cien pesos, con las limitaciones y requisitos establecidos por la ley. El artículo 5º de la ley 116 de 1928, permite computar también para los efectos de la pensión, el servicio prestado como Fiscal del Juzgado Superior, de Tribunal de Distrito Judicial o como Procurador General de la Nación.

De autos aparece que la peticionaria, señora Blanca Consuegra, contrajo matrimonio con el doctor Carlos J. Delgado, en la ciudad de Bucaramanga el treinta de noviembre de mil novecientos doce. También está acreditada la defunción del doctor Delgado, ocurrida el diez y siete de junio de mil novecientos treinta, en la ciudad de Bucaramanga.

De las pruebas que obran en el expediente se desprende que el doctor Carlos J. Delgado sirvió por más de veinte años en el ramo judicial y que fue Magistrado del Tribunal Superior. En efecto, se comprobaron los siguientes servicios prestados en dicho ramo:

1874, 1875 y 1876. Juez Superior del Distrito Judicial de Girón, por espacio de tres años.

1877 a 1880. Magistrado del Tribunal Supremo del Estado de Santander. Durante cuatro años.

1881 a 1884. Juez Superior de Vélez, por cuatro años.

1887 y 1888. Juez Municipal de Girón. Dos años.

1911 a 1919. Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga. Sirvió durante siete años, dos meses y cuatro días.

Los servicios relacionados dan un total de veinte años, dos meses y cuatro días.

El señor Procurador en su vista estimó que sólo podían aceptarse los comprobantes por diez y siete años, dos meses y cuatro días, por las siguientes razones:

"Como se ve, el resultado anterior no alcanza a los veinte años de que habla la ley, sino a una cifra inferior; pero este despacho hace constar que en el estudio de los datos mencionados no tuvo en cuenta los años de servicio del doctor Delgado como Juez Superior de Vélez, que hace consistir la demanda en cuatro años, pues la prueba de tal hecho se ha presentado de una manera incompleta. En efecto, solamente se ha aducido el testimonio de los señores Juan Sarmiento Herrera, Julio Buenahora y David M. Cormik, sin que a esta prueba supletoria proceda la imposibilidad de allegar la principal, por la falta del archivo o cualquier hecho que así lo acredite".

De conformidad con la anterior observación del señor Procurador, se exigió a la parte interesada la presentación del comprobante aludido, lo mismo que otros cuya omisión anotó aquel alto funcionario. Con fecha diez y nueve de julio pasado, el apoderado de la señora Consuegra de Delgado presentó un certificado del Alcalde Municipal de Vélez, en el cual consta "que fueron buscados cuidadosamente los archivos correspondientes a los años de 1881, 1882, 1883 y 1884 y

no fueron hallados por haber sido destruídos con fuego en la última guerra".

La prueba anterior complementa los testimonios presentados para acreditar los servicios del doctor Delgado en los años aludidos, quedando, por tanto, acreditado el tiempo que exige la ley. Los testigos señores doctor Luis A. Olarte, Arturo Pinzón Santamaría y Ernesto Sanmiguel, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 2º Civil del Circuito de Bucaramanga, declaran que la señora Blanca v. de Delgado ha observado buena conducta pública y privadamente; que no posee bienes de fortuna ni renta, ni pensión alguna particular u oficial, y que su edad avanzada y su condición social no le permiten dedicarse a trabajos que puedan comprometer su salud. Las declaraciones fueron recibidas con intervención del señor Personero Municipal y el Juez que las recibió certifica que los testigos son idóneos y de reconocida honorabilidad.

El Administrador de Hacienda Nacional de Santander certifica que la señora Blanca Consuegra v. de Delgado no figura en los registros como contribuyente al impuesto sobre la renta y cuota militar.

No es ni ha sido pensionada ni ha recibido recompensa del Tesoro Público. Así lo certifica el jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Por lo anterior se ve que se han llenado los requisitos legales para obtener la gracia solicitada, cuya cuantía debe ser la de $ 80 mensuales, de conformidad con el artículo 9º del Decreto Nº 136 de 1932.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señora Blanca Consuegra v. de Delgado, vecina de Bucaramanga, una pensión vitalicia de ochenta pesos ($ 80) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día nueve del corriente, fecha en que fue completada la correspondiente documentación.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de la sentencia será enviada a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Gobierno y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

AUTO EJECUTIVO APELADO

En las apelaciones de autos interlocutorios no hay término de prueba. (Art. 502, C. J.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos treinta y siete.

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

La Sindicatura del Impuesto de herencias, asignaciones y donaciones, con fecha 1º de noviembre de 1936, libró mandamiento ejecutivo contra las personas que representan la sucesión del señor Eustacio de la Torre Sánchez. El señor Eduardo Caltán de Narváez, quien fue ejecutado por la suma de $ 445.46, apeló del mandamiento ejecutivo y el recurso se le concedió en el efecto devolutivo. Tramitado legalmente, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Las ejecuciones se iniciaron conjuntamente y bajo una misma cuerda, de conformidad con la facultad que concede al funcionario ejecutor el inciso quinto del artículo 82 de la Ley 63 de 1936. Por consiguiente, aun cuando la cuantía de la acción contra el apelante es inferior a $ 500, la Sala tiene jurisdicción para conocer, porque hay varios ejecutados por sumas mayores que la expresada y si se separaran las acciones, se contrariaría el espíritu que informó la disposición citada.

El auto ejecutivo apelado se apoyó en un ejemplar de la liquidación del impuesto, debidamente autenticado por el Síndico inspector. Hay también constancia en autos que la liquidación fue aprobada por el Juzgado y por el Tribunal Superior. Por consiguien-

te, dicho mandamiento ejecutivo es legal, de conformidad con el inciso sexto del artículo 62 de la Ley 38 de 1918.

El apelante argumenta que no hay lugar a decretar contra él ejecución por considerar que es legatario simplemente condicional, ya que en el legado testamentario hay constancia expresa de que la suma asignada se le debía pagar de la hacienda que el Banco Francés e Italiano remató en el juicio seguido ante el Juzgado sexto civil del Circuito de Bogotá, contra el señor de la Torre Sánchez.

Los hechos alegados no están probados en el expediente y ellos, por otra parte, deben ser materia del respectivo incidente de excepciones. El auto ejecutivo se ajusta a las exigencias legales y, por tanto, es el caso de confirmarlo.

Durante el término de fijación en lista, el doctor Mauricio Mackenzie presentó copia del testamento del señor de la Torre y una certificación del Juzgado sexto civil de Bogotá para comprobar los hechos alegados por el señor Gaitán de Narváez. Pero esas pruebas no pueden tenerse en cuenta, por las siguientes razones:

El término de fijación en lista es para alegar y no para presentar pruebas. En las apelaciones de autos interlocutorios no hay término de prueba. (Art. 502 del C. J.).

Además, la personería del doctor Mackenzie no está acreditada. El inciso cuarto del citado artículo 62 de la Ley 63 de 1936, permite adelantar la ejecución con las personas que en el juicio de sucesión actúan como representantes de los deudores del impuesto; pero en el juicio ejecutivo no hay constancia de que el doctor Mauricio Mackenzie sea apoderado del señor Eduardo Gaitán de Narváez en la sucesión, y por el contrario en el ejemplar de la liquidación que figura en autos consta que el señor Gaitán no tiene apoderado. El poder otorgado por éste en la diligencia de notificación del auto ejecutivo no puede aceptarse, porque no fue extendido con las formalidades legales.

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptúa que el auto debe ser confirmado en lo que se refiere al señor Eduardo Gaitán de Narváez, opinión que comparte la Sala.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto ejecutivo apelado en cuanto se refiere al señor Eduardo Gaitán de Narváez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Manuel de Bedout R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SE DECLARA INCOMPETENTE LA CORTE PARA CONOCER DEL INCIDENTE DE EXCEPCIONES

La Corte sólo conoce de los incidentes de excepciones y tercerías en los fallos negados por jurisdicción coactiva cuando su cuantía sea de quinientos pesos o más, de conformidad con el artículo 1º del Decreto Nº 1315 de 1936. Cuando se trate de una cuantía inferior conocen de ellos privativamente los Tribunales Superiores.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto trece de mil novecientos treinta y siete.

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

El Tribunal Superior de Medellín envió a la Corte, en virtud de apelación concedida al señor Fiscal Segundo del Tribunal, la sentencia de fecha 12 de junio pasado, dictada en el juicio ejecutivo que adelanta por jurisdicción coactiva el Juzgado de Rentas Nacionales de Medellín, contra el señor Alfonso Toro Z., para hacer efectiva la suma de $ 166.04, por razón de impuesto sobre la renta del año de 1926. En dicho fallo se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Antes de tramitar el recurso, la Sala observa:

Por razón de la cuantía del negocio, la Corte no es competente para conocer de la apelación, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1315 de 1936, que limitó la jurisdicción de la Corte en los asuntos por jurisdicción coactiva a las apelaciones, incidentes de excepciones y tercerías, cuando la cuantía sea de $ 500 o más. La Sala ha resuelto que los Tribunales Superiores conocen privativamente y en una sola instancia de los incidentes mencionados cuando se trata de una cuantía inferior a la expresada.

En auto de fecha diez y ocho de mayo pasado, dijo la Sala 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 quinientos pesos ($ 500), 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).

"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 propuestas por el señor Procurador Delegado y que la Sala comparte".

Como el Tribunal ordenó, además, la consulta, se observa que la sentencia no declara obligación ninguna a cargo de la Nación y que por tanto no es consultable, como lo ha resuelto la Sala en casos análogos. (Art. 508 del C. J.).

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, se abstiene de conocer de la apelación interpuesta en este negocio por el señor Fiscal Segundo del Tribunal de Medellín, por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION CIVIL

De conformidad con el artículo 8º de la ley 102 de 1927, la Corte sólo conoce en única instancia de las pensiones de jubilación de los Magistrados de los Tribunales y Jueces de Circuito, por tiempo de servicio; en cuanto a las pensiones referentes a empleados subalternos del Organo Judicial conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito, pues esos empleados quedan comprendidos en la categoría general para reclamar la gracia respectiva.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto diez y seis de mil novecientos treinta y siete.

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

El señor José M. Balcázar, vecino de Popayán, en demanda dirigida a la Corte, solicita se le conceda una pensión de jubilación por sus servicios de más de treinta años en el ramo judicial. A la demanda acompañó varios documentos para comprobar las exigencias legales. De ella se corrió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil y aquel alto funcionario emitió el siguiente concepto:

"Antes de entrar en el estudio de la documentación que presenta el peticionario, conviene saber si la Honorable Corte tiene competencia para conocer de este negocio.

"El art. 7º de la Ley 29 de 1905 dispuso que 'la demanda y pruebas sobre jubilaciones se presentarán ante la corte suprema de justicia, quien con audiencia del procurador general de la nación y con facultad de disponer la práctica de las diligencias que estime necesarias, resolverá si el interesado es acreedor o no a la pensión civil o jubilación solicitada'.

"En virtud de esta disposición, la corte debía de conocer de las demandas de toda clase de pensiones civiles jubilatorias, ya de las decretadas a favor de los magistrados de la corte suprema de justicia, según el art. 1º de aquella ley, o de los empleados civiles que hubieren servido por más de treinta años, al tenor de los arts. 2º, 3º, 4º y 5º de la misma, y en general, de las recompensas civiles ordenadas por las leyes.

"Pero de conformidad con el artículo 1º del Decreto Nº 47 bis de 1907, ratificado posteriormente por el artículo 5º de la Ley 29 de 1909, quedó derogado el mencionado

artículo 7º de la Ley 28 de 1905, y en su lugar se dispuso que de los negocios sobre pensiones seguiría conociendo la comisión de suministros, empréstitos, y expropiaciones, y que fallados que fueran, pasaría luégo al ministerio de hacienda y tesoro para su revisión definitiva.

"Después de suprimida la comisión de suministros, el conocimiento de las pensiones pasó a las entidades que por leyes especiales se indicaron, pero en relación con las pensiones civiles de los empleados públicos que han servido por más de treinta años no se les dio un procedimiento expreso. Ellas entraron a ser regidas por el derecho común, o sea, por el código de procedimientos civiles. De acuerdo con la Ley 105 de 1931, artículo 76:

"Los tribunales superiores de distrito judicial conocen en primera instancia de los negocios siguientes:

"1º—De los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado, salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40".

"Siendo, pues, los juicios sobre pensiones civiles antes mencionados de la naturaleza expresada en la disposición anterior, corresponde a los tribunales superiores el conocimiento de tales cuestiones en primera instancia, y en segunda, a la honorable corte suprema de justicia.

"Solamente conoce la corte en primera y única instancia, por disposición expresa del artículo 8º de la Ley 102 de 1927, de 'las pensiones de jubilación o por tiempo de servicios de los miembros del poder judicial'. Son éstas las pensiones que las leyes 29 de 1905 y 12 de 1907 conceden a los magistrados de la corte y de los tribunales superiores, jueces superiores y de circuito y a las viudas de los primeros, las cuales se rigen por disposiciones especiales y expresas.

"En el presente caso, el señor José M. Balcázar, solicita de la corte una pensión por haber servido treinta años en el poder judicial; pero de la relación que hace de los cargos desempeñados, ninguno es de magistrado, juez superior o de circuito, sino apenas de secretario de juzgado y escribiente de tribunal.

"En estas condiciones, la pensión que pueda merecer el señor Balcázar no es de las otorgadas a aquellos miembros del poder judicial, y por tanto, carece la honorable corte de jurisdicción para conocer de ella en primera instancia. En concepto de este despacho, la pensión que solicite el demandante, caso de llenar todos los requisitos expresados en la Ley 29 de 1905, debe decretarla primeramente el tribunal superior de Popayán; pero en ningún caso la honorable corte, pues ésta sólo conoce en única instancia, de las pensiones llamadas del poder judicial.

"Basta lo expuesto para que deba declararse que la honorable corte carece de jurisdicción para sustanciar y decidir esta solicitud de pensión, sin necesidad de entrar en el estudio de los documentos aportados por el peticionario Balcázar".

La Sala acoge la opinión del señor Procurador, por ser jurídica. En varias providencias esta corporación se ha inhibido de conocer de demandas similares, por carecer de jurisdicción. La Corte ha sentado la doctrina de que existiendo en la Ley 29 de 1905 el reconocimiento de un derecho a favor de los empleados civiles que hayan servido por más de treinta años, para hacerlo efectivo es procedente la acción ordinaria, seguida ante los Tribunales competentes, ya que no hay entidad especialmente encargada de decretar tales gracias.

Conforme al artículo 8º de la Ley 102 de 1927, la Corte sólo conoce en única instancia de las pensiones de jubilación o por tiempo de servicios de los miembros del Poder Judicial, y es obvio que los subalternos de los Tribunales y Juzgados no son miembros de ese Poder, denominado hoy en la Constitución Organo Judicial, constituído por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito y los demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley. (Art. 58, Codificación constitucional, 1937).

Los subalternos de los Tribunales y Juzgados, para los efectos de la pensión de jubilación, quedan comprendidos en la categoría general de empleados civiles y para reclamar la gracia respectiva deben sujetarse a las condiciones establecidas por la Ley y la jurisprudencia para conceder las pensiones a dichos empleados.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, se abstiene de conocer de este negocio por carecer de jurisdicción.

Cúmplase el Art. 352 del C. J.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los documento presentados.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Roberto Agudelo R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Salazar Fernández, Secretario.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—FENECIMIENTOS

Aun cuando constituya una irregularidad el hecho de venir el fenecimiento de un Administrador de hacienda sin su firma manuscrita, ella no sirve para declarar probada la excepción de ineficacia del título ejecutivo cuando éste se ha basado en el fenecimiento definitivo de la Contraloría que subsanó o corrigió la primitiva providencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos treinta y siete.

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

El doctor Federico A. Daza, apoderado del señor Eduardo D. Pardo, en el juicio ejecutivo que contra éste y el señor Mariano Barreneche, por suma de pesos, adelanta el Juez de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, propuso excepciones sin darles denominación especial y manifestó que ellas se deducen de los siguientes hechos:

"1º—Sirvió de título ejecutivo al auto de fenecimiento número 44 de 5 de febrero de 1936, que deduce contra Mariano Barreneche un alcance de $ 2,148.28, confirmado y declarado ejecutoriado por medio de la providencia número 1210 de 16 de octubre de ese año, dictada por el contralor general de la república.

"2º—El auto de fenecimiento dicho, así como también el auto de glosas que le precedió como elemento indispensable en la secuela del respectivo juicio de cuentas en su primera instancia, no fueron autorizados con la firma completa del funcionario competente, sino con las meras letras iniciales de su nombre y apellido puestas sobre éstos, estampados con tipos de máquina de escribir.

"3º—La providencia número 1210 referida, por lo expuesto en el hecho precedente, no ha podido ni puede jamás producir los efectos jurídicos que ella pretendió al ser dictada".

Tramitado legalmente el incidente, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Los antecedentes del juicio ejecutivo pueden resumirse así: la Administración de Hacienda Nacional del Magdalena, en providencia Nº 44 de 5 de febrero de 1936, feneció la cuenta del mes de julio de 1935 (del 1º al 16), de la oficina de Aracataca, con un alcance de $ 2,148.28, a cargo del responsable, señor Mariano Barreneche. Con fecha 16 de octubre de 1936, la Contraloría General de la República confirmó el auto de fenecimiento citado, lo declaró ejecutoriado y ordenó pasar las copias del caso al Juez de Ejecuciones Fiscales para los efectos del cobro ejecutivo. En esos documentos se apoyó el auto ejecutivo dictado por el funcionario mencionado contra Barreneche y su fiador, señor Eduardo D. Pardo.

Durante el término de prueba se trajo a los autos un certificado de la Contraloría con el cual se comprueban los hechos alegados por el doctor Daza como fundamento de las excepciones, o sean los siguientes: que el auto de observaciones y el fenecimiento número 44, de fecha 5 de febrero de 1936, no tienen la firma manuscrita de Administrador de Hacienda Nacional del Magdalena, señor Hernando Restrepo, funcionario que los dictó, sino que únicamente figuran el nombre y apellido en letra de máquina y encima de tal nombre las iniciales HR unidas y manuscritas. Agrega el certificado que tanto el auto de observaciones como el feneficiento se encuentran en copias al carbón.

Los motivos alegados por el apoderado del señor Pardo y que quedaron comprobados en autos, no los estima la Sala como suficiente fundamento de las excepciones propuestas, que pueden denominarse de inexistencia de la obligación y de ineficacia del título ejecutivo. Tales hechos constituyen indudablemente irregularidades del juicio de cuentas que han debido alegarse en su oportunidad, pero respecto de las cuales nada puede resolver la Corte. Esas irregularidades quedaron subsanadas o corregidas con el fenecimiento de la Contraloría, que es la providencia definitiva que constituye el verdadero fundamento del auto ejecutivo. Por tanto, la Sala llega a la conclusión de que se deben declarar no probadas las excepciones propuestas.

El señor Procurador Delegado en lo Civil dice lo siguiente en su vista de fondo:

"Además, es preciso observar también, que al expediente no se ha traído copia de-

bidamente autenticada de la providencia Nº 3210, de 18 de octubre de 1936, por la cual la Contraloría declaró ejecutoriado el fenecimiento Nº 44 antes mencionado. Igualmente aparece la copia en carbón del original, en que la firma del Contralor se ha estampado con un sello, pero sin que la referida copia haya sufrido la autenticación legal".

Sobre el particular observa la Sala que este hecho no fue alegado por el excepcionante y que si es verdad que la copia del fenecimiento Nº 1210 no contiene diligencia especial de autenticación, en el folio 7 del cuaderno principal figura la nota Nº 13863, de fecha 19 de noviembre de 1936, suscrita por el Contralor Auxiliar y dirigida al Juez de Ejecuciones Fiscales, con la cual le remite la copia del fenecimiento Nº 1210 que figura en autos. Esta nota equivale a la autenticación del fenecimiento, ya que envuelve la afirmación de que los documentos que se envían para servir de base al juicio ejecutivo son auténticos.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO.—SOCIEDADES EXTRANJERAS EJECUTADAS PARA EL PAGO DE IMPUESTOS FISCALES.—SU PERSONERIA EN JUICIO PARA EL EFECTO DE SER EJECUTADAS

En las ejecuciones que se siguen por jurisdicción coactiva contra las sociedades extranjeras, debe comprobarse previamente su existencia y el carácter de sus representantes.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre primero de mil novecientos treinta y siete.

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

El señor Gilbert Irvine, Gerente de The Colombia Railways & Navigation Co., Ltd., apeló del mandamiento ejecutivo de la Sindicatura de Lazaretos de la Administración de Hacienda del Atlántico, de fecha 25 de mayo pasado. El negocio fue enviado a la Corte y hoy se pasa a resolverlo, agotada como está la tramitación legal correspondiente. Corrido el traslado legal al señor Procurador Delegado en lo Civil, dicho funcionario emitió el siguiente concepto:

"La sindicatura de lazaretos de la administración de hacienda nacional del Atlántico libró orden ejecutiva de pago, el día 25 de mayo del año en curso contra The Colombia Railways & Navigation Co., Ltd., por la suma de veintitrés mil doscientos veinte pesos con cuarenta y seis centavos ($ 23,220.46), por los intereses y por las costas (fs. 3, cuaderno Nº 1), con base en el reconocimiento Nº 588 fechado el 5 de los mismos, en que se tiene a favor de la Nación la suma expresada por concepto de impuesto de patrimonio durante el año de 1935 (fs. 1, cuaderno id.).

"Intimado que fue el referido auto ejecutivo al señor Gilbert Irvine, gerente de la sociedad ejecutada, interpuso éste recurso de apelación, con motivo de lo cual vais a conocer de este asunto.

"El recurrente sustenta el recurso en el hecho de que no se acreditó la existencia legal de la sociedad demandada, ni el carácter de gerente que aquél pueda tener con respecto a ella (fs. 2 y 3, cuaderno Nº 2).

"Aunque el mandamiento ejecutivo de pago debe basarse en documentos tan claros y expresivos de una obligación cuyo cumplimiento no admite dudas y exige un medio coercitivo, los cuales instrumentos deben ser tales como la sentencia definitiva ejecutoriada, una letra de cambio, un cheque, un

pagaré bancario, un pagaré civil legalmente reconocido, o un reconocimiento fiscal de un empleado recaudador de rentas o impuestos, y no obstante que la persona del ejecutado debe acreditarse, cuando se trata de ciertas personas jurídicas, comprobando la existencia de la sociedad y el carácter de representante o gestor de ella, para que no venga la menor duda con respecto al deudor, es lo cierto que este criterio no puede aplicarse a los créditos a favor del Estado, provenientes del régimen legal tributario del país.

"En las ejecuciones por jurisdicción coactiva que el Estado de Colombia, o cualquiera otra entidad de derecho público, inicie contra los deudores morosos del fisco, no es obligatorio acreditar la existencia de la persona jurídica ejecutada, ni la calidad del representante o gestor de ésta, como pasa a demostrarse.

"En efecto, no sólo las personas naturales sino todas las personas jurídicas privadas son sujetos pasivos de los impuestos nacionales, departamentales o municipales.

"No interesa saber si la persona jurídica deudora es una sociedad comercial, civil o minera, pues basta con que se trate de una simple sociedad de hecho o de cuentas en participación, para que el pago de la deuda fiscal sea ineludible, pues el impuesto las abarca a todas.

"Basta la sola lectura de los artículos 7 a 11 de la Ley 78 de 1935, y 7, 8, 9, 12 y 14 de la Ley 81 de 1931, vigentes hoy, para convencerse que para la liquidación del tributo y para que se genere la obligación del pago respectivo, ya extrajudicial o ya por la vía judicial, no se requiere acreditar la existencia de la sociedad deudora ni el nombramiento o calidad de su representante.

"En las ejecuciones entre particulares tal comprobación es de rigor, especialmente si se trata de sociedades colectivas y de una ejecución dirigida contra ellas y sus socios, donde éstos tienen una responsabilidad solidaria, si se trata de compañías comerciales, o a prorrata de su interés, si se habla de sociedades civiles, al paso que tanto las sociedades colectivas como las comanditarias no están obligadas al pago del impuesto, sino los socios individualmente considerados, como lo preceptúa el art. 6º de la referida Ley.

"De otro lado, el art. 7º de la misma ley grava con impuestos fiscales a las sociedades extranjeras, cuandoquiera que obtengan utilidades que deben pagarse en Colombia, y señala como sujeto pasivo del impuesto a la persona encargada de pagar tales utilidades, sin que sea necesaria la comprobación de la entidad deudora ni de su representante o administrador.

"Si la jurisprudencia viniera a exigir los comprobantes de que se trata, entonces se concedería un privilegio a las sociedades extranjeras de que se habló últimamente, que vendría a reñir con el precepto universal de la equidad jurídica en que deben inspirarse la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, pues resultaría absolutamente injustificable que en este país, en materia de tributos vinieran a gozar de ciertas prerrogativas las sociedades extranjeras de que trata el art. 7º ya citado, y se contrariaría el espíritu del art. 5º de la referida ley que grava con el tributo a toda sociedad extranjera que obtenga utilidades pagaderas en Colombia, si no es que en la mayor parte de los casos el cobro por jurisdicción coactiva se haría imposible para las sociedades extranjeras que no han acreditado su personería en alguna forma en Colombia.

"Por otra parte, hay que saber que si la sociedad ejecutada ha sido disuelta o si su representante o gestor hubiere sido reemplazado, a los interesados les queda muy fácil acreditar estos hechos ante el director general de rentas nacionales para que los exonere del tributo en el primer caso, o para que se llame al verdadero representante en el segundo (art. 14 de la Ley 81 de 1931).

"Es oportuno citar aquí la siguiente jurisprudencia de la Corte:

Si demandante y demandado han convenido en la existencia de una sociedad, y las operaciones hechas en nombre de ella por su gerente o representante son las que han dado origen a la demanda, este consentimiento en la litis contestatio es respecto del demandante (tercero con quien la sociedad contrató) una prueba suficiente de la existencia de la sociedad. La falta en autos de la escritura de la sociedad no puede ser alegada por ella para eximirse de las obligaciones contraídas con terceros". (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Tomo tercero, Nº 3803).

"La Procuraduría cree que esta jurisprudencia es aplicable al auto recurrido.

"Pero hay todavía más: los ordinales 2º y 3º del art. 15 de la Ley 81 de 1931 estatuyen lo siguiente:

"2º—Cuando el director general de rentas nacionales descubra casos de personas o entidades que tengan renta gravable y que hayan dejado de declararla, estimará los impuestos debidos por tales personas o entidades, computará los impuestos debidos por ellas y hará que los administradores de hacienda nacional respectivos, se lo notifiquen. Los mencionados administradores harán que los respectivos recaudadores procedan inmediatamente a recaudar de los contribuyentes

morosos los impuestos de que aquí se trata. Las entidades y personas de quienes se sepa o descubra que no han hecho su declaración, están sujetas a las mismas sanciones que quedan autorizadas por el numeral 1º del artículo 22, y que serán determinadas por el Gobierno en el decreto reglamentario.

"3º—Para los fines de este artículo, el director general de rentas nacionales tendrá facultades para exigir informes escritos de los contribuyentes, para requerir la presencia de testigos, recibir testimonio bajo juramento, y, en cuanto sea constitucionalmente posible, para examinar los libros y comprobantes de los contribuyentes'.

"El legislador no exigió en los numerales preinsertos la comprobación de la existencia de la sociedad, ni la de quién o quiénes sean sus representantes, para que los administradores de hacienda nacional 'procedan inmediatamente a recaudar de los contribuyentes morosos los impuestos de que aquí se trata', ya por la vía extrajudicial, ya por la vía judicial, porque si hubiera necesidad de tal comprobación, se entrabaría de tal modo el recaudo de las deudas tributarias fiscales, que vendría a entorpecerse y aún a tornarse angustiosa la vida fiscal del país, pues es sabido que las personas jurídicas son de naturaleza tan diversa que basta con recordar algunas de ellas, tales como las corporaciones y las fundaciones, que por no perseguir fines lucrativos no son sujetos pasivos del impuesto en cuanto a utilidades, pero podrían serlo en orden a su patrimonio o a las rentas que devengaron por asignaciones provenientes de terceros; las sociedades anónimas, colectivas y en comandita, ya comerciales, civiles o mineras, entre éstas, algunas de las cuales son de características especiales que las asemejan a las comunidades, y que los documentos que acreditan su existencia o el nombramiento de sus representantes o gestores, son de hallazgo muy difícil y complicado, y hay que tener en cuenta además que en muchos casos la falta de solemnidades legales transforma a las sociedades comerciales en simples sociedades de hecho o cuentas en participación, sin que ello modifique en lo más mínimo su calidad de deudoras del erario público.

"Por otra parte la reforma tributaria en Colombia que tiende a extender a los sujetos pasivos del impuesto, el espíritu de equidad y de justicia que debe inspirar a todas las legislaciones, se encamina a gravar a los que han logrado adquirir bienes bajo la protección del Estado, con preferencia a los que carecen de ellos; y para nadie es desconocido el hecho de que las sociedades con la fusión de fuerzas individuales y patrimoniales que le son esenciales, vienen a ser los mejores contribuyentes, por cuanto que gozan de una enorme capacidad financiera y tributaria.

"Cuando todas las sociedades colombianas y aun las extranjeras han aceptado la contribución que les exige por medio del impuesto sobre el patrimonio para el sostenimiento de la vida del Estado, bajo cuya protección ha adquirido capitales o bienes gravables, sin que hayan tratado de eludir el tributo legal, The Colombian Railway & Navigation Co., Ltd., que ostenta pomposamente un nombre extranjero y que está gerenciada por extranjeros, ha venido en esta ocasión a dar el escándalo de negar su existencia y la de su gerente o gestor, para evadir el pago de un impuesto fiscal que ha debido pagar voluntariamente, sin la coacción ejecutiva que la ley dedica a los deudores morosos.

"No cree la Procuraduría que a las atribuciones que la ley les asigna expresamente a los empleados con jurisdicción coactiva, que a más de la función judicial común a todos los jueces, tienen la de investigar los bienes del deudor, para embargarlos y asegurar así el pago de los créditos de las entidades de derecho público, pudiera venir la jurisprudencia a agregarles una nueva función inútil, pero compleja y difícil, cual sería la de acreditar la existencia de las sociedades deudoras morosas del fisco y la representación de su administrador o administradores o gerentes.

"Un argumento definitivo en favor de la tesis que se ha tratado de sostener en las líneas anteriores sobre la diferencia que hay entre los documentos que sirven de recaudo ejecutivo para el cobro de las deudas fiscales y los que sirven de tal para el cobro de las deudas particulares, podría consistir en lo siguiente: el numeral 1º del art. 1079 del C. J. dice que prestan mérito ejecutivo 'los alcances líquidos y definitivos deducidos contra los responsables del Erario por el Departamento de Contraloría, los demás Tribunales de cuentas nacionales, departamentales o municipales', sin que sea necesario acreditar el carácter de empleados que tengan los deudores con el respectivo decreto de nombramiento y el acta de posesión y los comprobantes del ejercicio de su cargo; y de otro lado el último inciso del art. 6º de la Ley 63 de 1953 dice que: 'Además de los actos y documentos mencionados en los artículos 982 y 1053 del C. J. prestan mérito ejecutivo un ejemplar de la liquidación debidamente autenticado por el respectivo em-

dice o recaudador", sin que sea necesario tampoco acreditar que la liquidación está debidamente aprobada y que han transcurrido los diez días legales desde la notificación del respectivo auto al responsable del erario. Por otra parte el inciso 2º del artículo 1059 ya citado se limita a decir que prestan también mérito ejecutivo "las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores a cargo de los deudores de impuesto", sin que la ley venga a exigir tampoco en este caso el comprobante de la existencia de la sociedad y del nombramiento de gerente de ésta, cuando quiera que se trata de deudores como la sociedad ejecutada.

"Y es que el contenido de los reconocimientos hechos por los administradores o recaudadores de rentas se presume verdadero, no sólo en lo que respecta a la cuantía del gravamen, sino en lo relativo a la persona ya natural, ya jurídica del deudor fiscal. De otro modo carecerían de objeto las facultades que el numeral 3º, que se deja inserto antes, del art. 15 de la Ley 81 de 1931 otorga al director general de rentas nacionales.

"Las consideraciones anteriores conducen forzosamente a estimar, como lo hace este despacho, que el auto ejecutivo recurrido debe ser confirmado".

El señor Irvine no ha negado que sea el Gerente de la Compañía ejecutada. Simplemente se limita a sostener que la Nación no ha probado su calidad de Gerente ni la existencia de la Compañía y que por tanto, el auto es ilegal. En el memorial dirigido a la Corte, dice:

"No se diga que al recibir la intimación del mandamiento ejecutivo no hice manifestación alguna respecto de si soy o no representante de la sociedad ejecutada, por lo cual al no serlo me haría responsable de los perjuicios de acuerdo con el artículo 232 del C. J. No estoy afirmando, ni negando ese carácter, ni tengo por qué afirmarlo o negarlo. En todo caso apelé del mandamiento ejecutivo al ser intimado y una de las razones de esa apelación es precisamente la irregularidad e ilegalidad que entraña el que se me intime un mandamiento ejecutivo a nombre de una sociedad sin que previamente el demandante establezca mi personería, pues como hemos visto, en el juicio ejecutivo no tiene aplicación el artículo 232 del C. J.".

No comparte la Sala las opiniones del señor Procurador, porque si como él lo dice, en las ejecuciones entre particulares debe comprobarse la existencia de la sociedad y el carácter de representante o gestor de ella, en las ejecuciones que se siguen por jurisdicción coactiva es necesario allegar a los autos la misma prueba, ya que no hay disposición legal alguna que permita prescindir de esa comprobación. El procedimiento en las ejecuciones por jurisdicción coactiva es el mismo que la ley señala para los juicios ejecutivos que se siguen ante el Poder Judicial. El artículo 1.058 del C. J. dice:

"Los funcionarios públicos que tengan jurisdicción coactiva, de acuerdo con la ley, proceden ejecutivamente en el cobro de las deudas fiscales en conformidad con lo que se dispone en los artículos anteriores y en el presente".

La jurisdicción coactiva es un privilegio concedido en favor del Estado, que consiste en la facultad de cobrar las deudas fiscales por medio de los empleados recaudadores, asumiendo en el negocio respectivo la doble calidad de juez y parte. Pero ese privilegio no va hasta pretermitir las formalidades procedimentales señaladas por la ley para adelantar las acciones ejecutivas.

Las disposiciones citadas por el señor Procurador se refieren a las atribuciones especiales otorgadas a los empleados de hacienda para calificar la renta de los contribuyentes y liquidar los impuestos; pero en ninguna de esas disposiciones se autoriza para seguir las ejecuciones por jurisdicción coactiva en forma distinta a la señalada en el Código Judicial ni para prescindir de determinadas formalidades que la lógica y la razón justifican, como la de comprobar la existencia de las sociedades ejecutadas y el carácter de sus representantes.

Por lo anterior se llega a la conclusión de que se debe revocar el auto ejecutivo para que el funcionario respectivo allegue a los autos las pruebas de que se ha hablado antes de iniciar la ejecución para hacer efectiva la suma que la Compañía mencionada adeuda a la Nación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto ejecutivo apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoss Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna S.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SE CONFIRMA UN AUTO DE EXCEPCIONES.—COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS JUICIOS EN QUE SE COBREN CREDITOS DEPARTAMENTALES, CUALQUIERA QUE SEA SU CUANTIA

Aunque, por regla general, y de conformidad con el Decreto Nº 1315 de 1936, la Corte no conoce de los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva sino cuando éstos suceden de quinientos pesos, no sucede lo mismo con los créditos departamentales de cualquier cuantía, que se cobren por la misma vía, pues éstos, de conformidad con los artículos 37, numeral 1º, y 76, numeral 3º, del C. J., sufren en los incidentes de excepciones y tercerías, dos instancias: la del Tribunal y la de la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre tres de mil novecientos treinta y siete.

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

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha treinta y uno de marzo pasado, declaró probada la excepción de caso fortuito propuesta por el señor Antonio Velásquez en el juicio ejecutivo que le adelanta la Administración General de Rentas Departamentales de Antioquia, por la cantidad de $ 122.76, valor de los impuestos fiscales sobre la suma de 81.833 kilos de tabaco. El fallo fue apelado por el Fiscal del Tribunal y el recurso se le concedió en el acto suspensivo. Se pasa a resolver el negocio en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

La Corte tiene competencia para conocer de la apelación interpuesta de excepciones dictadas por el Tribunal, no obstante la cuantía inferior de $ 500, porque si bien los juicios ejecutivos, por jurisdicción coactiva, en que se persiguen créditos a favor de la Nación por sumas menores que la expresada, sólo van a los Tribunales en única instancia para el conocimiento de los incidentes de excepciones y tercerías, según lo ha resuelto la Sala de acuerdo con el artículo 10 del Decreto Nº 1315 de 1936, no sucede lo mismo con los créditos departamentales de cualquier cuantía, que se cobran por la misma vía, pues éstos, de conformidad con los artículos 37, numeral 1º, y 76, numeral 3º del C. J., sufren en los mismos incidentes, dos instancias: la del Tribunal Superior y la de la Corte.

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptuó que se debe confirmar la sentencia apelada, con la reforma necesaria de disponer el desembargo de los bienes que están bajo la traba ejecutiva. La Sala encuentra jurídica esta opinión, por los motivos que a continuación se expresan.

La Tenencia política de rentas departamentales de Medellín, siguió un proceso en averiguación de un fraude a la renta de tabaco y por sentencia de fecha 1º de julio de 1935 absolvió al señor Antonio Velásquez de los cargos que se formularon. En la misma sentencia se resolvió que el Administrador de rentas departamentales podía cobrar, por medio de la jurisdicción coactiva, los impuestos correspondientes a 81.833 kilos de tabaco. En este fallo se apoyó el auto ejecutivo dictado por la Administración General de Rentas, con fecha ocho de enero del año pasado.

En autos figura copia de las sentencias de 1ª y 2ª instancias, tomada del juicio seguido por fraude a las rentas departamentales de Antioquia. Consta allí que el señor Velásquez tenía una cantidad de tabaco asegurada con licencias de conservación en la Administración de Medellín, artículo que desapareció del establecimiento tabacalero del señor Velásquez, al cuidado del señor José de Jesús Londoño. Se acreditó que el primero no tenía responsabilidad penal en el hecho y en esa circunstancia se apoyó el fallo absolutorio.

En cuanto se refiere a la responsabilidad civil por los derechos que debía pagar el señor Velásquez, en relación con las licencias de conservación del artículo, no es justo hacérsela efectiva, porque si el tabaco desapareció sin que hubiera de su parte intervención dolosa, el hecho fortuito lo releva de la obligación de pagar el mencionado impuesto de conservación.

En el hecho mencionado faltaron de parte de Velásquez los elementos de voluntad y ánimo de causar fraude a las rentas departamentales, que fue la circunstancia que tuvo en cuenta el funcionario investigador para relevarlo de responsabilidad penal. Los mismos motivos deben servir para eximirlo de responsabilidad civil, porque el impuesto que se le cobra sería justo si el ejecutado no

hubiera aprovechado del artículo o hubiera dispuesto de él voluntariamente, pero no mediando las circunstancias que se han expuesto.

El artículo 1604 del C. C. establece que el deudor no es responsable del caso fortuito, excepto cuando haya sobrevenido por su culpa. La prueba del caso fortuito corresponde darla al que lo alega.

En el presente caso se allegó al proceso durante el término de prueba copia de las sentencias de 1ª y 2ª instancias que acreditan el caso fortuito, sin que aparezca que éste ocurrió por culpa del ejecutado.

De lo anterior se deduce que la sentencia del Tribunal Superior de Medellín es jurídica y debe —por tanto— ser confirmada, con la reforma o adición pedida por el señor Procurador en el sentido de ordenar el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva, ya que según aparece en el folio 16 del cuaderno Nº 1º, se declaró embargada la suma de $ 147, para decretar el desembargo de un inmueble.

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, y ordena el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES.—CUENTAS ANTE LA CONTRALORIA

Derogados los artículos 237 a 439 del Código Fiscal por la Ley 46 de 1923, el Contralor General de la República quedó facultado para expedir los reglamentos necesarios en cuanto al examen, glosa y fenecimiento de cuentas. Las informalidades que pudieran existir en ese juicio no fundamentan excepciones que destruyan o enerven la acción ejecutiva en este juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

La Contraloría nacional, por auto de 15 de mayo de 1928 (Nº 657), feneció las cuentas del consulado de Colombia en Saint Nazaire, correspondientes al 1º de agosto de 1919 hasta el 21 de junio de 1921, con un alcance de siete mil sesenta y un pesos treinta y seis centavos ($ 7.061.36), incluyendo en esta suma dos pesos ochenta centavos ($ 2. 80) por una multa motivada y en contra del señor Julio Fernández, como responsable por la omisión de estampillas.

Según se ve en la escritura Nº 1708 de la notaría 3ª del circuito de Bogotá de 27 de octubre de 1919, la señora Marta Cadena de Fernández, para garantizar el manejo de caudales en el caso del señor Fernández, constituyó hipoteca a favor del gobierno por la cantidad de $ 2,000.00 oro. Como la señora mencionada había fallecido, previa la notificación de que habla el artículo 1434 del Código Civil, el señor Juez de ejecuciones fiscales libró orden de pago contra los herederos de ésta, a saber: Elvira Cualla de Fernández, en representación de sus hijos Blanca e Isabel Fernández Cualla; Elvira Fernández Cualla de Delgado; Leonor Fernández Cualla y María Patrocinio Cadena de Fernández, por la expresada suma de $ 2,000.00.

En tiempo oportuno, el doctor Federico A. Daza, como apoderado de la señora Patrocinio Cadena de Fernández, propuso excepciones apoyadas en los siguientes hechos que se sintetizan así:

1º—Sirvió de título ejecutivo el auto de fenecimiento Nº 657 de 15 de mayo de 1928, dictado por el Contralor General de la República, considerándose como responsable el señor Julio Fernández.

2º—El alcance se fijó con arreglo al procedimiento de tanteo, sin que se hubiera exigido la rendición de cuentas a la fiadora del empleado, lo cual conduce a considerar que, por la pretermisión anotada, el alcance carece de valor, y, por consiguiente, de mérito ejecutivo.

3º—El alcance no se apoyó en los elementos probatorios requeridos por la ley, puesto que en la formación por tantec de las referidas cuentas no se tomaron como base las posteriores a éstas, sino sólo las inmediatamente anteriores.

4º—El auto de fenecimiento no produce efectos jurídicos, porque no fue notificado legalmente.

Tramitado el negocio en la Corte, ha llegado el momento de la prolación del fallo correspondiente.

Los hechos marcados con los números 1º, 2º y 3º, según los alega el doctor Daza, están fundamentados en los siguientes artículos de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal):

"Art. 416.—Cuando un empleado de manejo, no obstante el uso de los apremios legales, no presente la cuenta mensual o anual que le corresponde, el Magistrado respectivo debe exigir su rendición a los fiadores del responsable, si los tiene, para lo cual se les debe franquear, por las oficinas públicas y a su costa, los documentos necesarios.

"Art. 418.—Cuando no pueda obtenerse de las personas indicadas la formación de la cuenta, debe formularla por tanteo, el respectivo Magistrado, tomando como base de su trabajo las cuentas inmediatamente anteriores y las posteriores a la que se forma, así como los demás elementos conducentes".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, para contestar las excepciones que pudieran fundarse en los hechos 1º, 2º y 3º, argumenta así:

"Se basa el excepcionante para deducir lo anterior, en los artículos 416 y 418 del C. F., derogados por el artículo 81 de la Ley 42 de 1923. Durante su vigencia, tales textos prescribieron que en el caso de que un empleado de manejo, no obstante los apremios legales, dejare de presentar la cuenta mensual o anual que le correspondía, su rendición debería exigirse a los fiadores del responsable, y si éstos no lo hacían, la cuenta se formularía por tanteo y con vista en los elementos conducentes.

"No olvida el excepcionante que los textos mencionados fueron derogados expresamente por la Ley 42 de 1923, orgánica del departamento de Contraloría, la cual, al mismo tiempo, reglamenta totalitariamente todo el régimen legal de control fiscal. Pero sostiene que no habiéndose dictado un procedimiento que sustituyera el contenido en los artículos 416 y 418 del C. F., el legislador no pudo querer que en los casos análogos que se presentaran, quedara el fisco indefenso y a merced de la imprevisión o el descuido o mala fe de los responsables del manejo de fondos públicos. Y como el procedimiento de esas disposiciones se pretermitió —concluye— el juicio de cuentas contra Fernández no se ajustó a la ley.

"Siguiendo la moderna técnica jurídica del profesor M. Gaston Jéze, se puede establecer lo siguiente:

"La Ley 42 de 1923 revistió al Contralor General de la República tanto del poder de crear situaciones jurídicas generales, llamadas legislativas o reglamentarias, como de ejercer actos jurisdiccionales.

"El poder o competencia para lo primero se lo otorgan expresamente los artículos 22 y 76 de la citada Ley. De acuerdo con este último texto, es de cargo del Contralor dictar los reglamentos necesarios para el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de los empleados de manejo. El artículo 22 le confiere facultad especial para prescribir los procedimientos que han de seguir todos los funcionarios encargados del manejo de fondos nacionales, para presentar sus cuentas, formar y confrontar inventarios, etc.

"Ejerce actos de jurisdicción el Contralor en cuanto que hace constar, con fuerza de verdad legal, situaciones jurídicas —generales e individuales— o hechos, mediante la competencia exclusiva que tiene, según el artículo 6º, en todo lo relacionado con el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas de los empleados de manejo.

"Como puede observarse, las facultades legales de que goza el Contralor son mucho más amplias que las que tienen los jueces ordinarios, pues éstos gozan únicamente del poder jurisdiccional, es decir, una situación jurídica preexistente. En cambio, el Contralor, además de este poder, tiene el de producir o crear situaciones jurídicas legislativas o reglamentarias.

"En nuestro derecho, esta facultad corresponde primordialmente al Congreso, en cuanto a las leyes, y al ejecutivo, en cuanto a los decretos reglamentarios. Sin embargo, puede el primero delegar su poder de crear leyes al gobierno, quien al ejercerlo, dicta decretos que gozan de todas las prerrogativas de tales actos jurídicos.

"En el presente caso, la facultad legal de crear los procedimientos adecuados en los juicios de cuentas, corresponde, en principio, al Congreso; pero, conforme los preceptos antes citados, esta facultad quedó delegada en el Contralor General de la República.

"Aplicando estos principios, se tiene: Para el tiempo en que al responsable Fernández se le inició juicio de cuentas, ya estaba en vigencia la Ley 42 de 1923, que había derogado, por medio de su artículo 81, el proce-

dimiento a seguir en cuanto a la rendición de cuentas de los empleados de manejo, y en lo relativo a los obligados a esta rendición. En cambio, la misma ley, en su artículo 12, le dio facultad al Contralor para que reglamentara esta materia.

"Teniendo, pues, el Contralor poder para crear situaciones jurídicas generales o reglamentarias, en cuanto a la forma o manera de exigir las cuentas a los funcionarios de manejo, despréndese, lógicamente, que también lo tenía en cuanto a la forma o manera como el responsable Fernández debió rendir las suyas. En este evento, ese poder general lo ejercio para el caso particular de dicho funcionario.

"Careciendo el Contralor de un procedimiento o reglamento que lo sujetara, pudo, en ejercicio de su poder legal o reglamentario, escoger la forma a seguir contra el responsable Fernández. En esto no obraba ejercitando su poder jurisdiccional, sino creando una situación jurídica particular. Por tanto, no habiendo estado el Contralor obligado a exigir al fiador de Fernández la rendición de las cuentas que éste no presentó, por falta de ley o reglamento que así lo exigiera, es perfectamente legal el procedimiento que adoptó para formular dichas cuentas, ya que ejercía en este caso individual, un poder general que le había conferido la Ley 42 de 1923".

La Sala hace estas consideraciones:

A partir del 1º de septiembre de 1923, cuando entró a regir la Ley 42 del mismo año, quedaron derogados los artículos 237 a 433 del Código Fiscal; pero ello no significa que el Fisco quedara indefenso. En efecto: el artículo 76 de la misma Ley dispuso: "El Contralor General deberá expedir también los reglamentos necesarios para el examen y fenecimiento de las cuentas que estén en curso o cuyo examen esté pendiente en la Corte de Cuentas al tiempo que esta ley entre en vigencia".

Según el artículo transcrito, el contralor podía adoptar la reglamentación que le pareciera más conveniente para los fines indicados. Acorde con esto, el Contralor debió dar órdenes mientras expedía resoluciones, como la número 3 de 8 de septiembre de 1923 publicada en el Diario Oficial. Aunque la Sala cree que lo apropiado para hacer uso de la facultad consagrada en el artículo 76 citado, no son órdenes verbales o meras circulares, sino resoluciones generales, no está autorizada para hacer la crítica de estos procedimientos. El Consejo de Estado, refiriéndose a un asunto similar, dijo en una sentencia: "Pero, consumados los hechos, sin alteración esencial de la voluntad legislativa en todo lo que no atañe a la voluntad exclusiva del Contralor para el examen, glosa y fenecimiento de cuentas..., no es el caso de rechazarla por el grave perjuicio que con ello se ocasionaría y porque, como se dijo, no se opone al espíritu y a la letra de las disposiciones legales correspondientes".

Para la Sala es suficiente considerar que los ataques al procedimiento empleado en el juicio de cuentas, por formalidades que, según el doctor Daza, se pretermitieron, no fundamentan excepciones que destruyan o enerven la acción en el presente juicio ejecutivo.

La excepción a que se contrae el hecho 4º tiene este alcance: si el auto de fenecimiento, que es la sentencia en el juicio de cuentas, no está notificado legalmente, no puede estimarse como ejecutoriado; si no existe la ejecutoria, el instrumento ejecutivo es ineficaz o se ha pedido antes de tiempo.

El auto de fenecimiento fue proferido el 15 de mayo de 1928 y publicado en el Diario Oficial Nº 21,182, de 2 de septiembre de 1929. En el auto de ejecutoria de 13 de marzo de 1930, dice el señor Contralor: "Todas las diligencias hechas para la notificación personal del citado proveído fueron infrustuosas". Y en el término probatorio del juicio que se ventila, certificó así: ".... Punto c).—Tampoco existen diligencias que hubiesen establecido el desconocimiento o ignorancia del paradero o domicilio del mismo fiador, tendientes a efectuar la notificación de autos de requerimiento para la rendición de las cuentas, ni la del auto de fenecimiento con alcance Nº 657 de 15 de mayo de 1928; y, Punto d).—No existe el 'edicto' relativo a la notificación del precitado auto de fenecimiento".

Según esta probanza, se ve que el señor Contralor, en la providencia de 13 de marzo de 1930, se refirió a las diligencias para averiguar el paradero de Fernández; y en el certificado se hace referencia al fiador de éste. Cuando se hizo la publicación en el periódico oficial, regía ya la Resolución Nº 86 de 1928 (agosto 7), y por consiguiente era ésta la que debía tenerse en cuenta y no las disposiciones del Código Judicial, que serían apenas de aplicación subsidiaria para el caso de no existir otras normas.

Dicha Resolución 86 expresa:

"Art. 1º—Los autos que dicte la Contraloría en los juicios de cuentas, a excepción de aquellos que no contengan multas ni alcances, serán notificados personalmente al responsable, por el secretario de este depar-

tamento, o por el empleado que éste designe, para que surtan sus efectos.

"Art. 4º—En caso de fallecimiento del responsable, la notificación se hará a uno de sus herederos o albaceas; o al curador de la herencia yacente, sin perjuicio de hacerla a los fiadores, llegado el caso.

"Parágrafo.—Si hubiere varios fiadores, y se hubiesen constituído solidariamente, bastará notificar a uno de ellos.

"Art. 5º—Cuando no pudiere hacerse la notificación personal al responsable, o a alguna de las personas que menciona el artículo anterior, por ignorarse el lugar donde se hallen, pasados diez días de la fecha de la respectiva providencia, ésta se notificará en el Diario Oficial".

No se trataba del evento de la muerte del responsable. luego era suficiente averiguar el paradero de él y no de sus fiadores, a quienes no había que hacérseles la notificación. Siendo ello así, la excepción carece de fundamento.

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 que se han tratado de deducir de los hechos ameritados, y ordena seguir adelante la ejecución.

Condénase en costas al excepcionante.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase oportunamente el negocio a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricaurte Serna R.—Gustavo Gómez Fernández. Secretario.

DEMANDA SOBRE RECOBRO DE LA NACIONALIDAD COLOMBIANA.—CUANDO SE RECOBRA ESA NACIONALIDAD DESPUES DE HABERLA PERDIDO.—EN QUE CASOS PUEDE CONOCER LA CORTE DE UNA DEMANDA SEMEJANTE

1.—Conforme al artículo 8º de la Constitución Nacional, para perder la calidad de nacional colombiano se necesitan dos condiciones: adquirir carta de naturalización en país extranjero y fijar el domicilio en el exterior. De manera que cuando se fije de nuevo el domicilio en el país de origen, desaparece una de las condiciones exigidas por el artículo mencionado, y si a esto se agrega la manifestación expresa del interesado en renunciar a la nacionalidad del país de adopción para readquirir la calidad de nacional en el país de origen, es indudable que se define la situación jurídica de la nacionalidad. 2.—Aunque el artículo 86, numeral 4º, del C. J. dice que la Sala de Negocios Generales de la Corte conoce privativamente de los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía o sobre el hecho de haberse perdido o recobrado la calidad de colombiano, eso no quiere decir que en todos los casos de pérdida o recuperación de la nacionalidad sea necesaria la decisión de la Sala, pues ésta no conoce sino cuando ha mediado una decisión anterior de ella misma sobre pérdida de aquella calidad. En un caso como el de autos, la Corte no tiene competencia para declarar que se ha readquirido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos treinta y siete.

(Registrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Guillermo Sundheim, vecino de Barranquilla, en demanda de fecha 15 de julio pasado, se dirigió a la Corte solicitando que se declare en una providencia definitiva que ha recobrado, si es que la ha perdido, la calidad de ciudadano colombiano por origen y vecindad. A la demanda acompañó varios documentos.

El concepto del Procurador

Corrido el traslado correspondiente al señor Procurador Delegado en lo Civil, aquel alto funcionario devolvió el negocio con el concepto de que la Corte carece de jurisdicción para dictar la resolución que invoca el señor Sundheim, quien tiene la calidad de ciudadano colombiano, según las pruebas presentadas. Para terminar su interesante vista el señor Procurador dice así:

"Si el extranjero que con el lleno de ciertos requisitos legales, pretenda obtener carta de naturaleza, sólo está obligado a ocurrir ante las autoridades administrativas, síguese lógicamente, que no tiene por qué ocurrir a la Corte Suprema, ni a ningún otro tribunal de justicia, quien habiendo transitoriamente perdido la calidad de colombiano, desea firmemente readquirir la nacionalidad que lo imprimió su origen y primitivo domicilio. Nadie mejor para juzgar sobre la personalidad y motivos de renunciamiento, que el órgano encargado de los negocios internacionales, pues tiene a su disposición mejores medios y elementos de información.

"En concepto de este despacho, pues, el caso del señor Sundheim no es el comprendido en forma expresa por el artículo 1998 del C. J., pues no habiendo precedido sentencia judicial sobre pérdida de la nacionalidad colombiana en tal persona, no es el caso de una declaración de la misma especie que reconozca que ha recobrado esa calidad. Basta que el peticionario Sundheim haya fijado nuevamente domicilio en la República y manifestado claros deseos de recuperar la nacionalidad y ciudadanía colombianas para que ante las autoridades y las leyes de la República esté investido de esas calidades.

"Basada en estas consideraciones, la Procuraduría estima que la competencia que la ley otorga a la Corte para los casos de pérdida y recuperación de la nacionalidad, no comprende la situación jurídica del peticionario Sundheim, y por tanto, carece ella de jurisdicción para conocer sobre esta solicitud".

Los hechos

El peticionario expone así los hechos en que apoya su demanda:

"Nací el día tres de noviembre de 1900 en la ciudad de Barcelona, España; soy hijo le-

gítimo del señor Adolfo Sundheim y de la señora Julia Llorens de Sundheim, el primero ciudadano colombiano por nacimiento y la segunda de nacionalidad española. En el año de 1901 mis padres se domiciliaron de manera permanente en la ciudad de Barranquilla. Entre los años de 1911 y 1915 mi padre ejerció el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla. Así, pues, de acuerdo con el numeral 2º del artículo 8º de la Constitución Nacional y el ordinal b) del artículo 3º del Acto Legislativo Nº 1º de 1936 (agosto 5), reformatorio de la Constitución y teniendo en cuenta la manifestación de vecindad que, conforme a las leyes, efectué en el año de 1924, soy colombiano. En el año de 1931, con el propósito de perfeccionar mis estudios de arquitectura, me dirigí a España, y dos años después, con el fin de poder prestar allí mis servicios profesionales de acuerdo con las leyes de ese país, me naturalicé en aquella Nación, en la creencia de que este acto no me acarrearía la pérdida de mi nacionalidad de origen. Más tarde, temiendo perder mi nacionalidad colombiana, regresé a Colombia, y ante el Poder Judicial renuncié en repetidas ocasiones el carácter de ciudadano español".

Estos hechos están comprobados en el expediente con los numerosos documentos presentados. De ellos aparece que el actor tiene la calidad de hijo legítimo de los señores Adolfo Sundheim y Julia Llorens, el primero de los cuales era colombiano y ejerció el cargo de Magistrado en Barranquilla, la circunstancia de que el demandante renunció la nacionalidad colombiana para adquirir la española, el día 2 de septiembre de 1933, ante el Juez 6º de la ciudad de Barcelona; el hecho de que desde 1934 está domiciliado definitivamente en Barranquilla, donde ejerce el cargo de administrador de la razón social "Viuda e Hijo de A. Sundheim"; la renuncia expresa que hizo ante el Gobernador del Atlántico de su calidad de ciudadano español para readquirir la nacionalidad colombiana. Consta además que el señor Sundheim es persona honorable y de buena reputación, sin antecedentes policivos de ninguna clase. Presentó la libreta del servicio militar y la cédula de ciudadanía.

La cuestión de derecho

La Constitución establece lo siguiente:

"Artículo 7º—Son nacionales colombianos:

"1º—Por nacimiento:

"a)—Los naturales de Colombia, con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos, o que siendo hijos de extranjeros se hallen domiciliados en la República;

"b)—Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luégo se domiciliaren en la República.

"2º—Por adopción:

"a)—Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización;

"b)—Los hispanoamericanos y brasileños por nacimiento que, con autorización del Gobierno, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad del lugar donde se establecieren".

"Artículo 8º—La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el Exterior, y podrá recobrarse con arreglo a las leyes".

Conforme al artículo 8º, para perder la calidad de nacional colombiano se necesitan dos condiciones: adquirir carta de naturalización en país extranjero y fijar el domicilio en el Exterior. De manera que cuando se fija de nuevo el domicilio en el país de origen, desaparece una de las condiciones exigidas por el artículo mencionado, y si a esto se agrega la manifestación expresa del interesado de renunciar a la nacionalidad del país de adopción para readquirir la calidad de nacional en el país de origen, es indudable que se define la situación jurídica de la nacionalidad.

Conforme al art. 76 del C. C., el domicilio consiste en la residencia acompañada real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Y el artículo 333 del C. P. y M. establece que es vecino de un Municipio para los efectos políticos "el que ejerce alguna profesión o dirija algún establecimiento de cualquier clase, siempre que por las circunstancias sea de presumir su ánimo de permanecer en el Municipio por tiempo largo o indefinido" y "el que manifieste su ánimo de avecindarse, ante el alcalde".

El art. 82 del C. C. dice que se presume también el domicilio, de la manifestación que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor, del ánimo de avecindarse en un determinado distrito.

El señor Guillermo Sundheim vive en Barranquilla desde 1934. Allí fijó su residencia con ánimo de permanecer en dicha ciudad, pues está al frente de los negocios de la firma social "Viuda e Hijo de A. Sundheim". Por otra parte, el 23 de junio pasado hizo ante el Gobernador del Atlántico manifestación expresa de su deseo de volver a la nacionalidad y ciudadanía colombianas, y dicho funcionario certifica que el domicilio

del señor Sundheim es la ciudad de Barranquilla, donde tiene el asiento de sus negocios.

Es indudable, por tanto, que el peticionario goza de la situación legal de nacional y ciudadano colombiano. Sus vínculos con el país en el cual se naturalizó han desaparecido por su expresa voluntad, la cual es factor reconocido por el derecho universal para determinar la elección de la nacionalidad. El señor Marco Fidel Suárez, eminente internacionalista, decía que "el domicilio nativo, por lo mismo que es un hecho natural, reaparece fácilmente desde que deja de existir el de elección, que es un hecho adventicio y artificial; y tan absoluto es el fundamento de esta doctrina, que los Jueces de los Estados Unidos han resuelto que el domicilio originario reaparece desde que una persona se pone en camino para su patria con ánimo de abandonar su domicilio en la Unión americana".

Establecido que el señor Sundheim tiene la calidad de nacional, es preciso determinar si la Corte tiene la facultad de hacer la correspondiente declaración. El señor Procurador conceptúa que el asunto es de competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores y que esta Sala no tiene la jurisdicción requerida para dictar la resolución, si es que ella es indispensable para la determinación de la condición legal en que se encuentra el peticionario.

Se considera:

El artículo 36, numeral 4º, del C. J., dice que la Sala de Negocios Generales conoce privativamente "de los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía, en los casos enumerados en los ordinales 1º, 2º y 6º del artículo 16 (hoy 18) de la Constitución, o sobre el hecho de haberse perdido o recobrado la calidad de colombiano".

Esta disposición señala la jurisdicción de la Sala de Negocios Generales, pero no quiere decir que en todos los casos de pérdida o recuperación de la nacionalidad, sea necesaria la decisión de la Sala. Es preciso armonizar este artículo con las demás disposiciones legales que rigen la materia.

El artículo 1992 del C. J. dice que corresponde a la Corte Suprema declarar quiénes han perdido el carácter de colombianos, en los casos de los artículos 22 y 88 de la Constitución (9º y 16 de la Constitución de 1886 y 8º y 12 de la actual). En estos casos procede a virtud de pedimento del Procurador o de cualquier ciudadano.

Conforme al artículo 1998 del mismo texto, los colombianos que hubieren perdido el carácter de tales "en virtud de resolución de la Corte Suprema" dictada en cumplimiento del artículo 1992, pueden pedir que la Corte declare que el solicitante ha recobrado la calidad de colombiano, con audiencia del Procurador. A este caso es al que se refiere la jurisdicción de la Corte, es decir, cuando dicha entidad ha dictado resolución sobre pérdida de la nacionalidad y el interesado quiere recobrarla, por haber llenado los requisitos legales. Pero cuando no ha mediado decisión alguna de la Corte sobre pérdida de la calidad de colombiano, esta entidad no tiene competencia para declarar que se ha readquirido.

Por estas razones, la Sala estima que no tiene jurisdicción para hacer las declaraciones pedidas por el señor Sundheim.

Antecedentes

Hay dos antecedentes en la jurisprudencia del país que arrojan mucha luz en el asunto que hoy se estudia.

El primero se refiere a la nacionalidad del doctor Santiago Pérez Triana, quien adquirió carta de naturaleza en los Estados Unidos y se domicilio luégo en Colombia. El Gobierno consideró que este último hecho había sido suficiente para que readquiriera su condición de nacional y ciudadano colombiano.

En el año de 1893 se redujo a prisión en Honda al doctor Pérez Triana, por orden de las autoridades del Departamento de Antioquia. El Ministro americano, señor Luther F. Mac Kinney, se dirigió al Gobierno de Colombia para intervenir en favor del doctor Pérez Triana, por considerarlo ciudadano de los Estados Unidos, reconocido por el Departamento de Relaciones Exteriores de Washington. El Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, señor don Marco Fidel Suárez, rechazó la intervención del Ministro americano, en notas de fechas 2 de noviembre y 1º de diciembre de 1893 (Diario Oficial Nº 9,352, de 28 de diciembre de 1893), y sostuvo que por estar domiciliado de nuevo en el país el doctor Pérez Triana, el Gobierno de la República tenía imperio sobre él, considerándolo como ciudadano de Colombia. En la última nota citada, se sentó la siguiente tesis:

"El Gobierno de la República admite que un colombiano puede expatriarse voluntariamente y hacerse ciudadano de otro Estado, observando, porsupuesto, lo que las leyes de Colombia hayan dispuesto o dispongan en

el particular. Reconoce que mientras ese ciudadano no abandone el país donde se naturalizó, o en tanto que no fije su domicilio en el país de origen, respecto de este último permanece extranjero. Y sostiene que en las hipótesis contrarias, el Estado adoptivo pierde el derecho a proteger al naturalizado y renacen los derechos políticos del país de nacimiento".

Entre las consideraciones que tuvo en cuenta el Ministerio para su determinación, merecen copiarse por su importancia las siguientes:

"El derecho de expatriación, en virtud del cual el hombre, atendiendo a su propio interés, puede cambiar de patria, se funda en la libertad natural del individuo y en el carácter esencialmente voluntario del vínculo que liga a un ciudadano con determinado Estado. Pero es equitativo también que si la patria adoptiva se abandona y se restablecen las ordinarias relaciones entre el hombre y la nación que es su patria natural, el vínculo artificial de la naturalización debe suponerse disuelto, y restablecidos los que se fundan en la naturaleza del individuo y de la sociedad.

"Este dictado de la justicia natural es también el más conforme con la conveniencia del Estado que constituye la patria de elección, y del Estado que constituye la patria de origen. Al primero no puede convenirle que subsistan indefinidamente los deberes que él puede tener respecto de una persona que prácticamente se ha sustraído a todo deber recíproco; al segundo tampoco puede convenirle soportar la protección de un Gobierno extraño ejercida en favor de un individuo que en realidad forma parte de la Nación, dada su residencia, sus empresas y aspiraciones, sus relaciones de familia y demás circunstancias personales.

"Si a esto se agregan consideraciones especiales derivadas de las circunstancias de Colombia y demás países que están en condiciones análogas, resaltará la necesidad de ajustar la práctica a estos principios, pues fácilmente se comprende cuánto incentivo tendría la mala fe para abusar de una carta de naturaleza obtenida en los Estados Unidos en daño de la soberanía, de la paz y de los intereses de estas Naciones.

"Estas consideraciones han sido también acogidas por el ilustrado Gobierno de los Estados Unidos de América. En 1863 el Presidente Lincoln llamaba la atención del Congreso al hecho de que algunos extranjeros se hacían naturalizar ciudadanos de los Estados con el objeto de eludir obediencia a las leyes de su país natal; y para poner fin a este abuso sugería el medio de fijar un término a cuya expiración los naturalizados en la República que volviesen a su país no podían reclamar la protección del Gobierno de la Unión. Ideas semejantes expresó el General Grant, respecto especialmente de individuos nacidos en Hispano-América.

"Consecuente con estas ideas, el Gobierno de los Estados Unidos ha celebrado tratados con varias naciones, en que se reconoce la doctrina de que la nueva residencia aún por un corto tiempo en el país de origen, hace revivir el imperio y la jurisdicción del Gobierno de ese país respecto de las personas que abandonan los Estados Unidos, después de haber obtenido allí carta de naturaleza. Esto es lo que se encuentra en los tratados celebrados especialmente con Prusia, Baden, Baviera y algunos otros Estados de la antigua confederación germánica.

"De manera que el principio admitido por Vuestra Excelencia, que es también el que defiende mi Gobierno, se apoya en los hechos y en la justicia. Estamos pues de acuerdo acerca de la hipótesis conforme a la cual el subsecuente domicilio en el país de origen y el abandono del país de adopción hacen perder al naturalizado el derecho a la protección del Gobierno que lo naturalizó".

El segundo caso es el relacionado con la pérdida de la ciudadanía y de la nacionalidad del señor Adolfo Sundheim, Magistrado del Tribunal del Atlántico y padre del demandante. El señor Manuel Márquez S. solicitó a la Corte que declarara que el señor Sundheim había perdido la ciudadanía por haberse naturalizado en España y fijado allí su domicilio. Los señores S. Llanos García y José Urbano Gallardo pidieron que se declarara que dicho señor Sundheim había perdido la nacionalidad y acusaron por este motivo que estaba impedido para ser Magistrado. La Sala de Negocios Generales, en providencia de 30 de septiembre de 19[illegible], negó las peticiones anteriores, porque la primera no estaba entre las atribuciones de la Corte, ya que no se refería a la nacionalidad, conforme a los artículos 1992 y 1999 del Código Judicial; y la segunda no apareció probada. En la decisión de este asunto dijo la Corte lo siguiente, que sentó la importante doctrina que hoy preconiza la Sala, sobre que la resolución de la Corte respecto a readquisición de la nacionalidad, no es procedente sino en los casos en que se ha perdido por decisión de esta entidad:

"Si estuviera acreditado que Sundheim se hubiese naturalizado en España y se hubiese domiciliado allí, habría perdido la nacionalidad colombiana, conforme al artículo 9º de la Constitución: pero como él mismo ha declarado que continúa siendo ciudadano colombiano, y se halla domiciliado en Colombia, con esta manifestación, acompañada de la fijación de su domicilio en el país, habría recobrado la nacionalidad que hubiese perdido, porque la nacionalidad adquirida por nacimiento subsiste mientras el individuo no se naturalice y domicilie en otro país; y si se ha naturalizado y domiciliado en otro, pero luégo deja el nuevo domicilio y vuelve a tenerlo en el país de su nacimiento, debe entenderse que recobra la nacionalidad en éste, como que lo que conforme al artículo 9º de la Constitución ocasiona la pérdida de la nacionalidad es la naturalización en otro país acompañada de la fijación del domicilio en él, por lo cual el abandono del domicilio en el país de la naturalización y la fijación de él en Colombia, debe producir la recuperación de la nacionalidad perdida, según el derecho que da el mismo artículo 9º de la Constitución.

"En conformidad con esta tesis se halla el artículo 1998 del Código Judicial, que permite al colombiano a quien la Corte haya declarado la pérdida de tal carácter, recobrarla por determinación de la misma Corte, si fija su residencia en el país y manifiesta al Ministro de Relaciones Exteriores o al Gobernador del Departamento en que resida, que quiere volver a ser colombiano. Si dadas estas circunstancias, el colombiano a quien la Corte ha declarado perdida la nacionalidad, la recobra por el camino indicado, por razón análoga la declaración de querer volver a ser colombiano, reunida a la residencia en el territorio nacional, debe bastar a recuperar la calidad de colombiano al que la hubiese perdido por la causa consabida, sin necesidad de que la Corte así lo resuelva, cuando ella no ha declarado que la ha perdido, porque la declaración oficial de la recuperación de la nacionalidad por alguno no está prescrita por la ley sino para el caso en que ha habido declaración oficial de pérdida de ella". (Gaceta Judicial, Nos. 1005 y 1006, página 133).

Conclusiones

Aplicando estas doctrinas del Gobierno y de la Corte al caso que se estudia, se llega a la conclusión de que el señor Sundheim perdió la nacionalidad colombiana al naturalizarse en España; pero volvió a adquirirla al domiciliarse de nuevo en el país y manifestar a las autoridades respectivas su voluntad de tener la nacionalidad colombiana y de renunciar a la de adopción, sin necesidad de resolución especial al respecto. Y también se concluye que en el caso de que tal resolución fuera necesaria para definir la situación del demandante ante la ley colombiana, no sería la Corte la entidad competente para dictarla, ya que no se trata del caso de pérdida de la nacionalidad por decisión de esta entidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, se abstiene de hacer las declaraciones pedidas por el señor Guillermo Sundheim por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ARTICULACION DE DESEMBARGO

El auto para mejor proveer no puede proferirse sino cuando se va a fallar definitivamente. (Art. 600, C. J.).

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, octubre siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Ante el Juez municipal de Puerto Berrío estableció ejecución Agripina Díaz O. contra Petronilo Dávila por la suma de cincuenta pesos ($ 50.00), y como el ejecutado no denunció bienes, la ejecutante denunció como

pertenecientes a aquél de esas canoas, las que fueron embargadas y depositadas.

El ejecutado manifestó al juez que una de las canoas "es de la Empresa de la Carretera del Carare", y que estaba bajo su responsabilidad porque él trabaja en dicha Empresa como pasero.

Posteriormente, el señor Sigifredo Gil Hernández, Ingeniero Ayudante de la Zona de Carreteras Nacionales de Barbosa, dio poder al señor Bernardo Ospina para que en nombre y representación de los derechos del poderdante como administrador de la carretera, estableciera articulación de desembargo de la canoa.

Adelantado el incidente, fue decidido por el juez, quien declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería del articulante. La providencia fue confirmada por el juez del circuito de Yolombó.

Por la Resolución Nº 101 de 19 de junio de 1936, el presidente de la república ordenó que los personeros municipales de Puerto Berrío y Yolombó establecieran, en nombre de la Nación, las articulaciones de desembargo en primera y segunda instancia, respectivamente, para obtener la entrega de la canoa.

Con esta autorización, el personero municipal de Yolombó promovió ante el juez de ese circuito nueva articulación de desembargo, a la que no dio curso el juez, por no considerarse competente, y de su providencia apeló el personero. El juez concedió la apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín.

Ante esta corporación introdujo nueva articulación de desembargo el mismo personero municipal de Yolombó, manifestando que obraba autorizado por la citada resolución Nº 101. El Tribunal pidió el negocio; y recibido por él, ordenó abrir una articulación y que se notificara por dos días a la contraparte. Este auto, como el de apertura a prueba, fue notificado al señor Fiscal 1º del Tribunal.

Por auto de veintiocho de mayo último, el Tribunal decidió el incidente negando el desembargo, previo este razonamiento:

"No obstante la apertura a pruebas, la notificación del auto aludido al representante legal de la Nación, y no obstante la presencia del juicio ejecutivo en el cual se trabó la canoa cuyo desembargo demanda el señor Personero del distrito de Yolombó, a nombre de la Nación, juicio en el cual se produjeron las pruebas necesarias y eficaces para que la acción de desembargo prosperara, el señor Fiscal Primero se abstuvo de pedir la práctica de pruebas, o siquiera que se tuvieran como tales las producidas en el mencionado juicio.

"En las condiciones en que aparece la articulación de desembargo que se falla, la que está expósita de todo elemento probatorio, el Tribunal carece de bases legales, de pruebas, para decretar el desembargo de la canoa, solicitado por el señor Personero de Yolombó. No es posible jurídicamente, ni dándole a las prescripciones sobre pruebas judiciales un salto mortal, atender el levantamiento de la traba consumada contra un bién mueble de la Nación, el cual por una o por otra razón ha venido a ser un madero de vía-crucis judicial, por cierto muy pequeño".

De la providencia apeló el señor Fiscal Primero, por lo que el negocio ha venido a la Corte, donde procede ya su decisión.

Para resolver se considera:

En la diligencia de avalúo y depósito de las canoas ninguna persona se presentó como tercero a hacer valer sus derechos, ni el ejecutado Petronilo Dávila hizo manifestación alguna en ese acto.

En cuanto a la prueba que presentó el señor Bernardo Ospina como apoderado de Sigifredo Gil Hernández en la articulación de desembargo promovida ante el juez municipal de Puerto Berrío, hay que tener en cuenta que ella consiste en dos declaraciones de testigos, en las que éstos manifiestan que Gil Hernández, en su carácter de representante de la Carretera del Carare, compró para dicha Empresa a Benedicto Barrera una de las canoas embargadas, y que ésta es la misma que aparece anotada en la cuenta que obra en autos. Se anota que esta cuenta consiste en una hoja de papel, que aparece a folios 25 del cuaderno principal, presentada por el señor Gil Hernández, y que nada dice en concreto. Pero como las pruebas mencionadas no se produjeron en la instancia promovida en el Tribunal, ni siquiera fueron ratificadas en ella, deben mirarse como no existentes, y, por tanto, no procede su análisis.

El señor Procurador insinúa que por la Corte se profiera un auto para mejor proveer, con el fin de que se establezca la realidad del derecho de la Nación sobre la canoa "ya que —dice— de aquellos elementos de pruebas, que no fueron tenidos como tales por el Tribunal, resulta inequestionable la veracidad de ese derecho".

No puede aceptarse la insinuación del señor Procurador: el artículo 360 del Código Judicial sólo autoriza proferir auto para mejor proveer cuando en segunda instancia se oye o falla definitivamente, y con el objeto de que se aclaren los puntos que se juzguen

oscuros o dudosos. Ninguna de estas dos circunstancias ocurre aquí. No la última, porque, como se dijo antes, la prueba que obra en autos no puede considerarse como existente; y, por tanto, sería absurdo estimar que ella ofrece los puntos oscuros o dudosos que exige la ley para que pueda ser correcta la prolación del auto para mejor proveer. No la segunda, porque una articulación de desembargo se decide por un auto interlocutorio, y no por sentencia definitiva. (Arts. 1031 y 1023 del Código Judicial).

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto apelado.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

REPOSICION.—NO SE ACCEDE A REPONER EL AUTO DE 7 DE OCTUBRE ULTIMO

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, noviembre veinte de mil novecientos treinta y siete.

El señor Procurador en su memorial anterior solicita reposición del auto de fecha siete de octubre último, que confirmó el del Tribunal Superior de Medellín, y que, en contrario, se declare que la canoa cuyo desembargo se ha pedido pertenece a la Nación.

Con el mayor cuidado ha estudiado la Sala la anterior solicitud, cuyos puntos de vista son acreedores a toda consideración.

En primer lugar aquel alto funcionario manifiesta su inconformidad por no haber apreciado la Sala algunas pruebas que figuran en el juicio ejecutivo y no en el cuaderno de la articulación. Estima que desechar ese acervo probatorio sería un retorno al formulismo romano, y una mutilación de la realidad palpitante. Como soporte legal invoca el artículo 472 del Código Judicial.

Dice así en el memorial respectivo:

"La Sala desechó las pruebas que constan en el proceso y con las cuales se evidencia el derecho nacional sobre la canoa indebidamente embargada, porque 'no se produjeron en la instancia promovida ante el Tribunal' y 'ni siquiera fueron ratificadas en ella'.

"En el fallo de primera instancia se hace análoga estimación, pero con la expresa salvedad de que en el juicio ejecutivo sí 'se produjeron las pruebas necesarias y eficaces para que la acción de desembargo prosperara'. Las pruebas son éstas: los testimonios de los señores Carlos Pacheco y Francisco Bolaños (fs. 37, cuad. 1); el certificado del sub-almacenista de la empresa del Carare, que es documento auténtico (fs. 25, cuad. id.) y la propia confesión del ejecutado Dávila, al recibir la notificación del embargo (fs. 19, cuad. id)".

El artículo 472 consagra un principio importante, a saber: que al interpretar las fórmulas procedimentales se atienda a la razón fundamental de ellas, a fin de que los fallos estén conformes con la verdad palpitante de los hechos. Mas no se estatuye allí la omnipotencia del juzgador, pues la forma es el camino del derecho, es la garantía de las partes y la pauta a la cual debe someterse la contienda judicial, para evitar sorpresas a los litigantes y poner freno a la arbitrariedad del fallador.

Sentada esta premisa, va la Sala a hacer otras consideraciones tendientes a demostrar por qué motivos no se tuvo en cuenta la prueba testimonial.

Según el artículo 207 del Código Judicial, "el demandante puede presentar con la demanda los documentos que en ella cita para fundar su intención, los que se estiman sin más requisitos al dictar la sentencia".

Quizá el señor Fiscal Primero del Tribunal Superior de Medellín, en vista de que las probanzas figuraban en otro cuaderno del juicio ejecutivo, pensó que no era preciso ratificarlas en la dilación probatoria de la articulación, ya que pudo pensar que se habían presentado con la demanda, según este pasaje de la que formuló el señor Personero municipal de Yolombó: "En los autos, que deben pasar a ese Tribunal, constan los comprobantes sobre la propiedad de la Nación sobre ese mueble".

La mejor manera de rodear de garantías el testimonio humano es la ratificación, en la cual la prueba se puede controvertir, y así

ella obtiene la publicidad necesaria que ampare el derecho de las personas contra quienes aquéllas se aducen.

Por eso dice el artículo 693 del mismo Código: "Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio...".

Además del artículo general 207, existe el numeral 1º del artículo 597, concebido así: "Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: 1º—Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas".

Es de observar que el artículo general 207 habla de documentos, es decir, de pruebas literales, si se atiende a la significación que el vocablo documento tiene. El testimonio, en cambio, es una prueba personal en contraposición a la literal.

Por otra parte, el artículo 597, numeral 1º., no amplía el sentido del artículo 207, para comprender toda clase de pruebas; pues dicho numeral apenas se concreta a indicar los momentos en que las pruebas puedan presentarse, sin que ello signifique que por una de las circunstancias enumeradas, puede el juez dar valor a una prueba que no esté confeccionada con la observancia de las formalidades legales.

Es éste el criterio de la Sala; pero semejante apreciación no impide el considerar que pudo muy bien ser otro el del señor Fiscal Primero del Tribunal de Medellín, por lo cual el proceder de éste indica una interpretación distinta de textos que no aparecen con una diafanidad tal que ponga de relieve como absurdas otras exégesis. Querrá decir que el señor Fiscal, en virtud de su interpretación, está de acuerdo con el señor Procurador de la Nación, lo que no implica, por consiguiente, un extravío de la voluntad, sino cuando más un simple error de entendimiento tan fácil en estas cuestiones jurídicas.

Se apoya también, para pedir la reposición del auto el señor Procurador, en las razones que surgen de esta frase: "... invoco, además, la posesión, que es la exteriorización del dominio y que en tratándose de muebles equivale al título:

Está probado este aserto, para deducir de él la posesión de la Nación sobre el mueble en cuestión?

Al verificarse la diligencia de depósito, el señor Petronilo Dávila no hizo manifestación alguna, y por consiguiente no se está en alguno de los casos de los artículos 1021 y 1022 del Código Judicial.

La simple manifestación que en el memorial visible a folios 18 del cuaderno 1º hace el ejecutado no es suficiente prueba de que él no sea el dueño de la canoa, pues esa declaración no puede perjudicar al ejecutante, como es obvio.

Por otra parte, el artículo 1023 ibidem es el que sirve de base para la acción de que se ha estado tratando. Y no consta, como se ha dicho, que esté probado legalmente que la nación fuera la poseedora cuando se verificó el secuestro.

El extracto de un inventario, por sí solo, considerándolo como un documento acompañado a la demanda, no es suficiente para esta demostración; pues con base en él no se podría determinar la identidad entre el bién secuestrado y el de que trata la acción de desembargo.

En mérito de lo discurrido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia no accede a la reposición solicitada.

Notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

INDICE:

Pág.

EDITORIAL—El debate oral en el procedimiento civil de Alemania.—Hans M. Semon. (De la Revista "La Justicia", de México 694

SALA PLENA

SE DECLARAN EXEQUIBLES LAS DISPOSICIONES DE LA LEY 10 DE 1934 Y DEL DECRETO Nº 652 DE 1936.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 698

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA ANTERIOR, de los Magistrados doctores Eleuterio Serna R. (ponente), Liborio Escallón, Aníbal Cardoso Gaitán, Hernán Salamanca, Arturo Tapias Pilonieta y del Conjuez, doctor Carlos Bravo 703

Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca, a la misma sentencia 724

ADICION AL SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO, del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán 726

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE ALGUNAS DISPOSICIONES DEL DECRETO Nº 652 DE 1935, RELATIVO A LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PARTICULARES. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 728

SALA DE CASACION CIVIL

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UN REMATE EN JUICIO DE VENTA DE BIENES HIPOTECADOS.—TERMINOS JUDICIALES. — CARTELES PARA LOS REMATES.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario de Israel Vásquez Cohen contra Juan B. Marchena.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 730

DEMANDA DE NULIDAD DE UNA PATENTE Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — TECNICA DE CASACION. — SUSTANCIACION DE LOS JUICIOS SOBRE PATENTES. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Lorenzo Bustamante y otro contra Julio Mc. Ewen y Jesús M. Ramírez.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 734

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION en el ordinario de Paz Jiménez contra María Peralta v. de Jiménez.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 739

SE NIEGA EL RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA QUE ORDENA REHACER UNA PARTICION en la sucesión de Faustino Santamaría, fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 739

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CIVIL.—FALSEDAD Y SIMULACION. Se declara infundado el recurso de revisión intentado por Rosa Suárez contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el concurso de acreedores seguido a los bienes de Manuel Suárez G.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. 741

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena en que se declara rescatado un contrato entre Francisco Vergara y Salvador Cura.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón .. 746

SE DECLARA IMPROCEDENTE EL RECURSO DE CASACION interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de venta del bien hipotecado promovido por Neftalí Castro contra Carlos Ramírez Villegas y otros. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta 746

LEYES DE DEUDAS.—MORA EN LA OBLIGACION DE PAGAR CANTIDADES DE DINERO.—Se casa parcialmente la sentencia de graduación de créditos del Tribunal Superior de Bogotá en el ejecutivo de Marco A. Muñoz contra la Sociedad de Alejandro Barriga e Hijos.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 748

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES. — SOCIEDAD DISUELTA.—DURACION DE LA SOCIEDAD DESPUES DE SU DISOLU-

Pág.

CION.—REPRESENTACION EN JUICIO DE LAS SOCIEDADES DISUELTAS. EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA. — LIQUIDACION. PERJUICIOS MORALES. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario de Carlo Pagnamenta & Cía. contra Bruno Botta.—Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 758

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PENSION CIVIL.—Se concede a favor de la señora Blanca Consuegra v. de Delgado. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 764

AUTO EJECUTIVO APELADO.—Se confirma el dictado por la Sindicatura del Impuesto de herencias, asignaciones y donaciones contra los representantes de la sucesión del señor Eustacio de La Torre Sánchez.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 765

SE DECLARA INCOMPETENTE LA CORTE PARA CONOCER DEL INCIDENTE EXCEPCIONES en el ejecutivo del Juzgado de Rentas de Medellín contra el señor Alfonso Toro Z.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 766

PENSION CIVIL.—Se abstiene la Corte, por carencia de jurisdicción, de conocer en la solicitada por el señor José M. Balcázar. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 767

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. FENECIMIENTOS.—Se declaran no probadas las propuestas en el ejecutivo del Juez de Ejecuciones Fiscales de Bogotá contra el señor Eduardo D. Pardo.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 769

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO. SOCIEDADES EXTRANJERAS EJECUTADAS PARA EL PAGO DE IMPUESTOS FISCALES.—SU PERSONERIA EN JUICIO PARA EL EFECTO DE SER EJECUTADAS.—Se revoca el auto ejecutivo de la Sindicatura de Lázaretos de la Administración de Hacienda del Atlántico contra The Colombia Railways & Navigation Co.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 770

SE CONFIRMA UN AUTO DE EXCEPCIONES.—COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS JUICIOS EN QUE SE COBRAN CREDITOS DEPARTAMENTALES, CUALQUIERA QUE SEA SU CUANTIA.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Medellín en el ejecutivo de la Administración de Rentas Departamentales de Antioquia contra el señor Antonio Velásquez.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 773

EXCEPCIONES. — CUENTAS ANTE LA CONTRALORIA.—Se declaran no probadas las excepciones en el ejecutivo de la Nación contra los herederos de la señora María Cadena de Fernández, como tales del señor Julio Fernández.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 8

DEMANDA SOBRE RECOBRO DE LA NACIONALIDAD COLOMBIANA.—Se abstiene la Corte de hacer las declaraciones pedidas por el señor Guillermo Sinábeim, por carencia de jurisdicción.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 779

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

ARTICULACION DE DESEMBARGO.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Medellín en la articulación de desembargo de una casa de propiedad de la Nación embargada en el ejecutivo de Agripina Díaz Q. contra Petronila Dávila. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 788

REPOSICION.—No se accede a reponer el auto de 7 de octubre último, que confirma el del Tribunal Superior de Medellín, en las diligencias de desembargo de una casa de propiedad de la Nación.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 795

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Proosmium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLV. BOGOTA — DICIEMBRE DE 1937 NUMERO 1930

CONCEPTO DE LA MEDIANERIA

Por Primo Paraguai

El significado técnico y jurídico de medianería es el de condominio de los muros, paredes, fosos, cercos, o de obras divisorias, en los confines de dos heredades contiguas pertenecientes a distintos dueños.

La medianería, entonces, es una relación jurídica, referente a la copropiedad de una obra divisoria entre dos heredades contiguas; concepto eminentemente jurídico, que concentra y encierra los derechos y obligaciones de los copropietarios.

La obra está allí para determinar el límite de dichas heredades; pudiendo, además, servir de defensa si es una cerca, alambrado o seto; de apoyo de edificios si es un muro, de saneamiento o distribución de agua si es un canal, foso o zanja; y siempre para utilidad recíproca y por igual de los vecinos linderos y copropietarios.

Esta situación legal respecto de dichas divisorias importa en derecho un verdadero condominio o la medianería sobre los mismos; por lo cual se dice que ellos son medianeros. Y la misma obra, sobre la cual uno solo de los vecinos puede invocar el derecho de propiedad, no es medianera sino exclusiva o privativa. Unicamente será medianera cuando ambos vecinos puedan invocar igual derecho de uso por el condominio sobre la misma.

Medianería, pues, en nuestro derecho es un concepto jurídico idéntico y de igual contenido que —condominio—, relacionado siempre a obras divisorias de heredades contiguas de distintos dueños. Y de un significado y contenido idéntico al francés de —mitoyenneté—. De manera que siempre será para el derecho una sola y misma entidad jurídica: muro medianero —mur mitoyen—, muro comune—, party wall, comon wall, wall in common, joint wall, parthnership wall, pared mela y paries communis.

Naturaleza de la medianería.

De lo dicho resulta, entonces, que la medianería por su carácter y naturaleza es un condominio y por lo tanto un verdadero derecho real, que somete la obra divisoria a la

sección y voluntad de los propietarios de las heredades contiguas (art. 2506 del Código Civil).

La igualdad jurídica que inviste uno y otro condómino, respecto de la obra divisoria y la idéntica situación legal de las heredades confinantes con la misma, hace que no pueda ser considerada como servidumbre la naturaleza del derecho que tiene cada condómino sobre la obra divisoria; pues, no hay respecto de ésta predio dominante, ni predio sirviente, ni subordinación alguna de un predio a otro, en razón de la obra divisoria por la cual un predio aumenta y el otro disminuye, que es lo que constituye la esencia y contenido de la servidumbre, como dice Ulpiano.

Pero, esta forma de considerar la naturaleza del condominio del muro divisorio no es uniforme en la legislación y en la doctrina; siendo, aún hoy, considerada por varias de ellas como una servidumbre; debido, sin duda, a la milenaria tradición romana y a sus comentadores y glosadores que al tratar del —paries communis— lo incluían en la parte de Servitutibus praediorum urbanorum (1). A lo cual debe agregarse la observación y el hecho de que el muro divisorio está allí para un fin determinado: dividir y soportar la carga, no por voluntad de los vecinos sino —que legis—. Por cuya razón la medianería es allí considerada como una servidumbre legal (2).

La naturaleza de la medianería y las innovaciones de la reforma

En contra del concepto técnico-jurídico del término —medianería—, que hemos expuesto y que es el de nuestra ley positiva, la Reforma Civil, con el loable intento de aclarar una materia más difícil que engorrosa, adopta una teoría en extremo novedosa sobre su naturaleza, diciendo que "ella importa sólo un crédito a favor del vecino que tenga derecho a cobrarlo" (1). Y en base a ello establece una diferencia jurídica entre muro común y muro medianero; siendo muro común el muro levantado en terreno común por uno solo de los vecinos; y muro común y medianero el levantado a comunidad de gastos o por el cual el vecino abonó el correspondiente importe, pudiendo ser con anterioridad al pago, común o exclusivo. De manera que a la materia de la medianería ya dificultosa en sí, no por falta de técnica de Véloz Sársfiel, que al tratar la institución lo hizo con gran conocimiento de la materia, pues superó al mismo derecho fuente, el francés, sino que las dificultades emergen de la propia naturaleza de la materia, si bien

(1) D. L. VIII. Tit. II.

(2) Código de Chile. Art. 851. "La medianería es una servidumbre legal en virtud de la cual los dueños de dos predios vecinos que tienen paredes, fosos o cercas divisorias comunes, están sujetos a obligaciones recíprocas".

De manera, que en esta legislación condominio del muro o medianería del mismo, no es una misma entidad jurídica, como no lo es la causa y el efecto. Y así como el condominio de dicho muro origina allí la medianería, o sea un estado o situación jurídica por el cual los condóminos —que legis— están subordinados a un régimen jurídico común y recíproco de obligaciones que llaman medianería, lo mismo podría decirse respecto del derecho de dominio de las heredades, cuando por razón de la vecindad y para el mejor uso y convivencia de los vecinos se impone una restricción al derecho de propiedad.

(1) Reforma del Código Civil, pág. 164. "Esta materia tan engorrosa en el Código y por ello fuente de continuas y encontradas interpreteciones, ha sido expuesta y dividida con más claridad. Con este fin voluntariamente debimos apartarnos de nuestra norma, fijando definiciones. Tal conducta la justifica la materia en cierto modo municipal. Por otra parte, las más de las veces nos hemos limitado a puntualizar conceptos, que aun cuando no muy claros aparecían en el Código"... y la medianería importa sólo un crédito a favor del vecino que tenga derecho a cobrarlo".

No hay duda que, a este estado o situación legal del condominio limitado y restringido se le podría dar también, un nombre especial, como lo dan el nombre de medianería a la situación jurídica surgida del hecho de que los dueños de dos predios vecinos con paredes, fosos o cercas divisorias están sujetos a obligaciones recíprocas. Pero cualquiera que fuese el nombre o término empleado, siempre es definitiva, la verdadera naturaleza, carácter y contenido del término, vocablo o institución, sería el de una restricción o limitación al dominio, que es lo que interesa y da la verdadera noción de la situación legal. Y ello es tan cierto que a pesar de definir la medianería como una servidumbre legal, la articulación que hace el codificador de la institución la hace considerando y tratando a la medianería como un verdadero condominio en su adquisición, presunción, uso, abandono, etc., cuyas relaciones se rigen por el condominio y no por las servidumbres, cuya inaplicabilidad demuestra la inexistencia de tal servidumbre.

El Código Civil del Uruguay también considera a la medianería como servidumbre, ya que en la Sección III del Libro II, Tít. IV, trata de las "Servidumbres de demarcación, cerramiento y medianería". Lo mismo que el Cód. Napoleón, el italiano, y la gran mayoría inspirados en el primero. Pero los tratadistas y la misma jurisprudencia, salvo la de la Corte de Casación de Francia, a pesar de las disposiciones legales, están de que tal relación jurídica es un condominio de medianería forzosa, y no una servidumbre legal.

lo son más en otras legislaciones (2), la Reforma le agrega una nueva, que consideramos errónea, como asimismo la clasificación de muros y obras divisorias, por estar en contradicción manifiesta con la doctrina, verdad y realidad y con el agravante de su desfiguración jurídica de derecho real en derecho personal.

Y el error de la Reforma, tanto en la definición como en determinar la naturaleza de la medianería, aparece tan evidente en forma tan somática, que cuando ella pasa a articular la Institución, desde el art. 1594 al 1612, no tiene en cuenta el concepto o contenido jurídico del derecho creditorio, sino que considera a la medianería como un verdadero derecho real de condominio. Tánto es el poder y fuerza de la naturaleza de las cosas e instituciones, que el apartarse de ella por ficciones y teorías es reconocerla y confirmarla, cuyo ejemplo tenemos en el art. 1600 de la Reforma, que trata de la adquisición de la medianería.

Dice: "Todo propietario, cuya finca linde con un muro exclusivo, tendrá la facultad de adquirir la medianería en toda su extensión, o sólo en la parte que alcance a tener la construcción de su propiedad, hasta la altura de las paredes divisorias, reembolsando la mitad del valor actual de la pared o de la porción que adquiera, como también la mitad del valor del suelo en que esté asentado, pero no podrá limitarla a sólo una parte del espesor. Cuando se quisiere adquirir tan sólo la porción de la altura que corresponda a los muros separativos, abonará el valor de los mismos con los cimientos usuales, sin que le sea permitido hacerlo por menos de tres metros".

De lo cual resulta que el propietario vecino tiene la facultad de adquirir la medianería en toda la extensión del muro divisorio, o sólo en la parte que alcance a tener la construcción de su propiedad, hasta la altura de las paredes divisorias, pagando la mitad del valor actual de la pared.

Si la medianería es un derecho creditorio y de consiguiente una relación jurídica de persona a persona, al pagar el deudor el importe de la medianería, paga el importe del crédito, que es el de su obligación; quedando ésta extinguida, tanto —in jure condito— como —injure condendo—; lo que la misma Reforma reconoce y establece en su art. 685:

"La obligación se extingue por el cumplimiento de la prestación". El que cancela una obligación no adquiere el derecho del acreedor, por la imposibilidad jurídica de tener un derecho contra sí mismo; bastándole al deudor la desaparición y extinción del "vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei". Y así resulta en nuestro derecho positivo y en el comparado, por ser ello de la naturaleza de la obligación.

Pero, en cambio, según la Reforma, al pagar el deudor la mitad del valor actual de la pared (que adeuda según ella), adquiere la medianería de dicha pared o de una porción de la misma, según el valor del reembolso que haga; más aún, si paga la mitad del valor del suelo, también adquiere la mitad de éste, o sea la medianería del mismo; no pudiendo limitarla a una parte del espesor de la pared, como dice el citado art. 1600. (El actual 2736).

"Cuando se quisiere, dice, adquirir tan sólo una porción de la altura que corresponde a los muros separativos (son tres metros), debe abonarse el valor de los mismos con los cimientos usuales según el art. 1600 citado". Pero si la medianería no es un condominio, sino un simple crédito, ¿cómo puede admitirse que al adquirir la medianería adquiera un crédito de o por tres metros de altura; ya que la medianería según la Reforma es un crédito y no un derecho real de condominio?

Yo puedo adquirir una pared de tres metros de altura por veinte de longitud / 0,45 mts. de espesor, como dice la Reforma y nuestro actual derecho positivo y el de todas las legislaciones sobre la materia. Pero, ¿cómo haré para adquirir un crédito de tales dimensiones geométricas, si según la Reforma, la medianería no es más que un crédito? El error jurídico de tal contenido es evidente. Y si a ello se agrega que el que adquiere la medianería es el mismo deudor del importe del crédito, al abonarlo, no hará más que extinguir su obligación por medio de la prestación efectuada (art. 685 de la Reforma). En cambio, el vecino que efectúa tal pago adquiere una cosa o el derecho de copropiedad sobre la misma, lo que importa reconocer que la medianería es un derecho real y no personal.

(2) En otras legislaciones la Institución figura como servidumbre y sin embargo las relaciones recíprocas de los copropietarios no son —jure servitutis— sino —jure dominii—, cuya situación no puedo menos que embarazar al magistrado y al profesional en la aplicación del derecho medianil a casos prácticos del mismo.

Y si se agrega que en ellas se discute aún el significado y alcance de —titre—, si debe entenderse título o instrumento y si debe proceder o no de la parte o de su autor, lo que en nuestro derecho está resuelto en preceptos legales categóricos, bien se verá el esfuerzo y acierto que desplegó Véles Sársfield en esta materia.

Otro grave inconveniente es el que resulta de los arts. 1595 y 1601 de la Reforma, pues, por el primero, "cuando un muro separativo de dos heredades sólo se asiente en el terreno de uno de ellas, es exclusivo del dueño de aquélla en que se encuentra"; y por el segundo, ese mismo muro se presume medianero si divide dos edificios contiguos.

¿Cuál de ellos primará en la aplicación?

Para fijar el carácter de muro medianero, el legislador presenta como título adquisitivo una simple —praesumptio juris tantum—; en cambio, para fijar el de privativo lo hace en base a una declaración expresa que radica en la accesión y cuyos principios y consecuencias la Reforma mantiene hasta sus últimos extremos.

No importa ello aumentar el número de las dificultades de la materia, que no son pocas, con otras no menos dificultosas en la hermenéutica de la ley?

Y el Juez que la ha de interpretar, también se encontrará que el condómino que reconstruye el muro medianero debe tomar el excedente de terreno para dar mayor espesor al nuevo muro del propio, en virtud del art. 1604; y en cambio, el vecino que reconstruye un muro privativo del otro vecino, puede avanzar hasta 0,225 mets. en el terreno de este último, por facultarlo así el art. 1607. La desigualdad jurídica es evidente.

Por último, vemos que el Proyecto mantiene el error del Codificador actual y del art. 2742, al decir que "los cerramientos medianeros en los predios rústicos deben hacerse a comunidad de gastos", siendo así que en la campaña no hay cerramientos medianeros que hacer, sino limítrofes, y el carácter de medianero que es término —netamente jurídico— surgirá de circunstancias especiales, bien sea por la contribución común de los vecinos en la obra divisoria, o por la adquisición posterior de uno de ellos. La técnica jurídica también es olvidada en la articulación de la materia.

Inconvenientes del nuevo derecho

Un inconveniente legal y no de menor importancia es el que resultaría en la aplicación de los casos prácticos el nuevo derecho de la Reforma. Si la medianería es un simple crédito por naturaleza y carácter, en la solución de aquéllos por ausencia de preceptos de ley positiva, habrá que recurrir al derecho general de las obligaciones para dirimir relaciones surgidas del condominio de los muros, cercos, fosos, etc. ¿Puede darse el caso de algo más anormal en la aplicación práctica del derecho medianil? ¿Aplicar los principios de los derechos personales a las adquisiciones de cosas o derecho reales? Además, el sólo hecho de que la Reforma (y esto es una sabia y ordenada disposición) obliga a inscribir la adquisición de la medianería y el abandono de la misma en el Registro, para que produzca el efecto legal, ¿no es ello una demostración evidente de la naturaleza del derecho real de la medianería?

La naturaleza y función jurídica y social del Registro está en relación directa con la naturaleza y carácter de los derechos que en él se inscriben o deben inscribirse. ¿Y no es muy sintomático de que deba inscribirse la medianería de un muro y de una banda de terreno por reducida que sea, para que tenga el efecto legal, al igual que el condominio o comunidad de un predio de mayor extensión?

¿Acaso la diferencia de superficie puede desvirtuar la naturaleza de uno y de otro derecho? ¿Uno creditorio y real el otro?

La inconsecuencia y contradicción es de una evidencia demasiado saliente y somática.

Sin embargo, podría argumentarse que según la Reforma, el concepto de la adquisición de la medianería en una determinada extensión del muro significa el crédito, el importe o el valor que el propietario exclusivo del muro tiene derecho a cobrar por esa determinada extensión y a cuyo pago el vecino no puede oponerse, por cuanto la medianería es forzosa en el derecho actual

Aún así, ello siempre importaría una impropiedad y una confusión en las relaciones jurídicas, al igual si se pretendiese decir que todo propietario de una cosa tiene un crédito por el valor total de su inmueble hacia el cedente o adquirente, o de la mitad, si en tal proporción cede el dominio:

Primeramente, porque antes de la transferencia no tiene crédito alguno contra nadie, sino que tiene algo más que eso y más seguros aún, que es el dominio y la propiedad de la inmueble. De ahí la importancia del privilegio de dominio en los concursos, que figura en primera línea.

Y en segundo lugar, cuando voluntaria u obligatoriamente cede la medianería, no cede crédito alguno, sino la cosa, la mitad del terreno y la mitad del muro que forman un todo jurídico indivisible y por cuya cesión el adquirente entra en el condominio con el vecino cedente de la medianería.

Además: Esta manera de obrar y de actuar, por la cual una persona dueña exclusiva de una cosa, debe —ope legis— ceder el condominio de la misma por el pago corres-

pondiente, ¿qué importa y qué consecuencias jurídicas produce?

La propiedad exclusiva de la cosa o el dominio exclusivo del cedente y vecino queda reducida a la mitad y la otra mitad ha pasado al adquirente y vecino contiguo, por el pago del importe correspondiente. En tal forma, que según la misma Reforma, en su art. 1603 dice que, la adquisición de la medianería coloca a cada uno de los vecinos en pie de igualdad (lo dice también y con más acierto nuestro art. 2748) por un condominio igual y del mismo contenido.

Al dominio total del muro del cedente sobre el mismo en su nueva situación jurídica patrimonial, sucedió el condominio por mitad, más la adquisición de una suma de dinero o valor igual por la otra mitad cedida. Y el cesionario en subrogación a dicho importe, adquiere la otra mitad del muro o el condominio del mismo; pues, al desprenderse el cedente de la mitad del muro o de la mitad del dominio, éste, en el curso de la operación no se transforma en un crédito, sino tal cual se halla en el patrimonio del cedente pasa, en toda su integridad jurídica, al del vecino cesionario; quien por el pago, recibe y agrega su patrimonio no un crédito (que no podría cobrar a nadie, por carencia de deudor), sino la mitad del muro o de la fracción correspondiente, lo que importa la adquisición de un derecho real sobre la cosa, objeto de la transacción. Y si esto según la Reforma se llama adquirir la medianería sobre un muro exclusivo, es irrefutable que la adquisición de la medianería importa la adquisición de un condominio y no de un crédito. Por lo cual la medianería es, irrefutablemente, un condominio y no un crédito.

(Continuará)

(De la "Revista del Colegio de Abogados" de Buenos Aires).

SALA PLENA

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 4º DE LA LEY 107 DE 1936, SOBRE IMPUESTO DE VALORIZACION

No pugna la Ley 107 de 1936, en la parte que ha sido acusada, con ninguno de los preceptos de la Constitución Nacional, y armoniza muy bien, por el contrario, con el espíritu de la reforma que en materia de propiedad estatuyó el constituyente de 1936 al consagrar en el artículo 10 del Acto Legislativo número 1º, reformatorio de la Carta, que la propiedad es una función social que impone obligaciones.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

El doctor Esteban Jaramillo, en su condición de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción conferida por el artículo 149 de la Constitución Nacional, ha pedido a la Corte Suprema que declare inexequible el artículo 4 de la ley 107 de 1936, en la parte que él considera inconstitucional.

Conocido el concepto del señor Procurador General de la Nación, adverso a las pretensiones del demandante, la Corte procede a estudiar el texto legal acusado en confrontación con las normas y preceptos constitucionales, para lo cual considera:

El artículo 4 de la ley 107 de 1936, dice así:

"El impuesto directo de valorización establecido por el artículo 3º de la ley 25 de 1921 y de que trata el punto c) del artículo precedente, que cobrará el Gobierno, será equivalente al valor total de las obras ejecutadas, más un treinta por ciento (30%) del beneficio que los terrenos desecados o regados recibieren una vez construídas dichas obras, y se repartirán en forma proporcional al beneficio que las tierras obtuvieren".

La demanda o pedimento de inexequibilidad no cobija toda la preinserta disposición legal, sino que se limita a "que se declare inexequible dicho artículo en cuanto incluye como parte del impuesto directo de valorización un treinta por ciento del beneficio que los terrenos desecados o regados recibieren una vez construídas dichas obras".

Afirma el demandante que esta parte de la ley es violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, correspondiente al título "De los derechos civiles y garantías sociales", cuyo texto dice:

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Todas las consideraciones de la demanda se encaminan a demostrar que el "impuesto de valorización", en la forma en que está establecido en la ley acusada, no consulta la esencia misma de tal gravamen a la luz de la definición que dan insignes profesores de la ciencia fiscal, ni la manera como ha sido implantado en otras partes, ni los principios fundamentales de la justicia tributaria, y de ahí deduce que tal tributo, en cuanto excede del exacto valor de las obras de beneficio ejecutadas por el Estado, constituye un acto de expropiación o un acto confiscatorio que pugna con los preceptos constitucionales que amparan el derecho de propiedad privada. En síntesis, las alegaciones

del demandante se reducen a afirmar que el gravamen denominado "impuesto de valorización", es, de acuerdo con la definición del profesor Edwin R. A. Seligman, "contribución obligatoria impuesta para atender el gasto que demandan obras de interés público que benefician determinadas propiedades raíces"; que en esta definición está determinada con absoluta claridad la esencia misma del gravamen; que la ley 25 de 1921, que creó el impuesto entre nosotros, se conforma con esta naturaleza esencial del gravamen, pues en su artículo 3º se estatuyó que la contribución está "destinada exclusivamente a atender a los gastos que demanden dichas obras", y que este mismo concepto fue reproducido y ratificado en el artículo 4º de la ley 51 de 1926.

Apoyado en la definición de Seligman y en los antecedente legales de que se acaba de hacer mención, asevera el doctor Jaramillo "que el impuesto de valorización sólo se justifica como un medio de reembolsarle al Estado los fondos invertidos por él en la ejecución de las obras que han de beneficiar determinadas propiedades. Pero hacerlo aplicable a la adquisición por el Estado de una parte de aquellos beneficios, es desvirtuar la esencia misma del impuesto convirtiéndolo en máquina de expropiación sin indemnización alguna, es decir, en elemento de confiscación, violando así la disposición constitucional que garantiza la propiedad privada".

No data solamente del año de 1921 el establecimiento de esta especie de imposición para el reembolso de los fondos públicos que el Estado gaste en obras destinadas por su propia naturaleza a beneficiar determinadas propiedades inmuebles; en el año de 1887 el Consejo Nacional Legislativo dictó la ley número 23, reformada en el año siguiente por la número 137, en que se autorizó al Gobierno para ejecutar las obras destinadas a impedir o disminuir las inundaciones de los ríos, previo examen y determinación de las obras por medio de ingenieros competentes y estableció la obligación para los dueños de los terrenos beneficiados por esas obras la obligación de pagarlas a prorrata del valor de su propiedad inundable, invistiendo al empleado encargado del recaudo de la jurisdicción que concede la ley a los empleados que tienen a su cargo el cobro de las rentas y contribuciones nacionales.

El Decreto Legislativo número 40 de 1905, ratificado con el carácter de ley, por medio de la número 6 de ese mismo año, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, estableció también a cargo de los propietarios de terrenos colindantes beneficiados por las obras públicas para desecación de lagunas, ciénagas y pantanos la obligación de pagar a la persona o entidad que ejecutara la obra, la diferencia entre los avalúos que se practicaran antes de ejecutarla y después de su terminación.

(La Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles estos dos actos en sentencia de fecha 21 de noviembre de 1912, por considerar que no se establecía una verdadera imposición fiscal, puesto que al ordenar que la diferencia de avalúos se entregara a la persona que había ejecutado la obra, no ingresaba tal suma al tesoro público, como debe ocurrir indispensablemente con todas las contribuciones fiscales).

Pero fue la ley número 25 de 1921 la que estableció el gravamen dándole la denominación técnica que le corresponde, al decir en su artículo 3º:

"Establécese el impuesto de valorización, consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, como limpia y canalización de ríos, construcción de diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas, contribución destinada exclusivamente a atender los gastos que demanden dichas obras".

El impuesto así establecido debía tasarse por Juntas especiales sobre catastros de las fincas beneficiadas y en proporción al valor del inmueble, al beneficio reportado con la construcción de las obras y al costo de éstas, durante el tiempo necesario para que con el producto del impuesto pudieran realizarse totalmente las obras materia de su creación.

La ley 51 de 1926 reformó la anterior, y conservando el principio de la destinación del impuesto para reembolsar los fondos que hayan servido para la ejecución de las obras, estableció que el monto del tributo es el costo total de ellas, más un diez por ciento (10 por ciento) como remuneración al Gobierno.

A esta ley sobrevino la número 107 de 30 de abril de 1936, de la que hace parte la disposición acusada, y la cual, en síntesis, dispone en lo pertinente:

Los dos primeros artículos autorizan al Gobierno Nacional para verificar estudios técnicos sobre las zonas del país susceptibles de ser regadas o desecadas económicamente y para ejecutar las obras necesarias de regadío o desecación en los casos en que tales estudios demuestren que se justifican social y comercialmente.

El artículo 5º dispone que la tasación del impuesto se hará sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse

con las obras, teniendo en cuenta su valor antes de la ejecución y el mayor valor que reporten de las susodichas obras.

De acuerdo con el artículo 7º, el Gobierno no puede proceder a cobrar el impuesto de valorización sino después de que se ejecuten las obras y se haga notorio el beneficio. Es sobre este beneficio, consistente en el aumento de valor del inmueble representado en la diferencia de los avalúos catastrales, sobre lo que se deduce el porcentaje del impuesto que establece el artículo 4º acusado, además del valor de las obras repartido a prorrata entre los dueños beneficiarios.

La erogación que el artículo 3º de la ley 25 de 1921 impuso a los dueños de las propiedades raíces especialmente beneficiadas por la ejecución de obras públicas de interés local, consistente en una contribución a prorrata del beneficio y hasta concurrencia del valor de las obras, no constituye propiamente, de acuerdo con los principios que reglan la ciencia tributaria, un impuesto, un gravamen, que implica el desprendimiento de una parte de la riqueza particular en favor del erario público sin un sentido de equivalencia ni de compensación. Es más bien que un fenómeno de tributación fiscal, una asociación impuesta, un consorcio obligatorio, como lo llaman algunos tratadistas, para la realización de obras como saneamientos, irrigaciones, desecaciones y otros trabajos públicos en que a la vez que se benefician algunos particulares se obtiene también un beneficio general indirecto para la comunidad. No pugna esta interpretación con la definición del profesor Seligman, traída por el demandante y que habla de contribución obligatoria impuesta para atender al gasto que demanden obras de interés público pero que sólo benefician directamente determinadas propiedades raíces.

Se justifica que la ley 25 en referencia, hubiera usado el calificativo inmerecido de impuesto para denominar la contribución obligatoria bajo un régimen constitucional que consagraba un concepto restringido para el ejercicio del derecho de propiedad. Si la obligación de los dueños beneficiados por las obras públicas ejecutadas por el Estado se reducía a reembolsarle al tesoro fiscal el exacto monto de lo gastado por él en su ejecución, es evidente que sólo tenía lugar una benévola intervención estatal en provecho particular, pero en manera alguna la exacción de un gravamen fiscal.

Fue la ley 51 de 1926, reformatoria de la número 25 de 1921, la que comenzó a dar realidad fiscal al hasta entonces mal llamado impuesto de valorización, al establecer en su artículo 8º que los interesados beneficiados con obras que a juicio de la Sociedad Colombiana de Ingenieros fueran de "manifiesta utilidad pública, por producir un beneficio local de cuantía superior al impuesto de valorización que haya de cubrir el monto total de costo de las obras, más un diez por ciento como remuneración al Gobierno", estatuyó un impuesto, un arbitrio rentístico sobre un aumento de riqueza determinado por una acción oficial, que tiene amplia justificación y un fundamento jurídico indiscutible, porque, como lo dice el demandante en su tratado sobre Hacienda Pública, "si se han de construir obras que, aunque convenientes para todos, producen como resultado inmediato un beneficio y una valorización para determinadas propiedades, nada más justo que los dueños de éstas contribuyan con todo o parte del costo de tales obras, y que no se grave, para llevarlas a cabo, a todos los contribuyentes, muchos de los cuales poco o ningún provecho reportarán de ellas. Estas obras consisten generalmente en mejoras locales que tienden a elevar el precio de las propiedades, tales como pavimentación, ensanche y arreglo de calles, servicios de aguas, alumbrado, ornamentación y embellecimiento, alcantarillado, desecación de pantanos, regadíos, canalización de ríos y otras semejantes".

Sólo en la medida que el gravamen exceda el reembolso al Estado de lo que éste haya gastado en la ejecución de las obras de beneficio, es en lo que tiene realidad el impuesto; lo demás es una simple devolución de dineros públicos empleados en obras de beneficio particular que no tienen por qué pesar sobre el común de los contribuyentes. Las obras que dan ocasión y fundamento al gravamen de valorización, son generalmente las que por su naturaleza y magnitud y por comprender numerosos propietarios en común desacuerdo o imposibilidad financiera de realizarlas, necesitan de un empresario poderoso como el Estado con capacidad coercitiva y posibilidades muy grandes para su planeamiento y realización adecuada. Esta sola circunstancia justifica sobradamente desde todos los puntos de consideración, que el Estado no se limite al reembolso de sus dineros gastados sino que tome una parte del aumento del valor consecuencial de las obras realizadas por iniciativa, bajo la dirección y control de funcionarios públicos y con dineros del erario. Sea un concepto de remuneración a un servicio del Estado o de tributo que se impone en ejercicio de la potestad soberana sobre un incremento de valor de las fincas beneficia-

dos, el impuesto de valorización es justo y no pugna con ningún principio de la ciencia fiscal que enseña que la norma verdadera de todo sistema tributario es la capacidad económica de los contribuyentes. Al principio fundamental de que los ciudadanos deben contribuir en la medida de su capacidad económica, puede añadirse en este caso que la medida del beneficio que reporten de una gestión estatal determinada. "El gravamen de valorización se estableció únicamente sobre los propietarios de fincas raíces para la ejecución de obras públicas que redundan directamente en beneficio de ellos, de suerte que hay en este tributo una idea clara de remuneración por el servicio que el Estado presta a los dueños que lo pagan" (Hacienda Pública.—Jaramillo).

Si no está mal avenido el impuesto de valorización con los principios y normas de la ciencia fiscal, menos lo está con los preceptos de la Constitución Nacional que consagran el poder impositivo del Estado en sus artículos 29 y 69. La Carta no contiene texto alguno que prohiba el establecimiento de impuestos como el de valorización, ni condiciona tampoco el poder de imposición que corresponde al legislador con límites ni tasas. No está dentro de la órbita de las atribuciones de la Corte la determinación del punto hasta donde pueda ir el ejercicio de las facultades del legislador en relación con la cuantía de las contribuciones. Este límite en la calificación constitucional de los impuestos no puede resultar sino relacionando el poder soberano del Estado de imponer contribuciones con el amparo constitucional debido a la propiedad privada, cuando la cuantía del impuesto sea en tal forma exorbitante que abarque casi totalmente el valor de lo gravado, porque exigiéndosele así al contribuyente el importe de su propiedad o reduciéndosela a la completa improducción, llegaría a atentarse contra las garantías de ese derecho. Sólo en este caso de absorción por el impuesto de la cosa gravada o de impedimento de su uso y goce puede tener ocurrencia el acto confiscatorio o de expropiación incompatible con el derecho de propiedad que garantiza la Constitución de la República. Fuera de este caso, surge la idea de impuesto anticientífico, o de impuesto inconveniente, o simplemente de gravamen alto, pero no de contribución inconstitucional.

"Las leyes sobre impuestos —como lo ha dicho la Corte—, en sí mismas y en la manera de hacerlas efectivas, imponen por su naturaleza ciertas limitaciones a la actividad civil y comercial, y aún privan en parte de la propiedad privada, como necesaria retribución del servicio de la seguridad pública que el Estado presta y da. No es dable concebir leyes de impuestos exentas de semejantes efectos, pero no por eso se puede sacar la conclusión de que el legislador viola con ellas, cada vez que las expide, las garantías constitucionales de la propiedad". (Gaceta Judicial Nº 1800).

Después de advertir el demandante que esto de obligar a los propietarios a que cubran los gastos que demande la desecación de pantanos, como sucede en los valles de Ubaté y Chiquinquirá, y al mismo tiempo arrebatarles una gran parte del beneficio que reciben con tales obras, es cosa que no puede tolerar ni el más avanzado régimen constitucional de tendencias socialistas, expresa el temor de "que el costo de las obras sumado al treinta por ciento del beneficio o valorización, puede absorber la totalidad de dicho beneficio y aún dejar un déficit a cargo del propietario". Además de que no se justifica bien que una demanda de acusación contra una ley se funde en una situación de mera hipótesis, en una eventualidad que no corresponde a la realidad operante y ordinaria del ordenamiento, se observa en este caso que la disposición acusada no da base a la situación imaginada por el demandante, porque, según se vio al hacer la síntesis de los artículos pertinentes de la ley 107 de 1936, las obras de interés público local que dan ocasión al impuesto de valorización no pueden ejecutarse sino después de que el Gobierno haya hecho estudiar las zonas del país susceptibles de ser regadas o desecadas económicamente, y después de que el Ejecutivo Nacional, sobre el mérito de estos estudios técnicos, encuentre que tales obras se justifican social y comercialmente. Estas previas condiciones legales de seguridad excluyen la posibilidad de que el Estado imponga un negocio ruinoso a determinados propietarios, única manera de que se presente la situación ideada en la demanda de acusación. Sobre este punto, en que parece hacerse consistir la confiscación pretendida, se copian las razones con que en la vista del señor Procurador se combaten los temores del demandante:

"1—Porque repartido el valor de la obra entre grandes extensiones de tierras, su costo no podrá afectar el mayor valor obtenido, porque tratándose, como se trata, de una inversión, el monto de ésta debe agregarse necesariamente al valor anterior de la finca beneficiada;

"II—Porque no puede suponerse que el impuesto total del treinta por ciento (30%) sobre el beneficio, agregado al reembolso por el costo de la obra, vaya a constituir un déficit a cargo del propietario, porque el impuesto no se cobra sino cuando se hace notorio el beneficio, y porque esa suposición está en contra de los principios comerciales, económicos y sociales que se buscan con las obras, y que de modo esencial se previenen por la Ley 107, para entrar a ejecutarlas, y

"III—Porque con el impuesto establecido por el artículo 4º de la Ley 107 de 1936, el Estado no persigue incautarse las propiedades, confiscarlas ni tampoco expropiárselas a los dueños sin indemnizarlos, pues él se limita a establecer un impuesto sobre una parte del mayor valor que con su intervención ha obtenido el capital...."

"Y como el impuesto —añade la vista de la Procuraduría— no se cobra sino cuando, ejecutadas las obras, se ha hecho notorio el beneficio, es decir, sobre el resultante del valor de los inmuebles y de las obras, sobre el mayor valor que adquirieron los predios —descontando el valor de las fincas y lo reembolsado al Estado por las obras— sobre lo que se causa el impuesto, es indudable que ese mayor valor ha aumentado la capacidad tributaria real del obligado al impuesto y la capacidad productiva real del capital, y una y otra son sanas materias de imposición de los tributos".

No pugna la Ley 107 de 1936, en la parte que ha sido acusada, con ninguno de los preceptos de la Constitución Nacional, y armoniza muy bien, por el contrario, con el espíritu de la reforma que en materia de propiedad estatuyó el constituyente de 1936 al consagrar en el artículo 10 del Acto Legislativo número 1º, reformatorio de la Carta, que la propiedad es una función social que impone obligaciones. Se inspiró sin duda esta reforma en el concepto moderno que enseña que la propiedad, desde el punto de vista económico, es un medio de producción que interesa no solamente a su titular y beneficiario, sino a la sociedad entera, cuya vida contribuye a alimentar. Con este criterio fundado en el doble interés, social e individual, las leyes imponen cada día nuevos límites racionales al ejercicio arbitrario del derecho absoluto de dominio tal como venía establecido en la vieja definición del código civil, y de esta manera es posible obligar al dueño de las tierras a ponerlas en cultivo porque el título de propietario lleva implícita la obligación de darle a su derecho una actividad social dentro de un sentido de solidaridad que conduzca al acrecimiento de la riqueza general y del bienestar común.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia, en ejercicio de las funciones constitucionales que le señala el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación,

resuelve:

Es exequible el artículo 4º de la Ley 107 de 1936, en la parte que fue objeto de la acusación, esto es, en cuanto incluye como parte del impuesto directo de valorización "un treinta por ciento (30%) del beneficio que los terrenos desecados o regados recibieron una vez construídas dichas obras".

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y en el Diario Oficial, archívese el expediente, y envíese copia al Ministerio de Hacienda.

Liborio Escallón.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica.—Pedro Alejo Rodríguez.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

FACULTAD IMPOSITIVA DEL LEGISLADOR

Serían inconstitucionales aquellas leyes que, a pretexto de establecer impuestos, quebrantaran algún derecho civil o desguarnecieran alguna garantía social. El legislador no puede hacer fraude a la constitución de la república. El poder de imposición no es soberano. El congreso, las asambleas y los concejos deben ejercitarlo dentro de la moral cristiana y sin abusar de su derecho a hacer leyes.

SALVAMENTO DE VOTO

del magistrado Moreno Jaramillo

Acepto la parte resolutiva del fallo sobre impuesto de valorización. También lo fundamental de sus motivos. Por eso estas líneas no son estrictamente salvamento de voto. Más bien cierta salvedad, o, si se quiere, cierto testimonio breve que deja un ciudadano contra algunos términos demasiado amplios de este párrafo contenido en la sentencia:

".....La Carta no contiene texto alguno que prohiba el establecimiento de impuestos como el de valorización, ni condiciona tampoco el poder de imposición que corresponde al legislador con límites ni tasas. No está dentro de la órbita de las atribuciones de la corte la determinación del punto hasta dónde pueda ir el ejercicio de las facultades del legislador en relación con la cuantía de las contribuciones. Este límite en la calificación constitucional de los impuestos no puede resultar sino relacionando el poder soberano del Estado de imponer contribuciones con el amparo constitucional debido a la propiedad privada, cuando la cuantía del impuesto sea en tal forma exorbitante que abarque casi totalmente el valor de lo gravado, porque exigiéndosele así al contribuyente el importe de su propiedad o reduciéndosela a la completa improducción, llegaría a atentarse contra las garantías de ese derecho. Sólo en este caso de absorción por el impuesto de la cosa gravada o de impedimento de su uso y goce puede tener ocurrencia el acto confiscatorio o de expropiación incompatible con el derecho de propiedad que garantiza la constitución de la república. Fuera de este caso, surge la idea de impuesto anticientífico, o de impuesto inconveniente, o simplemente de gravamen alto, pero no de contribución inconstitucional".

Partidario de Hauriou en su concepto de que aun las leyes constitucionales están sometidas al control de los jueces, me alarma el principio de que hasta por leyes ordinarias se pueda ejercitar la facultad impositiva sin que el congreso esté condicionado por la carta "con límites ni tasas".

Si bien la constitución no trae ningún texto que encierre dentro de términos exactos el ejercicio de la potestad impositiva correspondiente al legislador, tengo como norma segura en derecho constitucional y en hacienda pública, la de que serían inexequibles aquellas leyes que, a pretexto de establecer impuestos, quebrantaran algún derecho civil o desguarnecieran alguna garantía social.

El legislador no puede hacer fraude a la constitución de la república.

Los impuestos que por su cuantía equivalieran a expropiar sin sentencia judicial ni previa indemnización; los que confiscaran; los que atentaran contra las libertades de prensa, de petición, de enseñanza, etc., etc.—gravando prohibitivamente los periódicos o las solicitudes a las autoridades o el desempeño de cátedras—; los que no tuvieran en cuenta la capacidad o habilidad económica del contribuyente directo; los que hicieran pagar más al pobre que al rico; los que fomentaran la inmoralidad; los impuestos, en fin, que atentaran contra la justicia fiscal, serían inconstitucionales, y la corte debería declararlos inexequibles. Luego el poder de imposición no es soberano. El congreso, las asambleas y los concejos deben ejercitarlo dentro de la moral cristiana y sin abusar de su derecho a hacer leyes.

No formulo a la corte el cargo de que ella niegue los anteriores principios. Por eso no he hecho un salvamento de voto. Simplemente deseo que con esta sencilla glosa a un párrafo suyo, escrito en forma demasiado general, se eviten interpretaciones perjudiciales para el criterio jurídico del país.

Recuerdo, por fin y remate, que el impuesto no es sino una relativa porción y que en el campo tributario al césar no se le debe más que eso.

Bogotá, diciembre 3 de mil novecientos treinta y siete.

Miguel Moreno J.

SALVAMENTO DE VOTO

del Magistrado Dr. Juan Francisco Mújica.

Mi salvamento de voto se refiere únicamente al considerando que en seguida transcribo, porque el criterio de éste se inspira en una teoría que es distinta de la mía en materia constitucional. Por lo demás, este salvamento tiene un simple valor académico, dado que la Corte, por ejemplo, no tacharía, aún apoyándose en tal considerando, un impuesto sobre sucesiones con el pretexto de que su alto porcentaje socava la propiedad privada, como tampoco un alto impuesto sobre aduanas por considerarlo tan exorbitante que abarque más del valor de lo gravado.

"No está dentro de la órbita de las atribuciones de la Corte la determinación del punto hasta donde pueda ir el ejercicio de las facultades del legislador en relación con la cuantía de las contribuciones. Este límite en la calificación constitucional de los impuestos no puede resultar sino relacionando el poder soberano del Estado de imponer contribuciones con el amparo constitucional debido a la propiedad privada, cuando la cuantía del impuesto sea en tal forma exorbitante que abarque casi totalmente el valor de lo gravado, porque exigiéndosele así al contribuyente el importe de su propiedad o reduciéndosela a la completa improducción, llegaría a atentarse contra las garantías de ese derecho. Sólo en este caso de absorción por el impuesto de la cosa gravada o de impedimento de su uso y goce puede tener ocurrencia el acto confiscatorio o de expropiación incompatible con el derecho de propiedad que garantiza la Constitución de la República".

Es clásica la distinción de los tres conceptos de ley en todo Estado burgués de Derecho como el nuestro. Esos conceptos son: el formal, el sustantivo y el político.

Respecto del primero no es necesaria explicación ninguna, porque se denomina ley a todo acto que emane del órgano legislativo dentro del procedimiento acordado para ello.

En su sentido sustantivo o material, la ley, para ser tal, exige, en el Estado burgués de Derecho, determinadas cualidades: generalidad, justicia, razonabilidad y rectitud, de las cuales, las tres últimas, por haber perdido su evidencia el derecho natural, han quedado hoy inoperantes por problemáticas. La primera de aquéllas subsiste como la única de las que fueron estribaciones ideales del estado de derecho y reviste el carácter de seguridad, porque, si se renunciase a ella, desaparecería aquél.

Orgánicamente es imposible que se realice el Estado burgués de Derecho, el cual se funda en la libertad y en la igualdad de los ciudadanos, sin que de antemano se halle implícitamente garantizado el carácter general de la ley. Generalidad que consiste en contener la posibilidad de una igualdad, considerando que se da ésta cuando existe una regulación general, desde luego que con ella necesariamente se afecta a una mayoría de casos.

La exigencia material de la ley en un impuesto se llena en cuanto el hecho típico que ello grava revista la posibilidad de su subsunción en la norma general. El ciudadano se torna en contribuyente, esto es, sometido al poder impositivo del Estado, tan pronto como realice el hecho típico contenido en el supuesto previsto por la norma general reguladora del impuesto.

Corresponde a la naturaleza del Estado burgués de Derecho la pretensión, en perenne trance de ser alcanzada, a que todas las actuaciones estatales, sin residuo posible, se verifiquen conforme a un sistema preestablecido de normas, quedando así limitado el Estado en sus actividades.

Para lograr esto es también por lo que se requiere como esencial a la ley, su generalidad, y de esta última cualidad deriva asimismo una aspiración a su permanencia.

Pero junto a ese concepto sustantivo o material de la ley propio del Estado burgués de Derecho, existe igualmente, por un imperativo de necesidad vital, un concepto político de ley que no contraría a aquel otro, y que prevalece sobre él.

Tal concepto de ley surgió con motivo de la lucha de la burguesía contra el monarca. Se trataba de impedir que, sin previo acuerdo, el acto del príncipe invadiera la libertad personal y la propiedad privada.

En el Estado burgués de Derecho, ese concepto político de ley, subsiste como el resultado inevitable de la organización misma política del Estado, en lo referente a su ordenación, esto es, a su vida misma, que se manifiesta actuando de arriba hacia abajo.

Así, pues, las leyes de contenido político, junto con las cualidades que informan el concepto material de ellas, encierran un acto de voluntad, tomada esta palabra en su significación de magnitud del ser que da nacimiento a un deber ser. Lo cual se conoce comúnmente con los nombres de acto de soberanía o acto del príncipe.

De acuerdo con la forma política de nuestro Estado burgués de Derecho, atribuye la Constitución a la representación popular, cuandoquiera que se la identifica en aquélla con el pueblo, el poder de realizar esos actos de soberanía, porque es propio de tal forma política democrática colocar la voluntad de la representación popular en lugar de la del pueblo.

El contenido político de la ley sobre impuestos lo dan los arts. 29, 69, ordinal 10, 90 ordinal 2º, 203 y 205 de la actual codificación constitucional.

Consecuencias de ese concepto político de ley, contenido en los artículos citados, son éstas: a) que es privilegio de las corporaciones populares estatales, establecer impuestos; b) que el impuesto es periódico y no permanente, a causa de que el acto de voluntad legislativa se manifiesta anualmente por medio de la aprobación del presupuesto, y c) que el impuesto es voluntario, en el sentido de que quien lo sufre lo consiente, debido a que son sus representantes los encargados de discutir la naturaleza de él y elaborar la tarifa fiscal.

Si se tiene en cuenta que, cuando una ley sobre impuestos reúne las condiciones jurídicas integrantes de los conceptos material y político, nunca puede ser confiscatoria ni de expropiación, porque éstos dos fenómenos jurídicos no pueden realizarse sino en relación con especies o cuerpos ciertos, la Corte ha procedido a establecer un límite empírico e inoperante al poder político estatal nuestro.

En efecto, son sujetos de un impuesto, cuando se reúnen las condiciones dichas, las personas que, por sus hechos, sus actos, sus actividades materiales o jurídicas originan una entrada, un gasto, un enriquecimiento, una mutación o un desplazamiento de mercancías, tomada esta palabra en su sentido marxista. El impuesto se cobra en dinero. Y no existe gravamen en especie.

Por ser la confiscación una pena, excluye la noción de igualdad. Y en cuanto a la expropiación, no debe perderse de vista que ella nunca se efectúa por medio de una ley sino con arreglo a una ley. Esto es, la ley regula de manera general las hipótesis dentro de las cuales es posible expropiar y los procedimientos que para ello deben adoptarse. El acto de expropiación, que es un un asunto concreto, se realiza como la aplicación al caso singular de esa norma general y se lleva a cabo por un órgano distinto del legislativo. De ahí que la ley de expropiación carezca de contenido político. No es un acto del príncipe o de soberanía.

De donde se concluye que no son ésos que la Corte ha señalado en el párrafo transcrito, los topes constitucionales al poder fiscal del Estado.

Juan Fernández Mújica

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO—ACCION DE "IN REM VERSO".

En la figura del enriquecimiento sin causa existe un desplazamiento de riqueza a cargo del que se presenta como acreedor y en favor del que ha recibido sin que tal desplazamiento esté apoyado en una causa. Es entonces el principio de equidad el que viene á restablecer el equilibrio entre los dos patrimonios, mediante el ejercicio de la acción denominada de IN REM VERSO. Esta acción no procede siempre, tiene el carácter de subsidiaria, de modo que no puede emplearse sino cuando el que ha pagado sin causa carece de todo otro recurso legal para obtener la prestación o el reembolso. Además del carácter de subsidiaria, esta acción no se ejercita cuando exista en un caso especial un texto legal que impida proponerla. La acción de repetición por el pago de lo no debido es una especie del género de enriquecimiento sin causa, especie condicionada y limitada tanto en el Código Civil francés como en el colombiano. El ejercicio de esa acción de repetición presupone la falta de causa proveniente de un error que puede ser hasta de derecho. La acción de repetición por pago de lo no debido no es otra cosa sino la acción de IN REM VERSO en el enriquecimiento sin causa, pero limitada y conformada a la naturaleza legal de aquella acción. El fundamento de ambas es el mismo: el enriquecimiento sin causa, y la posición del demandante también es la misma, lo que quiere decir que a éste incumbe la carga de la prueba y quizá de una manera más severa en la acción por el pago de lo no debido desde luego que se presume que el que da lo que no debe, lo dona, y esa presunción favorece a quien recibió el pago.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, octubre seis de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Antecedentes

1º—En el ejercicio de la acción consagrada por el artículo 2313 del C. C., Roberto Vélez demandó al municipio de Amagá para que se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que dicho municipio no tenía derecho de cobrarle las cantidades de dinero que tuvo que pagar por concepto de matadero y examen de carnes y animales destinados al consumo en los años de 1924 a 1928; b) Que el pago que hizo Vélez al municipio prenombrado, durante los citados años y en el concepto dicho, fue un pago de lo no debido, verificado por Vélez, por error de hecho y de derecho, y c) Que el municipio de Amagá está en la obligación de restituírle, en el término que se fije por el juez, la suma de $ 4,978.20.

2º—El hecho fundamental que sustenta la súplica es el siguiente: Por contratos celebrados entre el ferrocarril de Antioquia y Vélez, éste se comprometió a suministrar los víveres necesarios para los empleados y obreros que se ocupaban en la construcción del trayecto de la vía férrea de Medellín al río Cauca y estableció con ese objeto proveedurías en los parajes de "El Pedrero, La Delgadita y la Planta", situados en jurisdicción del municipio de Amagá. Por estar estos parajes a considerable distancia de la citada población y ser difícil y costoso para Vélez llevar los animales a la cabecera de la población para ser sacrificados en el matadero municipal, resolvió establecer mataderos en cada uno de los sitios ya nombrados. Vélez pagó al municipio de Amagá por derecho de matadero e inspección de carnes durante los años de 1924 a 1928, la suma ya expresada de $ 4,978.20.

3º—El representante del distrito de Amagá aceptó el hecho del pago por concepto de impuesto de degüello e inspección de carnes, aceptó igualmente que el ganado fue sacrificado en los parajes señalados por el demandante y se opuso a las pretensiones del actor; sostuvo que el Municipio de Amagá tenía razón para exigir el cobro de esos im-

puestos y que por lo tanto el pago fue debido.

4º—En sentencia de 1º de mayo de 1935 el juez 4º del circuito de Medellín negó las declaraciones impetradas por Vélez y el Tribunal Superior del distrito judicial de Medellín, en fallo de 31 de agosto de 1936, confirmó la sentencia del inferior.

5º—El representante del actor interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

La sentencia acusada

Se funda ésta en que el pago de los derechos a que se refiere el actor lo hizo en virtud de los Acuerdos expedidos por el concejo municipal de Amagá, que establecieron los impuestos que pagó Vélez, por lo cual la acción del artículo 2313 del C. C. no puede prosperar en este fallo. Además, estimó el Tribunal que está comprobado que el municipio prestó a Vélez los servicios de examen del ganado y de las carnes dadas al consumo. En síntesis, el Tribunal se expresa así: "Que la acción intentada por el señor Vélez no podrá prosperar porque no reúne las condiciones que la ley exige para ejercitar la condítio indebiti. No se ha demostrado el error en el pago... tampoco se ha establecido lo indebido de éste". "El Municipio, dice el Tribunal, estableció con lujo de probanzas que para hacerlo efectivo se basó en los acuerdos expedidos por el H. Concejo, acuerdos dictados en armonía con la ordenanza 50 de 1919, aprobados por la gobernación del departamento y vigentes mientras no sean anulados".

Demanda de casación

Alega el recurrente como causales de casación los motivos 1º y 7º del artículo 520 del C. J., los cuales pasan a estudiarse:

Señala como violados los artículos 2313 y 2316 del C. C., ya directamente, ya por errónea interpretación, por cuanto la sentencia dice que no se ha demostrado el error en el pago. Sostiene en apoyo de su tesis que los tres elementos que constituyen el fenómeno del enriquecimiento sin causa aparecen establecidos con claridad en los pagos hechos por el actor al municipio demandado, compaginados perfectamente con las exigencias de nuestro código civil.

La Corte considera:

El fenómeno jurídico del enriquecimiento sin causa, está constituído por los siguientes elementos: a) que por una parte haya habido un enriquecimiento; b) que por la otra haya habido un empobrecimiento, y c) que ello haya sido sin causa legítima. En otros términos, en la figura del enriquecimiento sin causa existe un desplazamiento de riqueza a cargo del que se presenta como acreedor y en favor del que ha recibido aún que tal desplazamiento esté apoyado en una causa. Es entonces, según los tratadistas, el principio de equidad el que viene a restablecer el equilibrio entre los dos patrimonios, mediante el ejercicio de la acción denominada de in rem verso. Esta acción no procede siempre, tiene el carácter de subsidiaria, de modo que no puede emplearse sino cuando el que ha pagado sin causa carece de todo otro recurso legal para obtener la prestación o el reembolso. Además del carácter de subsidiaria, esta acción no se ejercita cuando existe en un caso especial un texto legal que impida proponerla. Por donde se ve que hay estos otros dos elementos como complemento necesario de los otros tres ya relatados.

Tanto por la naturaleza de esa acción como por asumir quien la ejercita el carácter de actor, corresponde a éste la carga de la prueba, la demostración de la falta de causa en el pago que hizo a quien creyó su acreedor.

Como lo ha dicho la Corte, el ejercicio de esta acción se presenta en la legislación colombiana más fácil y expedito que en la francesa, por tener aquélla ciertos textos más expresos que ésta. No obstante, los Tribunales franceses han elevado ya a la categoría de doctrina la teoría de que se ha hecho mérito.

La acción de repetición, por el pago de lo no debido es, como lo observan Josserand y Ripert, una especie del género de enriquecimiento sin causa, especie condicionada y limitada tanto en el C. C. francés como en el C. C. colombiano, de modo que el ejercicio de esta acción específica sólo puede desarrollarse dentro de los términos limitativos que señala la ley y consagrados en el capítulo 2º del Título 33 del C. C. colombiano.

El ejercicio de esa acción de repetición presupone la falta de causa proveniente de un error que puede ser hasta de derecho. En otros términos, un pago a que no estaba obligado quien lo hizo y con el cual se empobreció éste y enriqueció a quien juzgó como su acreedor. Pero no es sólo esto, sino que la falta de causa no la considera el legislador en cuanto no ha habido una obligación civil, sino que es necesario que tampoco haya existido una obligación natural. La causa se presume siempre, aun cuando no se exprese, y la simple liberalidad es causa.

Son éstos los principios fundamentales de esa acción de repetición consagrados en los artículos 2313 y 2317 del C. C.

La acción de repetición por el pago de lo no debido no es otra cosa sino la acción de in rem verso en el enriquecimiento sin causa, pero limitada y conformada a la naturaleza legal de aquella acción. El fundamento de ambas es el mismo: el enriquecimiento sin causa, y la posición del demandante también es la misma, lo que quiere decir que a éste incumbe la carga de la prueba y quizá de una manera más severa en la acción por el pago de lo no debido desde luego que se presume que el que da lo que no debe lo dona, y esa presunción favorece a quien recibió el pago. Debe, pues, el demandante demostrar el error y la falta de causa en el pago, para que pueda prosperar su intención.

Aplicando lo anterior al caso del presente pleito, se tiene: el Tribunal partió, según se expresó antes, de la base de que el pago hecho por el demandante lo verificó éste en virtud de los Acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Amagá.

Efectivamente, el municipio demandado presentó copias debidamente traídas a los autos, de los varios Acuerdos que desde 1924 hasta 1928 establecieron los impuestos de degüello y examen de ganados. Estos elementos probatorios demuestran plenamente que el pago hecho por Vélez al Municipio de Amagá por concepto de impuesto de degüello y examen de carnes tiene una causa legítima, y si esto es así, la acción ejercitada no puede prosperar porque ella parte de la base de que no haya existido causa; pues los Acuerdos municipales son normas obligatorias para los habitantes de los respectivos Distritos y por eso enseña el artículo 63 del Acto Legislativo número 3 de 1910 que los acuerdos municipales son obligatorios mientras no sean anulados. Es claro también que no pudo existir ninguna clase de error en el pago, por cuanto por una parte el demandante sacrificó el ganado, sacrificio que causaba un gravamen, punto éste que no se discute y en el que están de acuerdo los litigantes, y por otra, que cuando ese hecho se verificó regían los acuerdos y al actor se le cobró y éste pagó, según la tarifa establecida en dichos acuerdos, lo cual tampoco se discute.

Sin que la Corte pueda entrar a estudiar la legalidad de tales Acuerdos, pues ese extremo, ni es de su competencia, ni es materia del debate, no está por demás observar que ellos están respaldados en la Ordenanza número 50 de 1919, de la Asamblea Departamental de Antioquia, y que como causa remota tienen como apoyo la ley 8ª de 1909, sobre descentralización administrativa. Más aún: la sola existencia y vigencia de esos Acuerdos impide la acción de in rem verso por cuanto dan causa al pago.

El artículo 1524 del C. C. tampoco fue violado por la sentencia recurrida, por la razón ya expresada arriba, es decir, porque existiendo verdadera causa en el pago de los impuestos, que estaban decretados por acuerdos vigentes, y siendo éstos obligatorios, el pago hecho por Vélez tenía por respaldo normas legales preexistentes. El recurrente hace una exposición técnica sobre impuestos y servicios ajena al debate, para concluir que no habiéndose prestado los servicios al demandante, especialmente sobre inspección de carnes, por este aspecto resulta indebido el pago hecho por éste al municipio de Amagá.

La Corte observa:

Los Acuerdos municipales de que se ha hecho mérito parten de la base de que son impuestos municipales el de degüello, lo cual en realidad no puede discutirse, y el de inspección de carnes, a lo cual, según consta de autos, estaba obligado el municipio de Amagá en virtud de disposiciones provenientes del gobierno de Antioquia.

Considerando que esa inspección tenga el carácter de servicio, es oportuno hacer notar que la prestación de éste por los municipios no responde a una finalidad estrictamente personal, como la de quien ocupa un tranvía municipal, sino que tiene una finalidad social, o sea, garantizar a la comunidad contra los graves males que produciría el expendio de carnes inadecuadas. Por eso juntamente con el impuesto de degüello se cobra el de inspección de carnes. Y si de aquí se dedujera que el impuesto de degüello sí es de cargo de quien sacrifica la res; pero el de inspección de la res y de la carne es servicio social que es injusto cobrarlo a él, ahí se encontrarían fundamentos para atacar los Acuerdos municipales; pero no para ejercitar, vigentes ellos, la acción aquí ejercida.

Por otra parte se observa que en este juicio ha sido el municipio de Amagá el que ha asumido la carga de la prueba y que comprobó plenamente que el servicio de inspección de carnes se había prestado al demandado y el Tribunal fallador estimó que la prestación de ese servicio estaba comprobada y por eso se expresa así en su sentencia: "consta que en los años de 1924 a 1928 el municipio mantuvo veterinarios y médicos oficiales para el examen de las reses y de las carnes que se daban al consumo. Numerosos testigos declaran que en los años citados el veterinario doctor Jorge Gutiérrez, el médico oficial doctor Julio Castrillón y los veterinarios señores Jesús Salazar y Pedro Julio Agudelo se trasladaban con frecuencia

a los mataderos establecidos por el señor Vélez en 'El Pedrero, La Delgadita y la Planta', con el fin de examinar las reses en pie y las carnes que se daban al consumo". No se ha demostrado que el Tribunal hubiera incurrido en error manifiesto de hecho al sostener esta conclusión deducida de las probanzas que aparecen en los autos.

Versando la demanda sobre repetición por pago indebido, absuelto el Municipio demandado en ese extremo, por estar comprobada la existencia de los acuerdos municipales que establecieron los impuestos de degüello de ganado e inspección de carnes, y demostrado que el municipio de Amagá prestó esos servicios, resulta que aún aceptando que el debate versara sobre distinción técnica entre los servicios e impuestos, el Tribunal conoció el fondo del asunto, de donde resulta que la sentencia está en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes y por lo tanto el segundo motivo de casación alegado no tiene fundamento.

Acusa el recurrente la sentencia por apreciación errónea de la prueba y basa principalmente su acusación en que no está acreditado en autos el establecimiento de los impuestos de degüello e inspección de carnes.

Para responder a este cargo basta pasar los ojos por los folios 23 a 26 del cuaderno de pruebas número 2º, donde se hallan en copia, debidamente traídos a los autos, los acuerdos del municipio de Amagá que establecieron tales impuestos. Es por medio de acuerdos como los municipios norman sus relaciones entre la entidad municipal y los vecinos del Distrito, de manera que la prueba adecuada para establecer la existencia de tales relaciones es la presentación de los respectivos acuerdos. Ya se dijo, además, por qué la distinción entre los impuestos y servicios no incide en casación en el presente debate.

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 del recurrente.

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

Juan F. Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—El Conjuez, Tancredo Nannetti.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA PARA OBTENER DECLARACION DE QUE UNA PERSONA NO ES HEREDERA DE OTRA.—RELACION DE LA HERENCIA

El título de heredero se radica de plano en cabeza de la persona a quien la ley llama a recoger la sucesión y desde que ésta se abre, o sea en el momento del fallecimiento del de cujus, y con prescindencia por entonces de toda manifestación de voluntad por parte del titular de la herencia, aún sin su conocimiento y sin que haya lugar a distinguir, de acuerdo con el orden sucesoral, si se trata de legitimarios o de colaterales o del cónyuge supérstite o del Estado. De este principio incuestionado se deducen, entre otras consecuencias, la de que cuando se investiga si una persona puede o no recoger determinada herencia, se haga necesario para apreciar esa situación colocarse en el instante del fallecimiento del de cujus, porque siempre que el sucesor exista la sucesión le ha sido deferida, aun cuando su temprana edad, o el estado patológico de sus facultades mentales no le hubieran permitido tomar una determinación al respecto; aun cuando su propio fallecimiento sólo haya seguido un instante al del de cujus.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, octubre siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, María López v. de Zapata y Paula López v. de López demandaron a Teresa Rodríguez, a fin de que se declarara que ésta no es heredera de Manuel Rodríguez, en su carácter de hermana legítima y que tampoco es heredera de María del Carmen López, por derecho de transmisión de Miguel Rodríguez.

En el juicio de sucesión por causa de muerte de María del Carmen López, se declaró a Teresa Rodríguez como hermana legítima de Miguel Rodríguez V., y por derecho de transmisión de éste, heredera, sin perjuicio de terceros.

María del Carmen López murió intestada. Su marido, Miguel Rodríguez, falleció después sin haber aceptado ni repudiado esa herencia. Las demandantes, en su calidad de hermanas legítimas de María del Carmen López, también fueron declaradas herederas de ésta.

Los padres de la demandada, Marco Rodríguez y Plácida Vásquez, contrajeron matrimonio el 27 de febrero de 1857. En el testamento abierto de aquél, otorgado el 12 de diciembre de 1906, no menciona como su hijo legítimo a Miguel Rodríguez, quien no intervino en ese juicio de sucesión. Se alega que la demandada y Miguel Rodríguez no son hermanos legítimos, y que por no serlo, ella no es su heredera.

La demandada negó el interés legítimo en las demandantes para ejercitar esta acción.

Sentencia recurrida

El 21 de julio de 1936, el Tribunal Superior de Bogotá declaró que Teresa Rodríguez no es heredera de Miguel Rodríguez en su condición de hermana legítima y que tampoco es heredera de María del Carmen López, por derecho de transmisión de Miguel Rodríguez.

Consideró el Tribunal que siendo el interés la medida de la acción, las demandantes la tienen, porque si Teresa Rodríguez viene a ocupar el lugar de Miguel Rodríguez en la herencia de María del Carmen López, se disminuyen en cantidad los bienes que a las demandantes corresponderían cuando la partición.

"Obvio es que si Teresa Rodríguez no se presenta, o es excluída por no ser hermana legítima de Miguel Rodríguez, carácter con el cual se ha presentado, no habiendo quién reciba la herencia de éste, puesto que no aparece que se haya presentado otro, forzosamente llevan la totalidad de los bienes pertenecientes a la sucesión de María del Carmen López, sus hermanas Paula y María, las demandantes, según las reglas del ya citado art. 1047 del código civil". En efecto, a la muerte de María del Carmen Rodríguez su herencia se defirió a sus hermanas legítimas, Paula y María, y al cónyuge sobreviviente, Miguel Rodríguez, quien murió sin aceptar aquella herencia. Creada esa situación, se presenta Teresa Rodríguez como hermana legítima de Miguel a aceptar la herencia de éste y a recibir por transmisión

lo que corresponde a Miguel en la sucesión de María del Carmen López.

En seguida el Tribunal hace un análisis de las pruebas, y finalmente motiva la segunda súplica de la demanda de esta manera: "Es claro que no siendo heredera la señorita Teresa Rodríguez de Miguel Rodríguez, según lo que se ha dejado expuesto, en la calidad de hermana legítima, carácter éste con el cual se ha presentado a recibir la herencia; y no apareciendo que tenga carácter de heredera abintestato de Miguel Rodríguez por virtud de algún parentesco, no puede gozar de la transmisión establecida por el art. 1014 del código civil sólo en favor del heredero del legatario o heredero muerto".

Recurso

En la demanda de casación se acusa la sentencia por la causal 1ª del art. 520 del C. J., como violatoria de los arts. 1013, 1014 y 1047 del C. C., 85 de la ley 153 de 1887, 668, 669 y 673 del C. J.

"María del Carmen López, esposa de Miguel Rodríguez, murió. A su muerte, su herencia se defirió a sus hermanas legítimas (las demandantes) y al cónyuge sobreviviente Miguel Rodríguez (arts. 1013 y 1047 del C. C.). Después murió Miguel Rodríguez, sin haber aceptado aquella herencia, por tanto transmitió a sus hermanos (a falta de otros asignatarios de mejor derecho) aquella herencia y sus bienes todos".

Si se tiene en cuenta que conforme al art. 1013 del C. C., en el momento de fallecer María del Carmen López la herencia de ella se defirió a sus herederos, ingresó al patrimonio de Miguel Rodríguez la cuota hereditaria que a él correspondía. Pero como no la había aceptado ni repudiado, el derecho de esa herencia lo transmitió, al morir, a sus herederos. (Art. 1014 del C. C.).

Si Teresa Rodríguez falta o es excluída, las hermanas de María del Carmen López no recogen toda la herencia de ésta, a causa de que por la delación se fijó en cabeza de Miguel Rodríguez el derecho hereditario que a él correspondía.

En la hipótesis de que la demandada fuera excluída de la sucesión, tampoco las demandantes acrecentarían su patrimonio con la cuota de Miguel Rodríguez, porque, en virtud del derecho de transmisión, los herederos de éste, cuyo último lugar lo ocuparía el Municipio, vendrían a recogerla. De ahí que no obteniendo ningún beneficio con la exclusión de Teresa Rodríguez las otras coherederas de María del Carmen López, ellas carecen de la acción que ejercitan, por falta del correspondiente interés jurídico.

Por lo demás, en ningún orden de sucesiones la ley llama a los cuñados a recibir la herencia del marido de la hermana".

Motivos

Vistos los arts. 1013, 1014 y 1047 del C. C., y considerando que el título de herederos se radica de plano en cabeza de la persona a quien la ley llama a recoger la sucesión y desde que ésta se abre, o sea en el momento del fallecimiento del de cujus, y con prescindencia por entonces de toda manifestación de voluntad por parte del titular de la herencia, aun sin su conocimiento y sin que haya lugar a distinguir, de acuerdo con el orden sucesoral, si se trata de legitimarios o de colaterales o del cónyuge supérstite o del Estado. Que de este principio incuestionado se deducen, entre otras consecuencias, la de que cuando se investiga si una persona puede o no recoger determinada herencia, se haga necesario para apreciar esa situación colocarse en el instante del fallecimiento del de cujus, porque siempre que el sucesor exista la sucesión le ha sido deferida, aun cuando su temprana edad, o el estado patológico de sus facultades mentales no le hubieran permitido tomar una determinación al respecto; aun cuando su propio fallecimiento sólo haya seguido en un instante al del de cujus. Que a la muerte de Miguel Rodríguez, sus herederos encontraron en la sucesión de éste el derecho hereditario deferido a él con motivo del fallecimiento de su mujer, derecho que les fue transmitido a sus herederos, quienes pueden ejercitarlo en lugar de Miguel Rodríguez, porque la sucesión abierta pasa por transmisión a los sucesores del heredero que ha fallecido sin haber aceptado ni repudiado los derechos derivados de ella. Que lo dicho conduce a concluír que las demandantes carecen de interés para ejercitar la presente acción civil, interés que estribaría en obtener un aumento de las cuotas partes de su derecho hereditario, afirmando y comprobando que Miguel Rodríguez renunció la herencia de su cónyuge, lo cual no se efectuó. Que, en consecuencia, el Tribunal interpretó erróneamente los referidos artículos.

Resolución

Con base en los motivos expuestos, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la

ley, casa la sentencia que el 21 de julio de 1936 profirió en este juicio ordinario del Tribunal Superior de Bogotá, y en su lugar confirma la de primera instancia pronunciada por el Juzgado 5º Civil de este Circuito el 15 de octubre de 1934.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta sentencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Méjica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE NULIDAD Y OTROS PUNTOS.—NULIDAD Y REVISION DE SENTENCIAS

No acepta la Corte la doctrina del Tribunal sentenciador según la cual es posible declarar nula una sentencia de pregón y remate por la sola circunstancia de que ventilado de nuevo en juicio ordinario el asunto materia de aquel fallo pueda decidirse en el sentido de una reforma total de éste. Son instituciones jurídicas distintas la nulidad procesal de una sentencia y su infirmación o reforma, no obstante que ambas cuestiones sean susceptibles de obtenerse cuando la ley lo permita. El criterio científico a este respecto es el del Juez de primera instancia, 4º del Circuito de Bogotá, según el cual "para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el inciso 2º del art. 473 del C. J., un asunto que ha sido decidido en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la sentencia que le puso fin, ni una declaratoria procesal porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que la revisión plantea el examen de hechos generantes de derechos sustantivos, o ventila el derecho mismo; la nulidad ataca el acto judicial mismo, la revisión a sus consecuencias; la nulidad mira a la causa que es la sentencia, la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada decide sobre la obligación declarada, la que habrá de controvertirse nuevamente, mientras esto suceda, se restablecen las cosas al estado anterior; la revisión fija definitivamente la obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella".

Juicio Supremo de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, octubre ocho de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Méjica)

Materia del pleito

Ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, Roberto Tobón demandó a Jesús María Tobón, formulando ocho súplicas principales y tres subsidiarias, cuya síntesis es ésta: Que son nulos la sentencia de excepciones del diez de mayo de 1932 y el auto ejecutivo del 24 de los mismos mes y año, providencias dictadas por el Juez 1º del Circuito de Bogotá en el juicio ejecutivo de Jesús María Tobón contra Roberto Tobón; que el demandado debe recibir en acciones del Banco de Bogotá el equivalente de veinticinco acciones del Banco Central; que no hubo mora por parte del demandante en la entrega de esas acciones al demandado, debido al incumplimiento por parte de éste de las obligaciones emanadas de un laudo pronunciado en Manizales el 12 de octubre de 1918 para dirimir un conflicto entre las mismas partes; que el demandado tiene obligación de reintegrar al actor las sumas que éste debe pagarle; que las costas en el referido juicio ejecutivo son de cargo del demandado, por cuanto no hubo mora en la prestación; que si fueren rematadas las acciones del Banco Central en ese juicio ejecutivo, su valor equivalga a las del Banco de Bogotá que en el presente juicio se ordene entregar en reemplazo de aquéllas; que carecen de "valor y efecto legal" la sentencia de pregón y remate y la de excepciones en el juicio ejecutivo de Roberto Tobón contra Jesús María Tobón, dictadas por el Juez 4º Civil de este Circuito; y que las costas en el presente juicio debe pagarlas el demandado.

Que la suma de diez mil pesos ($ 10.000) que en el juicio ejecutivo cobra Jesús María Tobón como indemnización de perjuicios a Roberto Tobón, sea la que resulte de un

avalúo judicial. Que se compensen las cantidades que recíprocamente se cobran las partes en los juicios ejecutivos mencionados, haciendo la liquidación del crédito a favor de Roberto Tobón, conforme al laudo de Manizales y a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Juez de Rentas, según los cuales la suma es de ocho mil pesos ($ 8.000) con interés al dos por ciento (2%). Y, por último, que si el demandado recibiere una suma mayor de la que le debe el actor, su obligación es la de reintegrársela dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia que se pronuncie en el actual juicio ordinario.

Los hechos del libelo se resumen así: Ejecutivamente Jesús María Tobón persigue de Roberto la entrega de veinticinco (25) acciones del Banco Central. Cuando aquél entabló esa demanda todavía no había cumplido para con éste sus obligaciones emanadas del laudo del 12 de octubre de 1916, el cual sirvió de recaudo ejecutivo. Los perjuicios jurados allí por el ejecutante no valen diez mil pesos ($ 10.000). Las sentencias que fallaron las excepciones, tanto en el mencionado juicio ejecutivo como en el que sigue Roberto contra Jesús María en el Juzgado 4º de este Circuito, están ejecutoriadas. Según reza el ordinal 64 del referido laudo, Jesús María debe entregar a Roberto el veinticinco por ciento (25%) de la cantidad que se condenara a éste a pagar al Estado por razón de la Renta de Licores de Boyacá. La condenación fue proferida contra Roberto por el Juez de Rentas y por la Corte Suprema de Justicia. El Banco Central se extinguió sin intervención de Roberto y sus acciones se sustituyeron con las del de Bogotá, en la proporción de dos del Banco de Bogotá por una del primero. Por último, las acciones del Banco han estado en el juicio a disposición del ejecutante Jesús María Tobón.

Sentencia acusada

El 18 de mayo de 1936, el Tribunal Superior de Bogotá desató la litis en el sentido de absolver al demandado de los cargos de la demanda.

El mandamiento ejecutivo que el 24 de enero de 1927 se libró en el juicio ejecutivo de Roberto contra Jesús María Tobón, lo redujo la sentencia de excepciones del 10 de diciembre de 1929 a cuatro mil ciento quince pesos cinco centavos ($ 4.115.05).

El mandamiento que el 24 de mayo de 1930 se libró en el juicio ejecutivo de Jesús María contra Roberto Tobón, lo redujo la sentencia de excepciones del 10 de mayo de 1932 a cinco mil novecientos ochenta y un pesos setenta y un centavos ($ 5.981.71).

El primer fallo ordenó a Jesús María pagar a Roberto, no sobre la cantidad que a éste ejecutivamente cobraba el Estado, sino sobre la que éste pagara al Estado efectivamente.

El segundo fallo operó la compensación entre la suma dicha debida por Jesús María a Roberto y la cantidad a que se redujo la ejecución de Roberto contra Jesús María.

Como la ley permite la revisión en juicio ordinario de las providencias dictadas en el ejecutivo, cuando la sentencia que recaiga en aquél debe dejar sin valor ni efecto lo resuelto en éste, "es, por tanto, una revisión indirecta de las providencias ejecutivas lo que para estos casos establece la ley".

"Según esto, la nulidad y carencia de valor y efectos legales" de las resoluciones ejecutivas estuvieron bien pedidas y la suerte de éstas depende de lo que disponga la sentencia en este juicio.

La segunda súplica del actor no está probada, porque la copia de la sentencia arbitral no fue traída a los autos sino en una parte, indirecta e incompleta de ella, tomada de otro juicio.

No obstante, en la hipótesis de que tenga mérito probatorio, es lo cierto que quien debe entregar una cosa "no puede pagar con otra distinta, aun de igual o mayor valor, sin el consentimiento del acreedor". De ahí que Roberto Tobón no puede sustituir a su deuda acciones del Banco de Bogotá. La fusión habida entre los Bancos de Bogotá y Central, no ha restado valor comercial a los títulos de éste, ni ha tenido como consecuencia la desaparición de éstos, porque el hecho de hacerse cambiables por el doble de acciones del de Bogotá, los dejaba subsistentes y con un valor para ese efecto.

En el supuesto de que tenga valor probatorio la sentencia arbitral, no existe demostrado el derecho del actor a excluir su mora como consecuencia del demandado, porque para ello se requiere que las obligaciones nazcan de un contrato bilateral y no de una sentencia. Además, se ignora, por la falta de copia completa del fallo arbitral, "en qué condiciones se impusieron a las partes las obligaciones en referencia, ni cuál de las dos debía cumplir primero las suyas; ni si las del uno estaban subordinadas en su cumplimiento a las del otro".

En cuanto a la primera súplica subsidiaria, consideró el Tribunal que la prueba pericial no tiene mérito suficiente, en virtud de los defectos de que adolece el dictamen de

los peritos, entre los cuales se halla la falta de una debida fundamentación.

Respecto de la segunda súplica, también subsidiaria, el Tribunal no encontró ninguna circunstancia suficiente que desvirtuara las razones jurídicas en que se apoyó la sentencia de excepciones de 10 de diciembre de 1929. El actor, a este respecto, se limitó a exponer su pretensión de que el veinticinco por ciento (25%), que según la sentencia arbitral es de cargo de Jesús María Tobón en la deuda a favor del Estado, no podía computarse sobre la cantidad efectivamente pagada a éste, sino sobre la cobrada.

El término condenado que empleé la sentencia arbitral, equivale a obligado a los efectos de ella. "Luego si en virtud de convenio entre las partes el acreedor no obligó a su deudor sino a lo que aparece éste haber pagado, vale ello tanto como si a eso solo hubiera sido condenado. Es que la libre voluntad del acreedor puede en este caso modificar en su contra la sentencia condenatoria, y entonces ella queda reemplazada en esa parte por el acto jurídico del acreedor.

Las otras súplicas no pueden prosperar, puesto que son consecuencias de las estudiadas.

Queda así resumida la sentencia del Tribunal.

Materia del recurso

Fue acusada la sentencia por medio de una demanda dividida en cuatro capítulos.

El primer capítulo indica como violados, por indebida aplicación e interpretación errónea, los arts. 473, 474, 734 y concordantes del C. J.; 1º, 1521 y 2421 del C. C.

El Tribunal piensa que la sentencia con que finaliza un juicio ejecutivo "adquiere su firmeza y su carácter de cosa juzgada por el hecho de no haber solicitado dentro del mismo juicio la nulidad que puede resolverse como un simple incidente".

Afirma también que la revisión en juicio ordinario de los ejecutivos es indirecta, porque si el fallo es contrario a lo resuelto en el ejecutivo, debe quedar sin valor este último. A este razonamiento débese el error de hecho en que incurrió el juzgador en la interpretación de la primera súplica del libelo, porque en ella lo pedido fue la nulidad del ejecutivo como consecuencia del juicio ordinario.

Lo que se trata de saber no es si se tramitó legalmente el ejecutivo sino si se puede condenar por la vía ordinaria a devolver a su dueño lo que éste pagó en aquél.

El capítulo segundo versa sobre "el error de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas que se refieren a la petición segunda de la demanda". Como consecuencia de ese error, violó él los arts. 1605, 1608, 1625 y concordantes del C. C., y 1494, 1496, 1602, 1603, 1609 ibídem, "que sirvieron de fundamento a la demanda".

Contra lo pretendido por el Tribunal, bastaba aducir a este juicio copia de lo pertinente del laudo de Manizales, porque no se trata de su cumplimiento sino de resarcir los perjuicios ocasionados con motivo del juicio ejecutivo que para cumplir esa providencia se llevó a cabo. Además, esa pieza "no deja de tener su valor legal y su mérito probatorio desde luego que se trajo con citación de la contraparte y sin reparo alguno de ella".

El Tribunal confundió "el término refundir, porque cuando una sociedad se 'refunde' en otra, como aconteció al Banco Central respecto del de Bogotá, aquélla deja de subsistir; no es, por lo tanto, el Banco de Bogotá heredero del Central. Conforme al contrato celebrado entre estos dos establecimientos bancarios, las acciones del Central "perdieron su existencia como títulos y pasaron a ser títulos del Banco de Bogotá en la proporción de dos acciones" de éste por una de aquél.

Según el capítulo tercero, el Tribunal violó los arts. 597 y 601 del C. J.; 1605 y 1608 del C. C., efecto este del error de derecho en que incurrió al apreciar la tercera súplica de la demanda.

En el punto 54 de la sentencia arbitral, cuya copia en lo pertinente obra en autos, no se afirmó que Roberto Tobón tuviera las cien acciones del Banco Central y tampoco se le fijó plazo para la entrega de las 25 acciones a Jesús María Tobón.

En este juicio ordinario "no se trata del cumplimiento de la sentencia arbitral sino de saber si con el juicio ejecutivo que tuvo ese objetivo fueron sacrificados los derechos" del actual demandante.

Consta de autos la copia de las piezas pertinentes en el juicio que por jurisdicción coactiva siguió el Estado contra Manuel Escalante y Roberto Tobón, pruebas de las cuales prescindió el Tribunal.

El capítulo cuarto dice en lo pertinente: "El Tribunal por mala y defectuosa apreciación de las pruebas, ha incurrido en error de derecho y ha violado por lo tanto la ley sustantiva porque les ha aplicado por esos motivos a las otras peticiones de la demanda y a las peticiones subsidiarias de la misma las mismas reglas que por falta de apreciación

legal de las pruebas del juicio ha aplicado a las tres primeras peticiones principales.

"El Tribunal al proceder así ha violado los artículos citados en el capítulo anterior".

Motivos

Vistos los arts. 475, 474 y 734 del C. J. y 1º, 1521 y 2421 del C. C., y considerando que el Tribunal, lejos de violar esas disposiciones legales, fue en la interpretación de la demanda a extremos enteramente favorables al actor, hasta el punto de admitir la posibilidad de declarar nula una sentencia de pregón y remate por la sola circunstancia de que ventilado de nuevo en juicio ordinario el asunto materia de aquel fallo, pueda decidirse en el sentido de una reforma total de éste; Que aun cuando este criterio no lo acepta la Corte, porque son instituciones jurídicas distintas de nulidad procesal de una sentencia y su infirmación o reforma, no obstante que ambas cuestiones sean susceptibles de obtenerse, cuando la ley lo permite, mediante una sentencia pronunciada en juicio distinto, es lo cierto que el Tribunal no desestimó la súplica a que se alude sino que consideró lógicamente que su procedencia se hallaba subordinada a las de las restantes peticiones de la demanda. Que el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, en la sentencia de primera instancia pronunciada en este pleito el 21 de agosto de 1934, expresó con mucha claridad el criterio que a este respecto es el científico según la Corte, motivo por el cual se reproduce lo pertinente de ella: "Para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el inciso 2º del art. 473 del C. J., un asunto que ha sido decidido en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la sentencia que le puso fin, ni esa declaratoria procede porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que la revisión plantea el examen de hechos generantes de derechos sustantivos, o ventila el derecho mismo; la nulidad ataca al acto judicial mismo, la revisión a sus consecuencias; la nulidad mira a la causa que es la sentencia, la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada decide sobre la obligación declarada, la que habrá de controvertirse nuevamente, mientras esto sucede, se restablecen las cosas al estado anterior; la revisión fija definitivamente la obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella".

II

Vistos los arts. 1605, 1608, 1625, 1434, 1496, 1602, 1603, 1498 y 1609 del C. C., y teniendo en cuenta que la afirmación del Tribunal se refiere únicamente a que la prueba del laudo no existe. Sin embargo de ello, lo valoró. Que tanto del examen de la cláusula 54 citada como de la escritura en donde consta la fusión de los Bancos Central y Bogotá, dedujo jurídicamente el Tribunal que los títulos del Central, para el solo efecto de hacerse cambiables por el doble de acciones del de Bogotá, subsistían y tenían un valor comercial. Que Roberto Tobón, al negarse, como lo hizo, en el momento de la intimación del mandamiento ejecutivo, a entregar las acciones del Banco Central, tácitamente optó por el pago de los perjuicios resultantes del incumplimiento de la obligación. Punto éste que se confirma ante el hecho de que no fue materia de excepción en este juicio ejecutivo la circunstancia que ahora alega acerca del perecimiento implícito del género. Que condenado el actor a pagar una suma líquida de dinero, la cual fue compensada hasta concurrencia de la deuda de Jesús María, no pueden modificarse los efectos de esa sentencia producidos para quien lo quiso así en ese juicio ejecutivo, puesto que la compensación la propuso el mismo Roberto.

III

Vistos los arts. 597 y 601 del C. J., 1605 y 1608 del C. C., y considerando que el Tribunal se limitó a afirmar que del laudo se deducen obligaciones tanto a cargo del actor como del demandado, pero que la copia incompleta de él traída a los autos no bastaba para dilucidar cuál de las partes debía primero cumplir sus propias prestaciones, como tampoco cuáles de éstas estaban subordinadas en su pago a las otras. Que las piezas que cita el recurrente como no tenidas en cuenta por el Tribunal para los efectos de este cargo son inconducentes para los fines que él se propone conseguir. Que prescindiendo de ello se observa que Jesús María fue condenado a pagar a Roberto un tanto por ciento de la cantidad que éste entregara al Estado por concepto de la Renta de Licores de Boyacá y, como ya se dijo, en el juicio ejecutivo se hizo la correspondiente deducción.

IV

Considerando que las motivaciones anteriores son también aplicables a los cargos

formulados en el último de los capítulos de la demanda de casación, para desvirtuarlos, así la hipótesis de que se ajusta a la técnica del recurso, se desestiman las acusaciones hechas contra el fallo recurrido.

Resolución

En consecuencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que el 16 de mayo de 1936 pronunció en el presente juicio ordinario el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—El Conjuez, José Arturo Andrade.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

IMPUTACION Y PRUEBA DEL PAGO

1.—La afirmación hecho por el deudor, cuando dijo que "a cuenta" del crédito había cubierto varias partidas, no puede tomarse como prueba de que el cómputo de los abonos parciales no formara el pago total. De ahí que no estuviese inhibido para alegar y probar este pago. No siempre se habla en la vida ordinaria de manera rigurosamente jurídica ni con la más exacta filosofía del lenguaje. En sentido estricto, cuando alguien dice que ha pagado varias partidas "a cuenta" de su deuda, entiéndese que todavía no la ha satisfecho en su integridad. Pero bien puede emplear esas mismas palabras o otras por el estilo —como "por razón de", "con motivo de", "con imputación a"— un deudor que, o no mide con exactitud su alcance, o no tiene a mano los comprobantes necesarios para justificar el hecho de pago completo, o recuerda que solucionado el capital aún debe intereses. 2.—Cuando el demandado confiesa expresamente no haber satisfecho la deuda o haberla satisfecho apenas en parte, si su confesión obedeció a un error de hecho admite prueba en contrario, según los artículos 1769 del código civil y 602 del código judicial. 3. Nadie está obligado a lo imposible. Si el deudor no conservaba los cartas de pago expedidas por su acreedor, era natural que acudiera a las cláusulas bancarias para justificar con ellas sus cheques.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por documento suscrito el 28 de enero de 1914, se constituyó el doctor Daniel Sabogal Mora deudor del señor Matías Torres Carrillo por la cantidad de $ 60,000.00 en papel moneda, recibida a título de mutuo sin interés y pagadera dentro de un año contado desde la fecha de tal documento. Intereses de retardo, 2% mensual.

Con fecha 31 de marzo de 1922, el señor Torres Carrillo cedió este crédito al señor Justo Pastor Angel, quien a su turno lo cedió a doña Rita Torres de Angel, con fecha 14 de agosto de 1933.

Provista de ese documento, la señora Torres de Angel demandó en juicio ordinario al doctor Sabogal Mora, para que fuese condenado a pagarle los $ 60,000.00 papel, o sea $ 600.00, con sus intereses desde el 28 de enero de 1915 hasta que efectúe el pago. Al final de su libelo dijo ella que el primitivo acreedor recibió del deudor $ 100.00 a buena cuenta del crédito.

El demandado propuso las excepciones de nulidad de la cesión del crédito, pago y cobro indebido.

El juzgado del circuito de Cáqueza despachó favorablemente las súplicas de la actora, pero redujo el capital a $ 500.00, porque tuvo en cuenta el abono de $ 100.00.

El tribunal de Bogotá confirmó la sentencia del juzgado.

Son éstos los fundamentos del fallo dictado por el tribunal:

1º—Están probadas la existencia de la obligación y las cesiones del crédito.

2º—Fue válida la cesión hecha por don Justo Pastor Angel a su esposa doña Rita.

3º—No es inválido el acto de cesión porque faltaran las estampillas exigidas por el decreto Nº 92 de 1932.

4º—Aunque el crédito fue embargado en juicio de don José A. Melgarejo contra don Justo Pastor Angel, no quedó afectada la cesión por causa del embargo, pues para que un crédito esté fuéra del comercio es necesario que de ello tengan conocimiento los contratantes, por aviso dado al deudor y al juez que conoce del juicio en que el crédito se hace efectivo.

5º—Notificado el doctor Sabogal Mora de la primera cesión, manifestó haber cubierto varias partidas a cuenta del crédito, "lo que indica que en esa fecha estaba insoluto...".

6º—No obstante lo expuesto, al contestar la demanda dijo el doctor Sabogal Mora haber satisfecho la obligación. Los giros relacionados por el deudor son de 1915, y como en 1922 manifestó que parte de la deuda estaba insoluta, sin que posteriormente haya probado abono alguno, no puede afirmarse el pago total.

7º—En cuanto a otras pruebas del actor —certificaciones y testimonios— no basta demostrar que el acreedor recibiese cantidades; es preciso establecer que fueron entregadas para pagar la deuda que se cobra.

8º—El dicho de la esposa del acreedor no es prueba. Las certificaciones bancarias no tienen imputación expresa, siendo así que el demandado, al traer al expediente la copia de la escritura Nº 69 de 23 de enero de 1914, demuestra que sí tuvo otro negocio con don Matías Torres Carrillo, diferente del mutuo, "contrato que en manera alguna hace referencia, o puede considerarse como emanado del de compraventa relacionada en dicha escritura, por más que se hubiera celebrado en la misma fecha y los testigos en ambos sean las mismas personas. El contrato base de este juicio es perfectamente claro y no se presta a interpretaciones".

9º—Las declaraciones de los Moras y Chaves no pueden tenerse en cuenta porque el crédito estaba insoluto en parte, según afirmación del deudor.

10º—No prueban el pago ni la declaración de Pérez ni las posiciones absueltas por la demandante. Estando probado que entre los señores Torres Carrillo y Sabogal Mora existía otro negocio, la prueba del pago debe ser precisa e imputable dicho pago a la obligación que se cobra.

El recurrente alega estas causales:

a).—Apreciación errónea y falta de apreciación de las pruebas. Cuando se le notificó al deudor la primera cesión, manifestó haber cubierto varias partidas a cuenta del crédito. Y más tarde, al contestar la demanda, sostuvo haber cancelado la deuda. El tribunal halla contradictorias las dos afirmaciones, con lo cual aprecia erróneamente el testimonio que dejó el deudor al notificársele las cesiones. Error manifiesto, porque el demandado no determinó a cuánto ascendían tales partidas, pues no tenía conocimiento de ello en ese momento. De este error pasa a otro no menos evidente, cuando considera que hay contradicción entre ese testimonio y lo contestado al hecho segundo por la demanda, y cuando estima que no puede considerarse válido el pago por no aparecer de autos entrega de dinero a los cesionarios. Eso depende de haber estimado erróneamente que el demandado manifestó estar el crédito parcialmente insoluto, siendo así que en realidad se redujo a decir que había pagado varias partidas. El tribunal afirmó que el demandado debió demostrar la entrega de dinero a los cesionarios con posterioridad al 4 de abril. Infringió los artículos 1634 y 1963 del código civil.

b).—Los certificados del Banco de Colombia, del Banco de Bogotá y de Leo S. Kopp & Cª vinieron a los autos con audiencia del actor, no fueron redargüidos de falsos y constituyen plena prueba según el artículo 638 del código judicial. El fallador, sosteniendo que carecen de fuerza probatoria por no haber venido en las mismas condiciones en que fueron solicitados, violó dicho precepto y también los artículos 1624, 1627, 1630, 1634, 1653 y 1655 del código civil, e incurrió en error de hecho y de derecho por falta de apreciación de tal prueba.

c).—Cayó el tribunal en error de derecho al apreciar la prueba mencionada en el punto anterior, cuando sostuvo no ser suficiente que un acreedor recibiera cantidades de dinero de su deudor; sino que es preciso establecer que esas cantidades fueron entregadas a cuenta de la obligación que se cobra.

ch).—Error de hecho y de derecho en la apreciación de la escritura Nº 69, de 23 de enero de 1914, otorgada en la notaría 3ª de este circuito, porque con ella no se establece la relación de deudor y acreedor entre los señores Sabogal Mora y Torres Carrillo, y error evidente al afirmar que las cantida-

ciones pueden referirse al contrato consignado en dicha escritura.

d).—Violó el artículo 1º, ordinal b), del decreto Nº 280 de 1932 y el artículo 1º de la ley 37 del mismo año, condenando a pagar intereses al tipo del 2% mensual.

e).—A la cesión que hizo don Justo Pastor Angel debieron agregársele estampillas por valor de $ 0.28. No se le pusieron sino por valor de $ 0.06. Carece de eficacia y no puede ser admitida ni tomada como prueba. El sentenciador desconoció la fuerza del decreto Nº 92 de 1932, lo desobedeció en su artículo 6º y quebrantó los artículos 3º de la ley 119 de 1931 y 11 de la ley 153 de 1887. Si se sostuviere que en concepto del tribunal la cesión está provista de estampillas suficientes, incurrió en error de hecho e infringió los artículos 1º (numeral 9º) y 6º del referido decreto, así como los otros preceptos citados en esta causal. Sea que juzgue suficientes o no las estampillas, lo cierto es que el tribunal reconoció la nota, contra lo prescrito en ese decreto (artículo 6º). Violó el artículo 1961 del código civil.

f).—Al decir que no está probado sean cónyuges el cedente y la cesionaria, y que, aun cuando lo estuviese, la cesión fue válida de acuerdo con el artículo 3º de la ley 28 de 1932, apreció erróneamente las pruebas supletorias y quebrantó los artículos 3º, de la ley 28 y 395 y 1852 del código civil.

El 4 de abril de 1922, al ser notificado el doctor Sabogal Mora de la cesión hecha por el señor Matías Torres Carrillo al señor Justo Pastor Angel, hizo constar que "a cuenta del documento cuyo reconocimiento se pide, ha cubierto varias partidas" (folio 4 vuelta del cuaderno Nº 1º).

Y doce años más tarde, el 13 de marzo de 1934, al contestar la demanda propuesta por doña Rita Torres de Angel (folio 13, cuaderno Nº 1º), dijo ser inexacta y temeraria además la afirmación hecha por la actora, de no haber cumplido el demandado con la obligación de restituír la suma recibida en préstamo, pues afirmó haber pagado así:

"En dinero efectivo entregado en propia mano al señor Matías Torres, cien pesos .....$	100.00
En cheque a cargo del Banco de Colombia, de fecha 15 de junio de 1915, cien pesos	100.00
En letra a cargo de Leo S. Kopp, endosada a Matías Torres el 12 de junio de 1915, ochenta pesos	80.00
En cheque a cargo del Banco de Bogotá y a favor de Matías Torres, de fecha 24 de agosto de 1915, veinte pesos	20.00
En cheque Nº 13 a cargo del Banco de Colombia de fecha 24 de agosto de 1915, trescientos pesos	300.00
Total .....$	600.00"

Con el propósito de comprobar el pago, trajo la parte demandada pruebas de dos categorías, a saber: certificaciones y testimonios. El tribunal desechó unas y otras.

Como el recurso versa sobre no apreciación y apreciación errónea de las pruebas, importa hacer un análisis de ellas, análisis que servirá también como fallo de instancia porque es jurídico casar el recurrido.

Certificaciones

Banco de Colombia.—El demandado pidió se solicitara de este banco la copia de dos cheques: Nº 12 de 15 de junio de 1915, por $ 100.00, y Nº 13 de 24 de agosto de 1915, por $ 300.00, girado por el doctor Sabogal Mora a favor del señor Torres Carrillo, con la certificación de haber sido pagados y de hallarse suscritos por el beneficiario (folio 2 del cuaderno Nº 2º).

El jefe de la oficina de cuentas corrientes del banco manifestó no serle posible acceder a la solicitud, porque fueron incinerados los comprobantes de cuenta corriente relativos al año de 1915, pero en cambio certificó que en la del doctor Sabogal Mora aparecen pagados, con fechas 25 de junio y 1º de septiembre de 1915, los cheques Nos. 12 y 13 a favor del señor Torres Carrillo, por $ 10,000.00 y $ 30,000.00 papel moneda, respectivamente (folios 11 y 11 vuelta del cuaderno Nº 2).

El demandado pidió se agregara una certificación del director gerente del Banco de Colombia, expedida el 16 de mayo de 1922, y pidió se citase al actual gerente de dicha entidad para que la reconociera y declarara sobre su exactitud (folio 16, del cuaderno Nº 4).

En esa fecha, 16 de mayo de 1922, certificó el director gerente que en el archivo del establecimiento existen los dos cheques girados y pagados como se ha dicho. Allí se expresan sus números, serie, fechas, cuantías, moneda, etc., etc. (folio 1º del cuaderno Nº 4).

El actual gerente del banco reconoció bajo juramento como auténtica esta certificación y agregó que ella está copiada en el libro

respectivo (folio 33 del cuaderno Nº 4).

Banco de Bogotá.—El demandado pidió se solicitara de este banco la copia del cheque Nº 10 de 24 de agosto de 1915, por $ 20.00, girado por el doctor Sabogal Mora a favor del señor Torres Carrillo, con la certificación de haber sido pagado y de hallarse suscrito por el beneficiario (folio 2 del cuaderno Nº 2º).

El subgerente del banco informó que ese cheque Nº 10 fue incinerado, pero, de acuerdo con los libros, certificó haber sido pagado al señor Torres Carrillo el 1º de septiembre de 1915. En esta certificación se citan la fecha del cheque, su número y su cuantía (folio 10 vuelta del cuaderno Nº 2).

El demandado pidió se agregara a los autos una certificación del superintendente del banco, expedida el 17 de mayo de 1922, y solicitó se citase al actual gerente para que la reconociera y declarara sobre su exactitud (folio 16 del cuaderno Nº 4).

En esa fecha, 17 de mayo de 1922, certificó el superintendente que el 1º de septiembre de 1915 pagó el banco al señor Torres Carrillo el cheque Nº 10, de 24 de agosto, por $ 20.00, girado por el doctor Sabogal Mora (folio 8 del cuaderno Nº 4).

El subgerente reconoció bajo juramento la autenticidad de esta certificación (folio 20 vuelta del cuaderno Nº 4).

Leo S. Kopp.—El demandado pidió se solicitara del Banco de Colombia la copia del cheque Nº 665 de 24 de junio de 1915, por $ 80.00, girado por el señor Leo S. Kopp a favor del señor Torres Carrillo, con la certificación de haber sido pagado y de hallarse suscrito por el beneficiario (folio 2 del cuaderno Nº 2).

El jefe de cuentas corrientes del banco manifestó no serle posible acceder a lo solicitado por haber sido incinerados los comprobantes de cuenta corriente relativos al año de 1915, pero en cambio certificó que en la cuenta corriente de Leo S. Kopp & Cº aparece pagado, con fecha 25 de junio de 1915, el cheque Nº 665, por $ 3,000.00 papel moneda, a favor de don Matías Torres Carrillo (folios 12 y 12 vuelta del cuaderno Nº 2).

El demandado pidió se agregara a los autos una certificación de Leo S. Kopp & Cº, expedida el 16 de mayo de 1922, y pidió se citase a Emilio Murillo, Jaime Camacho y Guillermo Kopp para que rindiesen sendas declaraciones encaminadas a establecer la autenticidad de la certificación (folio 16 del cuaderno Nº 4).

En esa fecha, 16 de mayo de 1922, certificaron Leo S. Kopp & Cº que, según aparece en sus libros, el 24 de junio de 1915, fue pagado en el cheque Nº 665 por $ 6,000.00 papel moneda, a favor de Torres Carrillo y a cargo del Banco de Colombia, la letra Nº 18 girada a cargo de aquella sociedad por su cajero en la hacienda de "La Juanita" y a favor del doctor Sabogal Mora, endosada por éste al señor Torres Carrillo (folio 2 del cuaderno Nº 4).

Guillermo Kopp Castello reconoció bajo juramento como auténtica esta certificación (folio 20 vuelta del cuaderno Nº 4).

Declaraciones

José A. Collantes.—El señor Matías Torres le dijo que el doctor Sabogal Mora debía a aquél un saldo del precio de los terrenos que le había comprado, porque el comprador manifestaba que no le pagaría hasta que pusiera el agua de "Bochica" (folio 14 del cuaderno Nº 2).

Fidel Moreno.—A principios de 1916, la esposa del señor Torres Carrillo le manifestó que no se explicaba cómo había gastado éste el dinero que le dio el doctor Sabogal Mora en pago de un documento por $ 60,000.00 de capital, documento ya cancelado según se lo informó a aquélla su marido. Al ser repreguntado más tarde, se confirmó en lo dicho, pero rectificó lo relativo a haberle manifestado la esposa del señor Torres Carrillo que lo pagado era parte del valor del documento (folios 5 y 31 vuelta del cuaderno Nº 4).

Adolfo Mora.—El 26 de agosto de 1915, al preguntarle al señor Torres Carrillo si el doctor Sabogal Mora le había acabado de pagar los terrenos, aquél mostró al testigo dos cheques, uno del Banco de Colombia por $ 80,000.00 papel moneda y otro del Banco de Bogotá por $ 20.00, girados por el deudor a favor del acreedor, y agregó el último que le habían sido dados en pago del saldo de la obligación por $ 60,000.00 papel moneda. El acreedor mandó decir al fiador solidario, valiéndose del testigo, que estuviera tranquilo por lo de la fianza, pues el deudor había cubierto el crédito. Se ratificó (folios 5 vuelta y 18 del cuaderno Nº 4).

Rafael Castellanos.—El señor Torres Carrillo, a quien el testigo interrogó en 1922 sobre si podía tomar en arrendamiento los potreros vendidos al doctor Sabogal Mora, le dijo que podía recibirlos libremente porque el comprador ya le había pagado el precio y sólo le debía $ 60,000.00 papel moneda según documento. Pocos días después, el señor Torres Carrillo manifestó al declarante que el doctor Sabogal Mora también le había satisfecho el valor del documento, por lo cual estaba a paz y salvo, y agregó que di-

cho comprador era muy cumplido. Al ratificarse en su declaración reconoció ser arrendatario del deudor; dijo no tener presente el año en que el señor Torres Carrillo le manifestó estar a paz y salvo con el doctor Sabogal Mora (folios 6 y 33 vuelta del cuaderno Nº 4).

Ricardo Mora.—El señor Torres Carrillo le manifestó que había empleado en cancelar deudas y en hacer compras para su tienda, las cantidades que el doctor Sabogal Mora le pagó como precio de los potreros y de acuerdo con un documento otorgado el mismo día de la venta de dichos terrenos. Le agregó que el deudor le había "pagado en su totalidad el crédito que le debía". Se ratificó (folios 7 vuelta y 19 del cuaderno Nº 4).

José Aurelio Sabogal.—El señor Torres Carrillo dijo al testigo que había vendido sus fincas al doctor Sabogal Mora por la cantidad de $ 200,000.00, de los cuales el comprador le pagó $ 140,000.00 y el resto se lo dejó en mutuo según documento firmado el día de la compraventa de las fincas y en la misma notaría, y como año y medio después le dijo el mismo señor que el doctor Sabogal Mora le había pagado el valor de su crédito y que tan sólo le debía unos pesos que le retenía porque no le había puesto el agua a la finca vendida, según el compromiso firmado. Al ratificarse bajo juramento, dijo saber que el doctor Sabogal Mora pagó los $ 300.00, porque éste le mostró las copias de los recibos de los bancos y del señor Kopp, cosa que ocurrió hace más o menos un año (folios 9 vuelta y 30 vuelta del cuaderno Nº 4).

Benjamín Pérez.—El señor Torres Carrillo le preguntó si sabía dónde funcionaban las oficinas de Leo S. Kopp & Cº, porque tenía que cobrar una letra contra esa casa que le había endosado el doctor Sabogal Mora a cuenta del documento por $ 60,000.00 papel moneda. El acreedor le agregó que había recibido otras sumas del deudor, quien "se había pagado la plata en puchos". Se ratificó (folios 13 y 19 vuelta del cuaderno Nº 4).

Gonzalo Chaves.—El doctor Sabogal Mora le hizo entregas de dinero al señor Torres Carrillo, a cuenta del documento, lo cual presenció el testigo, y la última vez que aquél le hizo una entrega le reclamó la devolución del documento cancelado y el acreedor le respondió que no se lo devolvía por no tenerlo a la mano, pero que lo rompería o se lo enviaría cancelado. Se ratificó (folios 13 vuelta y 18 vuelta del cuaderno Nº 4).

Joaquín Vanegas.—Oyó decir al señor Torres Carrillo que ya el doctor Sabogal Mora le había pagado el valor del documento. No hubo ratificación (folio 14 del cuaderno Nº 4).

Humberto Ospina.—Le dijo el señor Torres Carrillo que el doctor Sabogal Mora ya le había cubierto el valor del documento. No hubo ratificación (folio 14 vuelta del cuaderno Nº 4).

Benjamín Gómez C.—Dice que a Matías Torres se le perdió un papel, cuyo contenido ignora (folio 14 del cuaderno Nº 2).

Elisa Zapata de Gómez.—Le dijo la esposa del señor Torres Carrillo, que el doctor Sabogal Mora le había pagado a aquel señor "con intereses y todo", que ya no le quedaba debiendo; pero la testigo no sabe a qué dinero ni a qué negocio se refería (folio 15 del cuaderno Nº 2).

Margarita Zapata de Sabogal.—El único negocio que tuvieron las partes fue el de que hablan los autos. La esposa del acreedor le contó que el doctor Sabogal Mora había dado a éste el dinero que le adeudaba (folio 16 del cuaderno Nº 2).

La corte considera:

El tribunal acoge, como fundamento de su fallo, el análisis que de los testimonios se hizo en la primera instancia.

El juzgado obró jurídicamente en el estudio de las declaraciones rendidas por los testigos Collantes, Gómez, Zapata de Gómez y Zapata de Sabogal; pero no son éstos los únicos testigos que han depuesto en el proceso, pues en la segunda instancia fueron interrogados otros de cuyos dichos se hizo ya un extracto.

El tribunal cita las deposiciones de Chaves y de los dos Moras, resumiendo su contenido, mas no se ocupa en apreciarlas porque ve una contradicción entre ellas y lo dicho por el deudor en abril de 1922, cuando afirmó que a cuenta del documento había entregado varias partidas, lo cual prueba, según piensa el fallador, que en los años anteriores al indicado, no estaba el crédito satisfecho en su integridad. Además, le parece vaga e incompleta la declaración de Benjamín Pérez, y no estudia las de Morant, Castellanos, Vanegas y Ospina.

Hace el fallador estas observaciones fundamentales:

1ª—La de que la deuda no podía estar pagada el 4 de abril de 1922, porque en esta fecha manifestó el deudor haber cubierto varias partidas a cuenta de ella, y en consecuencia está insoluta porque los abonos a que se refieren los cheques y los testigos, se efectuaron con anterioridad a la fecha indicada.

2ª—En de que las cantidades a que se refieren las certificaciones bancarias no tienen imputación expresa al crédito que se cobra, y hay en los autos prueba de que entre las partes medió otro negocio distinto del mutuo.

3ª—La de que las certificaciones no llegaron como fueron solicitadas por el actor, lo cual parece que en sentir del tribunal les quitara fuerza probatoria, pues en algún paso del fallo de primera instancia, no reproducido en el de segunda, pero tampoco rectificado, se estima que "los dineros de los cheques apenas constituirían un indicio".

Se observa:

La afirmación hecha por el doctor Sabogal Mora, cuando dijo que a cuenta del crédito había cubierto varias partidas, no puede tomarse como prueba de que el cómputo de los abonos parciales no formara el pago total. De ahí que no estuviera inhibido para alegar y probar este pago. No siempre se habla en la vida ordinaria de manera rigurosamente jurídica ni con la más ceñida filosofía del lenguaje. En sentido estricto, cuando alguien dice que ha pagado varias partidas "a cuenta" de su deuda, entiéndese que todavía no la ha satisfecho en su integridad. Pero bien puede emplear esas mismas palabras u otras por el estilo —como "por razón de", "con motivo de", "con imputación a"— un deudor que, o no mide con exactitud su alcance, o no tiene a mano los comprobantes necesarios para justificar el aserto de pago completo, o recuerda que solucionado el capital aún debe intereses. Más todavía: cuando el demandado confiesa expresamente no haber satisfecho la deuda o haberla satisfecho apenas en parte, si su confesión obedeció a un error de hecho, admite prueba en contrario, según los artículos 1769 del código civil y 606 del código judicial.

Las palabras vertidas por el deudor no deben tomarse tan a la letra que le impidieran demostrar luégo el pago total o le incapacitaran para excepcionar de pago. Aparte de esto, como el demandado no ha traído prueba de haber satisfecho los intereses, aun acogida literalmente su afirmación en nada le compromete.

No lo entendió así el tribunal, y por no entenderlo se abstuvo de medir el valor probatorio de los certificados bancarios y de las declaraciones de testigos, moviéndose dentro de un razonamiento inaceptable: el 4 de abril de 1922 admitió el deudor que la deuda no estaba cubierta, luego nada prueban en contrario aquellos certificados ni estos testimonios. Al obrar así apreció erróneamente, con error manifiesto, las palabras del deudor.

Se observa:

Por la escritura 69 de 23 de enero de 1914, otorgada en la notaría 3ª de Bogotá, el señor Torres Carrillo vendió al doctor Sabogal Mora varios inmuebles en "la cantidad de doscientos mil pesos papel moneda ($ 200,000.00) que confiesa recibidos del comprador a su entera satisfacción" (folio 26 del cuaderno Nº 4).

Como se lee, el precio de la compraventa fue pagado. No hay motivo para involucrar esta convención con la de mutuo, aun cuando el objeto de la última hubiese sido parte del precio dejado por el vendedor, como préstamo, en manos del comprador. Querría decir entonces, y es posible que así ocurriera según se desprende de algunos testimonios, que las partes le cambiaron el título a la obligación del doctor Sabogal Mora. A la señora demandante era a quien correspondía probar que la imputación de las partidas abonadas por medio de cheques fue hecha a deuda distinta de la del mutuo. Incurrió el tribunal en error de hecho, manifiesto en los autos, al apreciar la escritura Nº 69, que no demuestra relación jurídica pendiente entre deudor y acreedor.

Se observa:

Nadie está obligado a lo imposible. Si el deudor no conservaba las cartas de pago expedidas por su acreedor, era natural que acudiese a los cheques bancarios para justificar con ellos sus abonos. Así obtuvo que en el año de 1922 certificaran el Banco de Colombia y el Banco de Bogotá, cada uno en cuanto le concernía, que en el archivo correspondiente estaban los cheques girados por el deudor a favor del acreedor y pagados a éste. Años después pidió copia de esos cheques, pero ya era tarde para obtenerla, a causa de haber sido incinerados por los Bancos. Entonces éstos certificaron que de acuerdo con sus libros los cheques fueron girados por el deudor a favor del acreedor y pagados al beneficiario. También vino a los autos la certificación de Leo S. Kopp & Cº

Se ignora cómo hubiera apreciado el tribunal las certificaciones y los testimonios, porque, apoyándose en supuesta contradicción del demandado, rechazó la posibilidad de que los abonos se efectuaran para solucionar la deuda con anterioridad al año de 1922.

Por haber apreciado erróneamente el dicho del deudor y la escritura Nº 69, se abstuvo de analizar unas pruebas que bien coordinadas dejan en el ánimo la convicción de que el deudor pagó al acreedor $ 600.00 en

varias partidas. Así fue como el tribunal prescindió de aplicar el artículo 1634 del código civil, invocado por el recurrente.

La parte actora no niega los pagos en sí mismos, sino su imputación, y si combate la forma en que vinieron al proceso los certificados, se abstiene de atacar el contenido de éstos.

Extrajudicialmente manifestó el acreedor a varios testigos, pero no a más de uno simultáneamente, que el deudor le había satisfecho su deuda. Tales declaraciones tienen valor porque su contenido corresponde a lo indicado por los cheques, que de este modo se corroboran y refuerzan. La corte ha prescindido de los testimonios no ratificados.

Estima la corte que el doctor Sabogal Mora ha probado haber satisfecho $ 600.00. La primera partida, de $ 100.00, debe imputarse íntegramente a capital, porque a falta de prueba en contrario, lo natural es admitir que fue abonada, a más tardar, el 23 de enero de 1915, día del vencimiento de la obligación. En tal fecha quedó reducida la deuda a $ 500.00. Los otros abonos deben imputarse primero a intereses devengados y luégo a capital, teniendo en cuenta que fueron hechos en estos días, todos del año de 1915:

$ 100.00 el 15 de junio;
$ 300.00 el 24 de agosto;
$ 200.00 el 24 de agosto, y
$ 80.00 el 24 de junio.

Sobre estas bases se hará la liquidación con el fin de averiguar el saldo debido.

En cuanto a la aplicación de las disposiciones legales sobre rebaja de intereses, como este punto no fue materia de la controversia, sobre él nada adelanta aquí la corte. En la oportunidad de la liquidación del crédito será cuando tal cuestión podrá suscitarse y decidirse.

La cesión de don Justo Pastor Angel a su esposa, fue válida; este contrato es lícito entre cónyuges, de acuerdo con la ley 28 de 1932.

Dicha cesión no es tachable por falta de estampillas, pues las que se le pusieron por valor de $ 0.06 fueron suficientes según el artículo 9º del decreto Nº 92 de 1932, porque lo que se tiene en cuenta es el capital y no los intereses.

El crédito no estaba embargado cuando se efectuó la cesión, porque no se había dado cumplimiento al artículo 1009 del código judicial.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

f a l l a :

Cásase la sentencia recurrida, y en su lugar se resuelve:

1º—Condénase al doctor Daniel Sabogal Mora a pagar a la señora Rita Torres de Angel, como cesionaria de don Justo Pastor Angel, que a su vez lo fue de don Matías Torres Carrillo, la cantidad de $ 60,000.00 papel moneda, o sea $ 600.00 en moneda corriente, pago que hará con sus intereses de demora, desde el día 23 de enero de 1915 hasta que efectúe el pago, todo de conformidad con lo estipulado en documento privado suscrito en la ciudad de Bogotá con fecha 23 de enero de 1914.

2º—A cuenta de esta deuda se abonarán al deudor $ 600.00 pagados al acreedor en distintas partidas y teniendo en cuenta las fechas de los abonos, según se expresa en la parte motiva del presente fallo.

3º—Los abonos dichos se imputarán primeramente a los intereses devengados hasta la fecha de cada abono, y el sobrante, si lo hubiere, a capital; pero el primer abono, de $ 100.00, se imputará íntegramente a capital, según se ha explicado en la parte motiva.

4º—Lo tocante al tipo de interés podrá debatirse cuando se liquide el crédito, como se dijo en la parte motiva.

5º—Sin costas en las instancias ni en el recurso.

6º—Queda reformada la sentencia de primer grado.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD.—NULIDADES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS.—APELACION CONCEDIDA EN EL EFECTO DEVOLUTIVO.—SUSPENSION DEL REMATE.—JURISDICCION DELEGADA

1.—Una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren las disposiciones contenidas en el título 20 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 carezcan 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 no se declara nulo por irregularidades en su tramitación. 2.—Sobre el concepto de la apelación concedida en el efecto devolutivo el legislador colombiano, en el artículo 689 del C. J., sentó esta regla general que tiene excepciones, pues pueden existir casos en los cuales la jurisdicción del juez A QUO queda delegada al superior en tal forma y manera que el inferior no puede seguir conociendo de ciertas cuestiones estrechamente ligadas con el auto apelado en ese efecto. De la misma manera, aun cuando la regla general consagrada por el artículo 501 es la de que la apelación concedida en el efecto suspensivo quita PRO TEMPORE la jurisdicción al juez A QUO, hay casos también en que, aun concedida una apelación en este efecto, queda radicando en el inferior cierta jurisdicción, y de ahí las excepciones a que se refiere el mismo artículo 501. 3.—El Código Judicial Colombiano contiene el principio del no remate de los bienes o de la suspensión de la ejecución de un acto judicial cuando está pendiente la apelación en el efecto devolutivo de una providencia que puede causar gravamen irreparable a una de las partes. 4.—Siendo el auto que decreta la ejecución apelable en el efecto devolutivo (art. 1081 C. J.), en ningún caso al tenor del artículo 1082 puede procederse al remate de bienes ni al pago al acreedor sin que esté ese auto en firme.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Antecedentes

Los antecedentes que dan motivo a la acción de nulidad iniciada por Emeterio Zapata contra Pedro M. Jaramillo, José J. Gutiérrez y Ana Francisca González, son estos:

1) Emeterio Zapata causó a deber a Jaramillo y a Gutiérrez una suma de dinero que garantizó con hipoteca sobre varios bienes y derechos en inmuebles ubicados en jurisdicción del municipio de Yolombó.

2) Pedro M. Jaramillo inició ejecución ante el juez de Yolombó contra Zapata, y fue librado el correspondiente mandamiento de pago. Luego el precitado Jaramillo, y con base en un documento privado, ejecutó al mismo Zapata.

3) José J. Gutiérrez ejecutó a Zapata y el mandamiento ejecutivo del caso fue librado. En ese juicio propuso tercería el apoderado de Pedro M. Jaramillo, fundándose en escrituras 274 de cinco de julio de 1928, y 278 de 25 de junio de 1923, corridas ante el notario de Yolombó.

4) El ejecutado, Emeterio Zapata, pidió al juez de Yolombó que declarara admisible la cesión que hacía de sus bienes en favor de sus acreedores Jaramillo y Gutiérrez, y manifestó que también era su acreedor el señor Ernesto Estrada. Tal petición fue admitida por el juez en auto de 12 de noviembre de 1931, quien declaró embargados los bienes y nombró depositario, y el proceso tomó la sustanciación de un concurso de acreedores.

5) El juez de Yolombó, a petición del síndico del concurso, decretó el embargo de los bienes por auto de doce de septiembre de 1932. Apeló Zapata de ese auto, y pidió la suspensión del remate, que negó el juez, y el Tribunal Superior de Medellín, en providencia de 7 de marzo de 1933, decretó esta suspensión, fundándose en el decreto número 280, en el 420 y en la Ley 37 de 1932. Pero como entre tanto, la apelación se había concedido sólo en el efecto devolutivo, al llegar el catorce de octubre de 1932, día fijado para el remate, éste se verificó.

Fundado en lo anterior, Emeterio Zapata demandó a Pedro M. Jaramillo, José J. Gutiérrez y Ana Francisca González para que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que es nulo, por vicio de procedimiento, por mala aplicación del derecho, el juicio de cesión de bienes de Emeterio Zapata que cursa ante el juez del circuito de Yolombó, cesión que se admitió por auto que lleva fecha doce de noviembre de 1931. Subsidiariamente, que es nulo lo actuado en ese juicio desde el auto de doce de septiembre de 1932 inclusive, en adelante.

b) Que, como consecuencia de la nulidad pedida, las cosas deben volver al estado que tenían antes, o de acuerdo con la subsidiaria, que no tienen valor los autos posteriores a aquél de que trata el numeral anterior, ni lo tiene la diligencia de remate que se verificó el catorce de octubre de 1932 ante el juez del Circuito de Yolombó, en el aludido juicio, y que, por tanto, se ordene cancelar la inscripción que de tal diligencia se hizo en la oficina de Registro del Circuito de Yolombó, diligencia de remate que se refiere a parte de los bienes que se alinderan en el hecho primero de la demanda; que, como consecuencia de esta declaración, las cosas deban volver al estado que tenían antes, como si tal remate no se hubiera verificado; por tanto, los bienes rematados, volverán a mi poder —dice el actor— o se tendrán por concursados y seguirán en poder del síndico del concurso o del secuestre nombrado en el juicio de cesión de bienes, lo mismo que los embargados y que no han sido rematados.

c) Que son del cargo del funcionario que actuó en el juicio de cesión de bienes o concurso de acreedores de Emeterio Zapata, las costas y gastos de aquel juicio y las de éste, o en subsidio las de uno de ellos, por concurrir las causas de que trata el artículo 458 del C. J.

Además el actor fundamentó su demanda en algunas irregularidades en el procedimiento, que señaló en el libelo.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de diez y seis de junio de 1936 confirmó el fallo proferido por el juez de primera instancia, el cual negó por improcedentes las declaraciones pedidas por Emeterio Zapata, y absolvió, en consecuencia, a los demandados de los cargos que allí se les formulan.

La sentencia del Tribunal se funda en lo siguiente: a) En que las disposiciones citadas por el actor regulan sólo las nulidades de los actos o contratos civiles celebrados entre las partes por su libre y espontánea voluntad y entre tales actos no pueden quedar comprendidas las sentencias de ninguna clase de providencias emanadas de las entidades judiciales; b) En que las informalidades que el actor afirma se cometieron en la tramitación del juicio de concurso de acreedores no existen, y al efecto el Tribunal hace un estudio detallado sobre ese extremo, y c) En que aun cuando el Tribunal revocó el auto del juez a quo que negó la suspensión del remate, como la apelación le fue concedida a Zapata en el efecto devolutivo, al tenor del artículo 499 del C. J., no se suspendía la ejecución del auto apelado, y que, ejecutoriado el auto aprobatorio de remate, no existe ya recurso alguno contra él.

Demanda de casación

I

En el primer capítulo de su demanda acusa el recurrente la sentencia por la primera de las causales de casación establecidas en el ordinal primero del artículo 520 del C. J. y señala como violados los artículos 3º, 1740, 1741, 1743, 1746 y 1748 del C. C.

La sentencia recurrida, cerno se ha dicho, se basa en parte en que las disposiciones sobre nulidades consagradas por el C. C. no son aplicables a las nulidades de carácter procedimental, y la Corte observa al respecto: una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren las disposiciones contenidas en el título 20 del C. C. y otras las de carácter adjetivo consagradas en el capítulo 7 del título 12 del C. J. Las primeras miran a los actos y declaraciones de voluntad, en cuanto éstos carezcan 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.

Lo anterior ha sido la doctrina de la Corte que se expresó así en sentencia de 2 de marzo de 1931: "Al decir el artículo 1740 del Código Civil que es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y la calidad o estado de las partes, se refiere a los actos o contratos civiles relc-

brados entre las partes de su libre voluntad, entre los cuales actos no quedan incluídas las sentencias o providencias judiciales. Las nulidades en la secuela del juicio o nulidades de procedimiento, deben proponerse en el mismo juicio en que se incurrió en ellas".

Esta doctrina acaba de ser confirmada por la Corte en sentencia de fecha septiembre 8 de 1937.

Pero, además de lo anterior, el Tribunal fallador encontró que no se habían cometido ningunas de las irregularidades procesales a que el actor se refirió en la demanda y ese extremo que analizó a espacio el Tribunal no fue tocado en casación, pues todo el esfuerzo del recurrente está encaminado a impugnar el concepto de la sentencia en que sostiene que el remate de los bienes fue válido por haberse concedido la apelación que negó la suspensión del remate en el efecto devolutivo, cuestión ésta que la Corte habrá de tratar en capítulo aparte.

Tomada, pues, la acusación en los términos generales que se han expuesto y considerando que las nulidades a que pueden estar afectos los actos y declaraciones de voluntad son distintas de las nulidades procedimentales, se rechaza el cargo.

II

En la segunda parte de su demanda el recurrente señala como infringidos los artículos 499 del C. J., por aplicación indebida e interpretación errónea, y directamente los artículos 457, 451, ordinal segundo, y 452 del mismo Código, lo cual llevó al Tribunal a la violación del artículo 7° del Decreto-Ley N° 280 de 16 de febrero de 1932.

El recurrente basándose en este artículo 7° sobre el derecho que tenía el acreedor para pedir la suspensión del remate, estima que era imperativo, includible y perentorio para el funcionario judicial suspender los remates, desde que así lo pidiera el ejecutado, y que al hacer el remate de los bienes concursados no obstante estar pedida la suspensión de él, dicho acto se verificó sin cumplir las formalidades legales exigidas por la ley, incumplimiento que induce nulidad que puede ser pedida en juicio separado. Con mayor razón, dice el recurrente, debe inducirla el hecho de hacer un remate contra la prohibición de la ley, que a no otra cosa equivale verificar la venta en licitación pública cuando el ejecutado o concursado ha pedido que se suspenda, de acuerdo con el artículo 7° del Decreto-Ley N° 280 de 1932. Además, el recurrente se apoya en el artículo 6° del C. C. para propugnar la nulidad que alega.

Observa el recurrente que concedida la apelación al ejecutado Zapata, el decreto judicial sobre los bienes no quedó en firme porque era una orden sujeta al evento de ser revocada, como en efecto lo fue, y que el decreto de remate no estaba en firme, por lo tanto. Observa asimismo que el artículo 499 del C. J. es una regla general, dentro del procedimiento, pero inaplicable cuando se trata de la celebración o perfeccionamiento de un acto jurídico tan serio, tan importante y tan fecundo en consecuencias de todo orden, como la venta del bien embargado.

Para analizar este cargo, y por vía de método, la Corte entra a estudiar por separado la cuestión de hecho y la de derecho.

Cuestión de hecho

Emeterio Zapata en vista de las ejecuciones que ante el juez de circuito de Yolombó le seguían los señores Pedro M. Jaramillo y José J. Gutiérrez hizo cesión de sus bienes a favor de sus acreedores y en consecuencia pidió a aquél que declarara formado el concurso. Tal solicitud lleva fecha 12 de noviembre de 1931. (Fojas 21 del cuad. de pruebas). El juez mencionado en auto del mismo día admitió la cesión hecha por Zapata, declaró formado el juicio de concurso de acreedores y embargados los bienes presentados por el concurso (Fojas 21 vta. y 22 del cuad. citado). Se admitieron luégo varias acumulaciones a favor de los precitados Jaramillo y Gutiérrez, se nombraron peritos avaluadores de los bienes denunciados y embargados y se nombró y posesionó el síndico del concurso. (Fojas 26 a 29 ibídem).

El 17 de agosto de 1932 Zapata pidió al juez, fundándose en el artículo 7° del Decreto Ejecutivo N° 280 de 16 de febrero de 1932, la suspensión del remate de los bienes embargados (Fojas 25 vta. del cuad. citado). El 26 de ese agosto el juez resolvió que, como de conformidad con ese artículo 7° la suspensión del remate podía solicitarse cuando el juicio ha llegado al estado de señalar día y hora para tal diligencia o antes de efectuarse el remate, si ya se hubiera hecho el respectivo señalamiento, y que como en el juicio a que se contrae la petición de Zapata no han ocurrido tales cosas, se reservara el pedimento en la secretaría para resolverlo en su debida oportuuidad (Fojas 35 vta. ibídem).

El 12 de septiembre siguiente (1932), el mencionado juez de Yolombó negó el decreto de suspensión del remate de los bienes

embargados, suspensión, como se ha dicho, impetrada por Zapata (Fojas 36 ibídem). En auto separado de la misma fecha, el juez decretó el remate de los bienes embargados y señaló el 14 de octubre de 1932 para que tuviera lugar la diligencia.

De los dos autos de que se acaba de hacer mención apeló Zapata, y la apelación le fue concedida en el efecto devolutivo por auto de 28 del mismo septiembre (Fojas 38 y 39 ibídem).

El 14 de octubre de 1932 se verificó el remate de los bienes embargados y fueron rematadores los señores Pedro Jaramillo y Guillermo Aguilar C., como apoderado del señor José J. Gutiérrez (Fojas 8 del cuad. principal).

El 2 de noviembre de 1932 el juez aprobó la diligencia de remate, la cual fue inscrita en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Yolombó el 22 de ese mismo noviembre.

El 3 de este mes, es decir, cuando ya se había verificado el remate de los bienes y dictado el auto aprobatorio, se fijó en lista el negocio en el Tribunal, y éste, en proveído de 7 de marzo de 1933, revocó los dos autos de fechas 12 de septiembre de 1932 que niegan la suspensión del remate y señalan día para la subasta pública, y en su lugar decretó la suspensión del remate de los bienes embargados, en la forma y términos dichos en la Ley 37 de 1932, en relación con los Decretos Ejecutivos Nº 280 y 420 de 1931.

El 19 de junio de 1933 fue cuando el expediente volvió al juzgado, es decir, cuando ya el remate estaba consumado, aprobado e inscrito (Fojas 39 vta. a 41 vta. ibídem).

Todo lo anterior está acreditado en los autos con las pruebas aducidas por la parte actora, las cuales tienen el carácter de plenas al tenor de los artículos 745 y 632 del C. J. Este extremo probatorio ni siquiera ha sido parte del debate y el mismo Tribunal se refirió a ellas sin darles ninguna importancia, no obstante que a juicio de la Corte ellas son la base para configurar un problema jurídico.

Cuestión de derecho

El remate de los bienes embargados, como queda expuesto y demostrado, se verificó cuando estaba pendiente la apelación de los autos de 12 de septiembre, uno de los cuales negó la suspensión del remate y el otro fijó día para éste. El Tribunal revocó esos autos, revocatoria que tuvo lugar cuando ya el remate se había consumado.

El Tribunal, basado en el artículo 499 del C. J. y en el principio de que ejecutoriado el auto aprobatorio del remate no existe ya recurso alguno contra él, concluyó que no existió ninguna irregularidad en el proceso, y éste es su concepto básico en lo relativo a la alegación del actor respecto de la irregularidad que anotó sobre el particular.

La Corte considera: la apelación concedida en el efecto devolutivo, como lo observa Manresa y Navarro, traspasa y en ocasiones devuelve al superior el conocimiento del pleito o incidente sobre que versa la apelación; la apelación en el efecto suspensivo suspende la jurisdicción del juez que dictó la providencia apelada. Son estas dos figuras derivaciones del concepto de jurisdicción delegada.

Sobre el concepto de la apelación concedida en el efecto devolutivo el legislador colombiano en el artículo 499 del C. J. sentó una regla general que tiene excepciones, pues pueden existir casos en los cuales la jurisdicción del juez a quo queda delegada al superior en tal forma y manera que el inferior no puede seguir conociendo de ciertas cuestiones estrechamente ligadas con el auto apelado en ese efecto. De la misma manera, aun cuando la regla general consagrada por el artículo 501 es la que la apelación concedida en el efecto suspensivo quita pro témpore la jurisdicción al juez a quo, hay cosas también en que, aun concedida una apelación en este efecto, queda radicado en el inferior cierta jurisdicción, y de ahí las excepciones a que se refiere el mismo artículo 501.

Por eso los redactores del C. J. vigente se expresaron así: "Llamamos también la atención a la reforma que propone al artículo 501, en cuanto por él se dispone que, no obstante quedar suspendida la jurisdicción del inferior por apelación otorgada en el acto suspensivo, conserva sin embargo la facultad de entender tanto en lo relativo a la seguridad del depósito de las personas, como en ciertas actuaciones de que habla el proyecto en otros lugares, cuales son las referentes a la custodia de bienes embargados o depositados judicialmente".

Nuestro Código Judicial contiene el principio de garantía a que se refiere su artículo 1092, precisamente porque en él no se halla una disposición semejante a la del artículo 385 del Código de Procedimiento español, el cual dispone que si el juez admite la apelación de un auto en el efecto devolutivo por estimar que no es irreparable el perjuicio causado por ese auto, habrá siempre lugar a la apelación en ambos efectos si el apelante presta fianza a satisfacción del juez para responder de las costas, daños y

perjuicios que pueda ocasionar con su apelación al litigante o litigantes contrarios.

Existen por lo tanto en el particular dos sistemas: a) El del Código Judicial colombiano que contiene el principio del no remate de los bienes o de la suspensión de la ejecución de un acto judicial cuando está pendiente la apelación en el efecto devolutivo de una providencia que puede causar gravamen irreparable a una de las partes; y b) El del Código español que para evitar hasta la contingencia de que se cause ese gravamen, admite la apelación en el efecto suspensivo con sólo la petición del apelante, previa prestación de la fianza. Ambos sistemas se apoyan en un mismo principio: evitar la creación de un hecho de carácter permanente que cause un gravamen irreparable a una de las partes, mientras están ante la contingencia del resultado de la apelación.

Así, por ejemplo, la entrega de una suma de dinero o el auto que decreta un desembargo, no pueden llevarse a efecto mientras la providencia que tal dispone no esté en firme, y no lo está mientras ella esté apelada, así lo sea sólo en el efecto devolutivo, porque puede el superior revocar la orden y entonces si ésta se ha llevado a cabo por el juez a quo, se ha inferido un perjuicio que puede ser irreparable a una de las partes. La jurisdicción delegada que condiciona la apelación en el efecto devolutivo, no puede interpretarse en un sentido irrestricto, o sea, en el de que el juez inferior puede proseguir el curso de la actuación basado en la providencia apelada, cuándo ésta refluye de una manera directa y aun esencial sobre las providencias judiciales que a contar desde la concesión del recurso dicte el juez a quo. Los ejemplos anteriores demuestran esta tesis con toda evidencia.

De modo que puede llegarse a la siguiente conclusión: No obstante las reglas generales respecto de las apelaciones tanto en el efecto suspensivo como en el devolutivo, y a que se refieren los artículos 499 y 501, existen excepciones que limitan el principio general, de donde resulta que no puede interpretarse éste irrestrictamente, y aplicarse como regla rígida e invariable. Y esto no es nuevo, está consagrado desde el Fuero Juzgo, la generalidad de los códigos reconoce tal cosa, como puede verse en el artículo 390 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española que es la base del artículo 501 de nuestro C. J. vigente.

Por eso, por ejemplo, el juez provisto de plena jurisdicción, no puede pronunciar sentencia definitiva mientras hay incidentes pendientes que puedan influír en la decisión final del juicio, como lo establece el artículo 337 del C. J.; y aun cuando el juez haya concedido en el efecto devolutivo una apelación, se estima que el negocio queda en suspenso mientras la apelación se define, en el caso del artículo 1032 del C. J. De ahí que siendo el auto que decreta la ejecución apelable por el ejecutado sólo en el efecto devolutivo (art. 1031 ibídem) en ningún caso al tenor del artículo 1032 puede procederse al remate de bienes ni al pago al acreedor sin que esté ese auto en firme.

Lo anterior está fundado en que cuando un auto apelado en el efecto devolutivo puede causar gravamen irreparable a las partes o cuando existe un incidente que haya de refluir sobre la sentencia definitiva, en el primer caso la jurisdicción del juez a quo queda condicionada a lo que resuelva el superior y entonces es preciso aguardar tal resolución, y en el segundo es menester desatar en firme el incidente para poder sentenciar. De otra manera el derecho de alzada sería en muchos casos ilusorio.

Hay providencias en un proceso que exigen la firmeza de ciertos autos que les preceden, los que son formalidades indispensables para una resolución posterior, la cual no puede dictarse sin la existencia en firme de aquéllos. La seguridad, no sólo de las partes sino de los terceros, exige tal firmeza, porque, por ejemplo, concedida una apelación en el efecto devolutivo, no se sabe a ciencia cierta si el auto que va a revisión será o no confirmado. Una providencia judicial basada en un auto que después es revocado, resulta así muchas veces dictada con pretermisión de formalidades esenciales.

En el caso del presente pleito, debe tenerse en cuenta no sólo la Ley 105 de 1931, Código Judicial, sino también el Decreto-Ley 280 de 16 de octubre de 1932, puesto que éste modificó varias de las disposiciones de aquélla. Una de ellas es el artículo 7º que confirió al deudor el derecho de pedir la suspensión del remate. Y cabalmente fundándose en este Decreto y derecho fue como el Tribunal, reconociéndolo, revocó la negativa que el juez había pronunciado.

La base para saber si en el caso de este pleito podían o no rematarse los bienes era la decisión del Tribunal Superior que conocía de la apelación interpuesta por Zapata e iba a decidir si era el caso de suspender o no el remate. La resolución del Tribunal era la única que podía determinar en firme la situación procesal de las partes en el juicio, y mientras esa resolución no recayera, era injurídico proceder al remate. Revocado el auto apelado, las dos resoluciones del juez

de primera instancia, que sirvieron de base y fundamento al remate de los bienes embargados, quedaron insubsistentes, como si no se hubieran dictado, o mejor, hubo falta de ellas.

La jurisdicción del juez a quo, al conceder a Zapata el recurso de apelación en el efecto devolutivo, quedó subordinada en lo tocante al remate, o lo que resolviera el Tribunal Superior; de modo que esta resolución influía directamente sobre esa actuación judicial. Por lo tanto, suspendido por el Tribunal el remate y revocado el auto de señalamiento de día, el remate de los bienes, al ser llevado a cabo, no quedó respaldado con las formalidades legales indispensables para su validez, al tenor de los artículos 1037 y siguientes del C. J.

Concretando todo lo anterior al cargo que se estudia en casación resulta lo que sigue: La interpretación irrestricta que el Tribunal dio al artículo 499 del C. J. es errónea. La revocatoria del Tribunal de Medellín de los autos del juez de Yolombó, que negó el primero la suspensión del remate y el segundo que fijó día para el remate de los bienes embargados, produjo el fenómeno de falta de formalidades prescritas para hacer el remate de bienes a que se refiere la causal segunda del artículo 451 del C. J. que tiene carácter sustantivo. Se acoge, pues, este cargo y se casa la sentencia recurrida.

Sentencia de instancia

Procede entonces dictar sentencia de instancia, para lo cual se considera lo siguiente:

Rechazado el primer cargo en casación no puede anularse todo el juicio de cesión de bienes como lo pidió el actor, de modo que no prospera la petición principal.

Acogido el segundo cargo, prospera la petición subsidiaria en la cual el demandante solicita la nulidad del proceso, desde el auto de 12 de septiembre de 1932 inclusive. Declarada esa nulidad, las cosas tienen que volver a su estado anterior, es decir, como si el remate no se hubiera celebrado, lo cual implica la cancelación de las inscripciones correspondientes y la vigencia de los documentos y escrituras en que los ejecutantes Pedro M. Jaramillo y José J. Gutiérrez fundaron sus ejecuciones y tercerías, y el decreto de embargo y el depósito de los bienes denunciados para el pago. Y en síntesis: la situación procesal entre las partes debe quedar como estaba el 12 de septiembre de 1932.

Los demandados propusieron las excepciones de inepta demanda y petición antes de tiempo y de un modo indebido, pero no está comprobado en los autos ningún hecho que las respalde, así como tampoco se está en el caso de deducir ninguna otra excepción perentoria.

Fallo

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 Medellín el dieciséis de junio de 1936, revoca la de veintidós de febrero de 1935 dictada por el juez del circuito de Yolombó, y en su lugar falla:

1) No están probadas las excepciones propuestas;

2) Niégase la petición principal de la demanda;

3) Declárase nulo todo lo actuado en el juicio de cesión de bienes adelantado por Pedro María Jaramillo y José J. Gutiérrez ante el juez del circuito de Yolombó contra Emeterio Zapata, desde el auto que lleva fecha doce de septiembre de 1932, inclusive, en adelante, y por lo tanto, queda sin valor el remate de bienes verificado el catorce de octubre de 1932 ante el juez del circuito de Yolombó, en este juicio;

4) En consecuencia de la nulidad, las cosas volverán al estado que tenían el referido doce de septiembre; por lo tanto, se cancelará la inscripción de la diligencia de remate hecha en la oficina de Registro del Circuito de Yolombó;

5) Quedan sin efecto las notas de cancelación que se hayan puesto a los títulos, escrituras o documentos, en que los ejecutantes y terceristas Jaramillo y Gutiérrez fundaron sus acciones;

6) Líbrense por el juzgado dicho los oficios del caso a los funcionarios respectivos. Asímismo, los bienes que fueron objeto del remate continuarán embargados y depositados en poder del síndico del concurso, como parte integrante por ser del patrimonio del concursado Zapata;

7) El juzgado oficiará al Registrador, á fin de que cancele el desembargo de los bienes y anote la vigencia de los embargos pre-

mitivos. El juzgado renovará la entrega material de esos bienes al síndico del concurso;

8) Condénase al juez del circuito de Yolombó, doctor Elías Medina R., a pagar a Emeterio Zapata las costas de la parte anulada del proceso (artículo 458 del C. J.).

9) Sin costas en el juicio ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta y devuélvase al Tribunal de su origen.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Sric. en ppd.

ACCIONES DE DOMINIO Y DE NULIDAD.—PRESCRIPCION DE LA ACCION RESCISORIA.—EFECTOS DE LA DECLARACION DE NULIDAD.—MEDIOS NUEVOS EN CASACION.—TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION

1.—El plazo de cuatro años que establece el artículo 1750 del C. C. para demandar la declaración de nulidad relativa cuando ésta proviene de incapacidad legal de uno de los contratantes tiene su punto de partida, no en la fecha del contrato sino en el día en que haya cesado esa incapacidad. 2.—Efecto natural y lógico de la declaración de nulidad de un contrato es el derecho de las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, mediante las restituciones recíprocas que deben decretarse por el Juez oficiosamente en la sentencia que reconoce y declara la nulidad. (Art. 1746). Esta regla general, fuéra de lo estatuído sobre objeto o causa ilícita, tiene su excepción en el caso de que se haya contratado con una persona incapaz sin los requisitos establecidos por la ley en razón de tal incapacidad, porque entonces, aniquilado el contrato por sentencia judicial, no puede pedírsele restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato. Pero esta excepción no es absoluta. La prohibición de pedir al contratante incapaz lo que recibió como prestación del contrato anulado deja de existir en cuanto se probare haberse hecho por esa causa más rica la persona incapaz. (Art. 1747). Este caso excepcional tiene su fundamento en el principio general de equidad que prohibe el enriquecimiento sin causa y se ilustra con los ejemplos del código sobre el modo como ha de entenderse el enriquecimiento. 3.—Los medios nuevos son inadmisibles en casación. Las violaciones de la ley adjetiva no autorizan para ejercitar el recurso extraordinario de casación. 4.—La mera contradicción del recurrente a los conceptos fundamentales de la sentencia, sin exponer ni una sola razón para desvirtuar los argumentos en que ella se apoya, ni alegar ningún error de hecho o de derecho que hubiera conducido al Tribunal a una violación legal no es bastante para que el cargo pueda prosperar en casación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca)

Antecedentes

A) Carmen Rosa Ocampo y Ramón Ríos se casaron en el año de 1912.

B) En el juicio sucesorio de María del Carmen Quintero, seguido en uno de los Juzgados del Circuito de Manizales, le fue adjudicada a su hija Carmen Rosa Ocampo un solar ubicado en esa ciudad, en el año de 1923.

C) El 16 de agosto de 1924 la señora de Ríos, con autorización de su marido y la correspondiente licencia judicial, permutó el solar heredado de su madre con Gabriel Badillo, por una casa y solar en el barrio de Santana de la ciudad de Manizales (escritura N° 754, Notaría 1ª de Manizales).

D) Este inmueble fue vendido por los esposos Ríos-Ocampo en 11 de octubre de 1927 a José M. Giraldo, para lo cual obtuvie-

ron licencia judicial en que se advirtió la obligación en que quedaba el marido de invertir el precio de la venta ($ 3.500) en otra finca para la mujer (escritura Nº 988, Notaría 1ª).

E) Ramón Ríos compró a Emilio Aristizábal el 12 de octubre de 1927 un solar con una casa en construcción, sito en el barrio de Villanueva, en Manizales, por la suma de $ 4.100. En esta escritura advirtió el comprador Ríos que en la compra invertía $ 3.500 en que vendió la casa de su mujer y que en esta suma la subrogaba en el dominio que adquiría. La esposa de Ríos firmó el instrumento en manifestación de que aceptaba la subrogación.

F) El 14 de noviembre de 1927 Lisímaco Loaiza y Ramón Ríos, por una parte, y por otra Luis Salas B., celebraron un contrato de permuta en el cual los primeros dan la casa y solar a que se refiere el hecho anterior, avaluados en $ 2.000, y $ 2.000 en dinero y reciben de Salas B. una casa y solar en el barrio de Santana de la misma ciudad, avaluados en $ 4.000. La escritura en que se consignó este contrato, Nº 1452, pasada ante el notario 2º de Manizales, fue firmada por la señora Ocampo de Ríos en aceptación de la subrogación que en ella se le hizo por la suma de $ 3,500 y el contrato se hizo sin licencia judicial.

G) La finca adquirida por Luis Salas B. en la permuta precitada la permutó a su turno el 19 de noviembre de 1927 con Ezequiel Cardona por un inmueble situado en el barrio de San José de la ciudad de Manizales (escritura Nº 1477, Notaría 2ª).

H) El 28 de enero de 1929, por escritura Nº 98, pasada ante la Notaría 1ª de Manizales, los esposos Ríos-Ocampo compraron a Lisímaco Loaiza la mitad que éste había adquirido en el inmueble dado en permuta por Luis Salas B. y en este contrato también se hizo una subrogación en favor de la señora Ocampo de Ríos.

Con base en estos hechos y en otros que no se mencionan por no haber alcanzado comprobación en el juicio, la señora Carmen Rosa Ocampo de Ríos, por medio de apoderado y en demanda definitiva de fecha 2 de marzo de 1933, demandó a Luis Salas B., Lisímaco Loaiza, Ramón A. Ríos y Ezequiel Cardona para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hicieran las declaraciones que textualmente se copian:

"Primera.—Que se declare que la casa y solar que Emilio Aristizábal vendió a Ramón A. Ríos y Carmen Rosa Ocampo, por medio de la escritura número novecientos noventa y dos (992), de fecha doce (12) de octubre de mil novecientos veintisiete (1927), de la Notaría primera de Manizales, casa y solar situada en esta ciudad en el barrio de la Inmaculada por estos linderos: ....., era de la propiedad exclusiva de la señora Carmen Rosa Ocampo, esposa de Ramón A. Ríos, por haberse subrogado en esa casa y solar un bién herencial de la señora Ocampo".

"Segundo.—Que se declare que el señor Lisímaco Loaiza no tenía parte en la casa de que trata la parte petitoria señalada con el anterior numeral, y por lo mismo, no era condómino con la señora Ocampo".

"Tercero.—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare, que la permuta verificada por Ramón A. Ríos y Lisímaco Loaiza, de la casa y solar de que tratan los numerales anteriores, con el doctor Luis Salas B. por otra casa y solar sitos en el barrio de Santana de esta ciudad..... y de que trata la escritura número mil cuatrocientos cincuenta y dos de catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete de la Notaría Primera de Manizales, adolece de nulidad absoluta, porque hubo ficción de permutantes, porque careció de causa por parte de Loaiza y Ríos".

"Cuarto.—Que se declare, en subsidio para el caso de que la anterior petición no prospere, que los señores Ríos y Loaiza enajenaron un bién raíz que no les pertenecía, cuyo dominio radicaba a tiempo de la permuta en la señora Carmen Rosa Ocampo de Ríos, permuta visible en la escritura número mil cuatrocientos cincuenta y dos (1452), de fecha catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete, de la Notaría de Manizales, y por lo mismo, su verdadera dueña la señora Ocampo no ha perdido la posesión y dominio y debe restituírsele la posesión material que radica hoy en el demandado Ezequiel Cardona".

"Quinto.—Que se declare, en subsidio por si no se hiciere la anterior declaratoria, que la permuta verificada entre los señores Lisímaco Loaiza, Ramón A. Ríos y Carmen Rosa Ocampo de Ríos, de una parte, y de la otra el doctor Luis Salas B. permuta de dos casas a que se refiere la escritura número mil cuatrocientos cincuenta y dos (1452), de catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete (1927) de la Notaría primera de Manizales, ... adolece de nulidad relativa, por estos dos conceptos: 1º Porque la propiedad dada en cambio a Salas B. pertenecía a la señora Carmen Rosa Ocampo de Ríos y para permutarla no se consiguió permiso judicial, que autorizara esa venta; 2º, porque la propiedad dada por Salas B. a la

señora Ocampo y demás permutantes estaba hipotecada por cuatro mil pesos para adquirir esa propiedad hipotecada a cambio de una propiedad que era de la señora Ocampo, se necesitaba permiso o licencia judicial.

"Sexto.—Que como consecuencia de la anterior declaratoria, se declare que pertenece a la señora Carmen Rosa Ocampo de Ríos, la casa y solar que le fue entregada al doctor Luis Salas B. y conocida por su situación y linderos en la parte petitoria marcada con el numeral quinto y que por efecto de esa nulidad, debe entregársela al actual poseedor, señor Ezequiel Cardona, en el término que señalo el señor Juez".

"Séptimo.—Que se condene a los demandados en las costas del juicio".

El Juzgado de Circuito decidió la primera instancia en sentencia de fecha 15 de octubre de 1934, en forma absolutoria y sin costas. Surtida la segunda instancia por recurso de apelación interpuesto por la actora, sentenció definitivamente el Tribunal Superior el 3 de abril de 1936.

La sentencia acusada

El Tribunal revocó la sentencia absolutoria del Juzgado del Circuito, y en su lugar falló:

"1º—No están probadas las excepciones propuestas; 2º—No es el caso de hacer las declaraciones consignadas en los puntos primero, tercero y cuarto de la parte petitoria del libelo de demanda; 3º—Se declara que el demandado señor Lisímaco Loaiza no tenía ningún derecho en la casa de que trata la parte petitoria de la demanda, numeral primero, casa delimitada como allí se dice, y por lo tanto, no era condómino con la señora Ocampo; 4º—Se declara que el contrato de permuta consignado en la escritura número 1452, otorgada ante el notario segundo de este circuito el catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete, está viciada de nulidad relativa y queda rescindido en la parte o cuota que corresponde a la demandante Ocampo de Ríos en el solar con casa de dos pisos, situada en el barrio de la Inmaculada de esta ciudad, y delimitada por los linderos de que habla la mencionada escritura, por no haber concurrido la licencia judicial que en este caso era necesaria para que la demandante o su cónyuge pudieran enajenar el derecho que por valor de tres mil quinientos pesos le fue subrogado a la primera en el inmueble dicho; 5º—Como consecuencia de la declaración anterior, la demandante Carmen Rosa Ocampo de Ríos es condueña o copropietaria de la casa y solar relacionados en el aparte precedente en una cuota o parte correspondiente a la cantidad de tres mil quinientos pesos sobre un precio total de cuatro mil cien pesos, derecho que se le subrogó en el inmueble mencionado, y por esto, el demandado señor Ezequiel Cardona, como poseedor material de tal inmueble, debe restituírle a la actora señora Ocampo de Ríos, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el derecho de dominio sobre la cuota o parte que corresponde a ésta en el cuestionado inmueble en la proporción equivalente a tres mil quinientos pesos sobre el precio total de compra que consta en la escritura número 992, de doce de octubre de mil novecientos veintisiete. En esta restitución se observará lo dispuesto por los artículos 962, 963, 964 y siguientes del código civil, en cuanto fueren pertinentes, considerándose que el demandado Cardona es poseedor de buena fe; 6º—Sin costas".

La absolución de primer grado se fundó en que la actora no demostró su derecho, porque versando el pleito esencialmente sobre el hecho de que la demandante señora de Ríos era dueña de la finca vendida por Emilio Aristizábal (escritura 992), permutada luégo por Lisímaco Loaiza y Ramón Ríos con Luis Salas (escritura 1452), la falta de demostración fehaciente de este dominio interrumpía la tradición señalada en los hechos fundamentales del libelo e impedía deducir si era o no necesaria la licencia del Juez para la celebración del contrato, y, por tanto, si era procedente declarar las consecuencias jurídicas solicitadas en la demanda.

Traída al proceso en la oportunidad procedimental de la segunda instancia la escritura pública Nº 992, otorgada en la Notaría primera de Manizales el doce de octubre de mil novecientos veintisiete, debidamente registrada, en que consta que la señora Ocampo fue subrogada en el dominio de la finca adquirida en ese instrumento en una cuota correspondiente al precio en que el marido había vendido un bién propio de ella habido por herencia de su madre, consideró el Tribunal sentenciador que la actora había probado plenamente ser dueña de una cuota de dominio en el inmueble dado a Luis Salas en la permuta a que se refiere la escritura Nº 1452, celebrada en noviembre de mil novecientos veintisiete, y como para la enajenación de esta finca, en la parte que era de la exclusiva propiedad de la mujer, era indispensable, en el sistema legal vigente entonces, la licencia judicial, formalidad que se omitió, era procedente la declaración de este vicio de nulidad relativa y la

rescisión del contrato en la forma y con los efectos que ya se dijeron. Recuerda el Tribunal que "el efecto de la acción rescisoria es de acuerdo con la ley el que las cosas vuelvan al estado que tenían antes" y agrega que es consecuencia legal del decreto de rescisión la entrega solicitada en el aparte sexto de la demanda porque la reincorporación de la cuota de dominio al patrimonio de la actora le da derecho de perseguirla de quien actualmente la posee y contra quien fue también enderezada la acción para ese efecto. Estas son las razones fundamentales en que hace reposar el Tribunal las resoluciones de su sentencia en cuanto se relaciona con la casación, además de otras muy breves en que se basó para desechar las excepciones propuestas, y a las que se hará referencia en su lugar adecuado.

Demanda de casación

De los cuatro demandados, solamente Luis Salas B. y Ezequiel Cardona recurrieron ante la Corte en demanda de casación de la sentencia definitiva proferida por el Tribunal, de tal manera que el objeto del recurso está circunscrito a lo que con ellos diga relación el fallo acusado.

Los recurrentes suscriben personalmente su demanda de casación, libelo de muchos cargos y de escasas razones, y en ella acusan la sentencia del Tribunal por los motivos primero, en relación con el cual formula diez cargos, segundo y sexto de los enumerados en el art. 520 del C. J.

Agrupando los Análogos para cuyo estudio y decisión procedan las mismas consideraciones, pasa la Corte a analizar los cargos de casación.

PRIMERA CAUSAL—Cargos primero y quinto.—Se dirigen estas acusaciones a establecer que el Tribunal violó directamente la disposición del art. 1750 del C. C., porque sin parar mientes en el hecho de que estaba prescrita la acción que tal texto consagra, prescripción que fue alegada como excepción en la contestación de la demanda, decretó la rescisión del contrato de permuta contenido en la escritura pública N° 1452 de catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete, pasada ante el Notario segundo de Manizales, en la cuota o parte correspondiente a la actora en el inmueble determinado en el instrumento por no haber concurrido la licencia judicial que en este caso era indispensable para enajenar válidamente el derecho que por tres mil quinientos pesos le fue subrogado a la señora de Ríos en ese bién. Advierte la sentencia que no hay lugar a la excepción fundada en que el derecho a demandar la nulidad estaba prescrito según el art. 1750 del C. C., porque el cuatrienio de que habla esta disposición no podía empezar a contarse en este caso para la cónyuge Ocampo de Ríos sino a partir del primero de enero de mil novecientos treinta y tres, fecha en que comenzó la vigencia de la ley 28 de 1932 que le dio la plena capacidad civil a la mujer casada y mayor de edad, habilitándola para el ejercicio y defensa personal de todos sus derechos.

Considera el recurrente que este modo de razonar condujo al Tribunal a la preindicada violación legal por cuanto el art. 1750 citado no puede "considerarse como derogado, pero ni siquiera como reformado con retroactividad como lo cree el sentenciador de segunda instancia, por la mencionada ley 28, pues cuando ésta entró en vigencia ya se había cumplido el cuatrienio de que trata dicho artículo...", y luégo añade que el Tribunal "cometió error de derecho, pues confundió una ley nueva con la prescripción de corto tiempo, sin tener en cuenta siquiera la doctrina constante de esa alta corporación que ha sostenido siempre que la prescripción de corto tiempo corre contra toda persona desde su principio y no admite suspensión".

Estas equivocadas afirmaciones de los recurrentes obedecen a la falsa creencia de que el transcurso del tiempo había saneado el vicio de nulidad declarado en la sentencia del Tribunal de acuerdo con el sistema jurídico, derogado ya, que consagraba la incapacidad relativa de la mujer casada, antes de iniciarse esta acción rescisoria, cuando la verdad es que hasta el día en que se dio comienzo a este pleito apenas habían corrido dos meses y pocos días del término legal prescriptivo de la acción. El plazo de cuatro años que establece el art. 1750 del C. C. para demandar la declaración de nulidad relativa cuando ésta proviene de incapacidad legal de uno de los contratantes, como en este caso, tiene su punto de partida, no en la fecha del contrato sino en el día que haya cesado esta incapacidad. Y la señora Ocampo de Ríos, incuestionablemente incapaz en su condición comprobada de mujer casada el día en que se permutó el inmueble parcialmente suyo sin la necesaria autorización judicial, sólo dejó de ser incapaz por ministerio de la ley 28 de 1932 y desde el primero de enero siguiente en que comenzó la vigencia de este estatuto que consagró la independencia patrimonial de los cónyuges dentro del matrimonio y los colocó en idéntica situación en materia de capacidad civil. Hasta esta fecha inicial del nuevo régimen patrimonial no había comenzado el cuatrienio prescriptivo del art. 1750, y a partir de ella, que fue cuando la demandante estuvo en capacidad jurídica de ejercitar la acción esta-

blecida por la ley en su favor, solamente transcurrieron los días que van hasta el dos de marzo de mil novecientos treinta y tres, fecha de la demanda definitiva.

Son, pues, completamente improcedentes los cargos anotados.

CARGOS SEGUNDO Y CUARTO—Se señalan como violados en esta parte de la acusación los arts. 1746 y 1747 del C. C., por cuanto en la sentencia del Tribunal que decretó la nulidad del contrato de permuta consignado en la escritura número 1452, ya citada, no se volvieron las cosas al estado que tenían antes de su celebración ordenando "que la demandante devuelva lo que recibió y aún retiene en su poder." "El art. 1747 del C. C. —escribe el recurrente— dice en la parte final de su primer inciso que el contratante con un incapaz no puede pedir restitución o reembolso de lo que pagó o gastó en virtud del contrato, sino cuando el incapaz se hubiere hecho más rico con lo recibido, y en el expediente hay constancia de que la demandante y contratante está en posesión de la finca que recibió en cambio de la que dio y hoy reclama para sí quedándose a un tiempo con las dos fincas, lo cual constituye una flagrante violación del artículo mencionado....."

Se considera:

Por medio de la escritura pública número 988 de fecha once de octubre de mil novecientos veintisiete, Notaría primera de Manizales, Ramón Ríos y Carmen Rosa Ocampo de Ríos, cónyuges entre sí, con la correspondiente licencia judicial que se agregó al instrumento, vendieron a José M. Giraldo una casa y solar en la ciudad de Manizales, de propiedad exclusiva de la señora Ocampo de Ríos, por la suma de tres mil quinientos pesos, "valor éste que el esposo queda obligado a invertir en otro bién raíz de la misma clase o mejor del que venden", según reza el instrumento. En la licencia judicial se advirtió que tanto en la escritura de venta como en la de compra se debe hacer constar el ánimo de subrogar.

Vendido este inmueble de la señora de Ríos con el lleno de las formalidades legales, el marido Ramón A. Ríos compró a Emilio Aristizábal, por escritura pública otorgada el doce de octubre de mil novecientos veintisiete, bajo el número 992, en la Notaría primera de Manizales, por la suma de cuatro mil cien pesos, "un solar con una casa en construcción situado en esta ciudad, en el barrio de Villa Nueva, constante de diez varas de frente por veinte varas de centro y alindado así: por el frente, con calle pública; por un costado, con propiedad de Ramón Hoyos, hoy de José S. Henao; por otro costado, con propiedad de herederos de Valentín Villa, y por el centro, con propiedad que fue de Ramón Hoyos". En este contrato hizo el marido en favor de su esposa la subrogación a que ya se ha hecho referencia. En la escritura se lee: "presente el señor Ramón Ríos..... dijo: a) Que acepta esta escritura y la venta que por ella se le hace; b) Que en esta compra invirtió la suma de tres mil quinientos pesos en que vendió una casa de propiedad de la esposa de él; c) Que como el señor Juez segundo de este Circuito en el permiso que les dio exige al exponente le subrogue aquel valor en una propiedad, él, acatando este mandato, hace la subrogación del dinero dicho en el bién que compra por este instrumento. Presente la esposa de Ríos señora Carmen Rosa Ocampo, dijo: que acepta la anterior subrogación".

En este estado, habiendo ingresado al patrimonio personal de la señora de Ríos el dominio del inmueble de que se acaba de hacer mención, en la cuota correspondiente a tres mil quinientos pesos sobre el precio de cuatro mil cien pesos a virtud de la subrogación que se le hizo, se celebró el contrato de permuta cuya rescisión ha sido decretada en la sentencia acusada, consignado en la escritura número 1452 de catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete, Notaría segunda de Manizales, por medio del cual Lisímaco Loaiza y Ramón A. Ríos dieron a Luis Salas B. el solar y casa que Ríos había adquirido por la escritura número 992 y en que fue subrogada su esposa Carmen Rosa Ocampo, y Salas B. dio en cambio a Loaiza y Ríos una casa y solar, sitos en el barrio de Santa Ana en la ciudad de Manizales, alinderado así: por el sur, con la carrera novena; por el norte, con propiedad de Antonio Tobón M.; por el oriente, con propiedad de Manuel Jaramillo y Matilde Ruiz, y por el occidente, con el señor Francisco Pineda. La diferencia en el valor de las fincas la recibió Salas B. en dinero y a su satisfacción.

Este contrato de permuta es el que ha sido objeto de la declaración de nulidad en la sentencia acusada, con fundamento en que se enajenó sin licencia judicial, siendo entonces legalmente imprescindible tal formalidad, la cuota de dominio que la señora de Ríos tenía en el inmueble permutado. En los cargos que se estudian la sentencia no está acusada por haber decretado la nulidad sino por no haberse hecho producir a ésta todos los efectos restauradores del estado anterior a la celebración del contrato.

No fue la señora Ocampo de Ríos extraña al contrato de permuta precitado, que se celebró con su aquiescencia y en el cual intervino ella personalmente con el objeto de poner a salvo la parte de su dominio en la finca adquirida por escritura número 992 de doce de octubre de mil novecientos veintisiete, aceptando expresamente la subrogación de tal parte por una de igual valor en la finca que Luis Salas B. les diera en cambio. Así se ve en la parte final del instrumento público en que advirtieron los otorgantes "que según el permiso que el señor Juez segundo de este Circuito concedió el día diez de octubre de mil novecientos veintisiete conforme a la sentencia respectiva, para que la señora doña Carmen Rosa Ocampo de Ríos pudiera autorizar la venta de un bién raíz debe ser subrogado este bién por otro de la misma condición se hace constar que en esta permuta queda subrogado el derecho de la mencionada señora hasta la suma de tres mil quinientos pesos que a ella corresponden por herencia materna, y en prueba de que ella consiente en esta subrogación firma la presente escritura".

Sin necesidad de estudiar todas las características especiales del fenómeno de subrogación verificado como se ha visto en el contrato que ha sido rescindido, hay que aceptar que produjo el efecto real de hacer ingresar al patrimonio particular de la señora Ocampo de Ríos una cuota en la propiedad del inmueble que Luis Salas B. dio en cambio en el contrato recogido en la escritura 1452, y equivalente a la suma de tres mil quinientos pesos sobre su valor total de cuatro mil cien pesos en que fue avaluado en la permuta. Esta cuota le fue reconocida a la señora en la sentencia no atacada en esta parte.

La sentencia del Tribunal declara en el numeral tercero de su parte resolutiva que el demandado Lisímaco Loaiza no tenía ningún derecho en la casa que Ramón A. Ríos adquirió por compra a Emilio Aristizábal (escritura número 992 de doce de octubre de mil novecientos veintisiete) y que aparece permutando con Luis Salas en el contrato rescindido como si hubiera sido copropietario en tal finca con los esposos Ocampo-Ríos. No es este punto materia de casación, pero se hace referencia a él porque el establecimiento de la forma y objeto con que Loaiza intervino en la celebración del renombrado contrato de permuta aclara más el hecho de que por virtud del contrato anulado en la sentencia la señora Ocampo de Ríos acreció su patrimonio particular en la cuantía dicha. "Es cierto que yo no obré como condueño de Ríos en la permuta —dice Loaiza— sino que el compromiso de mi parte era el de dar la encima convenida". No daba un dominio que no tenía en la finca de los cónyuges, pero recibía en dominio del inmueble que Salas daba en permuta a cambio y en la cuantía del dinero que aportaba (Loaiza) para completar la diferencia de valores, y de esta manera resultó comunero con Ríos y su mujer en tal inmueble. Este condominio fue terminado, según constancias procesales, por partición verificada en escritura pública número 962 de veintinueve de mayo de mil novecientos veintiocho, notaría segunda de Manizales, en la cual le fue adjudicada a los cónyuges Ríos Ocampo la mitad del terreno con la edificación existente. La otra mitad, que correspondió a Loaiza, pasó también a poder de Ramón A. Ríos y su mujer por virtud del contrato de compraventa contenido en la escritura número 93 de veintiocho de enero de mil novecientos veintinueve, Notaría primera de Manizales, en el cual también se lee lo siguiente: "Presentes los señores Ramón A. Ríos y Carmen Rosa Ocampo de Ríos....., expusieron: el esposo que ha hecho figurar a su esposa en esta compra porque ha contribuído a ella con la suma de dos mil quinientos pesos de lo que le correspondió por herencia materna, por lo cual él, en su calidad expresada de esposo, subroga a su esposa el valor anotado en el inmueble alindado atrás. La esposa, señora Carmen Rosa Ocampo de Ríos, manifestó que acepta la subrogación que le hace su esposo y ambos compradores que aceptan la anterior escritura".

Nuevamente se advierte aquí que no ha sido materia de estudio en el recurso el punto sobre validez y legalidad de las subrogaciones a que hacen referencia los instrumentos públicos, porque tal cuestión, que aparece consentida por todos los litigantes, no ha sido atacada en casación ni su estudio es necesario para fundar este fallo. Es suficiente para el caso anotar que a través de estas dos escrituras aparece aumentado el patrimonio particular y propio de la señora demandante en la cuantía en que resultó condueña en el inmueble dado por Salas B. en la permuta cuya rescisión ha sido decretada en la sentencia que se considera; y es verdad también que esta cuota de dominio aparece aún dentro de su patrimonio. Así puede afirmarse sobre el mérito que resulta de los certificados expedidos por el Registrador de I. P. y P. del Circuito de Manizales, según los cuales hasta el nueve de abril de mil novecientos treinta y cuatro, el derecho de dominio adquirido en la forma que

se ha visto no ha pasado a patrimonio distinto del de los cónyuges Ríos-Ocampo. La cancelación del registro de la escritura número 1452 a que alude el certificado del Registrador (f. 21, cuaderno 2) fue consecuencia de la partición que los esposos llevaron a cabo con Lisímaco Loaiza, y la inscripción de la escritura número 93 de veintiocho de enero de mil novecientos veintinueve está vigente.

Establecida la exactitud de los anteriores hechos, sólo falta, para deducir la violación de los artículos citados por el recurrente, la exposición de los principios legales que conciernen.

Efecto natural y lógico de la declaración de nulidad de un contrato es el derecho de las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, mediante las restituciones recíprocas que deben decretarse por el Juez oficiosamente en la sentencia que reconoce y declara la nulidad. (art. 1746). Esta regla general, fuéra de lo estatuído sobre objeto o causa ilícita, tiene su excepción en el caso de que se haya contratado con una persona incapaz sin los requisitos establecidos por la ley en razón de tal incapacidad, porque entonces, aniquilado el contrato por sentencia judicial, no puede pedírsele restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato. Pero esta excepción no es absoluta. La prohibición de pedir al contratante incapaz lo que recibió como prestación del contrato anulado deja de existir en cuanto se probare haberse hecho por esa causa más rica la persona incapaz (artículo 1747). Este caso excepcional tiene su fundamento en el principio general de equidad que prohibe el enriquecimiento sin causa y se ilustra con los ejemplos del código sobre el modo como ha de entenderse el enriquecimiento.

Lo acaecido con el contrato de permuta anulado en este caso, encaja cabalmente en uno de los hechos de enriquecimiento del incapaz, previsto legalmente, porque, según se ha visto, el patrimonio de la señora Ocampo de Ríos ingresó, y en él permanece, la cuota de dominio ya expresada en la finca dada por Luis Salas B. en la permuta. Lo afirmado por la demandante en el hecho octavo de su demanda, sobre la pérdida de la finca preindicada como consecuencia del remate en el juicio con acción real instaurado por la señora Ana María Castro, vendedora de Salas B., por parte insoluta del precio de la venta, no ha sido objeto de ninguna comprobación en el pleito, y antes bien aparece contradicha fidedignamente con las certificaciones del Registrador según las cuales los esposos no han dejado de ser dueños del referido inmueble en las cuotas expresadas. La posesión inscrita de su derecho no ha sido cancelada por voluntad de ellos, ni por transferencia del derecho a otra persona, ni por decreto judicial (art. 789 del C. C.). Por otra parte, la hipoteca de donde se hace provenir la acción real que a su decir los privó de la finca, no aparece inscrita en el registro legalmente.

De lo dicho aparece claramente la violación del art. 1747 del C. C., por cuanto la sentencia que decretó la nulidad del contrato no ordenó las recíprocas prestaciones a que se ha hecho referencia, habiendo para ello mérito suficiente en el proceso. El cargo es fundado y la sentencia ha de modificarse de conformidad.

CARGOS TERCERO, SEXTO y DECIMO. En el primero de estos cargos señalan los recurrentes como violado el art. 950 del C. C. "por errónea aplicación al caso de la demanda", por haber "dado el Tribunal el derecho de reivindicar a quien no era dueño, pues no tenía la propiedad plena, nuda o fiduciaria de la finca materia del litigio, porque estaba fuéra del comercio, pues ya estaba registrada la demanda de rescisión (sic) por el pago, establecida por el señor Emilio Aristizábal desde el treinta de junio de mil novecientos treinta y uno".

La sola enunciación del cargo pone de manifiesto su falta de fundamento jurídico, ya que el mero hecho de haberse registrado una demanda resolutoria de uno de los contratos considerados en el cuerpo de la sentencia como uno de los antecedentes en la tradición del dominio, "el contenido en la escritura número 992 de doce de octubre de mil novecientos veintisiete", no afecta en nada las conclusiones a que hubo de llegar el tribunal sobre la cuota en el derecho de propiedad reconocido en la sentencia a la señora Ocampo de Ríos en la finca permutada con el demandado Salas B. En ninguna forma se equivocó el Tribunal al reconocerle plenitud probatoria a un instrumento público perfecto.

En el cargo sexto se estiman infringidos los arts. 342 a 344 del C. J., a consecuencia del error de hecho, según afirman los recurrentes, en que incurrió el Tribunal al no tener en cuenta la demanda resolutoria incoada por Aristizábal contra los esposos Ocampo-Ríos ni la sentencia dictada en ese juicio y solamente traída a la Corte con la demanda de casación, error que condujo al Tribunal a no reconocer la existencia de la excepción de petición antes de tiempo.

En ninguna clase de error incurrió el Tribunal al dejar de dar aplicación a los tex-

citados, porque es manifiesta la improcedencia de la excepción de petición antes de tiempo en la forma propuesta y con el único fundamento de estar iniciada la procitada acción resolutoria. Fuéra, pues, de la impertinencia del medio exceptivo, imposible de prosperar en el caso presente en que no había demanda anticipada de ninguna obligación, en nada se merma el mérito que corresponde a una escritura pública por la circunstancia de estar registrada la demanda de resolución de un contrato contenido en ella mientras no sobrevenga un fallo judicial que invalide sus declaraciones. La sentencia proferida por el Juzgado primero del Circuito de Manizales en el pleito sobre resolución a que se ha hecho referencia, traída al proceso con la demanda de casación, no podría ser objeto de consideración en este recurso ni aún en el caso de que de ella pudiera deducirse algo en favor de la existencia de la excepción perentoria de petición antes de tiempo, porque no habiendo sido tal pieza materia de instancia, constituiría un hecho nuevo en casación, incapaz, por tanto, de fundamentar conclusiones distintas de las que se agitaron en los grados del juicio.

Estas mismas razones son valederas para desechar el cargo formulado bajo el numeral décimo en que se afirma repetidamente que el Tribunal erró al dar fuerza probatoria, por los motivos ya dichos, a la escritura número 992 de doce de octubre de mil novecientos veintisiete, pero sin expresar ningún texto de la ley sustantiva infringido en consecuencia.

CARGO SEPTIMO.—Se acusa aquí la sentencia del Tribunal por violación del art. 333, numerales 1º y 3º del C. J., porque habiendo sido declarada inepta la demanda con que se inició el juicio, los poderes y documentos que con ella se habían presentado no han debido figurar con la demanda definitiva sin que previamente hubieran sido desglosados para su nueva presentación.

La propia naturaleza adjetiva de las disposiciones que se pretenden violadas, referentes a casos en que tiene cabida la excepción dilatoria de inepta demanda, destinada, a través de un trámite previo y especial a mejorar el procedimiento, hace completamente improcedente e inválido el cargo como motivo de casación por no referirse a nada sustantivo o del fondo del pleito, ni siquiera a ocurrencia procedimental capaz de producir nulidad de la actuación.

CARGO OCTAVO.—Consideró el Tribunal en la sentencia la excepción de ilegitimidad de la personería del demandado Ezequiel Cardona, propuesta por éste al contestar la demanda, consistente en que, muerta la mujer del demandado señora Carmen Naranjo de Cardona, desde el siete de octubre de mil novecientos treinta y dos, era a la sucesión de esta señora y no al cónyuge supérstite, a quien ha debido demandarse como dueña de la finca, y la declaró improcedente porque aceptando el hecho de que Cardona estaba casado cuando adquirió de Salas B. la casa que hoy posee, no ingresó sin embargo este inmueble al patrimonio de la sociedad conyugal Cardona-Naranjo por haberse adquirido en virtud de la permuta (escritura 1477 de diez y nueve de noviembre de mil novecientos veintisiete) de una finca del exclusivo dominio de Ezequiel Cardona como que fue adquirida en el año de mil ochocientos noventa y ocho, antes de contraer matrimonio, por lo cual "nada tiene que ver el hecho de que la esposa de Cardona haya fallecido".

Contra este pasaje de la sentencia solamente se formula la siguiente acusación: "Cuando la demanda se presentó ya había muerto la esposa de Cardona, y la finca materia del pleito que se comenta, había entrado a formar parte de la sucesión de dicha señora, porque dejó hijos legítimos de su matrimonio y ellos tenían derecho a ser oídos en este juicio y no sólo su padre, porque él no representaba sino su mitad de gananciales. Este error condujo al Tribunal a violar el art. 86 de la ley 153 de 1887, desconociendo no sólo los derechos de los hijos legítimos sino los del cónyuge sobreviviente".

Con la mera contradicción del recurrente a los conceptos fundamentales de la sentencia en esta parte, sin exponer ni una sola razón para desvirtuarlos ni alegar ningún error de hecho o de derecho que hubiera conducido al Tribunal a una violación legal no es bastante para que el cargo pueda prosperar en casación. Vigentes las conclusiones del fallo en torno de la propiedad particular del demandado Cardona sobre el inmueble referido, por no haber sido atacadas en ninguna forma en el recurso, no se ve la manera como haya podido incurrirse en quebranto del citado art. 86 de la ley 153 de 1887, que consagra la sucesión preferencial y exclusiva de los hijos legítimos.

CARGO NOVENO.—Declaró también el Tribunal improbada la excepción de dolo "porque el hecho que la fundamenta no se estableció en este juicio, antes por el contrario, si pudo haber dolo fue por parte del permutante Salas B., quien a sabiendas negoció con una mujer casada conociendo su incapacidad y debiendo saber que sin la respectiva licencia judicial el contrato quedaba viciado de nulidad". Contra esta conclusión

de la sentencia formulan los recurrentes el cargo de violación del art. 63 del C. C., inciso final, en que se define el dolo civil, pero no expresan tampoco, como lo exige la ley normativa del recurso de casación, en forma clara y precisa, los fundamentos de la acusación sobre el modo en que hayan sido violados los textos legales que se estimen infringidos. Se reduce la demanda a afirmar que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al declarar no probada la excepción de dolo, sin decir en qué forma y por qué se erró, ni a través de qué equivocación se llegó en la sentencia acusada a la violación de la ley sustantiva que en este caso se ha señalado en una disposición contentiva de una definición legal. La Corte no podía separarse de la estimación que el sentenciador ha hecho sobre el hecho moral del dolo al negar su existencia, sino sobre el mérito completo de una prueba que evidenciara lo contrario, siempre que en su apreciación se hubiera equivocado el Tribunal, y que tal situación de error se hubiera determinado y fundamentado en el recurso. Este defecto irreparable de la demanda de casación hace improcedente del todo el cargo que de esta manera no ofrece a la Corte materia de consideración y análisis jurídico.

CAUSAL SEGUNDA.—Por falta de consonancia en las pretensiones oportunamente deducidas por la demandante se ha acusado la sentencia, y se hace consistir esta inconformidad en que no habiéndose pedido en la demanda que se declarara que la señora Ocampo de Ríos era dueña de una parte o cuota sino de la totalidad de la finca materia del juicio, la sentencia declaró este dominio parcial y decretó la rescisión "en la parte o cuota que corresponde a la demandante Ocampo de Ríos en el solar con casa de dos pisos ..... por no haber concurrido la licencia judicial que en este caso era necesaria".

La súplica del libelo acogida en la parte del fallo que se pretende discordante es la subsidiaria marcada con el numeral quinto en que se pide "que se declare en subsidio por si no se hiciera la anterior declaratoria, que la permuta verificada entre los señores Eisímaco Loaiza, Ramón A. Ríos y Carmen Rosa Ocampo de Ríos, por una parte, y de la otra el doctor Luis Salas B. ..... a que se refiere la escritura número 1452 de catorce de noviembre de mil novecientos veintisiete, de la Notaría primera de Manizales, ... adolece de nulidad relativa ....." porque la propiedad dada en cambio a Salas B. pertenecía a la señora Carmen Rosa Ocampo de Ríos y para permutarla no se consiguió permiso judicial que autorizara esta venta (sic)".

Al hacer el estudio y análisis de los instrumentos públicos aducidos por la actora en demostración de su derecho, llegó el Tribunal a la conclusión, que ya se vio en la parte correspondiente de este fallo, de que la demandante, sí en verdad no tenía el dominio exclusivo sobre el inmueble dado en permuta al demandado Luis Salas B., sí era incuestionablemente dueña de una cuota de dominio en él para cuya enajenación era legalmente indispensable entonces la licencia judicial, y de esta manera y por esta causa declaró en la sentencia la nulidad relativa. Si a tal conclusión, no atacada en forma alguna por los recurrentes, pudo llegarse sobre el mérito de los elementos de prueba allegados al juicio por la demandante y relacionados entre los hechos fundamentales de su acción rescisoria, no es posible aceptar la pretendida falta de concordancia entre las súplicas del libelo y la parte resolutiva del fallo, entre las cuales no se sorprende así ninguna incompatibilidad textual ni de fondo. La demanda no ha de considerarse, como lo tiene establecido la Corte, en relación exclusivamente con los términos o vocablos más o menos adecuados que se escribieron en la parte petitoria, sino que ha de ser interpretada globalmente y en correspondencia con los fundamentos de hecho y de derecho en que se haya hecho reposar. No constituye, además, la discordancia a que se refiere esta causal de casación el hecho de no decretar la sentencia la totalidad del pedimento formulado en la demanda, que es lo que en realidad ha ocurrido. Por lo demás, los recurrentes carecen para fundar este cargo del interés jurídico indispensable para que pueda prosperar la casación; no hay duda, pues, de que la acusación que se ha hecho contra la sentencia por el motivo segundo del art. 520 del C. J. es improcedente.

CAUSAL SEXTA.—Los hechos o irregularidades procedimentales en que se pretende fundar este motivo de casación dándoles la categoría de causales de nulidad, ya fueron objeto de consideración por la Corte al estudiar el cargo séptimo de la primera causal. Las supuestas irregularidades de procedimiento a que se alude, referentes a condiciones puramente formales del libelo de demanda y que dieron lugar a un incidente

excepciones dilatorias que fue decidido en su oportunidad (haber callado la causa o razón de la demanda y haber invadido con la escritura el margen del papel), no constituyen ninguna de las causales de nulidad taxativamente relacionadas en el art. 448 del C. J., únicas capaces de servir de fundamento a la casación de una sentencia por el motivo sexto del art. 520 del código citado.

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, resuelve:

1º—Cásase parcialmente la sentencia recurrida, a efecto de agregar este parágrafo a su numeral quinto: En las prestaciones mutuas a que da lugar esa anulación, la señora Ocampo de Ríos restituirá a Ezequiel Cardona la cuota de treinta y cinco unidades sobre cuarenta y una del total que se le reconocen en el inmueble dado en permuta por Luis Salas B., al tenor de la escritura citada número mil cuatrocientos cincuenta y dos (1452) de mil novecientos veintisiete (1927); esta restitución se hará conforme a los arts. 962 a 964 y siguientes del C. C. y en ella se considerará a dicha señora como poseedora de buena fe.

2º—Queda en firme, por lo demás, la sentencia recurrida.

3º—No hay condenación en costas en el recurso.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DICTAMEN PERICIAL EN EL CASO DEL ARTICULO 524 DEL CODIGO JUDICIAL

Del dictamen pericial emitido en el caso del artículo 524 del Código Judicial debe darse traslado a las partes, pues la ley no hace excepción ni distinción al respecto.

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse el recurso de hecho introducido contra el auto del Tribunal Superior de Cali de cinco de agosto último, que niega el recurso de casación contra su sentencia de segunda instancia en el juicio ordinario de Juana Josefa Mafla de Escobar contra Ricardo Jaramillo Barreneche, seguido en la primera en el Juzgado 2º del Circuito de Palmira.

De acuerdo con el art. 524 del C. J., el Tribunal ordenó avaluar la cuantía de la demanda y nombró peritos al efecto, quienes la estimaron en $ 2,400, en dictamen sobre el cual desde luego aquél negó el recurso de casación; y habiendo pedido reposición el recurrente de tal auto, que es el citado de 5 de agosto, en el de 30 del mismo mes el Tribunal la negó y ordenó expedir las copias solicitadas en el mismo memorial de reposición para fundar el recurso de hecho que anunció allí mismo y que ha introducido oportunamente. Por esto, por haberse recurrido en tiempo contra el auto reclamado y ser procedente el reclamo, se encuentran llenadas las exigencias del Art. 516 de esa obra.

El Tribunal estima innecesaria mayor tramitación para el referido dictamen, porque el art. 524 lo autoriza a proceder de suyo tanto en la designación de los peritos como en el concepto de duda que lo conduzca a acudir a ellos, y porque entiende que al tratarse de auto para mejor proveer en que ocurra dictamen pericial, caso que halla análogo al del art. 524, está autorizado para acoger el dictamen sin tramitación ulterior alguna a qué someterlo.

El recurrente echa menos el traslado requerido por el art. 719 que da lugar a las objeciones del 720, ambos del C. J., y hace presentes algunas de las que dice habría formulado si no se le hubiese vedado tal oportunidad, según las cuales aquel avalúo habría señalado cifra mayor de $ 3,000.

La Corte considera:

A la verdad, no se ve razón para que el dictamen pericial del art. 524 quede exento de esa tramitación tan ocasionada al acierto y a la firmeza. No sobra recordar la trascendencia de un avalúo que decide si recurso tan importante como es el de casación se concede o se niega.

El traslado es la posibilidad de una criba y respalda al juzgador, ya sea que trascurra sin objeción alguna de las partes, ya sea que por no prosperar las objeciones el dictamen quede indemne, o que por defectuoso o vicioso haya de reemplazársele según dicho art. 720 en su inciso 3º Además, la ley no hace excepción ni distinción al respecto y, por lo mismo, el juzgador no puede hacerla para eximir de esa tramitación el avalúo a que provee el citado art. 524.

Así, pues, el auto reclamado debe infirmarse por prematuro y debe disponerse que el Tribunal, dando campo con el traslado a las contingencias aludidas, lo dé también a un dictamen firme que, ése sí, sea base legal satisfactoria para conceder o negar el recurso de casación interpuesto oportunamente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el recurso de hecho en referencia e infirma el citado auto de cinco de agosto último, y ordena al Tribunal proceder como queda indicado en la parte motiva de la presente providencia, la que se le trascribirá una vez ejecutoriada.

Cópiese y notifíquese.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE NULIDAD.—CESION DE CREDITOS.—CESION DE UN CREDITO HIPOTECARIO. CAUSAL DE CASACION SOBRE INCONGRUENCIA.

1.—Hecha la cesión de un crédito perteneciente a la sociedad conyugal por el marido durante el régimen anterior a la Ley 28 de 1932, la cesión fue válida, pues entonces tenía el marido potestad para hacer esta clase de cesiones porque era respecto de terceros dueño de los bienes sociales y porque, además, era jefe de la sociedad conyugal y como tal administraba libremente los bienes sociales y los de su mujer. 2.—La fecha de la cesión de los créditos se rige por los artículos 1960 y 1961 del Código Civil y no es, para los efectos legales, la de presentación de aquéllos en juicio o la en que ocurren los hechos a que alude el artículo 1762 del mismo Código, sino la que aparece en la nota de traspaso, acompañada de la constancia de la notificación o aceptación del deudor. 3.—La cesión de un crédito hipotecario puede hacerse por una simple nota privada, como lo ha sostenido siempre la Corte. 4.—La causal de casación consistente en que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones del libelo no prospera cuando la sentencia ha sido absolutoria, según reiterada jurisprudencia de la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Civil—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Los antecedentes de este litigio son éstos, sobre los cuales no hay discrepancia entre las partes:

1º—El señor Manuel de J. Calle fue casado con la señora Baudilia Restrepo.

2º—Durante la existencia de la sociedad conyugal, el 21 de julio de 1928 y según consta de la escritura Nº 2394, otorgada ante el notario cuarto de Medellín, el expresado Manuel de J. Calle vendió al señor Luis Hoyos Duque una casa situada en la calle de La Paz, de esa ciudad, por la suma de $ 24,000, pagados así: $ 1,500 de contado; $ 6,000 que quedaron en poder del comprador Hoyos Duque para pagarle al Banco Hipotecario de Bogotá una deuda que por esta cantidad pesaba sobre la casa vendida, hipotecada al efecto; y $ 16,500 que quedó a deber el comprador Duque al vendedor Calle, con plazo de tres años, con garantía hipotecaria de la casa y con intereses al 9% anual, por mensualidades vencidas.

3º—El 29 de octubre de 1928, y por escritura 3,660 de la misma notaría, Luis Hoyos Duque traspasó al señor Rafael Vega G., a título de permuta, la casa que Hoyos había comprado a Calle. El adquirente, Vega G., quedó obligado a pagar los dos créditos hipotecarios que pesaban sobre la casa, a saber, el del Banco Hipotecario de Bogotá y el constituído a favor de Manuel de J. Calle.

4º—El 2 de julio de 1929 Manuel de J. Calle cedió en favor de la señorita Tulia R. Restrepo Ll., a título de dación en pago y a cuenta de mayor valor que le adeudaba, el crédito hipotecario constituído a su favor por Luis Hoyos Duque y de que da cuenta la citada escritura 2394. El señor Rafael Vega G., dueño ya de la casa hipotecada, aceptó la cesión del crédito.

5º—Consta de la escritura 1093 de 25 de julio de 1931, de la notaría cuarta de Medellín, que Rafael Vega G. trasfirió, a título de dación en pago a la señorita Tulia R. Restrepo, la casa de que se ha hecho mérito, para cancelar el crédito hipotecario que pesaba sobre la casa y del cual era dueña la señorita Restrepo. La cesión en pago comprendió otros bienes. La señorita Restrepo Ll. canceló la hipoteca que gravaba la casa en su favor.

6º—La señora Baudilia Restrepo, esposa de Manuel de J. Calle, murió en la ciudad de Medellín el día 25 de noviembre de 1929 y no dejó descendientes ni ascendientes, y en su juicio de sucesión fueron declarados partes el cónyuge supérstite Manuel de J. Calle, y los hermanos legítimos de doña Baudilia, a saber: Emiliano y Tulia que viven, y Manuel y Bárbara, premuertos, a quienes representan sus hijos, así: el primero, o sea Manuel, dejó a Ester, Benjamín y Elvira Restrepo Grisales; y la segunda, o sea Bárbara, quien fue casada con Eugenio Grisales, dejó los siguientes hijos: Recaredo, María de la Paz, Carmen Rosa, Dolores, Martina Emilia, Ana Julia, Carlos Bonifacio y Francisco Antonio Grisales, que es el demandante.

El expresado Francisco Antonio Grisales, amparado por pobre, en su propio nombre e invocando el carácter de heredero de su tía Baudilia Restrepo de Calle, instauró la acción ordinaria a favor de la sucesión de ésta y en contra de Manuel de J. Calle, de Tulia R. Restrepo, heredera de la señora Baudilia, y de Rafael Vega G., extraño a la sucesión de la expresada doña Baudilia, para que con citación de éstos y de los demás herederos de dicha señora, se hicieran las siguientes declaraciones:

"a)—Que es nula, con nulidad absoluta y simulada, la cesión del crédito hipotecario contra Luis Hoyos Duque y Rafael Vega G. hecha por Manuel de J. Calle a favor de Tulia R. Restrepo; b)—Que es nulo, con nulidad absoluta y simulada, el contrato que informa la escritura 1093 de 25 de julio de 1931, de la notaría cuarta de Medellín, por el cual Rafael Vega G. trasfiere, a título de dación en pago, a Tulia R. Restrepo, la casa sita en la calle de La Paz, de la ciudad de Medellín; c)—Que es asimismo nula, con nulidad absoluta, la cancelación de la hipoteca hecha por Tulia Restrepo Llamas.

Subsidiariamente pidió se declare: 1º Que Manuel de J. Calle y Tulia Restrepo Llamas han perdido su porción en el mentado crédito hipotecario, y se hallan en la obligación de restituír lo cobrado a la sociedad conyugal disuelta por la muerte de Baudilia Restrepo Calle. 2º—Que el crédito de que se trata es de propiedad exclusiva de la sociedad Calle-Restrepo, pero que por haber dado lugar a las nulidades que se alegan, el socio Manuel de J. Calle y la heredera Tulia R. Restrepo Llamas han perdido su porción en el referido crédito, y éste ha pasado a ser propiedad de los herederos de la expresada señora Baudilia. 3º—Que el señor Rafael Vega G. es el actual dueño de la casa hipotecada sobre la cual pesa la hipoteca de que se ha hecho mérito. 4º—Que la señorita Tulia Restrepo Llamas se halla en la obligación de restituír el crédito hipotecario con sus intereses que se devenguen hasta el día de la restitución, y que ésta debe hacerse a la sociedad conyugal Calle-Restrepo. 5º—Que son de cargo de los demandados los perjuicios que ocasionen el juicio de nulidad de la cesión privada y simulada a Tulia Restrepo Llamas, la cancelación de la hipoteca y las costas del juicio.

Estas peticiones fueron luégo adicionadas porque Grisales dirigió también su acción contra Félix Echavarría por haber éste comprado a Tulia Restrepo Ll. la casa que esta señorita adquirió de Rafael Vega G. Las súplicas de la adición son en síntesis éstas: Que es nulo con nulidad absoluta el contrato de que da cuenta la escritura 682 de 6 de junio de 1933 corrida ante el notario primero de Medellín, por la cual Tulia Restrepo vende a Félix Echavarría la casa ya mencionada; que Echavarría, en su calidad de poseedor del inmueble se halla en la obligación de restituír el crédito hipotecario a la sociedad conyugal Calle-Restrepo, y que son de cargo de los demandados los perjuicios que por esta enajenación se causen al demandante.

El demandante enfocó su acción sobre estos extremos de hecho y de derecho: que la cesión del crédito hipotecario hecha por Manuel de J. Calle a favor de Tulia R. Restrepo es simulada y falsa porque no se hizo en la fecha que dice la nota de cesión sino después de haber muerto la señora Baudilia Restrepo de Calle; que esa cesión no ha podido hacerse por simple nota de traspaso, sino por escritura pública; que la cesionaria es persona absolutamente insolvente; que el crédito no pertenecía al cedente sino a la sociedad conyugal formada por él y su extinta esposa; que la cesión no tuvo otra mira que la de ocultar bienes de la expresada sociedad, y que si la cesión es nula, lo es también la escritura 1093 de 25 de julio de 1931, en la cual consta la dación en pago hecha por Vega a la señorita Tulia y la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre la casa.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Medellín, en fallo de 24 de agosto de 1936, desató la litis, en segunda instancia, confirmando en todas sus partes la sentencia de primer grado dictada por el juez segundo del circuito de Medellín el 7 de septiembre de 1934, y en la cual absolvió a los demandados de los cargos formulados contra ellos.

El demandante Grisales interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, recurso que pasa a decidirse.

Fundamentos de la sentencia recurrida

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: a) en que la cesión del crédito hecha por Manuel de J. Calle a Tulia Restrepo Ll. fue hecha cuatro meses antes de la muerte de la señora Baudilia Restrepo; b) en que el crédito cedido por Calle a la señorita Restrepo aparece registrado como de propiedad de la cesionaria, señorita Restrepo, en la Tesorería de la Junta Municipal de Caminos de Medellín y en la Oficina de Catastro de esa ciudad antes de la muerte de la señora Baudilia Restrepo; c) en que no era necesario hacer la cesión por escritura pública sino que bastaba la nota privada al pie del título; d) en que en la segunda instancia, con varias pruebas, declaraciones y escrituras, se comprobó la solvencia de la señorita Tulia Restrepo Ll.

Demanda de casación y estudio de los cargos

Acusa el recurrente la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del C. J. y sostiene que el fallo violó el artículo 1762 del C. C., porque la fecha cierta de la cesión no puede ser tenida en cuenta sino desde la muerte de la expresada señora Baudilia Restrepo de Calle.

La Corte observa: la cesión del crédito hecha por Calle a la señorita Restrepo tuvo lugar, como se ha dicho, el 2 de julio de 1929, es decir, bajo el antiguo régimen de la sociedad conyugal; según esto y de acuerdo con el artículo 1806 del C. C., el marido tenía potestad para hacer esta clase de cesiones porque era respecto de los terceros, dueño de los bienes sociales, como si éstos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio; además, de acuerdo con el artículo 1805 *ibidem*, el marido era jefe de la sociedad conyugal y como tal administraba libremente los bienes sociales y los de su mujer; el crédito hipotecario cedido por Calle a la señorita Restrepo, fue adquirido por el primero durante la sociedad conyugal, según está comprobado en autos, luego por este aspecto (art. 1781 *ibidem*) aparece muy clara la personería y potestad del señor Calle para ceder el crédito.

Sentado lo anterior, la Corte considera: como ya se expresó, el ataque en casación comprende dos extremos: 1º—Que la fecha de la cesión no rige para terceros sino desde la muerte de la señora Baudilia, y 2º—Que la cesión fue simulada. Por eso, para apoyar el primer extremo, el demandante invoca el artículo 1762.

Respecto del primer extremo resulta lo que sigue: este artículo no es aplicable a la fecha de la cesión de los créditos, pues para ese efecto ésta se rige por los artículos 1960 y 1961 de dicho Código, que preceptúa, el primero, que la cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no haya sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste, y, según el segundo, que la notificación debe hacerse con exhibición del título que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario, y bajo la firma del cedente. En forma debida el señor Manuel de J. Calle hizo la cesión a la señorita Tulia R. Restrepo del crédito hipotecario y esa cesión se le notificó al deudor el 2 de julio de 1929, es decir, cuatro meses antes de la muerte de la señora Baudilia, quien falleció el 25 de noviembre siguiente: bastaba la sola notificación a Vega porque ya éste se había hecho cargo de pagar el crédito de que era responsable Hoyos Duque y con mucha anterioridad antes de la muerte de doña Baudilia que es de lo que se trata, y por lo tanto, el

cargo c este último respecto no incide en casación.

La doctrina anteriormente expuesta sobre la fecha y efectos de la cesión no es nueva, ella ha sido la sostenida siempre por la Corte, y por eso en sentencias de casación, entre otras la de 31 de agosto de 1920, dijo: "La fecha de la cesión de un crédito no es, para los efectos legales, la fecha de su presentación en juicio o la en que ocurren los hechos a que alude el artículo 1762 del Código Civil, sino la que aparece en la nota de traspaso, acompañada de la constancia de la notificación o aceptación del deudor. La disposición del artículo 1762 del Código Civil, sobre la manera de contar, respecto de terceros, la fecha de los documentos privados, es aplicable en general, al paso que lo dispuesto en los artículos 1960 a 1062 del citado Código y 33 de la Ley 57 de 1887, se refiere especialmente a la cesión".

No pudo, por lo tanto, ser violado por la sentencia el artículo 1762 del C. C., el cual no incide en este pleito.

Aun cuando no existieran las disposiciones especiales de los artículos 1960 y 1961 del C. C. y aunque para ese efecto sólo rigiera el artículo 1762, tampoco habría habido violación de la ley sustantiva, porque está comprobado en autos que desde antes de la muerte de Baudilia Restrepo, de la cesión del crédito se tomó nota en dos registros públicos y no se ha demostrado error evidente en cuanto a esa prueba, la inscripción, ni mala apreciación de ella, ni se ha acusado por esta causa, es decir, por la existencia de las inscripciones en sí mismas consideradas.

El cargo es, pues, infundado por todo aspecto.

El recurrente sostiene que la sentencia viola los artículos 1960 y 1961 del C. C.

Al respecto observa la Corte:

Considerando el modo como el demandante enfocó su acción —simulación de la cesión y antedata de ésta—, los artículos señalados no tienen incidencia en el pleito ni en la sentencia. Además, dichas disposiciones tocan con los efectos de la cesión por lo que atañe al deudor, mas nada tiene que ver con la efectividad de la cesión entre cedente y cesionario, que es de lo que se trata en este pleito.

El cargo, pues, no incide y por lo tanto se rechaza.

Acusa el recurrente la sentencia como violadora de los artículos 665 y 756 del C. C. en el concepto de que la cesión del crédito hipotecario ha debido ser hecha por escritura pública y no por simple nota. A este reparo se observa: Esta Corte ha sostenido siempre que la cesión de un crédito hipotecario puede hacerse por una simple nota privada. En sentencia de 31 de agosto de 1920 dijo lo que sigue: "Aun cuando un crédito esté garantizado por hipoteca, la cesión de él no requiere escritura pública. Trasmitido el crédito en virtud de la entrega del título con la nota de cesión, lleva consigo todos sus accesorios. No se puede exigir más formalidades para que la hipoteca sea trasmitida con el crédito que las que se requieren para la trasmisión de éste, al cual accede, porque de otra suerte se convertiría lo accesorio en principal, lo cual no ha querido la ley". En sentencia de 21 de febrero de 1925 dijo esto: "El existir al pie de la escritura registrada la nota de cesión y hallarse la escritura en poder del cesionario, constituye la prueba de la cesión y el hecho de haber quedado ella consumada".

La razón de esta 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, como se hizo en el presente caso, 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.

Se desecha, pues, el cargo.

En el capítulo segundo el recurrente alega la segunda causal de casación, es decir, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Esta causal no prospera, porque siendo la sentencia plenamente absolutoria, no puede entenderse que quedara sin decidir ningún extremo de la litis, ni aparece que haya interpretado equivocadamente la demanda o hubiera condenado en más o en menos, o hubiera deducido una acción distinta de la ejercitada.

Se rechaza el cargo.

Fallo:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida. Sin costas, por estar el recurrente amparado por pobre.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.— Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE HECHO.— CUANTIA DE LA ACCION

La acción versa sobre nulidad de unos juicios, sobre nulidad de un remate y sobre restitución de un inmueble. No se discute si las deudas existen o no existen, ni si tienen o no tienen el carácter de hipotecarias. Una cosa es la cuantía de los juicios cuya nulidad se demanda, y otra, muy distinta, la de este ordinario en que se pide la restitución de una cosa como consecuencia de la nulidad de algunos procedimientos judiciales. El hecho de que una finca apoye, sostenga o asegure una obligación mediante el contrato de hipoteca, no afecta el valor de la finca hipotecada tal como éste debe entenderse para fijar la cuantía de la acción. Es por ello por lo que la corte estima mal denegado el recurso de casación.

Corte suprema de justicia—Sala de casación en lo civil—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

El señor Pablo Jaramillo E. demandó en juicio ordinario a la señora María Josefa Uribe v. de Restrepo, al señor Roberto Jaramillo E. y al distrito de Medellín, para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Que son nulos los juicios acumulados que contra el actor adelantan la señora Uribe v. de Restrepo, el señor Jaramillo E. y la tesorería de caminos de Medellín, y que esa nulidad debe ser decretada desde el remate del inmueble, efectuado el 4 de abril de 1933, o desde el día 7 de marzo del mismo año, fecha en que se hizo el señalamiento de día y hora para practicar la licitación.

Segunda.—Subsidiariamente, que es nulo el remate practicado el 4 de abril de 1933, en el cual se adjudicó a la señora Uribe v. de Restrepo, a cuenta de su crédito, un inmueble de propiedad del actor.

Tercera.—Que como consecuencia de cualquiera de las dos precedentes declaraciones, deben volver las cosas al estado anterior, y por lo tanto la señora Uribe v. de Restrepo está en la obligación de restituír el inmueble rematado, entrega que puede hacer al actor o al depositario en el juicio.

Cuarta.—Que se ordene la cancelación del registro correspondiente al remate, y

Quinta.—Que los demandados, a excepción del distrito, deben pagar las costas del juicio.

El juzgado 2º, en lo civil, del circuito de Medellín, negó todas las súplicas de la demanda.

El tribunal de Medellín confirmó la sentencia del juez, en fallo de fecha 3 de junio de 1936.

Como el demandante interpusiera recurso de casación, el tribunal dispuso se estimara por peritos la cuantía de la demanda, como lo dispone el artículo 524 del código de procedimiento.

Los peritos dijeron:

"Con el objeto de quedarnos del lado de la seguridad, nos hemos propuesto guiarnos en este peritazgo por un criterio inspirado en dar a este inmueble el máximo valor que —dentro de un margen razonable— podría dársele. Es así:

250 varas cuadradas, construídas, a diez pesos .....$	2,500.00
255 varas cuadradas, sin construír, a un peso .....$	275.00
Total: 525 varas cuadradas ..$	2,775.00

A solicitud del demandante y previa orden del tribunal, los peritos ampliaron su dictamen estimando los productos de la casa desde el 25 de junio de 1924 hasta la fecha del fallo de primera instancia.

Y así dijeron:

"Tenemos informes de que la casa ha estado alquilada a trece pesos mensuales, y consideramos que, dado lo trasmano del punto en donde está situada, ese precio es no solamente aceptable, sino muy bueno".

"Por lo siguiente:

"1º—Del 25 de junio de 1934 al 3 de junio de 1936 hay 24 meses y ocho días".

"2º—Por lo tanto, los productos hasta el 3 de junio de 1936, valen, a $ 13.00 mensuales, $ 315.47 aproximando por exceso".

El tribunal, en auto fechado el 15 de abril de 1937, se negó a conceder el recurso de casación fundándose en que si por valor de la acción se entiende el verdadero interés del demandante en el pleito, o sea lo que éste obtendría con el litigio, en este caso no alcanza a $ 3,000.00, pues de la cantidad de $ 3,090.47 en que los peritos avaluaron la casa rematada y sus frutos, preciso es deducir los créditos de $ 700.00 y $ 1,200.00 garantizados con hipoteca sobre el inmueble rematado, ya que, según las súplicas de la demanda, al declararse la nulidad del juicio o del remate las cosas volverían a su estado anterior, "es decir, que la casa quedaría respondiendo, embargada en la ejecución, de las obligaciones constituídas por Pablo Jaramillo E. a favor de la señora María Josefa Uribe v. de Restrepo, distrito de Medellín y Roberto Jaramillo E.".

El actor interpuso recurso de hecho ante la corte.

Se considera:

La acción versa sobre nulidad de unos juicios, sobre nulidad de un remate y sobre restitución de un inmueble. No se discute si las deudas existen o no existen, ni si tienen o no tienen el carácter de hipotecarias. Una cosa es la cuantía de los juicios cuya nulidad se demanda, y otra, muy distinta, la de este ordinario en que se pide la restitución de una cosa como consecuencia de la nulidad de algunos procedimientos judiciales. El hecho de que una finca apoye, sostenga o asegure una obligación mediante el contrato de hipoteca, no afecta el valor de la finca hipotecada tal como éste debe entenderse para fijar la cuantía de la acción. Es por ello por lo que la corte estima mal denegado el recurso de casación.

En mérito de lo expuesto, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil,

r e s u e l v e :

Admítese el recurso de hecho interpuesto por el señor Pablo Jaramillo E., y concédese el de casación contra la sentencia del tribunal de Medellín, proferida el 8 de junio de 1936, recurso este último que le fue denegado al recurrente.

Oficiese al tribunal de Medellín para que, previa citación de las partes, envíe original el expediente a la corte.

Notifíquese, cópiese e insértese en la "Gaceta Judicial".

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio, en ppd.

LA SUCESION NO ES PERSONA JURIDICA.—INTENCION DE LOS LITIGANTES.—TECNICA DE CASACION

1.—Carece la sucesión de personalidad jurídica porque en ella no se ve la existencia de un sér colectivo; ni un interés diferente de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su patrimonio que no sea esencialmente un bién de los herederos. Nada, en fin, que demuestre en la sucesión una persona ni en los copartícipes la conciencia de un interés colectivo. Claro es que no se está hablando de los legatarios. 2.—Los bienes DE LA sucesión, o PERTENECIENTES a la sucesión, sencillamente son bienes de los herederos. Estos no tienen un derecho personal, o de crédito, sino un derecho real: el de herencia sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concretarse en el de dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición, o, en su caso, antes de la posesión efectiva respecto de inmuebles, hay un patrimonio universal destinado a liquidarse. Véase la "Gaceta Judicial" Nº 1926, página 323.—Cierto que cuando el heredero, antes de partirse la herencia, ejerce la acción reivindicatoria que le concede el artículo 1325 del código civil, debe hacerlo en favor de "la sucesión", si quiere hablar técnicamente. Pero esto no significa que la sucesión sea persona distinta de los herederos. Cuando se demanda en favor de "la sucesión" es claro que la parte actora está constituída por el heredero o los herederos interesados en esa comunidad SUI GENERIS. Por un imperativo del lenguaje se habla de "la sucesión"; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas. Lo que importa es que el heredero demandante obre "para la sucesión" o "para los herederos" o para sí mismo en calidad de heredero. Lo que decida el juez, en pro o en contra, se entenderá sentenciado para la sucesión.

4.—Como el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustantivas, según lo enseña el artículo 472 del código judicial, con este criterio no sólo han de interpretarse las normas procesales y probatorias conforme lo prescribe tal artículo, sino que también las súplicas del demandante y las defensas del demandado. Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que a lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender el tenor literal de aquellas piezas cuando traiciona la intención inequívoca de quienes litigan. Si no fuera así, un peligroso criterio textualista sacrificaría el espíritu a la letra y el derecho a la fórmula.

5.—El fallo del tribunal tiene dos motivos, cada uno poderoso a sustentarlo. El recurrente ha atacado victoriosamente el primero de esos motivos. Subsiste el segundo, y subsistiendo es imposible casar el fallo. La corte cumple su misión de enderezar la jurisprudencia, declarando procedente la acusación contra uno de los dos sostenes del fallo recurrido. Caerían ambos, y con ellos la sentencia, si tuvieran una misma base, o si, teniendo diferentes bases, el no atacado eficazmente careciera de fuerza suficiente para sustentarla por sí solo. Pero la corte, cuyo oficio en casación es rigurosamente crítico, no puede moverse sino dentro de los límites fijados por el recurso, y ya ha dicho que con respecto al segundo apoyo del tribunal no se ha señalado la norma sustantiva que se considere infringida.

Corte suprema de justicia—Sala de casación en lo civil—Bogotá, noviembre dieciocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Emilia Blum y Leonor Blum de Tejada promovieron juicio ordinario contra Santiago M. Eder y José María Sierra S., para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Es nulo el remate de la finca de "Pichindé", efectuado el 22 de octubre de 1894.

Segunda.—El poseedor actual de esa finca, José María Sierra S., debe restituirla a la sucesión de Adolfo Rafael Blum.

Tercera.—José María Sierra S., como poseedor de buena fe, pagará a la sucesión de Adolfo Rafael Blum —representada por sus hijos Ernesto, María Clelia, Adolfo Rafael, Elena, Alejandro, Emilia, Leopoldo, Micaela, Gustavo y Leonor Blum Arosemena— los frutos que perciba desde la contestación del libelo hasta el día en que efectúe la entrega. ..Cuarta.—Eder y Sierra S. pagarán las costas del juicio (folio 24 del cuaderno número 1ª).

La demanda inicial fue adicionada con estas súplicas:

a)—Que el ejecutivo propuesto por Santiago M. Eder contra Micaela Arosemena de Blum, así como el remate que allí se efectuó, son nulos: por falta de personería del actor, consistente en no haberse hecho a los herederos de Blum la notificación de que tratan los artículos 1434 y 1960 del código civil; porque el juicio se entendió con Micaela Arosemena de Blum, no poseedora del inmueble, pues lo eran los actores desde el 14 de julio de 1884, día en que murió Adolfo Rafael, y en consecuencia, nada de lo resuelto en este juicio perjudica a los citados herederos.

b)—Que el dominio y posesión de "Pichindé" pertenecen desde el 14 de julio de 1884 a los herederos de Adolfo Rafael Blum.

c)—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, José María Sierra S., como actual poseedor, debe entregar la finca a los expresados herederos de Adolfo Rafael Blum, con los frutos percibidos (folio 156 del cuaderno Nº 1º).

Posteriormente fueron hechas estas súplicas:

Una.—Cancélese el registro del acta de remate.

Dos.—Anúlese el contrato de compraventa contenido en la escritura 521 de 6 de noviembre de 1894, por el cual Santiago M. Eder vendió a Sierra Hermanos la finca de "Pichindé".

Tres.—Cancélense la mencionada escritura y su registro (folio 59 del cuaderno Nº 3).

La demanda inicial lleva fecha 2 de mayo de 1916 (folio 24 del cuaderno Nº 1º), y fue reformada el 28 de noviembre de 1917 (folio 107 del cuaderno Nº 1º), el 20 de octubre de 1919 (folio 156 del cuaderno Nº 1º), el 1º de diciembre de 1925 (folio 6 del cuaderno Nº 4º) y el 9 de septiembre de 1930 (folio 59 del cuaderno Nº 3º).

Resumiendo los hechos en que los actores fundan su acción, puede decirse que consisten:

1º—Adolfo Rafael Blum compró a Paterson Pizarro la finca de "Pichindé", por escritura Nº 154 de 13 de junio de 1876. Blum murió el 14 de julio de 1884 y a su muerte no había enajenado su expresada finca, cuya posesión pasó a sus herederos que tampoco han dispuesto de ella.

2º—El 7 de octubre de 1893, Santiago M. Eder promovió juicio ejecutivo con acción real hipotecaria contra Micaela Arosemena de Blum, viuda de Adolfo Rafael Blum. Este había hipotecado a "Pichindé" para garantizar un crédito de que era titular Eder como cesionario. El acreedor juró que la mencionada señora poseía el inmueble, por lo cual contra éste se siguió el juicio y no contra los hijos del deudor, casi todos menores de edad.

3º—En el juicio fue embargada la finca de "Pichindé" e ilegalmente depositada el 3 de julio de 1894. Omitióse la entrega material de la cosa al depositario. No se dió al público conocimiento del embargo. No se fijaron los avisos de remate ni se notificó el auto ejecutivo a los deudores. La cónyuge era apenas acreedora de la sucesión, pero no representaba al causante. El título ejecutivo, cedido por el Banco del Cauca a los Trianas y por éstos a Eder, no fue notificado a los herederos del deudor; la demanda ejecutiva y el mandamiento de pago tampoco fueron notificados a los herederos.

4º—La finca de "Pichindé" estaba embargada en otro juicio desde el 26 de julio de 1882, por lo cual el embargo hecho en el juicio ejecutivo fue nulo y el remate tuvo causa ilícita.

El demandado Sierra S. demandó en reconvención para que se hicieran varias declaraciones sobre prestaciones mutuas, en el caso de que la demanda principal prosperara (folio 1º del cuaderno Nº 5).

El juzgado 2º del circuito de Palmira, en vista de que por una de las demandas reformatorias se suplicó para los herederos de Adolfo Rafael Blum, y no para la sucesión de dicho señor, declaró probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido y resolvió que no había lugar a hacer las declaraciones solicitadas (folio 114 del cuaderno Nº 3).

El tribunal de Cali confirmó la sentencia del juzgado de Palmira, diciendo que la acción de nulidad no puede prosperar por no haber sido dirigida también contra Micaela Arosemena de Blum, persona que actuó como parte en el juicio ejecutivo, y agregando que si es improcedente la declaración

de nulidad en los términoss demandados, fuerza es concluir que también lo será la acción restitutoria, ejercitada como consecuencia de la primera.

El tribunal observa, además, cómo aun aceptando que la acción de nulidad fuera viable en la forma propuesta, tampoco podría tener buen éxito la reivindicatoria, porque mientras permanece ilíquida una sucesión los herederos no pueden reivindicar para ellos. Con respecto a este segundo apoyo de la sentencia, dice el tribunal que la copia de la escritura referente a la liquidación del juicio mortuorio de Blum no acredita plenamente esa liquidación y la consiguiente adjudicación de "Pichindé", porque tal prueba fue desechada por autos ejecutoriados.

El recurrente adujo estas causales de casación:

1ª—Infracción del artículo 1155 del código civil, porque a los actores se les ha desconocido el carácter de herederos de Blum, y, por lo mismo, la facultad de representarlo en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

2ª—Infracción del artículo 1759 del código civil, porque el tribunal desestimó la escritura Nº 247 de 31 de julio de 1934.

3ª—Infracción del artículo 1758 del código civil, concordado con los artículos 630 y 636 del código judicial, porque el tribunal confundió el género (instrumento público) con la especie (escritura pública). "Este error aparece de bulto teniendo en cuenta las reglas de prelación que para las disposiciones legales establece el artículo 5º de la ley 57 de 1887", pues el tribunal no podía aplicar a una especie el precepto genérico del artículo 33 del código de procedimiento. Esta violación, agrega el recurrente, aparece de manifiesto si se tiene en cuenta que obrando en autos la escritura 247, no ha sido considerada como prueba, con lo cual se le desconoció su innegable valor probatorio.

4ª—No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Dice el tribunal que la acción de nulidad no puede prosperar por haberse omitido una formalidad sustancial en el debate, cual es la de no haberse demandado también a la señora Arosemena de Blum, que actuó como parte en el juicio ejecutivo. Observa el recurrente que el no haberse demandado a esa señora hace que el fallo no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, comoquiera que este hecho no fue materia de alegación alguna de las partes, y no habiéndose demandado a dicha señora es injurídico reconocer, oficiosamente, la existencia de un hecho que no constituye excepción perentoria en el caso contemplado por el artículo 319 del código judicial.

5ª—Contra lo pensado por el tribunal, sí aparece en el juicio la señora Arosemena de Blum y está allí representada, en virtud de la escritura Nº 226 de 30 de junio de 1922, otorgada en la notaría 1ª de Palmira, mediante la cual vendió ella a Lisandro Figueroa R. "todos los derechos y acciones que le pertenecen como cónyuge sobreviviente del señor Adolfo R. Blum en la finca rural denominada "Pichindé" situada en la jurisdicción de este distrito de Palmira. . . .". Esa escritura, añade el recurrente, hace parte del proceso, y Figueroa R., como cesionario de todos los derechos y acciones de la señora Arosemena de Blum sobre la mencionada hacienda, aparece en autos desde el 29 de septiembre de 1925.

6ª—El juicio ejecutivo acusado de nulidad en este ordinario, fue un juicio en que la señora Arosemena de Blum no fue parte legítima, como que no representaba la sucesión de su marido Adolfo Rafael Blum, y mal podía ser ejecutada tal sucesión en cabeza de la simple cónyuge sobreviviente. Pero admitiendo que aquélla hubiese sido parte legítima en ese juicio, los hechos consignados en la escritura 226 y las declaraciones allí contenidas, deben interpretarse como un allanamiento de la señora viuda de Blum a lo hasta entonces actuado, en virtud del artículo 450 del código judicial, en su última parte.

La corte considera:

Como se ha dicho, la sentencia recurrida tiene dos apoyos:

Primero.—El de haberse suplicado para los herederos de Adolfo Rafael Blum, no para la sucesión de dicho señor, y

Segundo.—El de no haberse dirigido también la acción contra Micaela Arosemena de Blum, parte en el juicio ejecutivo cuya nulidad se pide.

De las seis causales aducidas en la demanda de casación, unas atacan el primero de los fundamentos de la sentencia y otras el segundo de esos fundamentos.

Con el fin de abreviar, la corte resume una doctrina suya sobre el concepto de "sucesión", expuesta el 31 de agosto de 1936 y publicada en los números 1911 y 1912 de "Gaceta Judicial":

1. Carece la sucesión de personalidad jurídica porque en ella no se ve la existencia de un sér colectivo; ni un interés diferente de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su patrimonio que no sea esencialmente un bién de los herederos. Nada, en fin, que demuestre en la sucesión una persona ni en los copartícipes la conciencia de un interés colectivo. Claro es que no se está hablando de los legatarios.

2. Los bienes de la sucesión o pertenecientes a la sucesión, sencillamente son bienes de los herederos. Estos no tienen un derecho personal, o de crédito, sino un derecho real: el de la herencia sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concretarse en el de dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición, o, en su caso, antes de la posesión efectiva respecto de inmuebles, hay un patrimonio universal destinado a liquidarse. Véase la "Caceta Judicial" Nº 1926, página 323.

3. Cierto que cuando el heredero, antes de partirse la herencia, ejerce la acción reivindicatoria que le concede el artículo 1325 del código civil, debe hacerlo en favor de "la sucesión", si quiere hablar técnicamente. Pero esto no significa que la sucesión sea persona distinta de los herederos. Cuando se demanda en favor de "la sucesión" es claro que la parte actora está constituída por el heredero o los herederos interesados en esa comunidad sui géneris. Por un imperativo del lenguaje se habla de "la sucesión"; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas. Lo que importa es que el heredero demandante obre "para la sucesión" o "para los herederos" o para sí mismo en calidad de heredero. Lo que decida el juez, en pro o en contra, se entenderá sentenciado para la sucesión.

La corte se confirma en esta doctrina.

4. Como el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustantivas, según lo enseña el artículo 472 del código judicial, con este criterio no sólo han de interpretarse las normas procesales y probatorias conforme lo prescribe tal artículo, sino que también las súplicas del demandante y las defensas del demandado. Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que a lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender el tenor literal de aquellas piezas cuando traicionan la intención inequívoca de quienes litigan. Si no fuera así, un peligroso criterio textualista sacrificaría el espíritu a la letra y el derecho a la fórmula.

No lo entendió así el tribunal cuando, por pedirse para "los herederos" de Adolfo Rafael Blum, dijo que no se había pedido para "la sucesión" de dicho señor, y por no entenderlo de ese modo, dejó de aplicar el artículo 1155 del código civil, invocado por el recurrente.

No se ha controvertido sobre la calidad de herederos del señor Blum, aducida por los demandantes.

Acogida la causal marcada con el número 1ª, no hay necesidad de estudiar las dos que le siguen inmediatamente, porque todas tres se refieren al primero de los fundamentos del fallo: haberse demandado para los herederos de Blum y no para su sucesión.

Véase ahora si alguna de las otras tres causales prospera contra el segundo fundamento: no haberse dirigido también la acción contra quien figuró en el juicio ejecutivo como poseedor del bién hipotecado.

4ª—Dijo el tribunal que como se trata de obtener la anulación del juicio seguido por Santiago M. Eder contra Micaela Arosemena de Blum, lo mismo que la del acta de remate, y lograr así la restitución del bién rematado, "la acción de nulidad no puede prosperar, puesto que se ha omitido una formalidad sustancial en el debate, cual es la de no haberla dirigido también contra la señora Arosemena v. de Blum, persona que actuó como parte en el mentado juicio. Y es natural que la presencia de esa persona que militó en el juicio ejecutivo sea necesaria para ventilar la acción de nulidad, pues si dicha acción persigue el destruír los efectos de ese acto judicial y obtener las consecuencias que de allí surgen, lo lógico es que intervenga en esa anulación, ya que lo contrario equivaldría a condenarla sin antes haberla oído y vencido en juicio, principio respetado por todas las legislaciones. Y es asimismo claro, que si es improcedente la declaración de nulidad en los términos demandados, fuerza es concluír que será igualmente improcedente la acción restitutoria, por pedirse ésta como consecuencia de la primera".

En este juicio se han invocado varias sentencias de la corte, conforme a las cuales si se reivindica como consecuencia de la anulación de un juicio o de un contrato, es preciso demandar a todas las personas que

fueron partes en el juicio o contrato cuya nulidad se demanda.

Contra el mencionado sostén del fallo —no prospera la acción de nulidad porque no fue dirigida también contra la señora Arosemena de Blum— alega el recurrente la causal segunda, porque dice que el reconocimiento oficioso de ese hecho hace que la sentencia no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y agrega que ello tampoco constituye una excepción perentoria según el artículo 329 del código judicial.

Se observa:

Descartado lo de la falta de consonancia, que no resiste el más leve análisis por cuanto el fallo no contiene extremos diferentes de los que surgen de la controversia, baste sólo decir en lo que atañe a la declaración de haber pedido los demandantes indebidamente, por no mencionar el nombre de la demandada en el juicio ejecutivo, que aunque es verdad que a esa declaración no le conviene la definición de excepción perentoria dada por las leyes 15 de 1890, en su artículo 52, y 105 de 1931, en su artículo 329, no es menos cierto que como tal ha sido tenida siempre por la jurisprudencia y que el artículo 479 del antiguo código la enumeraba entre las perentorias. Es obligación del juzgador en instancia negarse a fallar de fondo cuando, buscando oficiosamente, como es su deber, los presupuestos procesales, halla que se ha pedido indebidamente por no haber demandado también a una de las personas que en su concepto debió ser parte en el juicio. El recurrente no ha invocado ninguna ley sustantiva cuya cita demuestre que el tribunal no debió hacer el pronunciamiento acusado. Es decir, no ha indicado ningún precepto infringido con tal pronunciamiento, como es preciso hacerlo dentro del motivo 1º del artículo 520 del código judicial.

No se acoge.

5ª—Por la escritura 226, de 30 de junio de 1922, otorgada en la notaría 1ª de Palmira (cuaderno Nº 3, folio 4), Micaela Arosemena de Blum, en unión de herederos del señor Blum, obrando ella por sí y como mandataria de su hija mayor Elena de Jesús, vendió a Lisandro Figueroa R. "todos los derechos y acciones que les pertenecen como cónyuge sobreviviente y herederos del señor Adolfo R. Blum en la finca rural denominada 'Pichindé'.....". Cita el recurrente esta escritura, y sostiene que contra lo pensado por el tribunal sí aparece en el juicio la señora Arosemena de Blum y está allí representada, por cuanto Figueroa R. figura en autos, desde el 29 de septiembre de 1925, como cesionario de los derechos y acciones correspondientes a aquella señora en la mencionada finca.

Se observa:

Por auto fechado el 19 de octubre de 1925 (cuaderno Nº 3º, folio 9 vuelta) fue reconocido Figueroa R. "como cesionario de todos los derechos y acciones pertenecientes al cónyuge sobreviviente y herederos del señor Adolfo R. Blum, en la finca rural denominada 'Pichindé', situada en la jurisdicción de este distrito de Palmira". El reconocimiento se hizo en virtud de la escritura Nº 226, otorgada a favor de Figueroa R., 'quien se considera como parte en el juicio ordinario sobre nulidad y reivindicación en relación con las tierras de 'Pichindé', previa notificación de la contraparte".

Pero la esscritura y el reconocimiento aludidos no desvirtúan la afirmación del tribunal, consistente en no haber sido parte demandada la señora Arosemena de Blum, afirmación que constituye uño de los fundamentos del fallo. La venta de derechos hereditarios vinculados en el inmueble de "Pichindé" no le dio al comprador ni la calidad de heredero de Blum ni la representación personal de la cónyuge sobreviviente. De modo que el auto no puede entenderse como entrada de esta señora al juicio, en calidad de parte. Luego queda en pie este fundamento del fallo.

No se acoge.

6ª—Por último dice el recurrente que la señora Arosemena de Blum no fue parte legítima en el juicio ejecutivo y que por ello la sucesión no puede ser ejecutada en cabeza de la cónyuge sobreviviente, pero que admitiendo su personería en ese juicio, la escritura 226 y las declaraciones allí contenidas deben interpretarse como allanamiento de dicha señora a lo hasta entonces actuado, en virtud del artículo 450 del código judicial, en su última parte.

Se observa:

Basta ver que la señora Arosemena de Blum no ha "representado" en el juicio ordinario, por sí ni por mandatario, para que la corte se abstenga de entrar más a fondo en esta causal; pero sí observa que la última parte del artículo 450 del código judicial se refiere a casos diferentes del contemplado por el fallador, no a la falta en el juicio de una persona a quien no se demandó. Si, por ejemplo, demandada la señora, se hubiera adelantado el juicio sin citarla ni aplazarla, y más tarde ella hubiera intervenido sin reclamar la declaración de nulidad, se estaría ante el caso regido por ese final del artículo 450. Muy distinto, a la verdad, de

la presente ocurrencia, en que el motivo del tribunal consiste en no haber sido demandada la señora.

No se acoge.

---

5. El fallo del tribunal tiene dos motivos, cada uno poderoso a sustentarlo. El recurrente ha atacado victoriosamente el primero de esos motivos. Subsiste el segundo, y subsistiendo es imposible casar el fallo. La corte cumple su misión de enderezar la jurisprudencia, declarando procedente la acusación contra uno de los dos sostenes del fallo recurrido. Caerían ambos, y con ellos la sentencia, si tuvieran una misma base, o si, teniendo diferentes bases, el no atacado eficazmente careciera de fuerza suficiente para sustentarla por sí solo. Pero la corte, cuyo oficio en casación es rigurosamente crítico, no puede moverse sino dentro de los límites fijados por el recurso, y ya ha dicho que con respecto al segundo apoyo del tribunal no se ha señalado la norma sustantiva que se considere infringida.

Sin costas, porque la corte halló fundado el primer cargo contra uno de los dos fundamentos del 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,

Falla:

No se casa la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso.

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

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

DEMANDA SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. CAMBIO DEL MODO DE EJERCER UNA SERVIDUMBRE.—PRESCRIPCION DE LA SERVIDUMBRE DE LUZ.—HUECOS Y VENTANAS EN PARED DIVISORIA.—AGUAS LLUVIAS.—OBLIGACIONES DE VECINDAD

1.—La técnica del recurso de casación exige la ordenación lógica, clara y breve de los razonamientos, la indicación independiente de las causales, el concepto en que estímase haber sido violada la ley, (cuando se invoca el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial), si por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, que son tres casos diferentes e inconfundibles; o la demostración de haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho manifiesto al través de la equivocada apreciación de una prueba o de su falta de apreciación, error que ha conducido a la violación de ley sustantiva. 2.—Son hechos diferentes la supresión de una servidumbre por el capricho de quien la soporta y el cambio también arbitrario del modo como se ejerce la servidumbre. En el primer caso hay una suspensión total y absoluta del servicio a que atendía el gravamen. En tanto que en el segundo caso, sin suprimir completamente ese servicio, se le introducen modificaciones que lo embarazan o alteran en mayor o menor grado.—3.—No porque la demanda asiente el postulado de la existencia de servidumbre que gravan el predio donde levantó la nueva construcción, la acción pierde su verdadero carácter de personal, trocándose en real. 4.—La servidumbre legal de luz, reglamentada por los artículos 931 a 934 del Código Civil, y de la cual se ha dicho que no es verdadera servidumbre porque ningún gravamen impone al dueño del predio sirviente, por ser continua y aparente, puede adquirirse por prescripción. Pero este principio no debe entenderse absoluto en el sentido de que basta la apertura de un hueco o ventana en pared divisoria, en las condiciones previstas en el Código, y luego el trascurso del tiempo, para que se opere la prescripción y ya el dueño del predio vecino quede privado del derecho que le reconoce el artículo 934, de elevar sus paredes aun cuando cieguen las luces que entran por aquellos huecos o ventanas. El propietario que hace uso de una pared divisoria de su propiedad y no medianera, abriendo huecos o ventanas, dentro de lo normal, no hace más que ejercitar

una facultad que la ley le confiere en su condición de propietario de la pared; con ello no afecta en nada el derecho del vecino; y siendo así no cabe alegar prescripción alguna "porque el que no traspasa los límites de su propio derecho nada prescribe". 5.—La facultad que confiere la primera parte del artículo 934 no es absoluta sino en los casos en que las ventanas abiertas en pared simplemente divisoria no constituyen un gravamen definitivamente consolidado como servicio de luz o de vista a que esté sometido el otro predio. Adquirido tal servicio, el dueño de la heredad sirviente tiene que arreglar con el vecino la manera de reemplazarlo, o efectuar las consiguientes ildemnizaciones, antes de levantar la pared que suprima las luces existentes. 6.—La servidumbre de aguas lluvias es de carácter voluntario y, como tal, no puede adquirirse sino por título, o por destinación del padre de familia, o por prescripción cuando ella es continua y aparente, y establecida en condiciones tales de anormalidad que provoque la oposición del predio sirviente. 7.—El propietario debe mantenerse dentro de su obligación correlativa de no irrogar perjuicios a terceros, entre quienes están los vecinos, con los cuales esa obligación asume caracteres de mayor rigor.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Antonio Aguirre y su esposa María Escobar de Aguirre son propietarios de una casa de tapia y cubierta de teja de barro, ubicada en el barrio de Las Aguas, de esta ciudad, marcada anteriormente en su puerta de entrada con el número 16, hoy con el número 3-94, de la calle de Girardot, o calle 15, entre carreras 3ª y 4ª Dos de las piezas de estas casa disfrutaban de luz y aire por sendas ventanas abiertas en la pared divisoria del costado occidental, sobre el patio de la casa vecina, que era una edificación antigua, colocada a nivel un poco más bajo de la casa anterior, y en la esquina noroeste de la carrera 4ª con la calle de Girardot. En la misma pared divisoria existía un alero destinado a derramar parte de las aguas lluvias que caían en el tejado de la casa de los esposos Aguirre, sobre aquella contigua edificación. Este estado de cosas manteniaso así en el año de 1934, cuando Ricardo Obregón reedificó esta edificación, levantando en su lugar una construcción moderna de tres pisos, para lo cual hubo de hacer el correspondiente muro de ladrillo adosándolo contra la pared divisoria de los Aguirre, que no es medianera, quedando así cegadas las dos ventanas que le daban luz a las piezas de la casa de los Aguirre y suprimido igualmente el alero voladizo para el derrame de las aguas lluvias, el cual hizo reemplazar Obregón por una canal de latón colocada sobre la pared divisoria, que por un tubo arroja las aguas sobre su propio predio.

Apenas había comenzado Obregón la obra, los Aguirre acudieron a la policía para que se le ordenase suspenderla, por entrañar la privación de la servidumbre de luz de que hace más de veinte años está su casa en posesión, y haber producido el agrietamiento de la pared divisoria. El inspector municipal practicó entonces una inspección ocular con asistencia de peritos, y en ella dejó constancia de los diferentes daños denunciados por los Aguirre, como agrientamientos en las paredes, recorte del alero y obstrucción de las ventanas.

El inspector decretó la suspensión de la obra. Empero, cuando la respectiva resolución quedó en firme, después de varios recursos ante el superior, ya el edificio de tres pisos de Obregón estaba concluído, según consta en una nueva diligencia de inspección ocular practicada por el mismo funcionario.

Mas lo que vino en definitiva a ponerle fin a la querella de policía, fue el desistimiento expreso que Aguirre formuló de dicha querella, por "arreglo celebrado con el señor Obregón". Así dícelo en memorial presentado al inspector, cuando sólo faltaba darle cumplimiento al fallo de la policía (fl. 21, cuad. Nº 1).

Todo esto aconteció durante el año de 1934. En marzo de 1935 la señora de Aguirre pidió ante los jueces comunes la práctica de una inspección ocular fuéra de juicio y con asistencia de peritos, sobre las casas de la querella. Con citación y con la concurrencia de Obregón, quien designó oportunamente perito, esta diligencia llevóse a efecto habiéndose dejado en ella constancia de lo siguiente (fl. 3 del cuad. Nº 3): "En el muro oriental de la pieza del zaguán, que da sobre la calle (casa de los Aguirre), existen grietas verticales inmediatas a la nueva construcción de la casa tres noventa y ocho (3-98) de la misma calle quince; en la pieza siguiente existen daños en el encielado debido al agua que se vierte sobre él, hacia la parte oriental, en el muro divisorio fue tapada la ventana que daba luz, por razón del nuevo muro construido en la casa contigua del señor Obregón; en la cuarta pieza existen igualmente daños en el encielado, provenientes también del agua que cae sobre él. La pared nueva de la casa número tres noventa y ocho (3.98), hacia el extremo que da sobre la calle, está incrustada en la pared divisorio de la casa número tres noventa y

cuatro (3-94), de modo que coge algunos centímetros del espeso de ésta".

Los peritos que actuaron en esta inspección, dos conocidos ingenieros, designados por las partes, estuvieron acordes en dictaminar: Que es evidente que el edificio levantado por el señor Obregón al lado occidental de la casa 3-94 de la calle 15, le ha causado a dicha casa graves daños y perjuicios; que esos daños son los siguientes: la supresión del alero al cual afluían las aguas que caen a la casa de la señora de Aguirre y que desaguaban anteriormente por el predio que ocupa el edificio de Obregón; habiendo sido reemplazado ese alero por una canal de latón insuficiente para captar las aguas del tejado cuando caen grandes aguaceros, el rebote de las aguas ha humedecido los cielos rasos de la casa de los Aguirre, en el sector correspondiente a la canal, ocasionando el desprendimiento de una parte del pañete y cornisas; y el cierre de las dos ventanas, por el muro de ladrillo de la casa de Obregón, con lo cual la casa quedó privada de aire y luz.

Con estos antecedentes, los esposos Aguirre instauraron una acción judicial contra Ricardo Obregón en que piden se le condene: "a)—A pagarnos las indemnizaciones correspondientes a los daños y perjuicios que nos ha causado y está causando en nuestra casa de la calle 15 o calle de Girardot, número 3-94, con motivo de la mala construcción levantada junto a la nuestra".

No se transcribe lo relativo a las otras prestaciones que solicitan los demandantes sobre indemnización por el aumento de peso de la pared divisoria, retiro de depósitos de agua y estufas construídos cerca a la misma pared, por carecer de interés en el recurso de casación.

Esta acción de indemnización hácese depender de los siguientes hechos, citándose únicamente los pertinentes:

"Primero.—Que somos dueños y poseedores de la casa situada en la calle 15 o calle de Girardot, número 3-94, de esta población.

"Segundo.—Que dicha casa gozaba de una servidumbre de luz que le daban dos ventanas, existentes desde que la casa se construyó, hace varios años.

"Tercero.—Que el señor Ricardo Obregón tapó con un incrustado de ladrillo metido dentro de las ventanas y pared divisoria, los huecos de las mencionadas ventanas, con lo cual ocasionó un grave perjuicio y daño a nuestro hogar, y una gran disminución del precio que tenía nuestra casa.

"Cuarto.—Que el señor Obregón recortó una pared del alero de nuestra casa, y ese tiempo de invierno el agua penetre por el techo al interior de nuestras habitaciones, derribando el cielo razo, y haciéndonos imposible el uso y goce de esas habitaciones.

"Quinto.—Que el señor Obregón, al incrustar dentro de la pared divisoria de nuestra casa, un enchapado de ladrillo, ocasionó desperfectos y grietas en nuestro edificio".

En el mismo libelo aseguran los demandantes que "Los servicios de luz y del alero están adquiridos en favor de nuestra propiedad, en virtud de la prescripción". Y más antes habían dicho que "Por consiguiente, aun cuando el señor Obregón hubiera creído tener derecho a destruír las ventanas y el alero de mi casa, derecho que yo le discuto y le niego, el ejercicio de esos derechos no pudo desarrollarse sin obligarse a indemnizarnos los perjuicios, en presencia del daño que nos causaba y de la prohibición de la policía".

Sentencia acusada

El 26 de noviembre del año próximo pasado el tribunal superior de Bogotá desató la segunda instancia del pleito en la siguiente forma:

"Primero.—Condénase al demandado Ricardo Obregón a pagar a los demandantes Antonio Aguirre y María Escobar de Aguirre, las indemnizaciones correspondientes a los daños y perjuicios causados directamente en su propiedad inmueble, situada en la calle quince o calle de Girardot, número tres noventa y cuatro (3-94) de esta ciudad de Bogotá, en el momento de ejecutarse por el actor los siguientes hechos culpables:

"a)—La obstrucción de dos ventanas existentes en la pared occidental de dicha casa, ocasionada por el levantamiento del muro oriental del nuevo edificio contínuo del demandado;

"b)—La destrucción de un alero existente en el costado occidental de la casa de los demandantes; y

"c)—La incrustación subterránea de los cimientos del muro oriental de la nueva construcción del demandado, dentro de los cimientos de la pared occidental de la casa de los demandantes.

"Parágrafo.—En la ejecución de esta sentencia se fijará el importe líquido de los perjuicios, con arreglo a las normas procesales del caso (art. 553 del código judicial), y teniendo en cuenta los daños demostrados en este juicio, resumidos en la parte motiva de este fallo.

"Segundo.—Declárase no probadas las excepciones perentorias opuestas por el de-

"Tercero.—Absuélvese al demandado de las demás peticiones deducidas contra él en el libelo de demanda.

"Cuarto.—Confírmase la absolución de costas al demandado contenida en el numeral quinto de la sentencia de primera instancia.

"Quinto.—Sin costas el recurso.

"Sexto.—Queda reformada en los términos anteriores la sentencia apelada de fecha veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y cinco".

El juzgado había resuelto así:

"1º—No se declaran probadas las excepciones propuestas;

"2º—Condénase al señor Ricardo Obregón al pago de los perjuicios, a favor de los demandantes Antonio Aguirre y María Escobar de Aguirre, que les ocasionó y está ocasionando en la casa de propiedad de los mismos al incrustar la pared que construyó el demandado en una de la casa de los demandantes y al destruír un alero, también perteneciente a la casa de propiedad de los mismos demandantes, en razón de la misma construcción.

"3º—En juicio separado se apreciará el valor de los perjuicios.

"4º—Se absuelve al demandado de los demás cargos de la demanda.

"5º—No se hace especial condenación en costas".

Contra el fallo del tribunal interpuso Ricardo Obregón el recurso de casación. Estando agotada la sustanciación respectiva, la Corte entra a considerarlo.

Motivos del sentenciador

En los que apoyóse el tribunal, brevemente resumidos, son los siguientes:

1º—Los demandantes son dueños de la casa donde se produjeron los daños, por haberla adquirido en compra, según la escritura pública número 242, de 14 de febrero de 1933, otorgada en la notaría primera de Bogotá, allegada al juicio (fls. 1 a 3 del cuad. Nº 1). Además de la posesión inscrita, ejercitan también la posesión material del inmueble, habitándolo con su familia, según varias constancias de autos. Por tanto, si existen perjuicios los actores tienen el derecho de reclamarlos, en aplicación del artículo 2342 del código civil. También la personería del señor Obregón es legítima. Demándasele como obligado personal y autor de los actos causantes del daño sufrido por los demandantes. No ha pretendido negar que él haya sido el autor físico de los hechos. Sus defensas tienden a negar que los actos de que se le acusa generen el resarcimiento de perjuicios impetrado.

2º—Resulta comprobado que las dos piezas situadas en el costado occidental de la casa de los demandantes disfrutaban de la luz que recibían por sendas ventanas directas construídas en el muro divisorio con la finca que hoy posee Obregón, sin que los antecesores en el dominio de ésta se hubieran opuesto expresamente a tal gravamen. Cuando Obregón adquirió el lote en que luégo reedificó pudo conocer perfectamente la existencia de la servidumbre existente en favor de la finca de los Aguirre, tanto porque a ella hacíase alusión en la escritura número 1837 de 11 de noviembre de 1901, otorgada en la notaría quinta de esta ciudad (fl. 19 y 20 del cuad. Nº 1) en que consta una de las trasmisiones de dominio de que en época anterior fue objeto la finca del demandado, como porque de la información de los testigos Cortázar (fl. 5 del cuad. Nº 5), Elisa González (fl. 6, ibídem), e Inés v. de Cuevas (fl. 6 v. ibídem), se infiere que ya por lo menos en el año de 1913, la servidumbre de las ventanas existía.

3º—También está acreditada la existencia del alero proyectado sobre el lote de Obregón para el derrame de las aguas lluvias, alero construído desde antes del año de 1913, según el testigo Cortázar, y el perito Alejandro Quiñones, quien actuó en una de las inspecciones practicadas por el inspector 5º municipal.

4º—De que no haya verdadera servidumbre legal de luz no puede deducirse que no pueda haberla voluntaria o adquirida por destinación anterior o por prescripción, según lo anota don Fernando Vélez. Idéntica cosa puede predicarse de la servidumbre de aguas lluvias, que no existe legalmente hablando, como tampoco el derecho de proyectar aleros sobre el predio vecino (art. 933 del C. C.). Pero en el caso de este pleito los dos gravámenes, el de luz y el del alero, existían en favor de la casa de los actores desde tiempo casi inmemorial, y no hay prueba alguna del disenso por parte de los propietarios del lote que los sufría, a su existencia y aprovechamiento. "Ellos tenían, además, las características propias de las servidumbres continuas y aparentes, puesto que el de la luz y vista se ejercitaban por ventanas abiertas y el de aguas lluvias por medio del aludido alero, también obra aparente. En consecuencia, conforme al parágrafo segundo del artículo 9º, ley 95 de 1890, aquellos servicios o servidumbres estaban constituídos en favor de la casa de los esposos Aguirre-Escobar en virtud de pres-

cripción adquisitiva, contada como para la adquisición del dominio, en la fecha en que fueron destruídos por el demandado, según las pruebas arriba citadas, puesto que del principio de que no son servidumbres impuestas por la ley no puede deducirse que tampoco puedan serlo por el consentimiento tácito o expreso de los dueños del predio que se considera sirviente (arts. 938, 939, 940 y 941 del c. c.), en virtud de destinación anterior o prescripción, y justamente por este último medio adquisitivo tenían derecho los esposos Aguirre-Escobar a ellos, según las pruebas de autos, en el momento de su destrucción y cegamiento".

5ª—Quedó plenamente establecido en las varias diligencias de inspección ocular y dictámenes periciales, relacionados en capítulo especial de la sentencia, que el demandado, por medio de sus obreros, al excavar los cimientos de la pared oriental de su edificio, incrustó un enchapado de ladrillo dentro de la pared divisoria occidental de la casa de los Aguirre, removiendo uno de adobes que guarnecía la misma pared, y produciendo, como efecto directo perjudicial para los vecinos, hoy demandantes, el agrietamiento de los muros de la casa. Aplicando los principios civiles sobre responsabilidad civil por culpa, deduce el tribunal que el demandado debe indemnizar a los demandantes de los daños causados por tal incrustación debido a la forma imprudente, negligente o culposa con que obró, que produjo para los demandantes el demérito o deprecio de su inmueble.

6ª—En cuanto a los medios de defensa propuestos por el demandado denominados "transacción y desistimiento de la acción", son infundados. De la copia del memorial de desistimiento visible al fl. 21 del cuaderno número 1 y de las posiciones absueltas por el demandante Antonio Aguirre, aparece que entre éste y Obregón medió algún convenio extrajudicial respecto de las acciones de policía que se adelantaron, y que por efecto de tal arreglo, Aguirre desistió de esas acciones cuando ya se habían sentenciado. En consecuencia, las partes no terminaron extrajudicialmente la querella de policía, puesto que ya estaba fenecida, ni tampoco el desistimiento comprendió el presente juicio, porque el memorial de desistimiento limitóse a "toda acción de policía".

El recurso de casación

El apoderado de Obregón ante la Corte formuló la demanda de casación, en un extenso alegato más propio de instancia que del recurso de casación, cuya técnica exige la ordenación lógica, clara y breve de los razonamientos, la indicación independiente de las causales, el concepto en que estímase haber sido violada la ley, (cuando se invoca el motivo 1º del artículo 520 del código judicial), si por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea, que son tres casos diferentes e inconfundibles; o la demostración de haberse incurrido en error de derecho, o en error de hecho manifiesto al través de la equivocada apreciación de una prueba o de su falta de apreciación, error que ha conducido a la violación de ley sustantiva.

La Corte, luchando contra la desordenada exposición de ideas del recurrente, que dificulta el estudio del recurso, va a esforzarse por captar su pensamiento, en cuanto la exposición formal de éste permite de algún modo considerarlo en casación.

Como se ha visto, el tribunal, entre los hechos culposos enumerados en la parte resolutiva de la sentencia, generadores de la obligación de resarcir perjuicios, cuenta la destrucción del alero existente en la pared occidental de la casa de los demandantes. Con esta destrucción Obregón suprimió la servidumbre del alero para el derrame de las aguas lluvias, servidumbre que por prescripción habían ganado los dueños de la casa número 8-94, de la calle de Girardot, contra el lote o finca donde edificó Obregón.

Pero en realidad los autos demuestran que el demandado, si suprimió el alero al cual afluían las aguas lluvias que caen a la casa de los esposos Aguirre-Escobar, fue para reemplazarlo por una canal de latón que recoge las mismas aguas y luégo por un tubo las arroja al mismo predio de Obregón. Es decir, que no hubo destrucción de la servidumbre de aguas lluvias, sino cambio en el modo de su ejercicio. Así se desprende de la última inspección ocular practicada por el funcionario que conoció del juicio de policía (fls. 14 y 14 v. del cuad. Nº 1), de la respuesta que Antonio Aguirre dióle a la pregunta octava de las posiciones que absolvió en primera instancia (fl. 5 v. del cuad. Nº 2), y de la manera como sobre este particular situaron el debate los demandantes, definida así en su alegato de conclusión de segunda instancia (fl. 10, cuad. Nº 4): "Los demás puntos de la demanda quedaron superabundantemente comprobados en forma que no pueden negarse. Establecido quedó que por el cambio de la corriente de agua en el tejado, se nos ocasionaron y están oca-

sinando grandes daños; que los muros y el techo se agrietaron y están en ruina".

Como es obvio, son hechos diferentes la supresión de una servidumbre por el capricho de quien la soporta y el cambio también arbitrario del modo como se ejerce la servidumbre. En el primer caso hay una suspensión total y absoluta del servicio a que atendía el gravamen. En tanto que en el segundo caso, sin suprimir completamente ese servicio, se le introducen modificaciones que lo embarazan o alteran en mayor o menor grado.

El recurrente cita entre las disposiciones violadas por el tribunal el artículo 887 del código civil destinado a señalar los límites de la extensión de la obligación del predio sirviente, en cuanto al ejercicio de la servidumbre, la cual no se puede alterar, disminuir ni hacer más incómoda para el predio dominante. Agrega que la base de tal violación estuvo en la equivocada apreciación de las pruebas a que antes se había referido (fl. 19). Y en párrafos atrás (fl. 17 v.) habíalo formulado esta acusación al sentenciador:

Que apreció las pruebas relacionadas con la servidumbre de aguas lluvias erróneamente y su error tiene dos faces, una de las cuales es la siguiente: confundió la supresión de una servidumbre de aguas lluvias con el cambio en la forma del ejercicio de la misma. El cambio (y no la supresión) quedó demostrado superabundantemente en autos, de manera que en ninguna forma se puede alegar falta de prueba a este respecto. Y todas las consideraciones de la sentencia tienden a cimentar el derecho de los demandantes a una servidumbre voluntaria de aguas lluvias, olvidando que el modo de uso de cualquier servidumbre (art. 887) puede ser variado, por propuesta del representante del predio sirviente, variaciones que en las circunstancias previstas por el artículo citado "deberán ser aceptadas" y que en el curso del expediente, especialmente en las posiciones del demandante Aguirre, se demostró que lo habían sido.

La Corte considera:

La contestación de Aguirre a la pregunta octava del pliego de posiciones antes citadas es como sigue: "Es cierto que en mi propio nombre, no en el de mi esposa, y como hecho cumplido, acepté el recorte del alero pero en la inteligencia de que se iba a poner un canal de las características y especificaciones científicas requeridas, según me lo prometió el señor Obregón antes de desistir y para que yo me determinara a hacerlo, pero el caso es que ha habido un engaño para mí, pues la canal que se instaló es una amenaza constante para la subsistencia de mi propiedad".

Este párrafo, en concordancia con el atrás copiado del alegato de conclusión de los demandantes, está revelando que Aguirre terminó por aceptar el cambio de alero hecho por Obregón, a condición de que el canal y tubo de desagüe colocados en reemplazo, se acomodaran a las especificaciones técnicas necesasrias a mantener el buen servicio. Pero Obregón desatendió las exigencias de sus vecinos. Hizo el cambio del alero en condiciones tan inadecuadas que produjeron el desborde de las aguas de la canal sobre los techos y paredes del predio dominante. He ahí el origen limitado de una parte de los daños causados y cobrados. Por ende, el tribunal, como hizo caso omiso de las referidas pruebas, quebrantó indirectamente, y a través de ese error, el artículo 887, en cuanto esta norma reguladora provée a la necesidad de cambios en el ejercicio de toda servidumbre, sin detrimento o mengua de la existencia del gravamen, y es la disposición que por haber menospreciado Obregón, haciendo el cambio del alero contrariando los términos en que los demandantes habíanlo aceptado, determina la responsabilidad del primero y el origen de los perjuicios demandados, distinto en todo caso del fundamento que dióles el sentenciador.

Debiendo así, pues, casarse por este motivo la sentencia acusada, le corresponde ahora a la Corte proferir la de instancia.

Sentencia de instancia

Para dictar ésta, la Corte tiene en cuenta las siguientes consideraciones:

Primero.—Legitimación en juicio de las partes.

La acción ejercitada fúndase, como muy claro aparece en la demanda, en los daños ocasionados en una heredad por el levantamiento del muro oriental del edificio construído en la heredad vecina, el cual, al ser elevado, a más de ocasionar graves agrietamientos de la pared divisoria, cegó dos ventanas que le daban luz y ventilación a la primera heredad, habiéndose cambiado también el alero para el desagüe de las aguas lluvias por una canal insuficiente, lo cual fue causa para que las aguas desbordadas dañaran los cielos rasos y las habitaciones contiguas. Es por lo tanto una acción esencialmente personal de indemnización de perjuicios originados en una culpa del demandado, quien al construír el edificio procedió con absoluto descuido de los derechos del

predio vecino. La demanda debió dirigirse, como se dirigió, contra el autor del daño, señor Obregón, quien desde la contestación de la demanda situó el debate conviniendo en el hecho de haber sido él y no otra persona el responsable de la construcción.

No versando el litigio, pues, sobre el establecimiento o extinción del derecho real servidumbres, era innecesario que el debate se trabara esencialmente entre propietarios, desde luego que lo discutido en lo principal no son las vinculaciones a que están sometidos dos predios, sino los perjuicio que el constructor de un edificio le ha causado al dueño o propietario de la heredad vecina. De manera que para el efecto de proteger el derecho invocado en la demanda, basta determinar quiénes fueron, por una parte, el autor, y por otra parte, la víctima de los daños. El autor de los hechos calificados de culposos no se discute. Tampoco la víctima de esos hechos, comoquiera que los demandantes reclaman la represión como dueños del inmueble perjudicado, y esa calidad de titulares del derecho a la indemnización fue también aceptada sin reticencias en la contestación de la demanda, cuando el demandado advierte que antes de promoverse la acción transigió con Aguirre las diferencias que llevaron a éste a promover el juicio de policía. Quien transige o arregla las reclamaciones de un tercero por razón de las violaciones de un derecho imputadas al primero, hace el reconocimiento explícito de que en cabeza del reclamante radica el derecho que se dice violado.

Y no porque la demanda asiente el postulado de la existencia de servidumbres que gravan el predio donde levantóse la nueva construcción, la acción pierde su verdadero carácter de personal, trocándose en real. Porque tal afirmación tiene el significado de uno de los hechos generantes de perjuicios, que por haber sido desconocido obliga a la reparación; mas no es la declaración de un derecho que por haberse demandado en forma principal constituye la acción misma, fin y objeto único de la relación procesal.

De consiguiente, está establecido en el juicio el más importante de los presupuestos procesales, o sea, la legitimación para obrar tanto activa del demandante como pasiva del demandado.

Caen así por su base todas las alegaciones del apoderado de Obregón tendientes a demostrar la causal 6ª de casación, fundadas en que el juicio adolece de nulidad procesal (confunde la nulidad adjetiva con la carencia de acción, cuestión de fondo y sustantiva), por no haberse demostrado de manera superabundante que en los demandantes radicaba el derecho de propiedad de la casa número 3-94 de la calle 15 en el momento de proponer la acción. Alegación que por otra parte constituye un olvido de las constancias del expediente, donde está la escritura por medio de la cual los esposos Aguirre-Escobar adquirieron la casa por compra hecha en el año de 1933. Eso basta.

Segundo.—Prescripción de la servidumbre de luz.—Huecos y ventanas en pared divisoria.

El demandado, en la contestación de la demanda dice: "Es cierto que cegué dos ventanas que existían sobre el muro divisorio y que constituían a mi predio una servidumbre de vista y que podían dar luz al predio de los demandantes por que me creí, como me creo, autorizado por las declaraciones que contiene la escritura pasada ante el notario quinto de esta ciudad bajo el número 1837 de 11 de noviembre de 1901".

La aludida escritura es aquella de que hizo mérito el tribunal en la sentencia, allegada al juicio por el propio demandado, y según la cual Eliécer Santos Calad, dueño en el año de 1901 de la finca donde después de más de treinta años vino a edificar Obregón la casa de tres pisos, vendió la misma finca al doctor Ricardo Pardo, comprometiéndose expresamente a destruír "la servidumbre de luz y de vista tapando dos ventanas que dan al patio de la casa vendida, existentes en la casa del señor Larreamendi".

De donde se ve que ya en el año de 1901 existían sobre la pared divisoria de la casa materia de los perjuicios demandados, las dos ventanas abiertas sobre el patio de la casa que fue de Santos Calad, con el objeto de darle luz y vista a la primera; servicio que se consideraba como un gravamen de servidumbre sobre la segunda finca. De la posterior subsistencia de ese servicio dan cuenta varios testigos traídos al efecto, como son Roberto Cortázar, quien fue dueño de la casa de los esposos Aguirre-Escobar; Elisa González e Inés v. de Cuevas (fls. 5 v., 6 y 6 v. del cuad. Nº 5). De consiguiente, cuando Obregón interrumpió el servicio de luz con el levantamiento del muro oriental de su construcción, ese servicio tenía más de treinta años de existencia, consentida por los dueños de la heredad vecina.

Fue así como Obregón violó el derecho que por prescripción habíase consolidado en beneficio del fundo contiguo, y a cargo del otro fundo, cuyo propietario perdió por esa causa la libertad que en circunstancias comunes concede la primera parte del artículo 934 del c. c. al propietario de un inmueble, de levan-

tar paredes en éste aún con menoscabo de la servidumbre legal de luz de que esté disfrutando el predio vecino.

La servidumbre legal de luz, reglamentada por los artículos 931 a 934 del mismo código, y de la cual se ha dicho que no es verdadera servidumbre, porque ningún gravamen impone al dueño del predio sirviente, por ser continua y aparente puede adquirirse por prescripción. En esto están de acuerdo todos los autores. Fernando Vélez, citado por el tribunal, dice: "Esa servidumbre (la de luz) puede también existir por destinación (art. 933), y es prescriptible por ser continua y aparente (art. 9º, ley 95 de 1890). Pero no se olvide que desde que sea voluntaria (art. 937) no está sometida a las reglas que rigen las servidumbres legales". (Derecho Civil, Tomo III, número 584). Antonio José Uribe: "Esta servidumbre (la de luz) puede, como todas las voluntarias, obtenerse por título, por destinación del padre de familia y por prescripción, pues es continua y aparente". (Estudio sobre las servidumbres, número 236). Rodríguez Piñeres: "Las únicas servidumbres que pueden adquirirse por el modo de la usucapión son las que tienen a una las calidades de continuas y aparentes como la de luz y la de aguas lluvias". (Curso Elemental de Derecho Civil. Los bienes, número 485).

Pero este principio de la prescripción de la servidumbre de luz, aceptado también por otras jurisprudencias, no debe entenderse absoluto en el sentido de que basta la apertura de un hueco o ventana en pared divisoria, en las condiciones previstas en el código, y luégo el trascurso del tiempo, para que se opere la prescripción y ya el dueño del predio vecino quede privado del derecho que le reconoce el artículo 934, de elevar sus paredes aun cuando cieguen las luces que entran por aquellos huecos o ventanas. El propietario que hace uso de una pared divisoria de su propiedad, y no medianera, abriendo huecos o ventanas, dentro de lo normal, no hace más que ejercitar una facultad que la ley le confiere en su condición de propietario de la pared; con ello no afecta en nada el derecho del vecino; y siendo así, no cabe alegar prescripción alguna, "porque el que no traspasa los límites de su propio derecho nada prescribe".

En Francia discutióse mucho acerca del alcance de la servidumbre de lo que allá llaman luces de mera tolerancia, por oposición a vistas libres, es decir, los huecos que no sirven más que para recibir luz pero no para mirar ni lanzar residuos al fundo vecino, en el caso de que ella resultase de la posesión prolongada durante treinta años (allá la prescripción de las servidumbres continuas y aparentes es treintenaria), de ventanas irreglamentarias sobre el fundo vecino.

"Nuestros autores antiguos (Merlin, Servitude, parr. 3º) respondían que era exclusivamente el derecho de conservar la ventana en el sitio en que se encontraba, sin que el vecino perdiera por ello la facultad de usar de su fundo como le conviniera, y por consiguiente, de construír una pared contigua, aunque tapara la ventana en cuestión. La jurisprudencia belga está aún concorde con este modo de ver. Pero la jurisprudencia francesa más reciente estima, por el contrario, que el vecino está obligado a respetar la servidumbre de vistas adquirida por el poseedor de las ventanas en el sentido de que sólo tendrá derecho de construír en su propio fundo observando las distancias prescritas por los artículos 678 y 679. En efecto, de otro modo dependería de él la anulación del derecho de luces adquirido por su vecino, ya apoyando construcciones en aquella pared, ya adquiriendo la medianería". (Derecho Civil. A. Colin y H. Capitant, tomo 3º—De los bienes y de los derechos reales principales, pág. 592).

Es igualmente interesante transcribir aquí la autorizada opinión contenida en la obra de Derecho Civil Francés, por Marcel Planiol y Jorge Ripert, con la colaboración de Mauricio Picard, Los Bienes, números 918 y 919:

"Las luces abiertas de conformidad con las reglas precedentes (determinada altura del suelo de la habitación que se quiere clarear, artículo 677 del código francés, enrejados de hierro, art. 676, ibídem, bastidores de vidrio, etc., art. 933 del código colombiano), no significan servidumbre alguna sobre el predio vecino; el propietario que ha llevado a cabo esta apertura se ha limitado a usar su derecho de manera normal, respetando los límites de la servidumbre a la cual su predio tiene derecho. Desde luego que el derecho de propiedad del vecino no sufre limitación en virtud de la existencia de las luces, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su apertura, puede en cualquier momento obstruírlas edificando contra la pared en que se hayan practicado, o pedir su suspensión adquiriendo la medianería de esa pared.

"Cuando una abertura se ha establecido en contra de las condiciones fijadas por los artículos 676 y 677, el propietario del predio vecino puede demandar su supresión o exigir que sea modificada y puesta de acuer-

do con la ley, puesto que menoscaba su derecho.

"No ocurre lo mismo si la abertura practicada desde treinta años por lo menos, puede ser considerada como constitutiva de una servidumbre de luces adquirida por prescripción. Pero la constitución de esa servidumbre no puede admitirse más que en los casos en que la abertura ha sido practicada y mantenida no como simple tolerancia sino en virtud de un derecho; y corresponde al juez apreciar si hubo simple tolerancia o posesión capaz de hacer actuar la prescripción de acuerdo con las circunstancias, especialmente según la disposición de las ventanas, su utilidad y la incomodidad más o menos grandes que causan al vecino".

Todos estos principios doctrinales tienen oportuna aplicación al caso de las dos ventanas abiertas en la pared divisoria de la casa de los esposos Aguirre-Escobar, de los cuales resulta entonces:

Que las dichas ventanas constituyen un caso particular de prescripción de la servidumbre voluntaria de luz en favor de la casa de los demandantes y en contra de la casa del demandado. Ello es así si se considera el modo ilegal como se abrieron esas ventanas, guardando apenas una distancia de setenta y dos centímetros del nivel del piso a la parte inferior de ellas, con lo cual desde su abertura tenían que constituir un servicio manifiestamente incómodo para el dueño del predio a donde daban, porque se le imponía una fiscalización a que él no estaba obligado. De consiguiente, fue un servicio más que tolerado, consentido por el dueño de este predio en mucho tiempo. Consentimiento que viene a ser confirmado por la escritura pública citada atrás, de venta de Eliécer Santos Calad a Ricardo Pardo, en donde el primero reconoció explícitamente la existencia de las ventanas, puesto que adquirió con el comprador Pardo el compromiso de suprimirlas, hecho que omitió realizar, por lo que los sucesivos compradores adquirieron la finca con la misma incomodidad.

En consecuencia, cuando Obregón pretendió edificar, ya no podía lesionar el derecho que había adquirido el propietario de la heredad contigua, a pretexto de la facultad que confiere la primera parte del artículo 934, la cual no es absoluta sino en los casos en que las ventanas abiertas en pared simplemente divisoria no constituyen un gravamen definitivamente consolidado como servicio de luz o de vista a que esté sometido el otro predio. Adquirido tal servicio, el dueño de la heredad sirviente tiene que arreglar con el vecino la manera de reemplazarlo, o efectuar las consiguientes indemnizaciones, antes de levantar la pared que suprima las luces existentes. Y como Obregón estuvo lejos de ajustarse a esa conducta, la indemnización de perjuicios procede por este aspecto, con la siguiente limitación cuantitativa:

La casa 3-94 de la calle 15 o calle de Girardot, que gozaba de la servidumbre de luz, fue adquirida en el año de 1933 por compra conjunta que hicieron de ella los demandantes Antonio Aguirre y María Escobar de Aguirre. De consiguiente, cada uno de ellos es dueño de la mitad proindiviso de dicho inmueble. La acción de perjuicios está ejercida simultáneamente por los dos propietarios, lo que significa que cada uno de ellos tiene derecho a la mitad de la suma total de las indemnizaciones que se lleguen a decretar.

En la primera instancia del juicio (cuad. Nº 2, fl. 5), Antonio Aguirre absolvió a solicitud de Obregón un pliego de posiciones, habiendo confesado lo siguiente acerca de la existencia de un arreglo o transacción pactado entre Aguirre y Obregón, causa y origen del desistimiento que el primero hizo del juicio de policía citado al principio de esta sentencia: "Es cierto en cuanto se refiere a la transacción en mi propio nombre, pero no en el de mi esposa; pero en cuanto a mí se refiere, esa transacción no se refiere a todos los aspectos de perjuicios recibidos, sino única y exclusivamente por la tapada de unas ventanas. Lo demás quedó en absoluto excluído; y en cuanto a los cincuenta pesos tampoco los he recibido, a pesar de la promesa escrita que me otorgó el peticionario. Tercera.—Es cierto que el absolvente en su carácter personal y de representante de su esposa recibió del peticionario esos cincuenta pesos, valor de aquella transacción y fenecimiento de todas las diferencias, en un pagaré que le fue suscrito por el peticionario, pagaré que reposa en poder del absolvente? Contesto: Es cierto, pero ese pagaré lo recibí únicamente en mi propio nombre mas no en el de mi esposa, quien no ha tenido que ver nada en esta transacción".

De consiguiente, por propia manifestación de Aguirre sábese que él arregló directamente con Obregón el valor de los perjuicios que, como copropietario de la casa, recibió con la supresión de las ventanas de la servidumbre, por la cantidad de cincuenta pesos ($ 50), que le fueron prometidos en un pagaré que reposa en su poder. Por ende el derecho de Aguirre a esta indemnización quedó convertido en esos cincuenta pesos

($ 50) en pagaré cuya efectividad no es materia de este juicio; de modo que sólo resta la evaluación de los perjuicios a efecto de fijar la cuota que le corresponde en ellos a doña María Escobar, único derecho que por el aspecto contemplado de la demanda, está aún vivo.

Como el tribunal dejó de apreciar este factor y el recurrente ataca el fallo por violación del artículo 2469 del código civil, a través de la indebida apreciación de las pruebas referentes a la transacción y desistimiento del juicio de policía, la sentencia debe ser modificada a efecto de ordenar el pago limitándolo a lo concerniente con los derechos de doña María Escobar de Aguirre.

Tercero.—Servidumbre de aguas lluvias.

Dice el artículo 936 del código civil: "No hay servidumbre legal de aguas lluvias. Los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que pertenecen, o sobre la calle o camino público o vecinal, y no sobre otro predio, sino con voluntad de su dueño".

Esta disposición es una consecuencia del artículo 891, según el cual ningún predio está sujeto a recibir las aguas que de otro provengan sino cuando el derrame se verifique naturalmente, sin que la mano del hombre contribuya a ello. Por eso los techos de todo edificio deben verter sus aguas lluvias sobre el predio a que pertenecen, porque si ocurriera lo contrario, el propietario sobre cuyo fundo cayera el agua del alero de la casa vecina, soportaría un desagüe producido por la mano del hombre que hizo el alero.

De consiguiente, la servidumbre de aguas lluvias, contemplada en forma negativa por el artículo copiado, y que consiste esencialmente en la adquisición del derecho de arrojarlas sobre el predio vecino, como la de luz, es de carácter voluntario, y como tal, no puede adquirirse sino por título, o por destinación del padre de familia, o por prescripción cuando ella es continua y aparente, y establecida en condiciones tales de anormalidad que provoque la oposición del predio sirviente.

Como lo reconoció el tribunal, de estas condiciones era la servidumbre de aguas lluvias que pesaba sobre el terreno donde edificó Obregón, para cuyo ejercicio se había construído desde tiempo remoto el alero voladizo que arrojaba las aguas lluvias del techo sobre el patio de la edificación existente en ese terreno. Ese alero constituía un servicio continuo y aparente. Y por tener una antigüedad mayor de diez años, según lo anota el mismo sentenciador, consolidó la respectiva servidumbre a favor del inmueble de que hacía parte integrante.

Así lo debió reconocer Obregón cuando al construír en vez de pedir la supresión del servicio optó por cambiar el alero por la canal de latón dejando subsistente el derecho de las aguas sobre su predio.

Como díjose antes, no fue que suprimera la servidumbre sino que alteró el modo de su ejercicio, en forma inconveniente e inadecuada, con lo cual causó perjuicios en el predio dominante, consistentes en el daño de los techos y humedecimiento de las paredes de la casa de los demandantes, por la infiltración de las aguas, a causa de la insuficiencia de la canal, perjuicios que, unidos a los originados en las incomodidades consiguientes y en el cierre de un establecimiento de música que los demandantes tenían en su casa, según los testigos Elisa Dueñas, fl. 11 v., Isabel Dueñas, f. 12, Isabel Toledo, fls. 12 v. y 13, y Adalberto Rosas, fl. 13 y 13 v., del cuaderno número 5, son los que cóbranse en la demanda.

Cuarto.—Obligaciones de vecindad.—Incrustaciones en la pared divisoria.

Es principio de derecho civil consagrado en Colombia por los artículos 2341, 2356 y 2359 del código sobre la materia, que toda persona que en el ejercicio de su actividad causa daño a otra por imprudencia o negligencia, debe reparar el daño causado. De esta regla no se escapa el propietario, quien, aun cuando en desarrollo del jus utendi puede usar su propiedad del modo que mejor le convenga, tal facultad ha de entenderse así en tanto que se mantenga también dentro de la obligación correlativa de no irrogar perjuicio a terceros, entre quienes están los vecinos, con los cuales esa obligación asume careceteres de mayor rigor. La jurisprudencia francesa ha declarado que los propietarios están obligados a emplear en el ejercicio de sus derechos de tales ciertos miramientos con sus vecinos, ciertas precauciones, cuyo conjunto constituye, según una expresión en Francia corriente, las obligaciones de vecindad. Dícese que el ejercicio legítimo del derecho de propiedad termina en donde empieza la culpa; y que para determinar si el propietario ha incurrido en culpa hay que atender más que al acto en sí mismo, a la conducta de su autor. Para regular esta conducta se toma como tipo ejemplar la de un buen padre de familia. Se elige en abstracto ese ideal de propietario que logra conciliar sus interés individual con

el interés de sus vecinos. La culpa entonces consiste en el acto que no cometería un propietario cuidadoso y diligente.

Este criterio de la culpa algunos autores hanlo encontrado insuficiente para explicar la necesidad de ciertas reparaciones por razones de vecindad, y entonces lo combinan con la teoría del abuso de los derechos (Colin y Capitant, obra citada), o con la teoría del riesgo creado (Josserand, De l'abus des droit, pág. 82).

La teoría del riesgo creado estima como una culpa del propietario el hecho de imponer a sus vecinos molestias excepcionales sin reparar el perjuicio que ello les causa. "El derecho de propiedad no podrá ejercitarse sin reparar el daño causado". De acuerdo con esta idea, el acto sigue siendo un acto permitido, puesto que es socialmente útil, pero como trae por consecuencia una especie de expropiación del derecho ajeno, origina por sí mismo la obligación de reparar.

La jurisprudencia francesa, en ausencia de un mandato positivo, como el de los artículos 906 del código civil alemán y 684 y 685 del código civil suizo, se vale de la siguiente fórmula para regular las obligaciones del propietario en relación con los fundos vecinos, fórmula citada por los más modernos autores, y que es más o menos: "aquel que cause a sus vecinos un perjuicio que exceda de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad, comete una falta que le hace responsable, y debe ser condenado a pagar daños y perjuicios". La disposición del estatuto alemán dice: "El propietario de un fondo no puede oponerse a la entrada de gases, vapores, olores, humos, hollín, calor, ruidos, trepidaciones y otras reacciones procedentes de otros fundos cuando no perjudican nada o no perjudican de un modo esencial al uso de su fundo, o cuando proceden del uso del otro fundo si este uso es normal, según las circunstancias locales, en los fundos que se encuentran en la misma situación". El código civil suizo subordina la responsabilidad que impone a los propietarios a la prueba de un abuso del derecho "que exceda los límites de la tolerancia que se deben los vecinos, teniendo en cuenta los usos locales y la situación y naturaleza de los inmuebles" (art. 684); y el artículo siguiente dispone: "El propietario que hace excavaciones o construcciones, no debe perjudicar a sus vecinos removiendo su terreno, exponiéndolo a un daño o comprometiendo las construcciones que se encuentren en él".

La doctrina francesa, siguiendo la regulación helvética, empléase cuandoquiera que se trata de aplicar a la culpa originada por la violación de las obligaciones de vecindad el artículo 1382, que en el código civil francés sienta, como entre nosotros el artículo 2341, el principio general de la responsabilidad por delitos y cuasi delitos.

Esa doctrina reconoce el derecho de reclamar indemnización "si el propietario de un edificio del cual salen humos, usa inmoderadamente su derecho, o si en lugar de una vivienda ordinaria, fomenta un establecimiento que por su explotación produce humos perjudiciales para la finca vecina"; o si se producen olores que hacen fastidiosas las habitaciones vecinas. Naturalmente la misma doctrina tiene en cuenta que la "vecindad produce inconvenientes habituales, inevitables", de manera que mientras el propietario no exceda de esas molestias comunes los vecinos no pueden quejarse. Así, en un barrio ya ocupado por fábricas y hornos, no podrá un propietario hacer construir una lujosa vivienda y quejarse más tarde de los inconvenientes de su vecindario. Al contrario, hay derecho a indemnización contra el industrial que se instala en un barrio tranquilo donde su fábrica viene a suscitar incomodidades graves a sus vecinos por el hollín, el humo, el ruido o los olores. En tales casos se concede indemnización considerando que se ha cometido un abuso del derecho de propiedad.

Las ocasiones de elaborar una jurisprudencia saludable como la francesa destinada a mantener dentro de justos y equitativos límites el goce de los atributos de la propiedad son de rara ocurrencia en Colombia, donde apenas está en sus comienzos el desarrollo industrial y el crecimiento de los centros populosos, fuentes las más ricas de situaciones conflictivas entre propietarios por razón de sus relaciones de vecindad. Mas es tiempo ya de ir anotando las modernas orientaciones doctrinarias en materia de tan importantes obligaciones, cuya tendencia es de hacerlas cada vez más exigentes y rigurosas.

Volviendo la atención al caso de los agrietamientos producidos en la pared divisoria de la casa de los demandantes Aguirre-Escobar, el juzgador aún dentro de la idea clásica y tradicional de la culpa encuentra comprometido a Obregón en semejantes daños. El, por medio de sus obreros, al excavar los cimientos de la pared oriental de su edificación hizo rebanar la cimentación de la pared divisoria de la casa de los demandantes con

el fin de verificar una incrustación de ladrillo. Este acto en sí mismo es inocente, y aún habría podido ser benéfico para el vecino que de esta manera, sin ningún desembolso, encontró el medio de reforzar una de las paredes sustentatorias de su edificación. Mas aquella operación la efectuó con tal descuido y negligencia hacia los intereses legítimos del vecino, que produjo el agrietamiento de las paredes de la casa. La responsabilidad no reside pues en que hubiese rebanado reemplazándoles con mejor material, algunas salientes de la pared del vecino, sino en el agrietamiento que sin esa obra nueva no se hubiera producido.

Tal daño es el que está obligado a indemnizar el demandado.

Fallo

En consecuencia, de acuerdo con lo expuesto, la sentencia del Tribunal debe ser reformada poniéndola en armonía con lo alegado y probado en el juicio.

Para mayor claridad en el fallo se reproducen entre comillas las prestaciones decretadas por el Tribunal que no quedan afectadas por la decisión de la Corte.

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 parcialmente la sentencia recurrida y en su lugar resuelve:

Primero.—Condénase al demandado Ricardo Obregón a pagar a los demandantes Antonio Aguirre y María Escobar de Aguirre las indemnizaciones correspondientes a los daños y perjuicios causados en su propiedad inmueble, situada en la calle quince o calle de Girardot, número tres noventa y cuatro (3-94) de esta ciudad de Bogotá, por la ejecución de los siguientes hechos culposos:

"a)—La obstrucción de dos ventanas existentes en la pared occidental de dicha casa, ocasionada por el levantamiento del muro oriental del nuevo edificio contiguo del demandado".

b)—El cambio de un alero existente en el costado occidental de la casa de los demandantes, por una canal insuficiente para recoger las aguas lluvias que caen sobre el techo de la misma casa, lo que cuando llueve ocasiona el desbordamiento de dichas aguas y su infiltración a los techos y paredes de las habitaciones; y

c)—La excavación descuidada de los cimientos del muro o pared oriental de la casa del demandado, que produjo el agrietamiento de varias paredes de la casa de los demandantes.

Parágrafo.—Declárase probada la excepción de transacción o arreglo de la cuota de indemnización (mitad de ella) que le corresponde al demandante Antonio Aguirre en los daños generados por la obstrucción de las ventanas, según el numeral a) precedente.

"Parágrafo.—En la ejecución de esta sentencia se fijará el importe líquido de los perjuicios, con arreglo a las normas procesales del caso (art. 553 del código judicial), y teniendo en cuenta los daños demostrados en este juicio, resumidos en la parte motiva de este fallo".

Segundo.—Declárase no probadas las demás excepciones perentorias opuestas por el demandado en este juicio.

Tercero.—"Absuélvase al demandado de las demás peticiones deducidas contra él en el libelo de demanda".

Cuarto.—"Confírmase la absolución de costas al demandado en el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, que dice: 'No se hace especial condenación en costas'."

Quinto.—Sin costas en la segunda instancia.

En los términos anteriores quedan reformadas las sentencias del juzgado y del tribunal.

No hay costas en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en el próximo número de la Gaceta Judicial.

Juan Francisco Mújica.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd".

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

EN LAS CONDENACIONES POR VIRTUD DE LA LEY 48 DE 1936 SOBRE VAGOS, MALEANTES Y RATEROS, NO HAY LUGAR A RECURSO DE REVISION

La ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros, es un estatuto de carácter policivo, expedido por vía de prevención y no de castigo propiamente; y aun cuando la ley 33 de 1909 no diga en forma expresa que las sentencias o condenaciones susceptibles del recurso de revisión son las proferidas por el poder judicial, es necesario entenderlo así, dada la organización constitucional y legal que tiene la Corte Suprema.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, noviembre dieciocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez)

El señor Procurador delegado en lo penal, sin intentar de su parte el recurso, envía a la Corte un escrito de Angel M. Cano, por medio del cual demanda la revisión del proceso que se le siguió ante la Alcaldía Municipal de Buga y la Gobernación del Departamento del Valle, en que se condenó a Cano a dos años de confinamiento en la Colonia de "El Carmen", considerándolo como "maleante" al tenor del artículo 6º, ley 48 de 1936.

Trae el memorialista copia de la correspondiente resolución del señor Gobernador del Valle, marcada con el número 8 y que lleva fecha 13 de enero del corriente año.

Como base de la solicitud se invocan las disposiciones de la ley 33 de 1909.

Ante una demanda de revisión procedente al tenor de esta ley, incumbiría al Magistrado sustanciador encauzar el trámite respectivo; pero cuando ello haya de resultar inocúo por tratarse de asuntos extraños a dicho recurso, debe la Sala desechar de una vez el pedimento, a fin de no dar pábulo a la prosecución de actuaciones vanas.

En auto de 19 de junio de 1926, con motivo de alguna solicitud análoga, relativa a un juicio por contrabando a las rentas departamentales, la Corte desestimó de plano la demanda de revisión, y sobre el particular se expresó del modo siguiente:

"Aun cuando la ley 33 de 1909 sobre revisión en asuntos criminales, no diga expresamente que las sentencias o condenaciones susceptibles del recurso dicho son las proferidas por el Poder Judicial, es necesario entenderlo así, dada la organización constitucional y legal que tiene la Corte Suprema, cuya jurisdicción en materia criminal no puede abarcar actuaciones que no corresponden a la justicia ordinaria, que es la que se ejerce por el Poder Judicial". (Caceta Judicial, Tomo XXXII, página 337).

La Ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros, es un estatuto de carácter policivo, expedido por vía de prevención y no de castigo propiamente: acerca de él pueden hacerse reflexiones similares a las que hizo la Corte en 1926 respecto de las ordenanzas que sancionan el contrabando a las rentas.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, se inhibe de conocer en la presente demanda de revisión de Angel M. Cano, y ordena que ejecutoriado este auto se le devuelva al interesado la documentación aducida.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Salvador Iglesias.—José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mala B., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES

En los incidentes sobre excepciones debe estarse más a los hechos alegados como medios de defensa para desvirtuar la acción, que a la forma técnica con que ellos debieron expresarse.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Con fecha 6 de abril de 1936 la Administración de Rentas Departamentales de Valdivia libró orden de pago por la vía ejecutiva contra Pedro Luis Roldán por la cantidad de doscientos diez y seis pesos con once centavos ($ 216.11), más los intereses legales computados dede cuando tal cantidad se hizo exigible y los gastos de cobranza. Sirvieron de fundamento a este recaudo las copias de las sentencias de la Tenencia Política de Rentas Departamentales de Valdivia y del Juzgado Departamental de Rentas, en las cuales se autorizaba a la oficina ejecutora para hacer efectivos a Roldán el valor de unos derechos sobre producción y consumo de tabaco.

El ejecutado propuso excepciones, que fueron falladas en primera instancia por el Tribunal Superior de Medellín, el que las declaró no probadas. Roldán interpuso apelación contra esta providencia, por lo cual toca a la Corte decidir definitivamente del negocio, después de haberle dado la tramitación correspondiente y hechas las siguientes consideraciones.

Siete son las excepciones sometidas al estudio de la Sala:

1ª—Absolución de la responsabilidad en la causa que se le abrió por fraude a la renta.

2ª—Prescripción.

3ª—Falta de responsabilidad.

4ª—Caso fortuito porque el tabaco a que se refieren esas guías se lo comió el comején.

5ª—El haber manifestado al Administrador de Rentas, que hiciera la conducción del artículo a la Administración y se incinerara, ya que él no tenía con qué pagar los impuestos.

6ª—La pérdida de la cosa demandada.

7ª—La innominada (artículo 329 del C. Judicial).

Teniendo en cuenta la Corte la disposición del artículo 344 del C. J., concreta su estudio a una sola de las excepciones propuestas, excepción que tiene el carácter de perentoria, y que, por ello, si aparece comprobada hace innecesario el análisis de las demás. Es la **de falta de responsabilidad.**

Bajo esta denominación, bastante impropia, puede apreciarse que el ejecutado quiso presentar a la consideración del juzgador el hecho de no ser él llamado legalmente a responder de la suma por la cual se le persigue. Y el ejecutado no es responsable del pago de la cantidad que se le cobra, porque, como ha de explicarse en seguida, la sentencia que el Administrador estimó condenatoria de Roldán no tiene tal sentido, y no teniéndo ese alcance tampoco podía servirle de base al juicio de que se trata. Así lo estima la Sala, y para ello tiene en cuenta que en los medios de defensa aducidos en estos incidentes debe estarse más a los hechos alegados, que puedan desvirtuar la acción, que a la forma técnica con que ellos debieron expresarse.

Como ya se dijo, son base del recaudo las sentencias proferidas contra Roldán por las autoridades departamentales de rentas: la de primera instancia de la Tenencia Política de Valdivia, condenó al reo, por el delito de fraude, a las siguientes penas: "Primera: A sufrir en la cárcel del Circuito de Yarumal, un arresto de trescientos sesenta y dos días, computando así las reincidencias; Segunda: A pagar una multa de trescientos sesenta y tres pesos ($ 363.00). El señor Administrador queda facultado para cobrar a Roldán el valor de los impuestos de 120 kilos 60 gramos, a razón de $ 1.80 el kilo. Hará uso de la jurisdicción coactiva de que está investido". Esta sentencia debe considerarse inexistente, en virtud de la de segunda instancia, dictada por el Juzgado Departamental de Rentas, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor: "Por las razones expuestas ....."

Revoca la sentencia condenatoria de Pedro Luis Roldán, a quien en su lugar se absuelve de los cargos por que ha venido respondiendo en este juicio. Puede sí, el señor Administrador de Rentas, hacer efectivos al cosechero señor Roldán, por medio de la jurisdicción de que está investido, los derechos correspondientes a la cantidad de ciento veinte kilos sesenta gramos, a razón de la tasa legal".

Se tiene, pues, que únicamente debe considerarse como fundamento de la ejecución las obligaciones que pudieran desprenderse de este último fallo.

De conformidad con las reglas sobre jurisdicción coactiva pueden hacerse efectivos por tal procedimiento tanto los actos y documentos de que trata el artículo 982 del C. J., como los enumerados en el artículo 1059 ibídem. El primer texto citado es del siguiente tenor: "Puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí sólo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse. Se requiere, además, que del documento o de la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible de hacer, o de entregar una especie o cuerpo cierto, o bienes de género, o de pagar una cantidad líquida de dinero...". El segundo precepto, dice: "Además de los actos y documentos mencionados en el art. 982, en estos juicios prestan también mérito ejecutivo: ..... 2º—Las copias de los reconocimientos hechos por los recaudadores, a cargo de los deudores de impuestos...".

En el caso de autos, el recaudo, se ha entendido, proviene de "una decisión judicial que debe cumplirse". El funcionario ejecutor consideró innecesario producir el reconocimiento de que trata la última disposición transcrita, pues estimó título suficiente la sentencia del Juzgado de Rentas a que se ha hecho alusión.

Y este fallo, en sentir de la Sala, no reúne las condiciones exigidas para que con base en él se adelante un cobro por la vía ejecutiva, pues de él no desprende "una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar una cantidad líquida de dinero". La forma facultativa en que está concebido demuestra que él no es condenatorio. Apenas se hace allí la salvedad de que el Administrador de Rentas puede hacer efectivos los derechos correspondientes.

El Administrador ha debido, en uso de sus atribuciones y de la facultad que se le concedía por el Juzgado, formar el respectivo reconocimiento, el cual sí sería documento suficiente para poder ser cobrado coactivamente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y, en su lugar, declara probada la excepción de falta de responsabilidad, alegada. Ordena, asimismo, la suspensión del juicio y el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

NO ES COMPETENTE LA CORTE PARA DECIDIR SOBRE LA NACIONALIDAD DE UN INDIVIDUO, EN CASO DE DUDA

La jurisdicción de la Corte está limitada a conocer de los juicios promovidos para decidir si la nacionalidad colombiana se ha perdido, pero no tiene ella competencia para entrar a resolver cuál es la nacionalidad de un individuo, en caso de duda. La intervención de la Corte en estos casos presupone el hecho indudable de la nacionalidad colombiana y la pérdida de ésta por los motivos establecidos en la Constitución, o la recuperación de ella cuando se ha perdido por sentencia de la Corte y han ocurrido determinadas circunstancias. Pero cuando se trata de resolver una duda sobre la nacionalidad de un individuo y no de decidir sobre la pérdida o la recuperación de la nacionalidad colombiana, es obvio que la Corte no tiene jurisdicción para conocer.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

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

El señor Procurador General de la Nación envió a la Corte el expediente levantado con motivo de la petición hecha por el señor Abraham Chalela al señor Director de la Policía Nacional, para que este funcionario decrete la cancelación de la cédula de extranjería que se le expidió por la Policía del Departamento de Bolívar, envío que hace aquel alto funcionario con el fin de que esta Sala decida, si lo estima del caso, "sobre la nacionalidad del señor Abraham Chalela, mayor de edad y vecino de Cartagena".

Antes de resolver el asunto es preciso establecer si la Corte tiene jurisdicción para hacer la declaración que solicita el señor Procurador.

Antecedentes

En autos figura en copia fotográfica el Registro del Pasaporte de Extranjeros, Nº 2,000, de fecha 27 de julio de 1929, con el retrato y la firma del señor Abraham Chalela, quien manifestó al obtenerlo que nació en el Gran Líbano, ciudad de Haddet-Gibbet, el 11 de agosto de 1895, y que tenía diez y seis años de residencia en Colombia.

También figura en copia fotográfica el modelo de que trata el artículo 2 del Decreto 300 de 1932, de fecha 15 de diciembre de 1933, documento en el cual el señor Chalela hizo la manifestación sobre su nacimiento en la ciudad de Haddet-Gibbet y agrega que vino a Colombia por primera vez en 1910.

Con fecha 30 de junio de 1926, el señor Abraham Chalela hizo ante el Agente Consular de la República Francesa en Cartagena bajo juramento la declaración de nacionalidad libanesa, manifestando que nació el 11 de agosto de 1896, de Joseph Chalela y Eimoza Saab, siendo oriundo de El Hadad (Líbano), territorio segregado de Turquía. En este documento, copia del cual, legalizada y traducida por el traductor del Ministerio de Relaciones Exteriores, figura en el expediente, se hace constar que tal declaración del señor Chalela implica, desde el punto de vista internacional, la adquisición de la nacionalidad libanesa.

Los anteriores documentos no dejan duda sobre la nacionalidad del señor Chalela. No obstante esto, dicho señor obtuvo cédula de ciudadanía que le expidió el Jurado Electoral de Cartagena y con fecha 12 de abril de este año se dirigió al señor Director de la Policía Nacional en solicitud de que se anule la cédula de extranjería y se deje en vigor la cédula de ciudadanía. Para fundar esta petición manifestó que es colombiano, pues nació en Cartagena en el año de 1896 y fue bautizado en la Parroquia de la Tercera Orden. Como pruebas de esta afirmación presentó las siguientes:

Un certificado del Cura Coadjutor de la Parroquia de la Santísima Trinidad de Cartagena, en que dice que los Padres Maronitas que administraron la Iglesia de la Tercera Orden, al salir de Cartagena, se llevaron todos los libros, inclusive los de bautismos, matrimonios, etc., de modo que no existen tales partidas. La firma está debidamente autenticada.

Declaraciones de los señores Inocencio Pineda y Manuel Martelo J., recibidas por el señor Gobernador de Bolívar y ratificadas ante el Juez Primero Superior de Cartagena,

en las que dicen que les consta que en el año de 1896 nació en la Calle Larga de la referida ciudad de Cartagena el señor Abraham Chalela y que fue bautizado en la Iglesia de la Tercera Orden. Agregan que a los pocos meses los padres del señor Chalela regresaron con él a Siria.

El memorial dirigido por el señor Chalela al Director de la Policía no ha sido resuelto. Este funcionario pasó el caso en consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores y la Comisión Asesora resolvió lo siguiente:

"Dígase al señor Ministro de Relaciones Exteriores que la Comisión Asesora es de concepto que ni la Constitución ni la ley atribuyen al Gobierno resolver el problema que se ha suscitado sobre la nacionalidad del señor Abraham J. Chalela. Que son otros los órganos oficiales a quien incumbe legalmente la revisión de las cartas de naturaleza o la cancelación de las cédulas de ciudadanía, si ello fuere el caso".

El señor Procurador juzgó procedente pasar el negocio a la Corte, para que resolviera sobre la nacionalidad del señor Chalela, antes de devolverlo al señor Director de la Policía para decidir la solicitud pendiente sobre cancelación de la cédula de extranjería.

La jurisdicción

De conformidad con el artículo 86, numeral 4º, del C. J., citado por el señor Procurador, le corresponde a la Sala de Negocios Generales conocer de los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía, en los casos mencionados en los numerales 1º, 2º y 5º del artículo 18 de la Constitución (13 de la nueva codificación), o sobre el hecho de haberse perdido o recobrado la calidad de colombiano.

De manera que la jurisdicción de la Corte, en lo referente a la nacionalidad, está limitada a conocer de los juicios promovidos para decidir si aquélla se ha perdido o se ha recobrado. Pero no tiene competencia la Corte para entrar a resolver cuál es la nacionalidad de un individuo, en caso de duda, como se propone en la demanda del señor Procurador.

La intervención de la Corte en estos casos presupone el hecho indudable de la nacionalidad colombiana y la pérdida de ésta por los motivos establecidos en la Constitución, o la recuperación de ella cuando se ha perdido por sentencia de la Corte y han ocurrido determinadas circunstancias. Pero cuando se trata de resolver una duda sobre la nacionalidad de un individuo y no de decidir sobre la pérdida o la recuperación de la nacionalidad colombiana, es obvio que la Corte no tiene jurisdicción para conocer.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de este asunto por carecer de jurisdicción.

Devuélvanse al señor Procurador los documentos acompañados a la demanda, dejando la debida constancia.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION

Respecto a los Magistrados fallecidos, tan sólo debe comprobarse que ellos sirvieron más de veinte años en el Organo Judicial, según el artículo 6º de la Ley 102 de 1927.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre once de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

La señora Ester Montealegre v. de Lozano, vecina de Ibagué, solicita que la Corte decrete a su favor una pensión mensual vitalicia de cien pesos, en su calidad de cónyuge supérstite del doctor Isaías Lozano C., quien sirvió empleos judiciales por más de veinte años, de los cuales varios como Magistrado de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales de Neiva e Ibagué.

La solicitud ha sido tramitada legalmente, y se procede a resolverla, previas las consideraciones siguientes:

El derecho a la gracia impetrada por la señora viuda de Lozano se halla establecido en el texto legal que se transcribe:

"Ley 102 de 1927.—Artículo 6º—Parágrafo.—Las viudas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores que hubieren servido por más de veinte años en el ramo judicial, disfrutarán de una pensión mensual de cien pesos ($ 100.00), con las limitaciones y requisitos establecidos por las leyes".

Respecto a los Magistrados fallecidos, debe tan sólo comprobarse que ellos sirvieron más de veinte años en el Organo Judicial. Es ésta la única exigencia de la ley, según el artículo transcrito. Lo que lleva a la Sala a no acoger el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil en el punto de su interesante concepto, rendido sobre este negocio, en el que dice que los requisitos que deben demostrarse en estos casos son los mismos que hubiera necesitado comprobar el magistrado para que el derecho a la pensión se hubiera radicado en su cabeza, salvo los que son inherentes a la naturaleza de esta clase de pensiones. La pensión se concede a la viuda y no al magistrado. Por esto resulta impropio aplicar al caso las exigencias del artículo 5º de la ley 116 de 1928: carecer el solicitante de medios de subsistencia, haber observado buena conducta, haber llegado a la edad de sesenta años y haber servido por más de veinte años en el ramo judicial. Esta última circunstancia, del servicio, es el único requisito, pero deducido de la ley 102 de 1927, artículo 6º La expresión de este artículo "con las limitaciones y requisitos establecidos por las leyes" se refieren a las viudas", sujeto de la frase, las que disfrutarán de la pensión. Lo demás del parágrafo, referente al, a los magistrados, es el requisito de haber servido por más de veinte años en el ramo judicial.

En cuanto a las calidades personales de la peticionaria, de conformidad con el artículo 6º de la ley 102 de 1927 y con las disposiciones generales, en cuanto ellas se aplican a las pensiones para las viudas de los magistrados, debe acreditar:

1º—Que fue legítima cónyuge de un magistrado fallecido;

2º—Que ha observado y observa buena conducta;

3º—Que carece de medios de subsistencia, y

4º—Que no es ni ha sido pensionada con fondos del Tesoro Nacional.

Separadamente estudia la Sala las respectivas comprobaciones:

Veinte años de servicios.

El doctor Lozano C. ejerció los siguientes empleos judiciales:

a)—Oficial escribiente del Magistrado doctor Jesús Casas Rojas durante 9 meses y 19 días. Fue nombrado por Decreto 51 de 1902. Tomó posesión el 20 de febrero del mismo año, y el ejercicio se halla acreditado con el oficio Nº 817 de 2 de diciembre de 1902 (fls. 2 y v., 3 del cuaderno principal).

b)—Juez 1º del Circuito de Zipaquirá durante 7 años. Para este cargo fue nombrado en 4 períodos, así: 1º Por acuerdo Nº 26, de 18 de agosto de 1903, del Tribunal Superior de Bogotá, y tomó posesión el 1º de septiembre del mismo año (fls. 13, 43 y 16 v., id). 2º—Por acuerdo Nº 2 de 23 de junio de 1905, del Tribunal del Distrito Judicial de Quesada, y tomó posesión el 1º de julio del mismo año (fls. 13 v. y 17, id). 3º—Por Acuerdo Nº 19 de 22 de junio de 1907, del Tribunal Superior de Bogotá, y se posesionó el 1º de julio del propio año (fls. 14 y 17, id). 4º—Por acuerdo Nº 10 de 2 de agosto de 1909, del mismo Tribunal, y tomó posesión el 6 de agosto de ese año (fls. 14 v., 44 y 17, id).

La solicitante no pudo acompañar certificaciones oficiales sobre el ejercicio de tal cargo, pues a fl. 19 aparece una del alcalde de Zipaquirá en que manifiesta que no es posible certificar sobre ello por haber sido incinerados los libros respectivos correspondientes a los años de 1908 a 1912. Pero recurrió a la prueba supletoria, y, al efecto, presenta declaraciones de los doctores Carlos J. Vargas, Leovigildo Hernández y Antonio María Ocampo, de las cuales se desprende que el doctor Lozano desempeñó en los años a que aquí se hace referencia el empleo de juez 1º del Circuito de Zipaquirá.

El señor Procurador, en su vista fiscal, observa que tales declaraciones recibidas extrajuicio, pues no habían sido ratificadas en el término probatorio, no constituyen plena prueba, y que si se quiso recurrir a la autorización conferida por la ley 29 de 1905 sobre declaraciones de mudo hecho, se requería que fueran cinco los testigos.

La Sala quiso aclarar este aspecto dudoso de las pruebas, y, al efecto, en auto para mejor proveer autorizó a la peticionaria para que trajera al juicio los elementos probatorios que estimara conducentes a tal fin. En tal virtud se recibió declaración a los doctores Leovigildo Hernández y Antonio María Ocampo, quienes certificaron sobre el ejercicio del cargo por el doctor Lozano en el lapso controvertido. La Sala considera que en estos casos es admisible la plena

prueba según las reglas generales de procedimiento, y que, por tanto, este punto se halla suficientemente comprobado.

c)—Magistrado del Tribunal Superior de Neiva durante 3 años, 9 meses y 3 días. Fue nombrado por decreto Nº 147 de 1910, de la Presidencia de la República, y tomó posesión el 14 de noviembre del propio año (fls. 35, 36 v. y 37, id). El ejercicio del cargo está acreditado por certificaciones emanadas del Gobernador del Huila y del mismo Tribunal Superior (fls. 38 v. y 29 v. id).

d)—Juez 7º del Circuito de Bogotá durante 1 año y 2 meses. Nombrado por acuerdo Nº 1 de 27 de enero de 1916, del Tribunal de Bogotá, y posesionado el 1º de marzo de aquel año (fls. 44 y 46, id). El ejercicio está comprobado con un certificado del juez 7º del Circuito de Bogotá (fls. 49 v., id).

e)—Juez 1º del Circuito de Bogotá durante 6 meses y 21 días. Fue nombrado por acuerdo Nº 6 de 14 de junio de 1917, del Tribunal Superior de Bogotá (fls. 41 y 45, id.). La peticionaria no pudo comprobar con una constancia directa la posesión porque los libros correspondientes se han extraviado, como aparece de las certificaciones que obran a fls. 46 a 47 vs. Pero tanto ésta como el ejercicio del cargo pueden darse por satisfactoriamente demostrados, en virtud de los siguientes elementos probatorios: constancia de la posesión puesta al pie del oficio 536 de 14 de junio de 1917 por la alcaldía de Bogotá (fl. 41); certificado del juez 1º del Circuito de esta ciudad (fl. 50 v.), y declaraciones de los doctores Rafael Ruiz Manrique y Luciano Estrada.

f)—Magistrado del Tribunal Superior de Ibagué durante cinco años, 11 meses y 7 días. Para este cargo fue nombrado en dos períodos, así: 1º—Consta el nombramiento en el acta de la sesión del día 14 de mayo de 1925, de la Corte Suprema de Justicia (fls. 54, v. y 55, id) —de la posesión no existe constancia oficial por haberse extraviado los libros respectivos. 2º—Se desprende el nombramiento del acta de la sesión extraordinaria de la Corte del día 29 de abril de 1927 (fl. 55, id), y se posesionó el 2 de mayo del propio año (fls. 57 y v.). El ejercicio de estos dos períodos en el lapso indicado se acredita con certificaciones del mismo Tribunal y del señor Gobernador del Tolima (fls. 58 y 62 v., id).

g)—Juez Superior de Ibagué durante dos años y 11 meses. Fue nombrado en dos períodos, así: Por Acuerdo Nº 7 de 23 de junio de 1931, del Tribunal Superior de Ibagué y tomó posesión el 1º de julio de ese año (fls. 59 y 64 id). Por Acuerdo Nº 164 de 16 de junio de 1933, del mismo Tribunal Superior, y tomó posesión el 1º de julio del propio año (fls. 60 y 63, id.). El ejercicio está demostrado con el certificado del mencionado Tribunal que aparece en fl. 62 v.

Se tiene, pues, que el doctor Isaías Lozano C. desempeñó cargos en el Organo Judicial en un lapso de 22 años, 1 mes y 20 días.

Calidades personales de la peticionaria

1ª—Que ella es legítima cónyuge sobreviviente del doctor Lozano, se halla acreditado con las respectivas partidas de origen eclesiástico, que obran en autos.

2ª—La conducta irreprochable de la distinguida viuda del doctor Lozano, su notorio estado de pobreza, el hecho de tener menores hijos bajo su cuidado y consideraciones de diversa índole que la hacen acreedora a la pensión que solicita, se abonan con las declaraciones de los señores doctor Rafael Ruiz Manrique y Pablo E. Jiménez, recibidas durante el término probatorio concedido por el auto para mejor proveer, al cual se ha hecho mérito.

3ª—El Ministerio de Hacienda y Crédito Público certifica, en 5 de mayo del corriente año, tanto que la señora viuda de Lozano no es ni ha sido pensionada por el Tesoro Nacional como que tampoco su marido recibió tal gracia.

De lo expuesto se desprende que la solicitante tiene derecho, como lo invoca, a una pensión mensual de cien pesos, conforme al artículo 6º de la Ley 102 de 1927; empero, como el artículo 9º del Decreto 136 de 1932 limita la cuantía de las pensiones reconocidas por el Estado a la cantidad de ochenta pesos mensuales, en tal suma ha de fijarse la que debe otorgarse a la señora viuda de Lozano.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta a favor de la señora Ester Montealegre v. de Lozano una pensión mensual vitalicia de ochenta pesos ($ 80.00), pagadera desde el cinco de febrero del año en curso, fecha en que fue recibida la solicitud correspondiente por la Corte, y sujeta a las causales de suspensión y pérdida señaladas por las leyes.

Reconócese personería al doctor Luciano Estrada para representar a la beneficiada.

Sendas copias de esta sentencia se enviarán a los señores Ministros de Gobierno y

de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor de la Nación.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.

APODERADO QUE NO TIENE TITULO DE ABOGADO

El hecho de desempeñar un poder en juicio la persona que no tiene título de abogado, si bien la hace inhábil para ejercerlo, no constituye nulidad, pues las nulidades son taxativas y entre ellas no figura el caso que se contempla.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre diez y siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor apoderado del demandante expresó a la Corte que consideraba ocurrían en el pleito dos causales de nulidad, consistente la una en que el señor Francisco Antonio Maldonado, no es abogado titulado ni admitido, y fue quien apeló de la sentencia de primera instancia y a quien se le concedió el recurso; y consistente la otra en que el auto por el cual se concedió la apelación no fue suscrito por el Secretario del Tribunal, y que sin esa autorización el auto no tiene existencia jurídica, por lo cual la Corte carece de jurisdicción para conocer del negocio. Solicitó que se pusieran en conocimiento del señor Procurador las presuntas causales de nulidad.

Este alto funcionario conceptuó, en relación con el punto primero, que "no aparece acreditado en el expediente que el apoderado Francisco Antonio Maldonado Villamizar haya sido rechazado como apoderado del demandante, por las circunstancias de no ser abogado titular ni admitido, ya que también ha podido admitírsele la representación por ser abogado consagrado"; y en cuanto al segundo punto, expresa que la falta de la firma del secretario constituye una informalidad que debe ser apreciada por la Corte.

La Sala considera, de acuerdo con lo que resulta de lo expresado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, que no hay en el proceso, por los conceptos anotados, nulidad alguna que deba declararse.

Se ha incurrido en informalidades que no tienen aquel carácter, pero que deben corregirse.

Por un error el Secretario del Tribunal de Pamplona notificó la sentencia a Maldonado Villamizar considerándolo apoderado de Abraham Martínez y en su propio nombre, sin estar reconocido en el juicio como apoderado y sin tener interés directo en él. La consecuencia inmediata de esa notificación fue la de que los Magistrados del Tribunal determinaran concederle el recurso de apelación ante la Corte. Pero éste no se surtió legalmente porque el auto respectivo no alcanzó a tener tal carácter, por no habelo autorizado el Secretario.

Se tramita pues la segunda instancia sin que la apelación haya sido interpuesta por la parte o por un apoderado suyo legalmente reconocido, y sin que exista auto del Tribunal que conceda la alzada.

Dichas informalidades afectan el procedimiento, que no deben adelantarse sin que la apelación venga a la Corte, si fuere el caso, por acto válido de la parte que intente el recurso, y sin que el Tribunal lo conceda en forma legal.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, se abstiene de adelantar el presente juicio y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen para que se corrijan las irregularidades apuntadas.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor apoderado del demandante en este pleito solicita que se aclare la providencia dictada por la Sala con fecha 17 de septiembre, o en defecto de la aclaración, que se reponga el auto para que reformándolo se declare una nulidad de lo actuado.

Dice el memorialista que si no hay apelación legalmente interpuesta, para ante la Corte, porque el apelante no lo fue la parte ni su apoderado, hay nulidad por ilegitimidad en la personería, y si no hay apelación propiamente concedida, hay nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Se dijo en el auto al cual se refiere la solicitud de aclaración que los reparos de que se trata no entrañan nulidad de lo actuado, sino que constituyen informalidades del juicio que deben corregirse.

Examínense con atención los artículos 448, 449 y 450 del C. J. y se verá cómo la presunta causal de ilegitimidad de la personería del apelante no existe.

No se trata aquí de un poder insuficiente, susceptible o no susceptible de ratificación de lo actuado, ni de asentimiento de una persona para que otra que figure en el juicio como su apoderado lo represente, etc. El poder conferido a Maldonado Villamizar no adolece de vicios ni es insuficiente, por sí, sino que la persona a quien se lo confiere no puede ejercerlo por no tener título de abogado. Y como no podía ejercerlo, tampoco le era dable obligar con su gestión al poderdante. Empero, de ello no se deduce que haya nulidad por dicha causa, ya que las nulidades son taxativas, y el caso que se contempla no está comprendido dentro de los señalados en el Código.

Tampoco hay nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción a causa de que el auto a que se alude carezca de la firma del Secretario. La Corte es competente para conocer en segunda instancia de este juicio, pero carece actualmente de jurisdicción porque el recurso de alzada no se ha concedido legalmente.

En consecuencia, y de acuerdo con lo solicitado, se aclara la anterior providencia, expresando que ella debe entenderse en el sentido de que no tiene validez lo actuado en el juicio desde las informalidades a que se ha hecho mención.

Notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

APELACION DE UN AUTO

1.—Pudiendo subsanarse dentro del juicio las irregularidades cometidas en él, no hay razón para una declaratoria de nulidad que sólo debe prosperar cuando la informalidad que se cometa implique el desconocimiento de las normas básicas del procedimiento y entrañe por ello una abierta violación de los derechos ciudadanos. Las nulidades procedimentales están taxativamente enumeradas en el Código Judicial. 2.—En el juicio ejecutivo, después de la notificación del mandamiento, el intimado puede ofrecer bienes para responder del crédito que se le cobra y otorgar caución de saneamiento, la que tiene el objeto que señala el artículo 1016 del C. J. El Juez debe fijar un término dentro del cual el ejecutado debe hacer practicar la diligencia de secuestro y avalúo; presentar, si se trata de inmuebles, el respectivo certificado del Registrador, y comprobar que los bienes secuestrados son suficientes para el pago, y si así no lo hace, el ejecutante recobra el derecho de perseguir más bienes y puede, asimismo, denunciar los sujetos a la caución de saneamiento y cualesquiera otros de propiedad del mismo fiador. 3.—El Juez ejecutor no está autorizado para rechazar como pago de deudas provenientes de impuestos nacionales créditos a cargo de personas naturales o jurídicas denunciados por el ejecutado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre quince de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Juzgado de Rentas Nacionales libró, por auto de 2 de marzo del año en curso, orden de pago por la vía ejecutiva contra la "Casa R. J. Jones & Cía., S. A.", por la cantidad de mil setecientos treinta y cuatro pesos sesenta y siete centavos ($ 1.734.67), más los recargos del caso y las costas del proceso.

Es fundamento de la ejecución la copia del reconocimiento de la misma fecha, de la propia oficina, según el cual la sociedad ejecutada adeuda dicha suma al fisco, por concepto de impuesto sobre la renta causado en el año de 1935.

El mandamiento fue notificado al señor Hywel Hughes, en su calidad de gerente de la compañía. Y aparece en el acta de tal diligencia que el nombrado gerente prometió cancelar la obligación en contados mensuales de $ 300.00, que no denunció bienes y que constituyó en fiador de saneamiento al señor Eduardo Guzmán Alvarez.

El Juzgado admitió como tál a este último, quien, en 5 de mayo pasado, suscribió el respectivo compromiso. La Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca autorizó al funcionario ejecutor para aceptar la escritura de hipoteca que debía otorgar el fiador Guzmán (fls. 9 y 10, Cdo. Nº 1), y, ésta se contituyó.

Por auto de 14 del propio mes el Juzgado no aceptó un crédito denunciado por la compañía para el pago de la suma que persigue. Contra este proveído se interpuso apelación, y, por ello, ha subido el negocio a la Corte, donde tramitado legalmente el recurso, se procede a resolverlo.

Se considera:

Posteriormente a la aceptación por la oficina ejecutora del señor Guzmán como fiador de saneamiento, el gerente de la sociedad demandada manifestó que en el acto de intimársele el mandamiento ejecutivo había denunciado para el pago un crédito a favor de la sociedad que representa y a cargo del Municipio de San Bernardo, crédito que consta en el documento privado que aparece a folio 12 del cuaderno número 2; que el Juez no había dejado la constancia respectiva en el acta de la correspondiente diligencia, no obstante lo dispuesto por el artículo 999 del Código de procedimiento civil, y que solicitaba se fijara el término dentro del cual debía comprobar la suficiencia del crédito denunciado.

El Juzgado, de plano, no aceptó la acreencia referida por estar ella otorgada a favor de la "Casa Inglesa" y no a favor de la "Casa R. J. Jones & Cía., S. A.", razón social esta última contra la cual se adelanta la ejecución. El señor Hughes solicitó reposición de tal providencia y subsidiariamente apeló de ella. Así mismo, pidió que se declarara la nulidad de lo actuado, por no haberse llenado las formalidades prescritas por el citado artículo 999 del C. J.

La oficina ejecutora no accedió a lo impetrado, y concedió la alzada para ante esta Superioridad.

Observa la Sala:

Deben considerarse separadamente los dos aspectos que presenta la cuestión: la nulidad del proceso y la apelación del auto reclamado.

a)—Si, como lo afirma el ejecutado, ofreció al intimársele el mandamiento ejecutivo bienes para el pago, lo que no aparece claramente comprobado, el Juez ejecutor ha debido dejar constancia de tal ofrecimiento y hacer la debida relación de bienes, pero, a juicio de la Sala, la omisión de esta formalidad no implica la nulidad del acta de intimación del mandamiento, pues la sociedad por ello no ha perdido el derecho de relacionar en cualquier época para la satisfacción de la deuda que se le cobra. Y pudiendo subsanarse dentro del mismo juicio la irregularidad que se anota, no hay razón para una declaratoria de nulidad que sólo debe prosperar cuando la informalidad que se cometa implique el desconocimiento de las normas básicas del procedimiento y entrañe por ello una abierta violación de los derechos ciudadanos. De ahí que la ley enumere taxativamente las causales que pueden inducir a ella; y en el caso de autos, la que se alega no está comprendida dentro de la regla general del artículo 448 del C. J., ni dentro de las que señala el precepto especial, aplicable al juicio de que se trata, del artículo 451 de la misma obra.

En concordancia con lo que se expone, así ha de declararse.

b)—En el auto materia del recurso se observa que el Juez de Ejecuciones parece confundir dos conceptos distintos: el pago efectivo o satisfacción de la deuda que se persigue y la relación legal u oferta que puede hacer el ejecutado cuando ofrece bienes, que al ser embargados, mediante el remate y la entrega del producto de la subasta al ejecutante, puede conducir también a la prestación de lo que se debe.

En el juicio ejecutivo, después de la notificación del mandamiento, el intimado puede ofrecer bienes para responder del crédito que se le cobra y otorgar caución de saneamiento, la que al tenor del artículo 1016 ibídem "tiene por objeto impedir que se embarguen otros bienes del ejecutado distintos de los denunciados por éste, y responde de que estos bienes son propios del deudor y suficientes para el pago de la deuda y las costas".

El Juez debe fijar un término dentro del cual el ejecutado debe hacer practicar la diligencia de secuestro y avalúo, presentar, si se trata de inmuebles, el respectivo certificado del Registrador, y comprobar que los bienes secuestrados son suficientes para el pago, y si así no lo hace, el ejecutante recobra el derecho de perseguir más bienes y puede, asimismo, denunciar los sujetos a la caución de saneamiento y cualesquiera otros de propiedad del mismo fiador.

En el presente negocio existe fianza de saneamiento, otorgada en forma legal; luego el Juez ejecutor no puede rechazar, sin el lleno de las formalidades descritas, el crédito que la Casa R. J. Jones & Cía., S. A. ha ofrecido para el pago de su deuda.

El motivo alegado, de no estar la acreencia constituída a favor de la sociedad ejecutada —hecho éste que no se halla claramente establecido— no es bastante para rechazarla, pues el ejecutado tiene derecho a que se le permita comprobar su suficiencia. Y en esta condición implícitamente debe entenderse que se halla el requisito de ser el crédito de propiedad de quien lo ofrece.

Y si la compañía demandada no logra establecer esa suficiencia, el Juzgado, al así considerarlo, recobra la facultad de embargarle otros bienes, así como los que comprenda la caución de saneamiento y los demás de propiedad del fiador.

Ni es tampoco valedera la razón del Juzgado de que no puede aceptar el referido crédito porque no existe disposición legal alguna que lo autorice para recibir en pago de deudas provenientes de impuestos nacionales créditos a cargo de personas naturales o jurídicas, pues si bien es cierto que expresamente la ley no le concede tal facultad, así debe entenderse, ya que en lo general los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva están regidos por las mismas reglas que los que se adelantan por particulares, y en éstos los deudores tienen derecho a que se les acepten bienes suficientes para el pago, y esta denominación comprende, como es obvio, los créditos a cargo de cualquier género de personas.

Las razones expuestas hacen ver que el auto apelado, por cuanto pretermite forma-

lidades de procedimiento, no debe mantenerse.

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia decide:

1º—No es el caso de declarar la nulidad solicitada.

2º—Revócase el auto de fecha catorce de mayo último, proferido en este juicio por el Juzgado Nacional de Rentas.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

APELACION DE UN AUTO.—RESOLUCION MINISTERIAL QUE PRESTA MERITO EJECUTIVO

Presta mérito ejecutivo la copia de una Resolución Ministerial que impone una multa al responsable por infracción de las disposiciones relativas al impuesto de timbre nacional, y el hecho de que la Recaudación de Hacienda Nacional respectiva proceda a formar un reconocimiento basado en aquella Resolución no es causa suficiente para viciar la providencia ejecutiva, pues si bien es cierto que los reconocimientos tienen por objeto establecer la exigibilidad de deudas fiscales de origen tributario, es meramente accidental el hecho de que exista en la ejecución una de tales documentos, pues el verdadero fundamento de la orden de pago es la Resolución del Ministerio. 2.—La demora en conceder la apelación del auto ejecutivo no constituye motivo de nulidad en el juicio.

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

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En 13 de mayo último, la Recaudación de Hacienda Nacional de Cartagena libró mandamiento de pago, por la vía ejecutiva, contra la firma K. y B. Meluk, S. A., por la suma de quinientos ochenta pesos ($ 580.-00), los intereses legales respectivos y los gastos de cobranza.

Obra como recaudo el reconocimiento número 1561, de la misma fecha y de la propia Recaudación, según el cual se declara a cargo de la mencionada compañía tal cantidad, por concepto de la multa que le fue impuesta por la Resolución Nº 31 de 18 de marzo pasado, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El referido auto ejecutivo fue notificado al señor Khalil Meluk, en su calidad de socio de la firma ejecutada, quien apeló de él, razón por la cual toca decidir a esta Sala, previa la tramitación reglamentaria, de la legalidad del cobro que se hace.

Se considera:

Dos son las providencias de la oficina ejecutora sometidas al recurso: el auto ejecutivo y el de cinco de julio pasado, por el cual no se accedió a la declaratoria de nulidad que se impetraba.

Se estudiarán en su orden:

a)—El artículo 1059 del Código de procedimiento civil establece que en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva también prestan mérito ejecutivo: "... 3º—Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal".

En autos figura una copia de la Resolución Nº 31 de 1937, de marzo 18, proferida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por la cual se confirma la Resolución número 92 de 1936, del mismo despacho, que impone a la sociedad K. y B. Meluk la multa de quinientos ochenta pesos, por haber infringido las disposiciones relativas al impuesto de timbre nacional. Ordena al mismo tiempo tal providencia que el Administrador de Hacienda Nacional de Cartagena la notifique a los ejecutados y haga efectiva la multa señalada.

Como se desprende del texto del artículo 1059 transcrito, para el cobro coactivo de la multa es título suficiente la copia de la Re-

solución a que se ha hecho mérito. Sin embargo, la Recaudación de Hacienda procedió a formar el reconocimiento Nº 1516 de 13 de mayo, al cual también se ha hecho referencia.

Esta abundancia de formalidades no constituye causa suficiente para viciar la providencia ejecutiva, pues si bien es cierto que los reconocimientos tienen por objeto establecer la exigibilidad de deudas fiscales de origen tributario, es meramente accidental el hecho de que en la presente ejecución exista uno de tales documentos, pues el verdadero fundamento de la orden de pago es la Resolución del Ministerio.

No adoleciendo el título ejecutivo, ni el mandamiento de pago ni la notificación de éste de informalidad que pueda desvirtuarlos, ha de declararse que el primero se halla conforme a derecho y, por tanto, debe mantenerse.

b)—El ejecutado hace consistir la nulidad cuya declaratoria demanda, en que no le fue oportunamente concedida la apelación del mandamiento ejecutivo que interpuso cuando éste le fue notificado, pues el funcionario ejecutor ha debido otorgarla dentro del término que señala el artículo 495 del C. J.

El Juzgado de Rentas, en auto de 5 de julio, no accedió a declarar la nulidad de que se trata, ni repuso, como se le solicitó, tal proveído, contra el cual el señor Meluk propuso subsidiariamente el recurso de alzada.

La Sala ha sostenido que cuando la informalidad que se presenta como causal de nulidad puede subsanarse dentro del mismo juicio, no hay razón para hacer una declaratoria de tal naturaleza, que sólo debe prosperar cuando la irregularidad que se alega implique la violación de las normas básicas del procedimiento y entrañe por tal motivo un claro desconocimiento de los derechos ciudadanos. Y como la Sala en el actual proveído considera el recurso en cuyo otorgamiento hubo una demora que se aduce como motivo de nulidad, el ejecutado no ha sufrido ningún perjuicio en su derecho de defensa, y, por tanto, tampoco ha de revocarse el auto de la oficina ejecutora que negó la declaratoria de nulidad solicitada.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma los autos de 13 de mayo y 5 de julio del año en curso, proferidos por el Juzgado de Rentas Nacionales de Cartagena en el presente juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION EN EL TRIBUNAL FALLADOR

1.—La interpretación lógica del artículo 455 del C. J. debe ser la de que no es necesario que en la instancia correspondiente se hayan agotado todos los trámites de ella hasta dejar el juicio en estado de sentencia, para poder poner en conocimiento de las partes las nulidades existentes, sino que debe poderse hacer esto en cualquier etapa de la tramitación, que es lo racional, ya que sería inútil adelantar un procedimiento que iría a quedar afectado de nulidad. 2.—De conformidad con los artículos 73 y 74 del Código Fiscal, el Tribunal sólo es competente para conocer en primera instancia de un juicio sobre baldíos cuando el Agente del Ministerio Público se ha opuesto a la adjudicación. Si conoce el Tribunal en caso en que no haya habido oposición por parte del Ministerio Público, se produce la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción.

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

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

En la segunda instancia del presente negocio, adelantada ante esta Sala de Negocios Generales, se ha dado traslado al señor Procurador General de la Nación y se ha reconocido personería al apoderado de la Compañía United Fruit Company, demandante.

Atendiendo a que el artículo 455 del Código Judicial dispone que "el Juez que conoce de un juicio, y que antes de decidir sobre lo principal observe que existe alguna causal de nulidad, manda ponerla en conocimiento de las partes"; y considerando que la interpretación lógica de dicho artículo debe ser la de que no es necesario que en la instancia correspondiente se hayan agotado todos los trámites de ella hasta dejar el juicio en estado de sentencia, para poder poner en conocimiento de las partes las nulidades existentes, sino que debe poderse hacer esto en cualquier etapa de la tramitación, que es lo racional, ya que sería inútil adelantar un procedimiento que iría a quedar afectado de nulidad, la Sala, estimando que en este juicio existe la nulidad proveniente de la competencia de jurisdicción, procede a ponerla en conocimiento de las partes.

La expresada nulidad consiste en que el Tribunal Superior de Santa Marta conoció en primera instancia del asunto, sin corresponderle, como se pasa a demostrar.

El señor José María Bustamante denunció como baldío y para que se le adjudicara a cambio de títulos de concesión, un terreno con destino a la agricultura y con una cabida aproximada de 600 hectáreas, situado en la región de Orihueca, en el municipio de Ciénaga.

A esta solicitud se opuso la United Fruit Company por medio de su apoderado, dentro del término de fijación en lista, dirigiendo su demanda únicamente contra Bustamante. Vencido el término de fijación en lista, y en cumplimiento del artículo 73 del Código Fiscal, la Gobernación del Departamento dio traslado al señor Fiscal del Tribunal. Este traslado tiene por objeto —según dicho artículo— que el Agente del Ministerio Público se oponga a la adjudicación solicitada, "si con ella ha de contravenirse a las disposiciones legales".

Si el Agente del Ministerio Público hace oposición, entonces se entiende que la Nación se ha hecho parte de modo directo en el asunto; y en ese caso la Gobernación debe remitir el negocio al Tribunal Superior para que ante éste las partes hagan valer sus derechos, como lo establece el artículo 74 del mismo Código. Si el Agente del Ministerio Público no se ha opuesto, y sí un particular, el negocio se remitirá el Juez del circuito respectivo, quien debe citar y tener como parte el Agente del Ministerio Público, de conformidad con el artículo 80 de la misma obra.

Pero el señor Fiscal del Tribunal no se opuso a la solicitud de adjudicación hecha por Bustamante, como se ve de su memorial de 17 de marzo de 1923, en el que dijo a la Gobernación:

"Mas como con fecha seis del mes que cursa se recibió en esta Fiscalía un telegrama de instrucciones especiales, procedente del

Ministerio de Agricultura y Comercio, cree del caso hacerse parte en el juicio ordinario que resultará de la oposición de la United Fruit Company; y pide, por tanto, muy respetuosamente, a la Gobernación, que pase el asunto al Honorable Tribunal Superior, por corresponderle a dicha corporación el conocimiento de todo negocio contencioso en que figure como parte la Nación".

La Gobernación pasó el asunto al Tribunal, y esta corporación decidió que el conocimiento del asunto correspondía al Juez del circuito porque el Fiscal no se había opuesto a la adjudicación. Llegado el negocio a la Gobernación, ésta lo remitió al Juez del circuito.

Ante éste presentó el señor Fiscal la resolución N° 3 de 25 de septiembre de 1923, emanada del ejecutivo nacional, publicada en la Gaceta Departamental del Magdalena, y dijo que esta Gaceta debería obrar en el juicio aludido, en el cual le tocaba coadyuvar.

Con esta manifestación, el Juez remitió el negocio al Tribunal, y éste ordenó dar traslado al Fiscal de la demanda de oposición que había presentado la United Fruit Company contra el denunciante Bustamante, la cual contestó el Fiscal en nombre de la Nación.

La resolución mencionada dice así en su parte pertinente: "..... y para que con el mismo carácter de representante de los derechos de la Nación se haga parte, como demandado, en los juicios de oposición a las solicitudes de adjudicación de baldíos hechas en legal forma por conducto de la Gobernación del Departamento del Magdalena, coadyuvando la acción de los solicitantes demandados, siempre que el opositor u opositores aleguen derechos de propiedad sobre los mismos terrenos baldíos, basados en títulos que directa o indirectamente procedan de una época anterior a la vigencia del actual Código Fiscal (Ley 110 de 1912)".

Hay que considerar:

Primero.—Que la resolución ejecutiva sobraba, porque el Fiscal estaba obligado por la ley (art. 80 del C. F.) a hacerse parte en el juicio resultante de la oposición de un particular.

Segundo.—Que la resolución es apenas un acto administrativo incapaz de modificar la ley, y mucho menos en punto substancial, cual es de la competencia; por lo que ella no podía hacer competente al Tribunal, cuando el negocio correspondía al Juez del circuito.

Sobre este punto se ha manifestado arriba que, de conformidad con los artículos 73 y 74 del Código Fiscal, el Tribunal sólo es competente para conocer en primera instancia cuando el Agente del Ministerio Público se ha opuesto a la adjudicación. A este respecto dijo la Corte de Casación Civil en sentencia de 25 de noviembre de 1930:

"Establece el artículo 74 del Código Fiscal (Ley 110 de 1912) que si hay oposición u oposiciones a la adjudicación del baldío denunciado, el Gobernador debe ordenar la remisión del expediente al respectivo Juez o Tribunal, para que las partes hagan valer sus derechos.

"Pero cuándo ha de conocer en primera instancia el Juez y cuándo el Tribunal?

"Con arreglo al artículo 73 del mismo Código, el Agente del Ministerio Público puede oponerse a la adjudicación, si con ella ha de contravenirse a las disposiciones legales, y, de conformidad con el artículo 80, en los juicios en que sean parte cultivadores o colonos que no hayan obtenido título de adjudicación, se ha de citar y tener como parte al respectivo Agente del Ministerio Público.

"Estima la Corte que cuando el Agente del Ministerio Público hace una oposición directa a la adjudicación, facultado por el susodicho artículo 73, corresponde conocer del negocio al Tribunal Superior. En ese caso es dable sostener que la oposición del Agente se formula a nombre de la Nación, cuyos derechos considera lesionados aquél por algún motivo, y así viene la misma Nación a ser parte inmediata en la controversia.

"Empero, cuando el Agente interviene en cumplimiento de lo estatuído en el susodicho artículo 80, su misión se endereza a velar por que en el juicio no se violen las prescripciones sobre baldíos; puede entonces decirse que él es parte para proteger los derechos de los colonos o cultivadores, pero que no lo es la Nación. En tal caso conoce del negocio en primera instancia el juez correspondiente.

"Si esto no fuera así y se creyera con el recurrente que la Nación es parte en toda controversia en que figuren colonos, el juicio de policía a que se refiere el artículo 78 del mismo Código debería tramitarse y decidirse en primera instancia por el Tribunal, y no llegaría jamás el evento de que un Juez conociera de esta clase de juicios: con lo cual prácticamente se desconocería el alcance del artículo 74, en cuanto éste supone que de las oposiciones a la adjudicación conocen en primera instancia unas veces los Tribunales y otras los Jueces".

Tercero.—Que la demanda de oposición hecha por la United Fruit Company fue dirigida contra Bustamante y no contra la Nación, por lo que procesalmente no es aceptable que el representante de ésta la contestara, como si ella hubiera sido demandada. Pero aunque ello pudiera aceptarse, por

el hecho de contestar el Fiscal no podía variarse el principio substancial de la competencia, que es de orden público.

Por tanto, observándose que en el presente juicio existe la nulidad procedente de incompetencia de jurisdicción, determinada en el ordinal 1º del artículo 488 del Código Judicial, de conformidad con el artículo 455 de la misma obra, se dispone poner en conocimiento de las partes por tres días la causal de nulidad anotada.

Notifíquese personalmente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

INCIDENTE DE NULIDAD

Cuando los herederos en un juicio ejecutivo se han hecho sabedores de la existencia de los títulos ejecutivos contra el causante, no es necesaria la notificación que ordena el artículo 1434 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre diez y nueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

En el juicio ejecutivo de la Nación contra Roberto Echeverría y otros, el doctor Alejandro Hernández Rodríguez pide se declare la nulidad del juicio por no haberse notificado los títulos ejecutivos a los herederos del mencionado señor Echeverría.

El juzgado nacional de ejecuciones fiscales de Bogotá, en auto de cinco de agosto del año que corre, no accedió a hacer la declaratoria solicitada, con base en los siguientes considerandos:

"Por auto de fecha tres de marzo de mil novecientos treinta y siete, dictado por este Juzgado y notificado por estado de fecha cinco de los mismos, el cual quedó ejecutoriado el nueve, se ordenó poner en conocimiento de los herederos del señor Roberto E. Echeverría los títulos ejecutivos en que se fundamenta este juicio, y como dichos herederos eran personas inciertas, se ordenó emplazarlos en la forma prevista por el artículo 317 del C. J.

"Por consiguiente, la nulidad solicitada un día después de ejecutoriado el auto en que el Juzgado ordenó surtir la diligencia de notificación de los títulos ejecutivos, no puede prosperar en atención a que, bueno es repetirlo, ya el Juzgado había ordenado subsanar esta deficiencia y por la Secretaría se comenzaba a dar cumplimiento a las medidas previstas en el artículo 317 citado.

"Por otra parte, en trece de mayo de mil novecientos treinta y siete, se presentó al Juzgado el doctor Alejandro Hernández Rodríguez con un memorial, dirigido a este despacho, firmado por Cecilia Luisa de Echeverría, Cecilia Ester Echeverría de Martínez Aparicio y Roberto Enrique Echeverría, el cual fue presentado personalmente para su autenticación ante los señores Juez y Secretario del juzgado tercero del circuito de Barranquilla, en veintisiete de abril de mil novecientos treinta y siete, y por medio del cual apoderaron al citado doctor Hernández Rodríguez para que los representara en todos los incidentes e instancias del juicio ejecutivo que la Nación adelanta contra el señor Roberto E. Echeverría (q. e. p. d.), como sus herederos, y pidió al juzgado se le reconociera como apoderado y se le diera por notificado, en representación de los herederos, de los títulos ejecutivos. Así lo decretó esta oficina en auto de treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta y siete, notificado el veinticuatro de junio del mismo año, por estado de esta fecha, y en firme. Con esto, pues, vino a darse cumplimiento a la segunda parte del auto de tres de marzo de mil novecientos treinta y siete".

Fijado, como fue, en lista el negocio, el señor Procurador Delegado en lo Civil conceptuó que la nulidad no debe declararse.

Por memorial dirigido al señor Juez de ejecuciones fiscales la señora viuda de Echeverría y sus herederos, al conferir poder al doctor Hernández Rodríguez, se hicieron sabedores del juicio ejecutivo que se estaba adelantado contra Roberto E. Echeverría, de quien dicen ser sus herederos y representantes (fs. 106 del cuaderno principal);

Para resolver se considera:

Conforme al artículo 1434 del Código Civil, los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución sino pasados ocho días después de la notificación judicial de los títulos.

La falta de esta formalidad induce nulidad en los juicios ejecutivos.

Para que los sucesores de los ejecutados no se vean sorprendidos por la ejecución que ignoraban quizá, es para lo que se les da la garantía del artículo civil citado. Esta es una medida esencialmente práctica, aplicable cuando las circunstancias la justifiquen; pero no cuando es inútil, como sucede en el caso de que los herederos se hayan hecho sabedores de la existencia del título ejecutivo, por cualquier modo.

En el caso actual ocurre lo siguiente: Por providencia de nueve de diciembre de 1936, emanada de esta Sala de Negocios Generales, el juicio fue anulado desde la diligencia practicada el 25 de julio de 1932, inclusive.

El 5 de febrero de 1936, el juzgado de ejecuciones fiscales dispuso que se cumpliera lo resuelto por esta Sala y que se procediera de nuevo al depósito.

El 3 de marzo de 1937, dicho juzgado ordenó el emplazamiento de los herederos del señor Echeverría, quienes el 23 de abril último presentaron un memorial en que dieron poder al doctor Hernández Rodríguez para que los represente "en el juicio que se adelanta en ese juzgado contra Roberto E. Echeverría.....".

Por memorial de 10 de marzo de este año, el doctor Hernández Rodríguez, obrando en nombre de las señoras Isabel González v. de Salcedo, Antonia y Josefa María González V., pidió la nulidad del juicio por no haberse hecho la notificación a los herederos, fundado en el mencionado artículo 1434.

La Sala, para decidir, observa:

1º—Los herederos de Echeverría, al dar el poder, se hicieron sabedores del juicio, y, por tanto, es de suponerse que de los títulos ejecutivos.

2º—En relación con estos herederos, después de la anulación del juicio, no ha habido actuación, pues el depósito practicado se refiere a bienes de las señoras González.

3º—La nulidad solicitada en el memorial de 10 de marzo no fue impetrada por los sucesores del señor Echeverría; y es el caso que la nulidad que establece el ordinal 3º del artículo 451 del Código Judicial es una protección en favor de las personas allí designadas.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma la providencia apelada proferida por el juez de ejecuciones fiscales el cinco de agosto del corriente año.

Se condena en costas a la parte apelante. Tásense.

Notifíquese, cóplese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Conforme al Decreto legislativo Nº 1315 de 1936, la Corte no conoce de las apelaciones, incidentes de excepciones y tercerías en juicios ejecutivos seguidos con jurisdicción coactiva sino cuando su cuantía es o excede de quinientos pesos. En los demás casos el conocimiento corresponde en segunda instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veinte de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

En la ejecución de la recaudación de hacienda nacional de Argelia (Antioquia) contra el señor Ventura Cardona, por la suma de doscientos pesos ($ 200.00), propuso éste varias excepciones que fueron decididas por el Tribunal Superior de Medellín en providencia de 30 de julio de este año.

Habiendo subido el negocio a la Corte, en virtud de consulta, el señor Procurador General de la Nación, después de algunas consideraciones muy importantes, que no es del caso analizar, se expresa así:

"El Decreto legislativo número 1315 de 1936 dispuso en su artículo 10 que el conocimiento de las apelaciones, de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios ejecutivos que adelantan los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva para el pago de los créditos del Estado, corresponderá a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la cuantía del negocio en su acción principal sea de quinientos pesos, o más.

"La anterior disposición, que tiende, con razón, a descargar a la Corte del conocimiento de los negocios de menor cuantía, porque no corresponden a la elevada categoría del Tribunal Supremo, no alcanzaría su finalidad saludable si os correspondiera conocer en segunda instancia de los asuntos de esa clase que deciden los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Por consiguiente, soy de concepto que debierais declararos sin jurisdicción para revisar la sentencia que os ha enviado en consulta el Tribunal Superior de Medellín. En esos incidentes deben conocer los Tribunales en única instancia, de acuerdo con el espíritu de la disposición citada".

Este concepto es rigurosamente legal, y está acorde con lo que dijo la Sala en el proveído de 18 de mayo de este año, en el cual se expresa:

"Precisamente para que no se llegue al extremo que con razón critica aquel funcionario (se refiere al señor Procurador), de alargar y hacer más difícil el despacho de los negocios de que se trata, en vez de facilitar el recaudo de los tributos, es inaplicable al caso contemplado la intrepretación de que en tales asuntos hayan de conocer en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y en segunda, la Corte.

"Conforme esta Sala con el parecer del señor Procurador de que la inteligencia de los textos debe hacerse con el criterio de la mayor prontitud y eficacia para las recaudaciones, estima que la más fundada aplicación del citado artículo 10 del Decreto 1315, en relación con el ordinal 5° del artículo 36 del Código Judicial, debe ser la de que los negocios de una cuantía inferior a quinientos pesos son de la competencia privativa de los Tribunales y de conocimiento de la Corte los que excedan de esa suma. Evidentemente repugna a la naturaleza de esta clase de juicios, que exigen una pronta decisión, el someterlos, para los negocios de ínfima cuantía, a la secuela de las dos instancias".

Además, según el artículo 508 del Código Judicial, la sentencia no es consultable, porque no declara obligaciones a cargo de la Nación. Este artículo, como lo dicen sus claros términos, establece el recurso de consulta sólo para aquellos casos de mayor gravedad, o sea, cuando el fallo produce un cambio en la situación jurídica de las partes, imponiendo a las entidades oficiales alguna obligación.

No tiene, por tanto, la Corte competencia para este negocio.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, se abstiene de conocer de las excepciones que han venido en consulta, por carecer de competencia.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

EXCEPCIONES

Es renta, al tenor del artículo 1° de la Ley 78 de 1935, los frutos de los bienes, los salarios y las adquisiciones a título gratuito, o cualquiera otra ganancia que encaje dentro de este concepto. 2.—Un supuesto, una conjetura, una sospecha, que carece de prueba no puede dar base para considerar existente un patrimonio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

En el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva adelanta a favor de la Nación la recaudación de hacienda nacional de Santa Marta contra Miguel J. Caldas por ochocientos noventa y tres pesos veintiseis centavos ($ 893.26), provenientes de la renta del año de 1935, en tiempo oprtuno el ejecu-

tado propuso las siguientes excepciones: error de cuenta; inexistencia de la obligación, y falsedad del documento de recaudo en parte sustancial.

Como hechos fundamentales enunció los siguientes:

a)—Que la administración de hacienda liquidó a su cargo gravámenes sobre patrimonio y utilidades que no existen en forma económica gravable, pues constituyen derechos litigiosos.

b)—Que aunque en los juzgados existen ejecuciones establecidas por el contribuyente contra varios de sus deudores, ello quiere decir apenas que ha demandado el pago de sumas que no están en su patrimonio, pues si lo estuvieran no habría demandado su efectividad en forma litigiosa, eventual e incierta, cuyos resultados no podían conocerse en 31 de diciembre de 1935.

c)—Que las sumas por que ejecuta a sus deudores constituyen indudablemente un capital, pero que éste no está en sus manos, sino en las de sus deudores, contra los cuales sólo tiene una acción personal que está ejercitando ante la justicia.

d)—Que, en consecuencia, lo que posee son derechos litigiosos al tenor de lo dispuesto en el Código Civil, y que consisten en un evento incierto de la litis, que no pueden considerarse como patrimonio imponible, en los términos del artículo 23 de la Ley 78 de 1935.

e)—Que queriendo el legislador que se declare el patrimonio que haya producido utilidades en el año gravable, no estaba en el caso de hacer declaración de renta por concepto de las ejecuciones que adelantaba en el año de 1935, pues las sumas por que ejecutaba no le habían producido utilidad alguna ni por razón de patrimonio ni por razón de utilidades, de conformidad con el artículo 18 de dicha Ley 78, referido al caso del patrimonio por el artículo 31 de la misma Ley.

f)—Que los asientos, las tasas o cuentas de cobro que sirven de recaudo ejecutivo son falsos, y sólo están basados en suposiciones del administrador de hacienda con fundamentos en hechos contrarios a la ley, "pues ésta exige que la renta, las utilidades y el patrimonio, sean efectivos el poder del contribuyente en el año a que se refiere la calificación".

Para penetrar en el fondo de la cuestión, conviene ver la manera como se formó el reconocimiento que sirve de recaudo ejecutivo.

El 20 de junio de 1936 el ejecutado Caldas denunció su renta y patrimonio bajo juramento. Como renta declaró la suma de mil novecientos veinte pesos ($ 1.920), y como patrimonio la suma de diez y seis mil pesos ($ 16.000).

El administrador de hacienda, al hacer la liquidación del impuesto de la renta, del patrimonio y del exceso de utilidades, tomó como base la declaración hecha por el contribuyente (previa rebaja de la suma de doscientos setenta y cinco pesos ($ 275.00) a que ascienden las partidas por deducciones), y, además, otros datos que le fueron suministrados por los juzgados y otras oficinas públicas y privadas del lugar y de otras declaraciones de contribuyentes. De todos los datos dedujo una renta bruta por la cantidad de seis mil ochocientos cuarenta y un pesos setenta y nueve centavos ($ 6.841.79).

Para llegar a esta liquidación el administrador de hacienda partió de la base de que en los juzgados adelanta Caldas ejecuciones por un valor de diez mil ochenta y siete pesos cincuenta y ocho centavos ($ 10.087.58), de los cuales estimó que el contribuyente había recibido por lo menos la mitad, esto es, la suma de cinco mil cuarenta y tres pesos setenta y nueve centavos ($ 5.043.79), la que supuso renta; agregó a esta suma la renta denunciada, o sea $ 1.920.00, y también la cantidad de $ 153.00 que el contribuyente había recibido de otras personas por razón de negocios.

Para deducir la cantidad expresada de $ 6.841.79 como renta, hizo el siguiente razonamiento:

".... Fácil es de suponer que la suma a que ascienden los mandamientos ejecutivos, cubran un cincuenta por ciento (50%) de los clientes con quienes ejerce el declarante este negocio y un porcentaje igual de los clientes que no hayan dado lugar a que ejerza la acción judicial. Por tales razones, esta administración estima que el señor Miguel J. Caldas ha recibido como renta líquida por concepto de dinero dado a interés, el 50% de la suma antes mencionada, o sea $ 5.043.79. También recibió el declarante intereses de personas que no aparecen en lista de los juzgados, así: Ricardo Acosta, $ 15.00. Agustín Fajardo, $ 78.00. Juan Andrés Rivas, $ 60.00. Total de la renta bruta obtenida, $ 7.116.79. Deducciones: Impuesto municipal de tienda, $ 120.00. Acueducto, $ 18.00. Impuesto predial, $ 28.00. Teléfono, $ 49.00. Energía, $ 60.00. Total: $ 275.00. Renta líquida gravable: $ 6.841.79".

Para el impuesto al patrimonio y exceso de utilidades tomó como base lo denunciado por el contribuyente, o sea la cantidad de $ 16.000.00, y agregó a ésta otras que supu-

so existentes, bajo el siguiente razonamiento:

".... Como el declarante sólo se limita a presentar una suma de $ 3.410.00 como créditos a su favor, omitiendo declarar la cuantía de todos los créditos que realmente tiene, desde luego que en los solos juzgados por concepto de ejecuciones tiene $ 10.087,58 fácil es de suponer que esta suma es distinta a la denunciada, y que sólo sea el 50% de los créditos que tiene a su favor, por lo cual se le estima el doble de la cuantía por este concepto, o sea $ 20.165.16. Monto de la ejecución contra Pablo Acosta, $ 140.00. Deuda declarada por Luis D' Andreis, $ 240.00. Deuda declarada por Rafael Palacio Lavalle, $ 120.00. Total del patrimonio, $ 36.665.16".

Luégo formuló así la liquidación:

".... Liquidación.—Impuesto sobre la renta.—$ 2.000.00 al 1%, $ 20.00. $ 1.000.00 al 1½%, $ 15.00. $ 1.000.00 al 2%, $ 20.00. $ 1.000.00 al 2½%, $ 25.00. $ 1.000.00 al 3%, $ 30.00. $ 841.79 al 3½%, $ 29.46. Renta, $ 6.841.79. Impuesto: $ 139.46.—Impuesto sobre el patrimonio. $ 10.000.00 exentos. $ 10.000.00 al 1 por mil, $ 10.00. $ 10.000.00 al 1½ por mil, $ 15.00. $ 5.665.16 al 2 por mil, $ 11.33. Patrimonio, $ 36.665.16. Impuesto: $ 36.33.—Impuesto sobre exceso de utilidades. Patrimonio, $ 36.665.16. Renta menos impuestos, $ 6.656.08. Hasta el 12% que son $ 4.279.82 sin gravamen. Hasta el 15% que son $ 1.069.95 el 10% de exceso, $ 107.00. Hasta el 18% que son $ 1.069.95 el 12% de exceso, $ 128.39. Hasta el 25% que son $ 236.36 al 15% de exceso, $ 35.45. Total: 270.84.—Resumen. Impuesto sobre la renta, $ 139.46. Impuesto sobre patrimonio, $ 36.33. Exceso de utilidades, $ 270.84. Suman los impuestos, $ 446.63. Recargo del 100%, $ 446.63. Total, $ 893.26".

Estudio de las excepciones

Para resolver, se consideran los siguientes errores en que incurrió el recaudador:

Primer error.—Si en el supuesto del recaudador el contribuyente había recibido la suma de $ 5.043.79, que es la mitad de los créditos que estaba cobrando, esta cantidad no podía ser considerada en ningún caso como renta sino como patrimonio, pues renta es, al tenor del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, los frutos de los bienes, los salarios y las adquisiciones a título gratuito, o cualquiera otra ganancia que encaje dentro de este concepto. A dicha cantidad, que es patrimonio, sumó el recaudador la suma declarada como renta y los $ 153.00 que había recibido el contribuyente por negocios. Este total de $ 7.116.79 se consideró como renta bruta, cuando en realidad sólo lo sería la suma de $ 1.920.00 y $ 153.00, que da un total de $ 2.073.00.

Segundo error.—El recaudador supuso que los créditos del contribuyente eran por lo menos el doble de la cantidad que éste cobraba y cuyos datos aquél obtuvo en los juzgados, o sea la de $ 20.175.16. Al doblar —bajo ese supuesto— la cantidad que cobraba el contribuyente, cometió un grave error, porque, como lo dispone el artículo 12 de la Ley 81 de 1931, "la renta gravable de cada persona o entidad indicada por dichos informes (los que éstas den) será determinada por el mencionado Administrador sobre las bases de la declaración y de toda otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada". (Subraya la Sala). Un supuesto, una conjetura, una sospecha, que carece de prueba no puede dar base para considerar existente un patrimonio. El error en que incurrió el recaudador es manifiesto, porque aunque obraba legalmente al realizar la investigación del patrimonio o renta del contribuyente que éste no declaró, y que aquél comprobó que se habían dejado de declarar los créditos existentes que cobraba en los juzgados el señor Caldas, no por esto podía el recaudador, sin base cierta, imaginar, suponer que lo que se había dejado de denunciar era el doble de la cantidad cuyos datos ciertos obtuvo. Lo que resulta cierto es que Caldas denunció como patrimonio la cantidad de $ 16.000.00, y que no declaró la de $ 10,087.58 que cobraba en los juzgados.

Pero en los hechos básicos de las excepciones, el ejecutado alega que lo que cobra en los juzgados son derechos eventuales, inciertos, que no pueden considerarse como patrimonio imponible. Se funda en el artículo 31 de la Ley 78 de 1935, que precisamente dice que es patrimonio imponible el que consta en bienes muebles de los enumerados en los artículos 655, 667 y 668 del Código Civil, entre los que se encuentran los créditos; esto está acorde con la definición del patrimonio que da el inciso 4º del artículo 21 de la misma Ley, que lo estima como "el conjunto de derechos apreciables en dinero que tiene una persona".

Si el contribuyente estimó que sus créditos carecían de valor, caso que contempla el numeral 5º del artículo 2º de la citada Ley 78, ha debido proceder como lo disponen los artículos 49 a 52 del Decreto 818 de 1936.

En virtud del análisis que se ha hecho, se tiene:

La suposición del recaudador, de que Caldas había recibido la cantidad de $ 5.043.79, es arbitraria e ilegal, porque carece de base; y fue un absurdo ilegal también, para el caso de que hubiera sido cierta su recepción, que era renta y no patrimonio. En todo caso esta partida no existe como renta.

Carece de base legal la duplicación que hizo el recaudador de las sumas que cobra Caldas en los juzgados, ya que ella se hizo sobre un supuesto no justificado por ninguna prueba.

Por las irregularidades en que incurrió el recaudador al formar el título, y que constituyen graves errores de derecho, la Corte es competente para conocer de las excepciones propuestas, pues obra dentro de su esfera en estos juicios al estudiar excepciones basadas en ilegalidades manifiestas cometidas al formarse el reconocimiento que sirve de recaudo ejecutivo.

Así que, habiendo habido un grave error de cuenta, proveniente de una mala aplicación de la ley, la excepción así denominada, prospera. También es eficaz la de inexistencia de la obligación en cuanto el impuesto referente al exceso de utilidades; pero no puede prosperar la de "falsedad", porque nada se ha demostrado sobre este concepto con relación al descuento que sirve de recaudo.

Pero la declaración que hace la Corte de que prospera la excepción de error de cuenta, no implica la declaración de que no exista el derecho de la Nación para cobrar lo que legalmente se le debe, previa la formación de un título legal que hará el recaudador y no la Corte, porque no le compete. El título debe formarse sobre las siguientes bases:

a)—La renta bruta del contribuyente es, hasta ahora, la cantidad de $ 2.073.00; y la líquida es la de $ 1.798.00, por la deducción de $ 275.00.

b)—El recaudador consideró que Caldas había recibido una renta líquida gravable de $ 6.841.79, por lo que aplicó el inciso 3º del artículo 90 del Decreto 818, que estatuye que cuando el contribuyente tenga una renta que exceda de $ 5.000.00 anuales, no tiene derecho a excenciones. Pero queda visto que la renta líquida es, hasta ahora, sólo de $ 1.798.00; luego el contribuyente, al tenor del inciso 1º del artículo 88 del citado Decreto, tiene derecho a la exención de $ 600.00, como persona soltera que es.

c)—El patrimonio del contribuyente (tanto el declarado como el que no se declaró) asciende, hasta ahora, a la suma de $ 26.587.58, y no a la de $ 36.665.16, en que lo fijó el recaudador, como efecto de haber duplicado los créditos que aquél cobraba. Pero el recaudador, al formar el título, tiene facultad legal para averiguar si existía más patrimonio del contribuyente en el año de 1935, o si en dicho año obtuvo más renta, todo con prueba completa.

d)—Al impuesto debe imponérsele un recargo del 100 por 100 por haber dejado el cotribuyente de declarar tanto renta como capital, aunque para el efecto del recargo basta una cualquiera de las omisiones, ya que, como lo dispuso el inciso 2º del artículo 21 de la multicitada Ley 78, "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".

Sin más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley,

D e c i d e :

Primero.—Declárase probada la excepción de inexistencia de la obligación, en cuanto al impuesto sobre exceso de utilidades.

Segundo.—Declárase probada la excepción de error de cuenta, consistente en las ilegalidades con que el título fue formado. Por tanto, la cantidad que debe pagar el ejecutado como impuesto a la renta y al patrimonio es la que provenga de una liquidación que se haga sin las ilegalidades anotadas.

Tercero.—No está probada la excepción de falsedad.

Cuarto.—Desembárguense los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Quinto.—Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio.

AUTO EJECUTIVO APELADO

Basándose el auto ejecutivo apelado en la Resolución Ministerial que impuso una multa al responsable, esa Resolución es suficiente título ejecutivo, sin que hubiese necesidad del reconocimiento de la Recaudación de Hacienda, el cual, constituyendo apenas una abundancia de formalidades, no es motivo suficiente para viciar la providencia ejecutiva.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. Bogotá, octubre veintisiete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Con fecha 25 de junio del año en curso, la Sindicatura de Lazaretos de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, libró orden de pago, por la vía ejecutiva, contra el señor Carlos Alberto Osorio, gerente de la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales, por la cantidad de novecientos veinte pesos ($ 920.00), los respectivos intereses de tal suma y los gastos de cobranza.

Es fundamento de la ejecución el Reconocimiento, sin número, de 21 de abril último, formado por la Recaudación de Hacienda Nacional de Barranquilla, según el cual se declara en contra del señor Osorio, como gerente de la compañía, la suma de $ 2.420.00, por concepto de la multa que le fue impuesta por la Resolución Nº 24, de 15 de abril de 1935, de la Administración de Hacienda Nacional referida, confirmada por la número 264, de 19 de noviembre del propio año, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la que, a su vez, fue reconsiderada y confirmada por medio de la Resolución Nº 57, de 21 de abril del año pasado, dictada por el mismo Ministerio.

La orden de pago se libró por una cantidad inferior a la de que tratan el reconocimiento y la multa, pues la sociedad ejecutada consignó con anterioridad $ 600, en estampillas, y $ 900, en efectivo.

El mandamiento de pago fue intimado al mencionado gerente, quien apeló de él. El recurso ha sido tramitado legalmente por esta Superioridad, y se procede a resolverlo.

Se considera:

La multa, cuya legalidad en el cobro se estudia, fue impuesta por haber violado la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales las disposiciones del impuesto sobre timbre. La compañía ejerció contra la Resolución de la Administración de Hacienda los recursos de índole administrativa que estimó oportunos. El Ministerio respectivo confirmó tal providencia y las resoluciones en que así lo dispuso se ejecutoriaron debidamente.

El artículo 1059 del Código de Procedimiento civil establece que los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva también prestan mérito ejecutivo ".... 3º. Las copias de las resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionarios competentes, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal".

En autos figuran las copias de las resoluciones a que se ha aludido, las que están legalmente ejecutoriadas y fueron proferidas, en ejercicio de sus funciones, por funcionarios competentes.

Como se desprende del texto del artículo 1059 transcrito, para el cobro coactivo de la multa son título suficiente las copias de las resoluciones a que se ha hecho mérito. Sin embargo, la Recaudación de Hacienda procedió a formar el Reconocimiento de 21 de abril pasado, al cual también se ha hecho referencia. Esta abundancia de formalidades no constituye motivo suficiente para viciar la providencia ejecutiva, pues si bien es cierto que los reconocimientos tienen por objeto establecer la exigibilidad de deudas fiscales de origen tributario, es meramente accidental el hecho de que en la presente ejecución exista uno de tales documentos, pues el verdadero fundamento de la orden de pago se halla en las resoluciones mencionadas.

No adolleciendo el título ejecutivo, ni el mandamiento de pago ni la notificación de éste de informalidad que pueda desvirtuarlos, ha de concluírse que el primero se halla conforme a derecho y, por tanto, debe sostenerse.

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, confirma el auto de 25 de junio último, proferido por la Sindicatura de Lazaretos de la Arministación de Hacienda Nacional del Atlántico en el presente juicio.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

AUTO EJECUTIVO APELADO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos treinta y siete.

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

El Recaudador de Hacienda Nacional de Anserma, libró mandamiento ejecutivo a favor de la Nación y en contra de la sociedad minera de "El Crucero" y "Montecristo" por la cantidad de $ 6.573.82, valor del impuesto sobre la renta del año de 1935, mas los recargos y las costas.

Al ser notificado el señor Pablo Emilio Salazar, Gerente de la Compañía, apeló del mandamiento ejecutivo, alegando que en el año de 1935 las sociedades ordinarias de minas no estaban obligadas a hacer relación para el impuesto sobre la renta, porque el pago de dicho impuesto les correspondía a los socios separadamente.

Concedida la apelación para ante la Corte, se pasa a decidir el recurso, previas las siguientes consideraciones:

Se observa que el reconocimiento emanado de la Recaudación de Hacienda Nacional de Anserma fue dictado con las formalidades procedimentales necesarias y que, por consiguiente, el auto ejecutivo es ilegal, de conformidad con el numeral 2º del artículo 1059 del C. J.

Las razones alegadas por el Gerente de la Compañía y corroboradas por el doctor Jorge Gartner ante la Sala, se dirigen a desconocer la obligación materia del juicio ejecutivo. Por tanto, como lo ha resuelto la Corte en casos similares, ellas deben hacerse valer en el correspondiente incidente de excepciones, en el cual las partes pueden presentar las pruebas que sirvan de fundamento a sus derechos, recurso de que no disponen en la apelación del auto ejecutivo.

El señor Procurador Delegado en lo Civil es de la misma opinión y se funda en que habría necesidad de establecer previamente que la sociedad ejecutada corresponde a las ordinarias de minas, para luégo debatir la cuestión de derecho planteada, o sea, si en el año de 1935 estas sociedades estaban exentas o no de denunciar directamente su renta o si este denuncio debieron hacerlo separadamente sus socios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto ejecutivo apelado.

Téngase al doctor Jorge Gartner como apoderado principal de la sociedad minera de "El Crucero" y "Montecristo" en este juicio, de conformidad con el poder que figura en autos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

INCIDENTE DE NULIDAD

Las acciones de nulidad pueden prosperar ante el Juez competente, después de dictada la sentencia de pregón y remate, a pesar de los términos del artículo 456 del C. J., cuando todavía no se ha hecho el pago al acreedor, porque el ejecutivo, más que un juicio, es un conjunto de actuaciones que se encamina a la recaudación de deudas acreditadas por fallos definitivos o títulos equiparables a éstos; pero el incidente de nulidad, en casos como el contemplado, no tiene cabida por haberse perdido la jurisdicción, de conformidad con el artículo 146 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo once de mil novecientos treinta y siete.

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

En el juicio especial de venta que sigue el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella, pidió éste la nulidad de todo lo actuado, desde el auto que admitió la demanda. El Magistrado sustanciador, doctor Aníbal Cardoso Gaitán, en providencia de veinticinco de febrero pasado, declaró que no había lugar a sentenciar el incidente de nulidad, apoyándose en que "la ley descarta la posibilidad de que una vez dictada la sentencia pueda pedirse que se declaren nulidades sobre el juicio a que la sentencia se refirió".

El doctor Juan Uribe Cualla, apoderado del señor De la Espriella, interpuso recurso de súplica, el cual le fue concedido. Se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Se funda el doctor Uribe Cualla en que, según la interpretación dada por la Sala al artículo 456 del C. J., después de dictada la sentencia de pregón y remate se puede pedir una declaratoria de nulidad. La sentencia que cita el actor fue dictada el 9 de diciembre de 1935 y está publicada en el N° 1916 de la Gaceta Judicial, páginas 276 a 279. Se observa:

En el presente caso, la Sala no puede entrar a conocer del incidente de nulidad, después de dictada la sentencia de segunda instancia, porque carece de competencia, ya que conforme al numeral 3° del artículo 146 del C. J., la jurisdicción se pierde por la terminación del juicio, diligencia, recurso o comisión.

El caso contemplado en la sentencia que cita el doctor Uribe Cualla, es distinto; en el juicio ejecutivo seguido por el Juez de Ejecuciones Fiscales de Barranquilla contra Antonia, Josefa e Isabel González, como fiadoras de Roberto E. Echeverría, éstas solicitaron por medio de su apoderado la nulidad de lo actuado. El Juez negó lo pedido; pero apelado el fallo, la Corte lo reformó en el sentido de declarar la nulidad, desde la diligencia de avalúo y depósito de los bienes.

En el negocio que hoy se estudia, el incidente de nulidad se ha iniciado ante la Sala, cuando ya ésta perdió la jurisdicción por la terminación del recurso de que conocía; es obvio que no puede entrar a estudiar esta corporación la nueva solicitud. No hay contradicción en lo resuelto por esta entidad, porque en el caso citado por el actor, la Sala conocía del asunto en virtud de apelación del fallo que puso fin al incidente de nulidad, mientras que en el que hoy se estudia, la solicitud se dirige a que la Corte anule lo actuado en el juicio, pretermitiendo una de las instancias. Según lo resuelto por la Sala, las acciones de nulidad pueden prosperar ante el Juez competente, después de dictada la sentencia de pregón y remate, a pesar de los términos del artículo 456 del C. J., cuando todavía no se ha hecho el pago al acreedor, porque el ejecutivo, "más que un juicio, es un conjunto de actuaciones que se encamina a la recaudación de deudas acreditadas por fallos definitivos o títulos equiparables a éstos".

En atención a las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala de Decisión, confirma el auto materia de la súplica, por carecer de jurisdicción para conocer del incidente de nulidad.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

APELACIONES DE LAS PROVIDENCIAS DICTADAS POR JUECES COMISIONADOS

Conforme al artículo 37 del C. J., las providencias de que puede conocer la Sala de Negocios Generales, siguiendo las reglas generales de jerarquía, son las que dictan los respectivos Tribunales y no aquellas que dentro del mismo juicio pueden dictar los Jueces comisionados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto diez de mil novecientos treinta y siete.

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

En el juicio ordinario de dominio de la Nación contra la señorita Magdalena Leiva Tobar, el Tribunal Superior de Bogotá comisionó al Juez 1º del Circuito de Girardot para la práctica de una inspección ocular con peritos, diligencia que se llevó a cabo en los días 31 de mayo y 1º de junio de este año. El último día citado, el apoderado de la Nación pidió que se sometiera a los peritos una cuestión aclaratoria, a lo cual se opuso el vocero de la parte demandada, por considerar que era un punto nuevo solicitado extemporáneamente. El Juez comisionado no accedió a la petición, apoyado en el art. 135 del C. J., que dice que las autoridades a quienes un Juez competente confiere una comisión se deben sujetar a su tenor literal. El apoderado de la Nación, doctor Pedro Mario Alvarado, apeló de la decisión del Juez en el

Llegado el asunto al Tribunal, el Magistrado ponente, con fecha siete de junio pasado, concedió en el efecto suspensivo para ante la Corte Suprema de Justicia, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Nación.

Estudiado detenidamente el negocio, se llega a la conclusión de que esta Sala carece de jurisdicción para resolverlo, por las siguientes razones:

Conforme al numeral 1º del art. 37 del C. J., la Sala de Negocios Generales conoce en segunda instancia "de los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial", pero es obvio que las providencias de que puede conocer la Sala, siguiendo las reglas generales de jerarquía, son las que dictan los respectivos Tribunales y no aquellas que dentro del mismo juicio pueden dictar los Jueces comisionados.

Los artículos 84 y 87 del C. J., aclaran la cuestión. Conforme al primero, inciso 3º, sólo son apelables ante la Corte los autos interlocutorios proferidos por la Sala de Decisión en los juicios de que conocen los Tribunales en primera instancia. Y el artículo 87 establece que "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". En esta disposición se ha apoyado principalmente la Corte para sostener que en los casos de apelación, inclusive el auto que la concede debe ser dictado por toda la Sala y no por un solo Magistrado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de la apelación interpuesta contra la providencia del señor Juez 1º del Circuito de Girardot en este juicio, por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

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

El Tribunal Superior de Bogotá concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra lo resuelto por el señor Juez comisionado —1º del Circuito de Girardot —en la diligencia de fecha primero de junio del corriente año, practicada en el juicio seguido por la Nación contra Magdalena Leiva Tobar.

En auto de diez de agosto pasado, la Sala se abstuvo de conocer de la apelación interpuesta por carecer de jurisdicción. El Tribunal entendió que la decisión de esta entidad obedecía al solo motivo de no haber dictado el auto que concedió la apelación toda la Sala del Tribunal y procedió a subsanar la irregularidad.

Pero, como puede verse en la providencia de la Corte, la causa principal anotada para llegar a la conclusión de que no había jurisdicción para conocer, es la de que el auto apelado no fue dictado por el Tribunal sino por un Juez comisionado. Dice así la Sala en lo resuelto con fecha diez de agosto:

"Conforme al numeral 1º del artículo 37 del C. J., la Sala de Negocios Generales conoce en segunda instancia "de los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial", pero es obvio que las providencias de que puede conocer la Sala, siguiendo las reglas generales de jerarquía, son las que dictan los respectivos Tribunales y no aquellas que dentro del mismo juicio pueden dictar los Jueces comisionados".

En el juicio especial de deslinde y amojonamiento iniciado por el Fiscal 2º del Tribunal de Bogotá, en representación de la Nación, contra el señor Maximiliano Aya, para separar unos baldíos de las propiedades del señor Aya, la Sala sentó la misma doctrina, en auto de fecha veinticuatro de septiembre pasado y declaró que carecía de jurisdicción para conocer de la apelación concedida respecto de una providencia del Juez del Circuito de Melgar.

Por las razones anteriores se llega a la conclusión de que la Sala carece de jurisdicción para conocer de la apelación concedida por el Tribunal contra lo resuelto por el Juez 1º del Circuito de Girardot.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de la apelación interpuesta contra la providencia del señor Juez 1º del Circuito de Girardot en este juicio, por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

CARENCIA DE JURISDICCION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintisés de mil novecientos treinta y siete.

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

El doctor Pedro Mario Alvarado solicita reposición del auto de fecha 29 de octubre pasado, en el cual declaró la Sala que se abstiene de conocer de la apelación interpuesta contra la providencia del señor Juez del Circuito de Girardot en este juicio, por carecer de jurisdicción.

Se considera:

En el auto cuya reposición se pide, la Sala expuso con claridad las razones que tuvo para declarar que carece de jurisdicción para conocer de este negocio.

Si es verdad que la diligencia practicada por el Juez comisionado se considera como hecha directamente por el comitente, también es indudable que no hay disposición legal alguna que establezca que la Corte puede conocer por apelación de las providencias de los Jueces de Circuito. Y como las disposiciones sobre jurisdicción son taxativas, no puede entenderse que se debe surtir el recurso de apelación ante esta superioridad por tratarse de un proveído de un Juez comisionado.

Esta Sala sólo conoce de las apelaciones de los autos dictados por los Tribunales Superiores en Sala plural, según se ha resuelto en varios casos. Si no conoce de los recursos interpuestos contra los autos dictados por un solo Magistrado, con menos razón puede sostenerse que tiene jurisdicción para decidir respecto de las providencias de un Juez de Circuito, funcionario inferior en la jerarquía judicial.

Si el Juez de Circuito se extralimita en el desempeño de la comisión que le confiere el Tribunal Superior, es éste el que debe conocer de los reclamos que se originen por las actuaciones del comisionado.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, niega la reposición pedida.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

ALCANCE CONTRA UN CAJERO—EXCEPCIONES

1.—Aunque lo esencial en las excepciones son los hechos básicos de ellas, también es importante la denominación que en concepto del excepcionante debe dárseles. De otro modo, queda al arbitrio del juzgador desecharlas, si en su sentir, los hechos no revelan de manera precisa la existencia de una excepción que aniquile o enerve la acción o el instrumento ejecutivo. Puede asimismo el juzgador agrupar, relacionar y estudiar varios de los fundamentos conjuntamente, estimando que son todos ellos y no uno solo las bases aducidas por el excepcionante para una excepción determinada. En esas condiciones, el arbitrio judicial tiene campo más expedito que cuando la excepción se denomina y se fundamenta en determinado o determinados hechos. Tal arbitrio puede en ocasiones chocar abiertamente contra el pensar del excepcionante que juzgó que tales y tales hechos eran el soporte de una excepción muy distinta de la que al través de ellos analizó el juzgador. 2.—La Corte no es competente para anular actuaciones de la Contraloría, pues ello sería una intervención que no autoriza la ley, como que obrando así se entrometería en un asunto que no le incumbe, ya que otra entidad es el superior jerárquico del Contralor.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Por auto fechado el siete de mayo del año pasado, el juzgado nacional de ejecuciones fiscales libró orden de pago contra el señor Aristides Gutiérrez por la suma de treinta y un mil setecientos veintitrés pesos cuarenta y un centavos ($ 31,723.41), proveniente de un alcance en las cuentas de Caja del Ferrocarril del Tolima, correspondientes al mes de enero de 1930.

La base de la ejecución la constituyen las providencias emanadas de la Contraloría General de la República, distinguidas con los números 2,674 de 13 de junio de 1934 y 1,711 de 3 de diciembre de 1935 y en las cuales se dedujo el alcance y se declaró ejecutoriado el fenecimiento, respectivamente.

El ejecutado, dentro del término legal, por medio de su apoderado, el doctor Federico A. Daza, propuso excepciones fundamentadas en los siguientes hechos:

"1º El auto de fenecimiento número 2,674 de 13 de junio de 1934, que deduce contra Aristides Gutiérrez el alcance de $ 31,723.41 y que sirve de recaudo ejecutivo, fue dictado en el juicio de cuentas abierto de conformidad con lo dispuesto en providencia número 537 de 28 de noviembre de 1932, dictada por la Contraloría General de la República en desarrollo de lo ordenado por el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 21 de junio de ese mismo año, proferida en el juicio de cuentas de la Gerencia del Ferrocarril del Tolima - Huila - Caquetá correspondiente al mes de enero (1º al 20) de 1930, de que era responsable el señor general Juan Clímaco Arbeláez en su carácter de gerente.

"2º El Consejo de Estado, en la sentencia referida, no ordenó a la Contraloría que abriera y siguiera juicio de cuentas contra Aristides Gutiérrez, sino que por ella se dictaran 'las providencias conducentes a fin de recuperar los bonos sustraídos de modo fraudulento de las cajas de la Tesorería de la Empresa del Ferrocarril del Tolima, así como también los réditos o intereses y cantidades que sin causa justificable alguna permanecieron en poder del Gerente de dicha Empresa'.

"3º El aviso de observaciones número 1280 de 5 de diciembre de 1932, soporte legal del auto de fenecimiento dicho, no se produjo como resultado del examen de cuenta rendida directa o indirectamente por Aristides

Gutiérrez, ni tampoco con base en diligencia o acta de visita, ni menos, muchísimo menos, como consecuencia de haberse adoptado el procedimiento extraordinario llamado por ustedes; o, en otros términos: dicho aviso de observaciones no se originó en ninguna de las únicas formas —normales y anormales— que pueden, según la ley fiscal o el reglamento, autorizar la iniciación y el seguimiento de juicios de cuentas contra los responsables del Erario Nacional. De consiguiente, el juicio en que se produjo el susodicho aviso de observaciones o auto de glosas y se declaró el alcance cuestionado, no se inició con arreglo a ninguna de las formas establecidas por la ley o el reglamento, y por lo mismo ese alcance no presta mérito ejecutivo.

"4º El citado aviso de observaciones expresa una falsedad y se apoya en ella, al decir y sentar lo siguiente: 'Señor Aristides Gutiérrez. La cuenta rendida por usted en su carácter de ex-Cajero del Ferrocarril del Tolima correspondiente al mes de enero (1º a 20) de 1930 ha sido liquidada, encontrándose a favor del Gobierno de la República de Colombia un saldo, según su cuenta, de...'; porque lo único cierto ha sido y es que el señor Gutiérrez no rindió ninguna cuenta a la Contraloría, ni siquiera fue requerido legalmente para que la rindiera.

"5º El señor Aristides Gutiérrez, como Cajero del Ferrocarril del Tolima, tenía el carácter de empleado inferior de manejo en relación con el Gerente de la misma empresa que era el empleado superior de manejo, para todos los efectos fiscales y legales. Consecuencialmente, el señor Gutiérrez sólo estaba obligado a rendirle cuentas al Gerente, y éste estaba obligado a incorporarlas en las suyas y a fenecerlas en primera instancia.

"6º El Gerente del Ferrocarril del Tolima, como empleado superior de manejo, y de conformidad con la ley fiscal o el reglamento, rendía directamente sus cuentas a la entidad del ramo, y ésta ejercía la facultad exclusiva de examinarlas, glosarlas y fenecerlas en primera instancia.

"7º El juicio de cuentas, que terminó con el auto de fenecimiento ameritado, fue iniciado, tramitado y decidido por el funcionario que sólo era competente conforme a la ley o al reglamento para conocer de dicho juicio en grado de segunda instancia, pretermitiéndose así la instancia anterior, que debía surtirse ante el Gerente del Ferrocarril del Tolima, cuya jurisdicción fue usurpada: por consiguiente, ese juicio es nulo, y carece de todo valor y efecto; y por lo tanto, el alcance declarado no trae aparejada ejecución.

"8º El aviso de observaciones mencionado no fue suscrito por el Contralor General de la República, o por el empleado llamado por la ley a reemplazarlo, sino por el Jefe de la Sección Segunda del Departamento de Contraloría".

Tramitado el asunto de conformidad con las ritualidades legales, se procede a fallarlo.

La Sala considera:

Es verdad que lo esencial en las excepciones son los hechos básicos de ellas; pero también es importante la denominación que en concepto del excepcionante debe dárseles. De otro modo, queda al arbitrio del juzgador desecharlas, si en su sentir, los hechos no revelan de manera precisa la existencia de una excepción que aniquile o enerve la acción o el instrumento ejecutivo. Puede asimismo el juzgador agrupar, relacionar y estudiar varios de los fundamentos conjuntamente, estimando que son todos ellos y no uno solo las bases aducidas por el excepcionante para una excepción determinada. En esas condiciones, el arbitrio judicial tiene campo más expedito que cuando la excepción se denomina y se fundamenta en determinado o determinados hechos. Tal arbitrio puede en ocasiones chocar abiertamente contra el pensar del excepcionante que juzgó que tales y tales hechos eran el soporte de una excepción muy distinta de la que al través de ellas analizó el juzgador. Es que la vaguedad, al excepcionar, tiene que llevar forzosamente a semejante resultado.

Hecha esta manifestación doctrinal, entra la Sala a estudiar las excepciones que son materia de esta decisión.

Los hechos 1º, 2º y 3º tienden todos a negar la eficacia del instrumento ejecutivo. Son irregularidades que se anotan en la iniciación y secuela del juicio de cuentas y que no pueden revisarse por el poder judicial que no es superior jerárquico de la Contraloría.

Además de lo expuesto, la Sala acoge los siguientes conceptos del señor Procurador Delegado en lo civil:

"Aunque la providencia Nº 537, de noviembre de 1932, ordenó abrir un juicio de cuentas contra el señor Aristides Gutiérrez, 'acatando lo dispuesto' en la sentencia del Consejo de Estado de que se habla, la palabra acatar no puede tener, ni tiene otro alcance que una simple conformidad por parte de la Contraloría para proveer a lo dispuesto por el Consejo. Esta, sin necesidad de esperar a que se le llamara 'de modo especial la atención', ha podido, teniendo conocimiento de los escandalosos sucesos en la empresa del ferrocarril del Tolima, dictar por sí y ante sí, las 'providencias a que hu-

biere lugar", ya en orden a adelantar el respectivo juicio de cuentas, ya en el de tomar cualesquiera otras medidas conducentes al caso.

"La Ley 42 de 1923, en su artículo 6º, le da competencia exclusiva al contralor general en todo lo relativo al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de todos los funcionarios que manejen fondos públicos. Por tanto sería improcedente e ilegal pensar que esa dependencia necesitara la autorización de cualquier otro funcionario para ejercer los poderes que la ley le otorga. Esta es la única norma a la cual debe sujetar sus actuaciones.

"Basta lo expuesto para concluír que ni el Consejo de Estado se extralimitó en sus funciones al poner en práctica el artículo 11 del Acuerdo Nº 1 de 1923, ni que menos, muchísimo menos, la contraloría procedió ilegalmente al abrir juicio de cuentas contra el responsable Gutiérrez en vista de las irregularidades en el manejo de caudales públicos, que puso en conocimiento el Consejo de Estado".

El hecho 4º acusa de falsedad el aviso de observaciones; pero como no es éste el recaudo ejecutivo, tal reparo no va encaminado a aniquilar ni el contenido ni la forma material del auto de fenecimiento, que es la piedra angular de la ejecución.

Los hechos 5º, 6º y 7º van encaminados a aniquilar o enervar el instrumento ejecutivo, porque se alega la pretermisión de una instancia, pues se considera que el contralor no era competente en este caso para la primera instancia, siendo por consiguiente inválido el auto de fenecimiento. Es conveniente, para enfocar mejor esta prueba, transcribir a continuación unos apartes de la alegación del doctor Daza. Dicen así:

"Habiéndose exonerado de esa responsabilidad al empleado responsable en primer término, con fundamento en la existencia de una responsabilidad criminal deducida contra el empleado o responsable fiscalmente en segundo término, o sea el Cajero Arístides Gutiérrez, interesa saber si —con el fin de poner a cubierto al Tesoro Nacional de la pérdida definitiva de los valores y dineros a ellos confiados— el referido 'nuevo' juicio de cuentas se ajustó a las normas legales vigentes que establecen el procedimiento para los casos en que la responsabilidad que pesa en primer lugar contra un empleado principal de manejo, se estime que debe corresponder al empleado subalterno u obligado en último término. E interesa conocer esto, porque de ello debe desprenderse si el alcance que ahora se cobra se formó o no con arreglo a las garantías y formalidades con que el derecho ha querido que se le forme, y así poder concluír si tal alcance sirve o no de recaudo ejecutivo.

"El artículo 1º de la Resolución 86 de 1930, expedida por el Contralor General de la República en desarrollo de la Ley 42 de 1923, dice lo siguiente: 'Los Jefes de las Oficinas Principales en cuyas cuentas rendidas a la Contraloría vengan incorporadas las del manejo de subalternos que no las rindan directamente a las Auditorías, serán responsables, en primer término, de los fondos, elementos, alcances y desfalcos que resulten a cargo de tales subalternos; pero la Contraloría podrá hacer recaer la responsabilidad directamente sobre el subalterno, cuando la caución que éste haya prestado hubiere sido aprobada por este Despacho, como sucede con los cajeros de las aduanas, administradores de hacienda, almacenistas principales de éstos, etc., **siempre que el principal envíe el expediente en que resulte la responsabilidad del subalterno debidamente comprobada.** Esto sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad del empleado principal por el monto de lo que el subalterno no reintegre'.

"El artículo 4º de ella reza: 'En caso de desfalco por parte de un subalterno que tenga su fianza aprobada por la Contraloría, pero cuyas cuentas se rindan incorporadas como del manejo del principal, éste, como primer responsable, no solamente estará obligado a hacer las gestiones del caso para que se inicie el juicio criminal, sino que debe **abrir el juicio de cuentas respectivo**, de conformidad con los trámites legales, para que **puedan surtirse los efectos de que trata el artículo 1º de esta Resolución'.**

"Y la Resolución Nº 227 de 1932, de la misma Contraloría, en sus artículos 3º, 5º, 6º y 9º, tiene establecido:

"'Art. 3º Los Jefes de las Oficinas Principales estudiarán, incorporarán y fenecerán las cuentas de las oficinas subalternas de su dependencia y serán responsables en primer término ante la Contraloría General, de las deficiencias de recaudación, pagos ilegales, desfalcos, etc., que se cometan en las oficinas subalternas que incorporen o que deban incorporar. Para este efecto la Contraloría hará las glosas al estudiar la cuenta de la oficina principal; pero absolverá de la glosa al principal y hará efectiva la responsabilidad directamente al jefe de la oficina subalterna, cuando el principal presente el expediente en que aparezca vencido en juicio de cuentas el subalterno respectivo, conforme a las indicaciones expuestas en los artículos siguientes'.

"'Art. 5º Los autos de fenecimiento con alcance que dicten las oficinas principales deberán ser notificados al respectivo subalterno, quien podrá apelar para ante el Contralor General dentro del término legal. En caso de que el interesado no interpusiera el recurso de apelación contra un auto de fenecimiento, vencidos los treinta días de que trata el art. 7º de la Ley 42 de 1923, el empleado principal enviará en consulta el expediente a la Contraloría General, la que aprobará el auto, lo modificará o lo revocará, según fuere el caso. Los autos de fenecimiento sin alcance no necesitarán ser consultados a la Contraloría General y solamente se enviará su copia junto con la cuenta de la oficina principal'.

"'Art. 6º La aprobación de los autos de fenecimiento con alcance que dicten los empleados principales, y que vengan a la Contraloría en virtud de recurso de apelación o de consulta, implicará la invalidez de la respectiva glosa en la cuenta de la oficina principal. Aprobado un auto de fenecimiento con alcance dictado contra una oficina subalterna, la Contraloría relevará de la glosa correspondiente a la oficina principal, como se dijo anteriormente, y enviará al juzgado de ejecuciones fiscales las copias pertinentes del juicio abierto contra la oficina subalterna, junto con la respectiva fianza, para que se haga efectivo el valor del alcance.

"'Art. 9º Cuando el Jefe de una oficina principal cese en el ejercicio de su cargo y queden pendientes juicios de cuentas subalternas correspondientes al tiempo de su manejo, toca al empleado que lo reemplace conocer de dichos juicios y dictar los avisos de fenecimiento a que hubiere lugar, así como hacer las incorporaciones que faltaren' ".

De todo esto concluye el señor apoderado del excepcionante que el juicio de cuentas contra Gutiérrez es nulo y, consecuencialmente, el auto de fenecimiento no puede servir de título ejecutivo.

Por su parte el señor Procurador de la Nación, después de analizar la Resolución Nº 227 de 1932, sienta esta tesis:

"Basta lo transcrito para ver que la Contraloría desatendió todas las disposiciones anteriores. El juicio de cuentas contra el subalterno Gutiérrez ha debido tramitarse en la forma prescrita en la Resolución Nº 227 de 1932, en vigencia para el tiempo en que dicho empleado fue llamado a responder por las cuentas de la gerencia del ferrocarril del Tolima en el mes de enero de 1930. Y si bien es cierto que para ese tiempo ya había cesado en el uso de sus funciones legales el ex-gerente Arbeláez, no es esto óbice para que el trámite de dicho juicio se hubiere hecho pretermitiendo la primera instancia ante la respectiva gerencia, pues el artículo 9º es lo suficiente explícito en señalar al empleado que lo reemplazó para que conociera del juicio y dictara los avisos de fenecimiento del caso".

Transcribe en seguida el mismo funcionario este importante concepto del señor Contralor General de la República:

"Señor Procurador General de la Nación (Procurador Delegado en lo Civil). E. S. D. Me permito devolver a usted la copia del concepto que se sirvió acompañar a su atento oficio Nº 228 de 30 de julio último, referente al juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva se adelanta contra el señor Aristides Gutiérrez, ex-cajero del ferrocarril del Tolima.

"Es evidente que la Resolución 86 de 1930 es anterior al aviso de observaciones con que se inició el juicio de cuentas que sirve de soporte al ejecutivo de que se trata. Pero no debe perderse de vista que dicha resolución se refiere a los subalternos que actúan en las oficinas de los responsables principales, al paso que la 227 de 1932 es aplicable únicamente a las cuentas de Recaudadores de Hacienda, o sea de aquellos subalternos que ejercen sus funciones en lugares distintos de aquel en que tiene asiento la principal de la cual dependen. Los considerandos en que se funda la resolución 227, lo expresan claramente. Resulta, pues, que el artículo 9º de esta resolución no puede traerse directa ni indirectamente al caso que se estudia, por cuanto la calidad del subalterno, por virtud de la especificación que contiene, difiere de la que define la resolución 86 de 1930. Por esta razón la Contraloría nunca ha aplicado la resolución 227 a funcionarios distintos de los Recaudadores.

"La responsabilidad de Gutiérrez nace del juicio de cuentas del principal, como consecuencia del estudio de las que éste rindió, y nace igualmente del fallo del Honorable Consejo de Estado, entidad que dispuso que por la Contraloría se dictaran las providencias conducentes a la recuperación de los bonos. Siendo el juicio de cuentas el medio legal de que dispone el Contralor para formular el cargo numérico al responsable y obtener de éste el reintegro, o sea hacerle efectiva la responsabilidad fiscal, la Contraloría estaba obligada a usar ese medio y a dictar, como en efecto dictó, el aviso de observaciones con que se inicia el juicio de cuentas, y más tarde el fenecimiento y la providencia de ejecutoria con que dicho juicio termina. La acción criminal fue instaurada

oportunamente y allí quedó establecida la responsabilidad penal de Gutiérrez, pero tampoco por esta vía pudieron recuperarse los fondos. Si el responsable asegura su manejo con hipoteca o prenda, es evidente que la garantía responde de los alcances o desfalcos; y es más evidente que la nación tiene expedito el camino que el propio legislador le señaló para conseguir el pago: el juicio de cuentas, seguido de la ejecución por jurisdicción coactiva.

"Por estas razones la Contraloría se aparta del concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil en cuanto acepta, de acuerdo con la parte ejecutada, que es nulo el juicio de cuentas por no haberse tramitado la primera instancia ante el Gerente.

"Pero hay más: aun admitiendo que la resolución 227 fuera aplicable, y resultando como resulta que al tiempo de iniciarse el juicio de cuentas contra el Cajero Gutiérrez ya estaba vigente la resolución citada, tampoco podía aplicarse esta resolución por falta de jurisdicción del señor Arbeláez, quien en ese momento no era ya Gerente, única calidad en que podía abrir el juicio. Ni el Gerente sucesor del señor Arbeláez gozaba de competencia para hacerlo.

"La Procuraduría expresa con relación a la resolución 227 que 'el artículo 9º es lo suficientemente explícito en señalar al empleado que lo reemplazó para que conociera del juicio y dictara los avisos de fenecimiento del caso'. No comparte esta tesis la Contraloría porque la resolución 86 de 1930 y la 227 de 1932 están fundadas, como acertadamente lo expone la Procuraduría, en el principio de unidad de responsabilidad, de tal manera que esas resoluciones son más una garantía para el funcionario principal de manejo, a quien se le permite descargarse echando la responsabilidad sobre el subalterno, que una garantía para el Estado, a quien le basta con perseguir al principal. Es, pues, con respecto a éste, la jurisdicción para abrirle juicio al subalterno, una especie de recurso personal, que tiene para salvaguardiarse. Por lo mismo, es a él y no a otra persona a quien se le confiere la facultad para iniciar el juicio, en su propio descargo; no la tiene el sucesor —en este caso el gerente que reemplazó al señor Arbeláez—, porque a tal sucesor no le afecta el desfalco o alcance del subalterno de su antecesor. De ahí que el artículo 9º —y en esto estriba la diferencia entre la tesis de la Procuraduría y la de la Contraloría— no diga que el principal sucesor en el cargo pueda abrir un juicio de cuentas, ni librar un aviso de observaciones, sino únicamente dictar los avisos de fenecimiento, o sean los autos que elevan a alcance las sumas anteriormente observadas. Así puede y debe el sucesor continuar los juicios que su antecesor dejó abiertos, pero no puede iniciarlos. Y es natural que así sea porque la iniciación del juicio mediante el aviso de observaciones es la negativa del principal a incorporar las cuentas del subalterno en sus propias cuentas; en tanto que la continuación del trámite, no significa sino la vía adjetiva por donde el principal empezó a hacer uso del derecho sustantivo de relevarse de responsabilidad, cargándosela al subalterno.

"De esta manera se llega a la conclusión de que para el cajero Gutiérrez no existía otra autoridad que le iniciara el juicio y le feneciera la cuenta con alcance, que la Contraloría directamente, pues el hecho de haber perdido la jurisdicción el señor Arbeláez no quiere decir que hubiera desaparecido la autoridad competente para deducir a Gutiérrez la responsabilidad numérico-legal, que la tiene el Contralor en primera instancia cuando la ley no se la ha atribuido a otro funcionario. Mucho más cuando de la sentencia del Consejo de Estado resulta que no podía volver a asegurarse el juicio contra el señor Arbeláez, y que en virtud de la resolución del Ministerio de Obras Públicas, bajo la cual se causó el manejo, había que iniciarlo contra Gutiérrez.

"Las resoluciones comentadas y el principio de unidad de responsabilidad en que se funda —principio no consagrado en la resolución del Ministerio de Obras Públicas— llevan a centralizar la responsabilidad en el principal por el manejo del subalterno, sin perjuicio del derecho de aquél a repetir contra éste.

"Por último, no sobra advertir que a raíz de la separación de Gutiérrez del puesto de cajero, el ferrocarril del Tolima fusionó con el de Girardot y que en estas condiciones, la nueva organización de las empresas, las cuales sin duda tomaron por base inventarios de todo orden, lo mismo que la presencia de un nuevo gerente, totalmente ajeno a los hechos ocurridos con mucha anterioridad, no permitía promover el juicio de cuentas en la forma que usted lo analiza".

El señor Procurador acepta el razonamiento y solicita que se declare no probada la excepción.

La Sala, por vía ilustrativa, ha hecho las transcripciones que anteceden, y para decidir lo que le corresponde, hace las consideraciones que siguen:

El excepcionante solicita, en el fondo, que el juicio de cuentas contra Gutiérrez se de-

clare sin valor y, como consecuencia, que se declare que el auto de fenecimiento es írrito.

A esto se contesta que la Corte no es competente para anular actuaciones de la Contraloría, pues ello sería una intervención que no autoriza la ley, pues obrando así se entrometería en un asunto que no le incumbe, ya que otra entidad es el superior jerárquico del Contralor.

Muy distinto sería el caso si estuviera plenamente demostrado que se había preterm itido una instancia en el juicio de cuentas. Pero esto no aparece en el presente negocio, pues muy diferente es iniciar y terminar un juicio en primera instancia, aunque se le tache de irregularidades sustanciales, y otro es dictar un auto de fenecimiento con el antecedente plenamente demostrado de que se omitió toda una instancia.

En cuanto al hecho 8º, la Sala anota que si el aviso de observaciones no fue correcto, ora en el fondo o bien en la forma, en la secuela del juicio de cuentas era la oportunidad de hacerle reparos, pero no ahora, porque la Corte no tiene facultad para abrir nuevamente dicho juicio a efecto de subsanar irregularidades. El reparo formulado por el excepcionante no infirma directamente el auto de fenecimiento.

Sin necesidad de más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas y, en consecuencia, ordena seguir adelante la ejecución.

Condénase en costas al excepcionante.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el negocio oportunamente a la oficina de su origen.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

APELACION DE UNA DILIGENCIA DE AMOJONAMIENTO

La diligencia de amojonamiento no es apelable, pues contra ella hay otros recursos que pueden hacer valer las partes oportunamente, por una parte, y por otra, las providencias dictadas por Jueces comisionados no pueden ser materia de apelación ante la Corte, de conformidad con el artículo 37 del C. J.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

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

En el juicio especial de deslinde y amojonamiento iniciado por el Fiscal 2º del Tribunal de Bogotá, en representación de la Nación y en contra del señor Maximiliano Aya, para separar unos baldíos nacionales de las propiedades del señor Aya, el Tribunal, en auto de fecha primero de julio pasado, concedió en el efecto suspensivo la apelación interpuesta por los señores Esteban Galindo, José Guevara, Consejo Velásquez de Santana, Marco Molina y Rafael Gómez contra lo dispuesto en la diligencia de amojonamiento practicada por el Juez del Circuito de Melgar, por comisión del Tribunal.

Tramitado legalmente el asunto en la Corte, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

En primer lugar es necesario decidir si esta Sala tiene jurisdicción para conocer de la apelación de la diligencia de amojonamiento.

El señor Procurador estima que esta entidad carece de competencia, por tratarse de un acto que no es susceptible de ese recurso. Dice así aquel alto funcionario:

"Este despacho no cree procedente, ni menos ajustada a derecho la apelación concedida por el honorable Tribunal, pues se trata de la diligencia de amojonamiento, en que necesariamente debía haberse tomado como base la línea fijada por el Tribunal, en la sentencia de deslinde, línea matemática con

rumbos y distancias precisas. Ni siquiera podía haber lugar a esa apelación en el supuesto de que la línea inmaterial trazada por el Tribunal hubiera sido modificada en el terreno por el Juez comisionado al materializarla por medio de mojones permanentes; en este caso, de posible ocurrencia, no sería tampoco pertinente una apelación ante la honorable Corte, sino una simple solicitud al Tribunal comitente, para que éste, previo conocimiento de causa, disponga que el comisionado debe ceñirse estrictamente a la sentencia de deslinde, en la parte reclamada".

La Sala está de acuerdo con el señor Procurador en que una diligencia de amojonamiento no es apelable. Contra ella hay otros recursos que pueden hacer valer las partes oportunamente. La providencia que los decida, dictada por el funcionario respectivo, sí es apelable, conforme a las reglas establecidas en los artículos 490 y siguientes del C. J., para las apelaciones de los autos y sentencias.

Por tanto, la Sala no tiene jurisdicción para conocer de la apelación interpuesta.

Si se concedió el recurso por estimar el Tribunal que en la diligencia se dictaron por el juez resoluciones o decisiones sobre las pretensiones de las partes, tampoco sería competente la Corte, porque a esta entidad no le corresponde conocer de las apelaciones de las providencias de los Jueces de Circuito. En auto de diez de agosto pasado dijo la Sala lo siguiente, al estudiar un asunto similar:

"Estudiado detenidamente el negocio, se llega a la conclusión de que esta Sala carece de jurisdicción para resolverlo, por las siguientes razones:

"Conforme al numeral 1º del art. 37 del C. J., la Sala de Negocios Generales conoce en segunda instancia 'de los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial', pero es obvio que las providencias de que puede conocer la Sala, siguiendo las reglas generales de jerarquía, son las que dictan los respectivos Tribunales y no aquellas que dentro del mismo juicio pueden dictar los Jueces comisionados.

"Los artículos 84 y 87 del C. J. aclaran la cuestión. Conforme al primero, inciso 8º, sólo son apelables ante la Corte los autos interlocutorios proferidos por la Sala de Decisión en los juicios de que conocen los Tribunales en primera instancia. Y el artículo 87 establece que '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'. En esta disposición se ha apoyado principalmente la Corte para sostener que en los casos de apelación, inclusive el auto que la concede, debe ser dictado por toda la Sala y no por un solo Magistrado".

El señor Procurador pide que se declare la nulidad de lo actuado y que la Corte decrete que son improcedentes las pretensiones de los colonos sobre la sentencia de deslinde, pero la Sala no puede hacer esas declaraciones porque se trata de cuestiones que no están sometidas a su estudio, ya que el negocio subió a la Corte únicamente para conocer de la apelación de la diligencia de amojonamiento.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de la apelación interpuesta contra la diligencia de amojonamiento practicada por el señor Juez del Circuito de Melgar, por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DEL DEMANDADO

En los juicios ejecutivos la prueba acerca de la personería del demandado ha de producirse con anterioridad a la demanda y aducirse con ella; por eso el artículo 232 del C. J. no es aplicable a esta clase de juicios.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de apoderado, la señora Angelina González v. de Rendón propuso excepciones en el juicio ejecutivo que contra la sucesión de Enrique Rendón E. adelanta la Recaudación de Hacienda de Armenia por la cantidad de setecientos cincuenta pesos moneda corriente ($ 750.00) e intereses, provenientes de impuesto sobre la renta, a cargo del citado Rendón, correspondiente al año de 1934.

Es base del recaudo el reconocimiento número noventa y cinco (95), del 4 de mayo de 1937, de la Recaudación de Hacienda Nacional de Armenia, por la cual se le deduce a Rendón el impuesto mencionado. Reconocimiento que, en armonía con lo dispuesto en el artículo 1434 del C. C., se notificó personalmente a la señora Angelina González de Rendón, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, Angelina, Elvia, Humberto, Carlos y Libia Rendón González. Y después de transcurrido el término de ocho días previsto por la ley, se profirió auto de mandamiento ejecutivo de pago a favor de la Nación y a cargo de la sucesión de Enrique Rendón, representada por la cónyuge y por sus hijos ya nombrados, y por la cantidad a que el reconocimiento se refirió. Posteriormente el doctor Pedro J. Osorio M., constituído apoderado por la señora de González para que la represente en el juicio, recibió la intimación del auto ejecutivo de que se trata y propuso las excepciones que han venido para su examen a esta Sala de la Corte.

Son tres las excepciones, llamadas así por el apoderado: ilegitimidad de la personería jurídica de la demandada, nulidad del mandamiento ejecutivo y demás providencias anteriores y posteriores a él, y pago total de la deuda que se cobra ejecutivamente.

Ilegitimidad de la personería del demandado

La funda el recurrente en el hecho de que a los autos no se trajo la prueba sobre el carácter de herederos de la viuda y de los hijos del señor Rendón, por lo cual la notificación ordenada en el artículo 1434 del C. C. fue mal hecha por carencia de la prueba relativa al estado civil de los sucesores de Rendón.

La Sala observa:

Evidentemente, como se afirma, en los autos no aparece la comprobación de que aquí se trata. No hay en ellos el reconocimiento que de su calidad de heredera de Rendón se haya hecho en la persona de la ejecutada, ni está acreditado el matrimonio de dicha señora con Rendón, ni la defunción de éste, ni el nacimiento de los hijos.

Como razón legal justificativa de la omisión apuntada alude el señor Recaudador al artículo 338 del C. C., para afirmar que la prueba que se echa de menos corresponde a la parte demandada. El artículo mencionado en nada se relaciona con la materia. Parece que aquel funcionario quiso referirse al artículo 232 del C. J., según el cual el demandante no está obligado a acompañar a la demanda la prueba sobre la personería del demandado. Pero esa disposición en manera alguna exime de la comprobación respectiva a quien demanda, simplemente permite que la demanda se presente sin tal demostración. Sin embargo, como ella toca con uno de los hechos de la demanda, y éstos deben acreditarse por el actor, él está obligado a allegar su prueba, como la de cualquiera otro de los hechos en que se funda el libelo.

No obstante lo dicho, que es regla general para todos los juicios, en el ejecutivo, por su índole propia, en el cual se ejecuta una obligación, la que por lo mismo debe ser clara para que el Juez decrete con el solo examen de los documentos presentados, la prueba acerca de la personería del demandado ha de producirse con anterioridad a la demanda y aducirse con ella. Por eso el artículo 232 del C. J. no es aplicable a esta clase de juicios.

De donde se infiere que carece de fundamento legal el argumento que le sirvió de base al Recaudador, consistente en no estar obligado el demandante a acreditar la personería de la parte demandada.

Y no estándolo, como no lo está en el caso de autos, la de la señora viuda de Rendón y la de sus hijos, como herederos de aquél y representantes de la sucesión, el juicio no puede adelantarse, debiendo declararse probada la excepción propuesta de ilegitimidad de la personería del demandado.

Declarando probada esta excepción no es necesario examinar la otra, sobre nulidad del mandamiento ejecutivo y demás providencias anteriores y posteriores a él, ni la de pago de lo que se cobra.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de ilegitimidad de la personería del demandado, ordena cesar la ejecución y levantar el embargo de los bienes practicado en el juicio.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

APODERADO PRINCIPAL Y SUSTITUTO

Cuando hay un apoderado principal y uno sustituto es necesario acreditar la voluntad del primero de no actuar, para que sea admitida la gestión del segundo. La intervención de este último debe tener lugar solamente cuando falta la del principal. Por eso se le llama sustituto. Y quien debe informar de aquella falta es quien la ocasiona o produce. 2. La representación a que se refiere el artículo 272 del C. J. es judicial. Esa representación por apoderados judiciales sólo puede llevarse por abogados con matrícula de tales, conforme a la ley 62 de 1928.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En auto dictado por el Tribunal Superior de Santa Marta con fecha 14 de julio último, que ha venido en apelación a esta Sala de la Corte, se admitió la denuncia del pleito que hizo a la United Fruit Company el señor John H. Stein en representación de la Magdalena Fruit Company, entidad demandada.

Son varias las razones que se invocan para solicitar revocación: que Stein no puede representar a la compañía porque George S. Bennett, apoderado principal, no se ha separado del pleito; que Stein no es abogado inscrito; la denuncia del pleito se hizo fuéra del término legal; la denuncia no es admisible porque la Magdalena eximió a la United de la obligación de sancar.

La Corte ya expresó, cuando en oportunidad anterior falló un incidente, su concepto acerca de que Stein, apoderado sustituto, no puede actuar sino en los casos en que Bennett manifieste su voluntad de no intervenir.

Refiriéndose a este punto, el doctor Luis Felipe Latorre, abogado de la compañía demandada, acepta que no podrían el sustituto y el principal actuar en forma simultánea y quizá tampoco sucesiva o alternadamente sin mediar en realidad la falta de uno de ellos; pero dice que en caso de tal falta del uno, no hay duda de que sí puede actuar el otro, y la ley no ha dicho cuál de ellos dos es el que debe hacerle saber al Juez dicha falta; que habiendo guardado silencio la ley sobre el particular ha de entenderse que en el evento indicado cualquiera de los dos puede invocar la circunstancia de que se trata; que lo más natural es que sea quien se presenta en lugar de quien falta, porque generalmen-

te este último está imposibilitado para hacerlo; que de otro modo, en circunstancias apremiantes de un proceso, como la interposición de un recurso, uso de un término que está para vencerse, etc., se haría nugatoria o inútil la existencia del sustituto.

No encuentra la Sala valederas estas razones. Cuando hay un apoderado principal y uno sustituto es necesario acreditar la voluntad del primero de no actuar, para que sea admitida la gestión del segundo. La intervención de este último debe tener lugar solamente cuando falta la del principal. Por eso se le llama sustituto. Y quien debe informar de aquella falta es quien la ocasiona o produce. Como él tiene la personería principal, puede ejercerla en cualquier momento, por lo cual el Juez no ha de darle entrada al sustituto mientras el principal no manifieste su voluntad de no intervenir. El silencio del principal puede equivaler, y equivale legalmente en ciertos casos, a una gestión suya: el apoderado principal sabe que si no reclama, verbi gratia, de una providencia dentro de un término prefijado por la ley, aquélla se ejecutoría, y en consideración a esa consecuencia legal de su silencio bien puede él callarse para esperar la ejecutoria, con lo cual está virtualmente actuando en el proceso. Darle entrada al sustituto valdría tanto como quitarle al principal la posición que tiene derecho a ocupar en el juicio de acuerdo con la ley. El principal podría válidamente reclamar de la intromisión del sustituto sin haberse conocido antes su voluntad de que éste gestione.

La disposición del artículo 268 del C. J. es muy clara, al establecer que en ningún caso pueden ejercer dos o más apoderados de una misma persona, refiriéndose a la existencia del principal y del sustituto.

Pero el señor abogado de la compañía observa asimismo que el señor Stein no obra como apoderado judicial sino como apoderado general, en su carácter de Sub-gerente de la misma, que la ley reglamentaria de la abogacía no reza con la representación legal o personería de quienes obran como mandatarios generales de las personas jurídicas en calidad de gerentes, pues se considera que ellos actúan en causa propia.

Dispone el artículo 272 del C. J. lo siguiente:

"Las sociedades o corporaciones con domicilio en otro país, que tengan o establezcan negocios en Colombia, son representadas por apoderados o agentes residentes en el lugar o asiento principal de los negocios de aquéllas, o si no lo tienen, donde deban cumplir sus obligaciones, so pena de ser consideradas como personas ausentes cuyo domicilio se ignora. Para el efecto, han de protocolizar en la notaría del respectivo circuito un certificado del notario u oficial público correspondiente, en que conste la existencia legal de la sociedad y el nombre de la persona o personas que tienen la facultad de representarlas en juicio en Colombia, ya directamente, o por medio de sustituto o delegado...".

La representación a que el artículo se refiere es judicial, entre otras razones, por éstas: porque la disposición hace parte del Capítulo II, Libro II, Título IV del C. J. que trata de los Apoderados, o personas que representan a otras en juicio (artículo 251), y porque el artículo 272 citado dice que en el certificado que ha de protocolizarse debe constar el nombre de la persona o personas que tienen facultad "para representarlas en juicio en Colombia" (a las sociedades o corporaciones).

Hasta dónde tal representación judicial puede ejercerse por personas que no son abogados?

Las leyes sobre ejercicio de la abogacía, 62 de 1928 y 21 de 1931, mandan que no sean admitidos como apoderados en los negocios civiles, criminales, administrativos o contencioso administrativos sino los abogados que hayan obtenido la correspondiente matrícula conforme a la ley.

Un ejercicio propio y natural de la personalidad de las compañías consiste en que éstas actúen por medio de sus gerentes, directores o administradores, representantes natos de las mismas. Con ese carácter pueden aquéllas cumplir los actos que una persona natural ejecuta, como el de comparecer en juicio, en calidad de demandante o demandado, y ello lo hacen obrando personalmente sus gerentes o directores, o por medio de apoderados.

Cuando es el gerente, director o administrador de una sociedad el que actúa, ha de entenderse que es la propia entidad la que obra, ya que ella no puede ejercer acto alguno sino por medio de su representante, director o gerente. Las sociedades viven, en sus relaciones con terceros, por la gestión de las personas de sus administradores. Esta representación es, por tanto, connatural a la existencia misma de la entidad. Es una representación intrínseca, necesaria, per se, directa, inmediata. La otra, la que realizan personas distintas de los directores o gerentes, es voluntaria, delegada, mediata.

Hecha esta distinción, cabe considerar cómo ha de entenderse y de qué categoría es la representación de que habla el artículo 272 del C. J.

En los casos por él contemplados no son los gerentes, directores o administradores de las sociedades o corporaciones quienes actúan representándolas en juicio ante las autoridades de la República. Los dichos directores autorizan, apoderan a otras personas, para que lleven la representación judicial de que se trata. Los apoderados son delegados del gerente o director residente fuéra de Colombia, en el domicilio principal de la sociedad. Su representación no es por consiguiente la que corresponde a los administradores o gerentes de aquellas entidades, sino a delegados suyos. Y en tales circunstancias, su gestión representativa de las sociedades o corporaciones en juicio es una representación de apoderados judiciales, que sólo puede llevarse por abogados con matrícula de tales.

Sin que valga como argumento en contra de esta tesis, sobre representación en juicio de las compañías extranjeras, la consideración de que las sociedades colombianas comparecen en juicio por medio de sus gerentes, sin necesidad de constituír apoderados que sean abogados. Una compañía colombiana que tenga sucursales en varios lugares del país no puede ser representada en juicio por los gerentes o agentes de esas sucursales, sino por el director o gerente de toda la empresa. Igual cosa ocurre con los agentes o apoderados en Colombia de las compañías extranjeras; ellos son gerentes de la sucursal o agencia en el país; el director de la compañía reside fuéra. Y así como los gerentes de empresas colombianas constituyen apoderados judiciales, que han de ser abogados, cuando no se presenten en juicio personalmente, los directores de las asociaciones o corporaciones extranjeras deben constituír apoderados abogados para estar en juicio en Colombia, si ellos personalmente no comparecen.

Otra cosa sucede, excepcionalmente, con algunas sociedades extranjeras que trabajan en Colombia, por haberlo determinado así de modo expreso la ley. Las compañías de petróleos, verbi gratia. Los gerentes de ellas en Colombia pueden actuar en juicio como los gerentes de entidades colombianas. Pero la razón de ello está en que tales compañías, aunque virtualmente extranjeras, son en realidad colombianas para lo tocante a sus negocios en el país. La ley del petróleo, artículo 8º, les exige, para que puedan trabajar en el país, que establezcan una sociedad colombiana en él, la que está sujeta en un todo a las leyes de la República, con capital y directores propios, independientes de la compañía matriz extranjera.

La representación de que trata el artículo 272 del C. J. no puede, pues, ejercerse sino por apoderados que sean abogados.

Como el señor John S. Stein, apoderado sustituto de la Magdalena Fruit Company, que en su nombre denunció el pleito a la United Fruit Company, no es abogado con matrícula legal, no puede ejercer la representación judicial de la mencionada entidad.

Los dos primeros reparos hechos por el apelante al auto que se revisa están fundados en derecho, lo que pone de manifiesto la razón que asiste al recurrente para pedir que la providencia respectiva sea revocada en atención a los motivos dichos, que la Sala ha examinado. Como la persona que se presentó en el juicio a nombre de la compañía demandada carece de personería para representarla válidamente, no ha debido ser oída en este pleito. De esta conclusión a que llega la Sala se deduce que no es necesario el estudio de las otras causales alegadas para solicitar la revocación de la providencia objeto del recurso.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto dictado por el Tribunal de Santa Marta que admitió la denuncia del pleito.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SEGURO DE VIDA COLECTIVO

La obligación de efectuar el seguro de vida colectivo de los empleados y obreros, en su caso, no nace de acuerdo de voluntades que obligue a cumplir lo prometido, sino que es impuesta por la ley (artículos 1º, Ley 37 de 1921 y 7º de la Ley 32 de 1922) a "las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existentes en el país, o que se establezcan en lo sucesivo, cuya nómina de salarios sea o exceda de mil pesos mensuales". 2. El cónyuge sobreviviente y los herederos legítimos del empleado y obrero que fallezca y cuyo nombre figure en la nómina respectiva del mes en que ocurra la defunción en una empresa industrial, agrícola, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existente en el país, y cuya nómina de sueldos y salarios sea o exceda de mil pesos mensuales, tienen derecho de exigir de dicha empresa el pago íntegro de la cuota correspondiente al sueldo o salario que devengaba el difunto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la misma ley 37, sin que este derecho esté sujeto a la contingencia de que la empresa deudora obligada a esa prestación haya cumplido o no la obligación del seguro que pesa sobre ella, por ministerio de la ley. 3. Distintas entre sí son las instituciones sociales referentes a reparación por accidentes de trabajo y al seguro colectivo obligatorio. Para la efectividad de este último basta con que se presente el fallecimiento del obrero o empleado, sin que sea menester considerar la causa que lo produzca. 4. El suicidio no libra a las empresas de pagar la respectiva cuota del seguro obligatorio a los herederos del asegurado, pues el seguro colectivo obligatorio es un estatuto jurídico distinto del seguro bilateral, condicional y aleatorio que reglamenta el Código de Comercio. Tratándose del seguro colectivo obligatorio no es aplicable lo establecido en el artículo 699 del C. Co., numeral 1º

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ante el Tribunal Superior de Bucaramanga los cónyuges Simón S. Harker y Ana Ortiz de Harker demandaron, en acción ordinaria, al Departamento de Santander, para que se hicieran en su favor las siguientes declaraciones:

"Primera. Que tenemos derecho a reclamar para nosotros y a cargo del Departamento de Santander la cuota del seguro colectivo obligatorio correspondiente al señor Enrique Harker Ortiz, fallecido en momentos en que lo amparaba este beneficio y de quien somos sus beneficiarios en nuestra condición de padres legítimos suyos.

"Segunda. Que se mande pagar del Tesoro del Departamento de Santander y a nuestro favor la suma de novecientos doce pesos, con cincuenta centavos ($ 912.50) a que alcanza la cuota del seguro colectivo obligatorio, equivalente al valor del salario que devengaba Enrique Harker Ortiz en el término de un año".

La sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal, fue dictada acorde con las pretensiones de los actores.

El proceso ha venido en consulta a la Corte. Se ha rituado legalmente el recurso, y es tiempo de resolver en fallo definitivo la controversia.

Aparecen del expediente comprobados los siguientes hechos:

1º Que el señor Enrique Harker Ortiz era hijo legítimo de los cónyuges demandantes.

2º Que el nombrado señor Harker Ortiz prestó sus servicios al Departamento demandado desde los primeros días del mes de enero del año de 1930 hasta el 26 de abril del propio año, como obrero de la carretera "Bucaramanga-Las Bocas", con un jornal de dos pesos cincuenta centavos ($ 2.50).

3º Que en la noche del 26 de abril de 1930, embriagado con fuertes dosis de licor, se disparó un balazo que, al herirlo en la región abdominal, determinó a los dos días su fallecimiento.

4º Que el occiso, a causa de un antiguo

accidente de trabajo, se hallaba en un deprimente estado físico y moral que le impedía trabajar normalmente y lo amenazaba con la inminencia de una parálisis general.

5º Que Harker Ortiz murió soltero, y sus padres legítimos son, en consecuencia, únicos titulares del beneficio que se reclama.

Se considera:

Con anterioridad a la presente actuación judicial, los esposos Harker-Ortiz reclamaron administrativamente el pago de la correspondiente cuota del seguro colectivo obligatorio a que creen tener derecho. La Gobernación de Santander, en Resolución Nº 22 de 17 de noviembre de 1932, se abstuvo de reconocerla y pagarla, en virtud de las razones que en ella se exponen. Esta providencia fue reconsiderada y sostenida por Resolución Nº 3 de 28 de mayo de 1936; que cerró la correspondiente actuación administrativa, pues la Oficina General del Trabajo del Ministerio de Industrias se declaró sin jurisdicción para conocer de la apelación que se había interpuesto contra la primitiva Resolución 22 de 1932.

La Sala estima que el estudio de las consideraciones en que se apoya esta providencia constituye el verdadero fundamento de la decisión que ha de pronunciar, pues en ella se exponen todas las razones de orden jurídico que pueden militar en contra de la declaración del derecho que se demanda, porque si bien es cierto que el señor Fiscal del Tribunal Superior las rechazó y aceptó las de la parte actora, el señor Procurador Delegado en lo Civil no está de acuerdo con las opiniones de su inferior jerárquico, y sustenta su petición de que se revoque la sentencia de primer grado ampliando y reforzando las argumentaciones en que se apoya la Resolución del Gobernador de Santander, a que se ha hecho mérito.

Y ellas pueden concretarse así:

1ª Las leyes 37 de 1921, 32 de 1922 y 44 de 1929 se refieren al seguro colectivo. La primera establece que las empresas de carácter permanente deben efectuar, a su cargo, el aseguro de vida colectivo de sus empleados y obreros, y que los Gobiernos Nacional y seccionales, en igualdad de primas y condiciones, deben contratar el seguro de los que ocupen en análogas empresas, con algunas de las compañías nacionales que expidan y paguen sus pólizas dentro del territorio de la República. La segunda facultó a la Nación, los Departamentos y los Municipios para asumir el carácter de aseguradores de los empleados y obreros de sus empresas, haciendo apropiar las partidas correspondientes en los presupuestos respectivos. La tercera, sin alterar sustancialmente las anteriores, les hizo algunas aclaraciones y modificaciones. A su turno, la Asamblea de Santander, en el artículo 18 de la Ordenanza número 44 de 1927, adoptó expresamente para las empresas públicas de su Departamento las disposiciones legales anteriores y declaró establecido para aquéllas el seguro colectivo. Pero, en la fecha en que falleció Harker Ortiz, el ejecutivo departamental no había dado realización práctica a lo que establecían las leyes y la Ordenanza, y antes, por el contrario, había manifestado perentoriamente en el Decreto 447 de 1927 que se abstenía de hacerlo. Dada esta situación, los familiares del obrero fallecido no pueden reclamar la cuota que les correspondería, máxime si en el presupuesto de la vigencia respectiva no existe partida que atienda a tal erogación.

2ª Si las anteriores razones no fueren suficientes, aparece el argumento decisivo de que la muerte de Harker Ortiz no se produjo por accidente o por enfermedad sino por hecho voluntario suyo, a consecuencia del balazo que se disparó en momentos de exaltación producida por excesos de bebidas alcohólicas. Y el suicidio del empleado o trabajador exime necesariamente a las empresas del pago del seguro.

La Sala observa, respectivamente:

1º El artículo 18 de la Ordenanza citada dice:

"Adóptase para las empresas públicas del Departamento, como lo son las de construcción de carreteras, las disposiciones sobre seguro colectivo de que tratan las leyes 37 de 1921, 32 de 1922 y el decreto número 502 de 28 de marzo de 1923, expedido por la Presidencia de la República...".

El decreto del ejecutivo departamental, al cual también se ha aludido, declaró que "el Departamento se abstiene de establecer por ahora el seguro colectivo de que trata el artículo 18 de la Ordenanza 44 del año en curso.

Esta última disposición no puede tener otro alcance que el de los efectos administrativos que de ella podrían desprenderse dentro de la órbita fiscal del Departamento, pero no puede alegarse como causa que desvirtúe ante el Organo Judicial el reconocimiento de un derecho claramente establecido por ordenamientos jerárquicamente superiores del Poder Público. El hecho de que el Gobierno Departamental no hubiese dado cumplimiento a la Ordenanza no puede ser pretexto para desconocer los derechos que emanan de ésta. Y con mayor razón si se considera que, prescindiendo de la colisión que se presenta entre una disposición del

ejecutivo seccional y otra de la Asamblea —colisión en que por principios de hermenéutica jurídica primaría ésta sobre aquélla— existen preceptos de carácter nacional que amparan y garantizan los derechos que por ellos se reconocen, tales como las leyes sobre seguro colectivo obligatorio que se han citado.

En esta forma la Corte reproduce, aplicando a las empresas públicas, lo que dijo en anterior sentencia:

"..... conviene observar que la obligación de efectuar el seguro de vida colectivo de los empleados y obreros, en su caso, no nace de un acuerdo de voluntades que obligue a cumplir lo prometido, sino que es impuesta por la ley (artículos 1º, Ley 37 de 1921, y 7º de la Ley 32 de 1922) a 'las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existentes en el país, o que se establezcan en lo sucesivo cuya nómina de salarios sea o exceda de mil pesos mensuales'.

Pero el derecho del obrero, mejor dicho, de su cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, y herederos legítimos, lo consagra el artículo 2º de la misma ley 27 de 1921, que dice: 'El seguro no será contratado a favor de determinado individuo, sino a favor de la entidad que haga el contrato, la que cuando llegue el caso de hacer efectiva la cuota a que haya derecho por defunción de algunos de los asegurados, está obligado a pagar íntegramente dicha cuota al cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, y herederos legítimos del empleado que fallezca y cuyo nombre figure en la nómina respectiva del mes en que ocurra la defunción'.

Dedúcese de estas dos disposiciones que el cónyuge sobreviviente y los herederos legítimos del empleado y obrero que fallezca y cuyo nombre figure en la nómina respectiva del mes en que ocurra la defunción en una empresa industrial, agrícola, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existente en el país, y cuya nómina de sueldos y salarios sea o exceda de mil pesos mensuales, tienen derecho de exigir de dicha empresa el pago íntegro de la cuota correspondiente al sueldo o salario que devengaba el difunto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la misma ley 37, sin que este derecho esté sujeto a la contingencia de que la empresa deudora obligada a esa prestación haya cumplido o no la obligación del seguro que pesa sobre ella, por ministerio de la ley.

Conclusión lógica ésta, que simplemente desarrolla el contenido del viejo texto romano: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.

2º Respecto del segundo argumento de que se ha hablado, es conveniente hacer una distinción entre dos instituciones sociales, de protección a los trabajadores, bien distintas: la reparación por accidentes de trabajo y el seguro colectivo obligatorio. La primera, establecida por la ley 57 de 1915, al tenor del artículo 2º de la misma, presenta numerosas causales de excepción, y sólo se hace efectiva "cuando el accidente sea un suceso imprevisto y repentino sobrevenido por causa o con ocasión del trabajo, y que produce en el organismo de quien ejecuta un trabajo por cuenta ajena una lesión o perturbación funcional permanente o pasajera", a menos "que el accidente sea debido a culpa del obrero, o a fuerza mayor extraña al trabajo en que se produzca el accidente, o a imprudencia o descuido del operario, o a ataque súbito de enfermedad que lo prive del uso de las facultades mentales o de las fuerzas físicas o a violación de los reglamentos de la empresa". Al contrario, el seguro de vida colectivo no tiene las características restrictivas de la reparación, y para su efectividad basta con que se presente el fallecimiento del obrero o empleado, sin que sea menester considerar la causa que lo produzca. Y como dice acertadamente el Ministerio de Industrias, en providencia sobre un caso análogo al que se estudia, "el sujeto de la reparación es individual y mira directamente a la persona del obrero damnificado, mientras que el seguro es colectivo e impersonal en sí mismo.

Hecha esta distinción previa, se procede a considerar si el suicidio es evento que libre a las empresas de pagar la respectiva cuota del seguro obligatorio.

Se presenta como respuesta afirmativa lo dispuesto por el artículo 698 del Código de Comercio Terrestre: "El seguro de vida se rescinde (sic): 1º Si el que ha hecho asegurar su vida la pierde por suicidio, en duelo o en otra empresa criminal, o si fuere muerto por sus herederos..."

A esta razón observa la Sala que este precepto es aplicable al contrato de seguro bilateral, condicional y aleatorio, que reglamenta el mentado Código, y no al seguro colectivo obligatorio, estatuto jurídico bien diferente, que constituye una nueva prestación, fundada en claros motivos de interés social, impuesta a las empresas públicas y privadas en beneficio del grupo económicamente más débil de los obreros y empleados. Esta última institución está regida por disposicio-

nes especiales que no establecen la restricción hecha respecto del contrato de que se ha hablado, y, por tanto, el Juzgador no puede aplicar por analogía, como es obvio, un precepto de excepción.

El seguro colectivo obedece a consideraciones de orden público y social que hacen de él un beneficio obligatorio e irrenunciable. Para la ley es indiferente la causa por la cual fallece el empleado u obrero; ella sólo considera el problema vital que surge para la familia de éstos por la desaparición de quienes eran, seguramente, su único apoyo, sostén y ayuda. Ante la gravedad social de la miseria que invade a una familia la ley no tuvo en cuenta —y así está bien— por qué motivos, independientes de aquélla, se le ha presentado esa situación conflictiva. La institución social que se comenta no llenaría a cabalidad su cometido si los fines de protección que persigue se sometieran a ciertas consideraciones de carácter moralista, improcedentes, máxime si actualmente se admite la intención insana del suicidio, ya que la ciencia contemporánea afirma que, en su mayoría, los suicidas son seres irresponsables que obedecen, al quitarse la vida, a una ciega obsesión delirante, que aniquila y suprime el instinto de conservación presumible en todos los hombres.

Y hay más, haciendo de lado la clara diferencia que se ha establecido entre el seguro comercial y el colectivo obligatorio, tampoco sería aplicable al caso de autos el precepto del artículo 699 citado, desde luego que él se refiere al evento de que el que ha asegurado su vida la pierda por suicidio, duelo, etc., y expresamente dice a continuación que "esta disposición es inaplicable al caso de seguro contratado por un tercero"; y el artículo 7º de la ley 32 de 1922 es categórico a este último aspecto cuando expresa: "El seguro no será contratado a favor de determinado individuo sino a favor de la empresa que haga el contrato, ...". Ahora, si se trata de una empresa pública que haya hecho uso de la facultad de constituírse en aseguradora de sus empleados, como lo ha sostenido repetidamente la Oficina General del Trabajo, la empresa 'toma sobre sí el riesgo de muerte que ellos (los empleados) corren, y como ese riesgo por mandato de la ley lo debe soportar el patrono, vienen a confundirse en una misma persona los caracteres de aseguradora y asegurada".

Por modo que tratándose del seguro colectivo obligatorio no es aplicable lo establecido por el artículo 699 del C. C., numeral 1º, ya que el empleado u obrero que se suicide no ha contratado el seguro, y el asegurado (o asegurador) y beneficiario de él, como se ha visto, es la empresa respectiva, es decir, un tercero.

Lo expuesto es suficiente para concluír que los demandantes tienen derecho a que se les reconozca la suma equivalente a un año del salario que devengaba Enrique Harker Ortiz como obrero de una empresa pública perteneciente al Departamento de Santander, por concepto de la cuota del seguro colectivo obligatorio, y que la sentencia del Tribunal en que así lo resuelve, debe mantenerse.

Por todo lo cual, la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de primera instancia que en el presente juicio profirió el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga el cuatro de junio del corriente año.

Publíquese, notifíquese y cópiese. Devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCION.—FIANZA

Obligado un fiador a responder por todas las obligaciones contraídas por su fiado en el manejo de dineros públicos, en cuanto al ejercicio de su empleo y en cualquier otro a que fuere promovido, la responsabilidad del fiador cesa si, destituído el fiado de su primer empleo, es nombrado para otro diferente, pues entonces no hay promoción sino un nombramiento para distinto empleo. El artículo 2273 del C. C. establece que "la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que al tenor de lo expreso".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos treinta y siete.

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

Conoce la Sala de la apelación interpuesta por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja contra la sentencia de fecha veintiuno de julio pasado, dictada por aquella entidad en el juicio ejecutivo que el Recaudador de saldos departamentales de Boyacá adelanta contra el señor Jorge Enrique Russi, como fiador de Luis Ramírez Reyes, sentencia que declaró probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación, propuesta por el apoderado del señor Russi.

Agotada la tramitación propia de la segunda instancia, se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

Para asegurar el cargo de visitador de rentas del Círculo de Occidente, el señor Luis Ramírez Reyes, nombrado por el Gobierno de Boyacá, dio como fiador al señor Jorge Enrique Russi, quien hipotecó una finca raíz de su propiedad, denominada "Zambrano". En la escritura de aseguro el fiador se comprometió a responder: "De todas las obligaciones contraídas por su fiado, según queda dicho, y especialmente al pago de la suma de tres mil pesos ($ 3,000) moneda legal, fijada como cuantía por el gobierno del departamento y de cualquiera otra cantidad que se deduzca contra el señor Luis Ramírez Reyes. Asímismo se obliga a responder por el manejo de la persona que deje su fiado, encargada del despacho, en caso de que se le conceda licencia temporal, o en el caso de que su fiado sea promovido a cualquiera otro empleo de manejo de igual categoría en el departamento".

El 10 de junio de 1933, por medio del decreto 311, el gobierno nombró visitadores de rentas departamentales. El señor Ramírez Reyes quedó sin cargo alguno y fue reemplazado en el que desempeñaba en el Círculo de Occidente por el señor Carlos Quiñones Neira.

Posteriormente, el 27 de junio del mismo año, el señor Luis Ramírez Reyes fue nombrado visitador del Círculo de Sugamuxi, en reemplazo del señor Efraím Mojica. El señor Ramírez no prestó fianza para el desempero del nuevo cargo y el gobierno entendió que bastaba la que había otorgado cuando desempeñó el cargo de visitador del Círculo de Occidente.

Al estudiar las cuentas del visitador del Círculo de Sugamuxi, se le dedujo al señor Luis Ramírez Reyes un alcance de $ 2,772.42, que motiva el juicio ejecutivo, el cual se adelanta también contra el señor Jorge Enrique Russi, por considerarlo responsable al tenor de la escritura de fianza de que se ha hecho mención.

La excepción, propuesta por el doctor Julio C. Rojas Pinilla, apoderado del señor Russi, se funda en que la fianza otorgada para responder por el manejo del cargo de visitador del Círculo de Occidente no puede extenderse a la responsabilidad que se deriva del desempeño de la visitaduría del Círculo de Sugamuxi.

La cuestión fundamental del negocio es la de determinar si el señor Luis Ramírez Reyes fue promovido a otro cargo de igual categoría en el Departamento de Boyacá cuando desempeñaba el de visitador de rentas de Occidente, porque en ese caso sería clara la responsabilidad del fiador al tenor de la cláusula transcrita de la escritura de fianza.

De acuerdo con las pruebas que obran en autos, se deduce sin lugar a duda que no

hubo promoción, porque ésta supone el desempeño de un cargo para pasar a otro, y cuando el señor Ramírez Reyes fue nombrado para desempeñar el cargo de visitador del Círculo de Sugamuxi, no desempeñaba ningún cargo, es decir, no lo ligaba al Departamento de Boyacá vínculo jurídico de ninguna clase.

Al ser destituído el señor Luis Ramírez Reyes del cargo de visitador del Círculo de Occidente, cesó la responsabilidad del fiador señor Russi, y si el primero fue nombrado después para el desempeño de otro cargo, la fianza otorgada con anterioridad no podía extenderse a él, sin el consentimiento expreso del fiador. El artículo 2373 del C. C. establece que "la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que al tenor de lo expreso".

El señor Procurador Delegado en lo Civil aprecia de la misma manera la cuestión que se estudia. En su alegato de fecha cuatro de octubre pasado dice lo siguiente:

"La Procuraduría acepta el fallo del Tribunal de Tunja. Como puede deducirse de los hechos, el señor Luis Ramírez Reyes no fue promovido del cargo de Visitador de Occidente al de Visitador de Sugamuxi, por la sencilla razón de que al tiempo de pasar a ejercer este último cargo ya había sido separado del ejercicio del primero. La cláusula octava del contrato de aseguro del cargo no ampara sino al caso de promoción, según su texto literal, es decir, cuando fuere trasladado a otro empleo de igual categoría. Se sobreentiende que para que haya promoción y no simple nombramiento, es necesario que el empleado no hubiera perdido el cargo que venía desempeñando para el tiempo del traslado.

"Entre los caracteres de la fianza está el de ser un contrato accesorio que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de modo que no puede subsistir sin ésta. De donde se deduce que la fianza se extingue en todo o en parte por extinción de la obligación principal en todo o en parte. Por tanto, desde el momento en que Russi, en virtud del decreto 311 de 1938, fue separado del cargo de Visitador del Círculo de Occidente, por haber sido nombrado para este cargo otra persona, cesaron por completo sus obligaciones contraídas con el Departamento con motivo del ejercicio del cargo. Y dejando de existir las obligaciones que garantizaba la fianza ipso jure quedó ésta extinguida".

Por las razones anteriores, la sentencia del Tribunal es jurídica y debe ser confirmada.

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.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

DEMANDA DE RECOMPENSA, CONFORME A UNA ORDENANZA DEPARTAMENTAL, POR SERVICIOS PRESTADOS A LA INSTRUCCION PUBLICA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos treinta y siete.

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

El doctor Néstor Echeverri, como apoderado del señor Marco A. Llano, demandó al Departamento de Caldas ante el Tribunal Superior de Manizales, para que previa la tramitación de un juicio ordinario se condene a dicha entidad a pagar al señor Llano la suma de $ 2.556, por concepto de recompensa o premio por haber servido al Departamento en el ramo de instrucción pública por más de veinticinco años.

El demandante se apoyó en la Ordenanza Nº 26 de 27 de abril de 1926. La demanda fue presentada el 28 de septiembre de 1936. En esa fecha la Ordenanza citada estaba suspendida por la Ordenanza Nº 29 de 1935 y sustituídas las disposiciones referentes a la materia por la Ordenanza Nº 43 del mismo año, no obstante lo cual considera el ac-

tor que la Ordenanza Nº 26 está en vigencia y es aplicable al caso controvertido.

En el hecho 7º del libelo dice el demandante que el señor Llano formuló su petición aportando todas las pruebas que exige el decreto reglamentario Nº 815 de 1926, pero que la Gobernación del Departamento se abstuvo de proferir la correspondiente resolución, reconociendo su derecho.

El Tribunal, en sentencia de 24 de junio de este año, resolvió lo siguiente:

"El Departamento de Caldas, representado por el señor Fiscal segundo de este Tribunal, debe al señor Marco A. Llano la suma de dos mil quinientos cincuenta y seis pesos, moneda corriente, por concepto de recompensa o premio por haber éste servido a dicha entidad en el ramo de instrucción pública por más de veinticinco años. En consecuencia, dicho Departamento, representado en la forma indicada, está en la obligación de pagar, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, la aludida cantidad al citado señor Llano o a su representante legal doctor Néstor Echeverri".

La sentencia no fue apelada y subió a la Corte en consulta. Tramitada legalmente la segunda instancia, se pasa a decidir el negocio en definitiva, ya que en él no se observan causales de nulidad.

Las disposiciones sobre recompensas

Para el estudio de este asunto es conveniente la transcripción de las disposiciones dictadas sobre recompensas por la Asamblea del Departamento de Caldas.

Los artículos 63, 64 y 65 de la Ordenanza Nº 26 de 1926, dicen así:

"Artículo 63. Asígnase un premio a los empleados de la instrucción pública que tengan veinticinco años de servicio en el ramo oficial, dentro del territorio que hoy constituye el Departamento de Caldas.

"Artículo 64. El premio de que se trata será igual a treinta y seis veces el último sueldo devengado por el empleado solicitante, o sea tres años de sueldo; pero en ningún caso el monto total del premio excederá de tres mil pesos.

"Artículo 65. Los años de servicio exigidos para tener derecho al premio, se contarán desde cualquier época anterior a la presente Ordenanza y se podrán incluír servicios prestados en diversas épocas. Los que en la actualidad gozan del beneficio de jubilación no tendrán derecho a este premio".

Conforme a la Ordenanza Nº 29 de 1935, quedaron suspendidas las disposiciones de carácter departamental sobre recompensas, pensiones y jubilaciones a empleados públicos. Los artículos respectivos son los siguientes:

"Artículo 1º Mientras subsistan las condiciones especiales que el Departamento confronta para la atención oportuna de su deuda externa, prorrógase la vigencia de la Ordenanza número 22 de 1934, por la cual se prorrogó la moratoria a los municipios deudores del Departamento.

"Parágrafo 1º. La prórroga concedida por este artículo abarcará a todos los municipios que actualmente deban al Departamento.

"Parágrafo 2º. Quedan derogadas todas las ordenanzas que decreten anticipos o préstamos a los municipios del Departamento.

"Artículo 2º. Suspéndense en las mismas condiciones del artículo primero de esta Ordenanza todas las disposiciones de carácter departamental que conceden recompensas, pensiones y jubilaciones a empleados públicos, dictadas con anterioridad a la presente legislatura y deróganse todas las ordenanzas que decretan auxilios a los municipios del Departamento".

Según estas disposiciones la Ordenanza Nº 26 de 1926 quedó suspendida en la relativo a los premios o recompensas a los maestros. Pero la Ordenanza Nº 43 de 1935, que empezó a regir desde su promulgación, o sea, desde el 1º de agosto del mismo año, sustituyó los artículos 63, 64 y 67 de la Ordenanza Nº 26 de 1926 y levantó, por consiguiente, la suspensión relativa al reconocimiento de recompensas a los maestros, por cuanto reglamentó la materia y estableció para lo sucesivo normas distintas. Los artículos pertinentes dicen así:

"Artículo 139. Los artículos 63, 64 y 67 de la Ordenanza 26 de 1926 quedarán así: Los empleados de la instrucción pública que cumplan veinticinco años de servicio, en el ramo oficial dentro del territorio que hoy constituye el Departamento de Caldas, recibirán una recompensa equivalente a dos años de sueldo, sin que pueda exceder de dos mil pesos ($ 2.000.00), siempre que el beneficiado a juicio del gobierno, esté incapacitado por enfermedad o por vejez para trabajar en la instrucción pública o en otra ocupación donde pueda ganarse la vida y que, por otro concepto, no disponga de medios de subsistencia.

"Artículo 140. Los empleados de la instrucción pública que hayan servido por lo menos diez años en el ramo oficial, dentro del actual territorio del Departamento, y que por causa del mismo servicio contraigan

alguna enfermedad que los imposibilite en absoluto para continuar trabajando en cualquier ocupación donde puedan ganarse la vida, recibirán del Departamento un auxilio equivalente a un año de sueldo, sin pasar de mil pesos ($ 1.000.00). Esta cantidad se entregará a la familia del maestro en caso de muerte del mismo en ejercicio de sus funciones.

"Parágrafo. Ni este auxilio ni la recompensa de que trata el artículo anterior beneficiarán a los profesores cuando éstos hayan dedicado parte de su tiempo a actividades distintas de la educación pública.

"Artículo 141. Quedan en estos términos sustituídos los artículos 63, 64 y 67 de la Ordenanza 26 de 1926 y derogado expresamente el artículo 34 de la Ordenanza 46 de 1934".

El señor Llano se retiró del puesto que desempeñaba en la instrucción pública en Caldas en 2 de marzo de 1936. El apoderado de dicho señor solicitó durante el término de prueba de la primera instancia un certificado del Gobernador de aquel Departamento sobre si en esa fecha estaban vigentes los artículos 63, 64 y 67 de la Ordenanza número 26 de 1926 y el Decreto número 315 del mismo año, que la reglamenta. El Secretario de Gobierno encargado de la Gobernación, certificó lo siguiente, de acuerdo con lo pedido:

"Que las disposiciones a que se refiere el exhorto anterior, no estaban vigentes el 2 de marzo del presente año (1936), puesto que unas fueron suspendidas temporalmente y sustituídas otras por las ordenanzas 29 y 43 de 1935".

Conforme a todo lo anterior, se llega a la conclusión de que las disposiciones aplicables en el caso que se estudia son las de la Ordenanza Nº 43 de 1935, que reglamentan lo relativo al otorgamiento de recompensas a los maestros en el Departamento de Caldas.

La sentencia de primera instancia

El Tribunal apoya su decisión en las siguientes razones:

"Empero, se podrá legal y jurídicamente discutir contra lo que se deja expresado, que el Departamento de Caldas por medio de la Ordenanza Nº 29 de 1935 dispuso en su artículo 2º suspender todas las disposiciones de carácter departamental que conceden recompensas, pensiones y jubilaciones a empleados públicos, dictadas con anterioridad a la legislatura de ese año, y que también por medio de la Ordenanza número 43 del mismo año reformó los artículos 63, 64 y 67 de la Ordenanza 26 de 1926, para negarle el derecho de pago de la recompensa que demanda en este juicio el señor Llano? De ninguna manera, porque auncuando estos hechos son ciertos y resultan del contexto de los cánones de que se trata, sin embargo de ello en nada pueden afectar el derecho que reclama del Departamento el demandante, puesto que hasta el 24 de julio de 1935, fecha en que entró a regir la citada Ordenanza número 29, el actor había prestado al Departamento en el ramo de educación pública los servicios por concepto de maestro de escuela por más de veinticinco años, y por lo tanto este derecho adquirido bajo la vigencia de una legislación y reconocido por esa misma legislación, no se puede en forma alguna vulnerar por disposiciones contrarias que entraron a regir cuando ya se había perfeccionado este derecho bajo la vigencia de estatutos legales que debían tener estricto cumplimiento. Además, la tutela de los derechos legítimamente adquiridos bajo la vigencia de una legislación que establece la Constitución actual en su artículo 10 del acto legislativo número 1º de 1936 y que consagraba el artículo 31 de la Constitución de 1886, manda imperativamente que esos derechos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Luego, si el derecho por el servicio prestado como maestro de escuela por el señor Llano se adquirió y se perfeccionó y complementó durante la vigencia de la Ordenanza 26, estatuto ésto que creó la recompensa o el premio que demanda el actor, es claro y evidente que tal derecho así adquirido es invulnerable desde todo punto de vista y no puede quedar sometido en su ejercicio y efectividad a las nuevas modificaciones que establezca una legislación posterior".

Se observa:

La ordenanza número 26 de 1926 sobre recompensas, no es aplicable en este caso, porque cuando se inició la demanda, o sea el 26 de septiembre de 1936, dicha ordenanza estaba ya suspendida y por tanto no regía en el Departamento. Es más: las disposiciones relativas a recompensas de la mencionada ordenanza, habían sido ya sustituídas expresamente por la ordenanza número 43 de 1935, la cual varió las normas para el otorgamiento de recompensas. Es obvio que no pueden aplicarse disposiciones que carecen de vida jurídica.

La Sala no participa de las opiniones del Tribunal de primera instancia en cuanto considera que cuando se inició la demanda sobre reconocimiento de la recompensa tenía

el actor un derecho adquirido perfeccionado conforme a la legislación anterior y que por tanto, ese derecho es invulnerable. Cuando se modificaron las disposiciones de la Ordenanza número 26 de 1926 sobre recompensas, el señor Llano no tenía un derecho perfecto sino una expectativa de derecho, y conforme al artículo 17 de la Ley 153 de 1887, "las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene".

Cosa distinta ocurriría si cuando se expidió la nueva Ordenanza el señor Llano ya hubiera iniciado su demanda sobre reconocimiento de la recompensa, acompañando todos los comprobantes necesarios, porque entonces podría sostenerse que había una situación jurídica concreta que las nuevas disposiciones no podían desconocer.

La Asamblea Departamental de Caldas podía suspender, modificar y derogar las disposiciones que conceden recompensas del erario a los servidores públicos. No puede decirse que el ejercicio de esta atribución lesionara al demandante, porque éste no tenía un derecho individualizado sino la facultad de pedir una recompensa sujetándose al cumplimiento de determinadas formalidades. No es, pues, jurídica la sentencia del Tribunal.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, es de la misma opinión que la Sala. En su concepto sobre este asunto dice lo siguiente:

"El derecho adquirido de que se habla en el proceso, no es más que una situación jurídica abstracta en que se hallaba el señor Llanos durante la vigencia de la Ordenanza número 26 de 1926, que por falta del ejercicio de la facultad concedida en este acto reglamentario, dejó de convertirse en una situación jurídica concreta. Esta sí sería modificable por una nueva norma, como son las sumas recibidas por los que fueron investidos con el carácter de recompensados. La facultad para obtener recompensas nace de la Ley y muere con la derogación de ésta. Solamente sobreviven las situaciones jurídicas concretas e inviduales, que nacen del ejercicio de un poder legal o reglamentario".

Las pruebas

El artículo 189 de la Ordenanza número 33 de 1935, que es la aplicable en este caso como se ha visto, establece que la recompensa a los empleados de instrucción pública que hayan servido veinticinco años, se otorgará siempre que el beneficiado a juicio del Gobierno, esté incapacitado por enfermedad o por vejez para trabajar en la instrucción pública o en otra ocupación donde pueda ganarse la vida y que, por otro concepto, no disponga de medios de subsistencia. Sobre el cumplimiento de estos requisitos no aparece prueba de ninguna clase en el expediente y esta sola circunstancia sería suficiente para justificar un fallo adverso a la demanda.

La prueba sobre el tiempo de servicios tampoco es satisfactoria. El señor Procurador Delegado en lo Civil hizo un estudio detenido de las pruebas presentadas por el demandante para acreditar los servicios de veinticinco años en la instrucción pública presentados por el señor Marco A. Llano, y llegó a la conclusión de que sólo se había comprobado satisfactoriamente un lapso de dos años, tres meses y siete días, porque si bien es verdad que se presentaron copias de los decretos de nombramiento y de las actas de posesión de los puestos desempeñados por el señor Llano durante varios años, no se acreditó con pruebas de origen oficial el ejercicio de dichos cargos y la duración de las funciones, circunstancia indispensable de comprobar con arreglo a la doctrina establecida por la Corte en numerosos fallos. Varios testigos se refieren al ejercicio de los cargos desempeñados por el señor Llano, pero la prueba supletoria sólo puede admitirse cuando se ha establecido la imposibilidad de presentar los comprobantes de origen oficial.

Por todas estas razones se llega a la conclusión de que no puede prosperar la demanda presentada contra el Departamento de Caldas.

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 consultada y en su lugar declara que no es el caso de hacer las declaraciones pedidas en la demanda.

Queda a salvo el derecho del demandante para solicitar la recompensa de conformidad con las disposiciones que rigen actualmente sobre la materia.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES—FIANZA—PRESCRIPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO

1.—Unas son las disposiciones fiscales sobre prestación de fianzas, que exigen ciertas formalidades, y otras las reglas del Código Civil referentes a la misma materia. Las primeras que tienen por objeto obtener para el fisco la mayor seguridad, y que exigen escritura pública para el otorgamiento de cauciones de determinada cuantía, no derogan las normas de la ley civil que regulan el contrato de fianza. Así, una garantía concedida a favor del Estado, puede no reunir todos los requisitos de las leyes fiscales, y ser, sin embargo, eficazmente obligatoria para quienes la otorgan. El contrato de fianza es consensual; su prueba requiere tan sólo que conste por escrito cuando la caución exceda de quinientos pesos.—2. Antes del 1º de septiembre de 1923 no prosperaba contra los créditos del Estado sino la prescripción treintenaria de esta fecha en adelante se inicia la prescripción extintiva ordinaria de diez años.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Sigifredo Gómez se constituyó fiador solidario del señor Clodomiro Barrera, en documento suscrito en Bogotá el 17 de abril de 1915, ante el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, "para asegurar el pago dentro de noventa (90) días del alcance deducido por la Habilitación de la Gendarmería Nacional, a cargo del señor Clodomiro Barrera, por la suma de mil seiscientos doce pesos ($ 1.612.00) oro".

Como transcurriera el término de noventa días señalados en tal contrato de fianza sin que Barrera hiciese el pago, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales profirió auto de mandamiento ejecutivo, el 3 de agosto del mismo año, contra Sigifredo Gómez, para el pago de la expresada cantidad, los intereses y las costas del juicio.

Intimado el mandamiento al ejecutado, se continuó la tramitación del asunto hasta el 23 de septiembre de 1915, fecha en que quedó el negocio sin actuación alguna hasta el día 6 de julio de 1925. En el tiempo transcurrido de esta fecha hasta el 20 de mayo de 1927 se encuentran varias actuaciones, para quedar nuevamente en suspenso de esta última fecha hasta el 3 de marzo de 1931, con posterioridad a la cual se sigue una activa actuación del juicio, que arranca con el auto de 3 de marzo de ese año. El señor Sigifredo Gómez falleció en Medellín el 6 de agosto de 1933, y cuando el 10 de mayo de 1937 se reconoció al apoderado en el juicio, nombrado por sus herederos, había transcurrido un lapso de reposo que arranca del 7 de diciembre de 1934.

Se observan pues tres períodos de inactividad en el juicio: el primero, del 23 de septiembre de 1915 al 6 de julio de 1925; el segundo, del 20 de mayo de 1927 al 3 de marzo de 1931; y el tercero, del 7 de diciembre de 1934 al 10 de mayo de 1937.

El señor apoderado de los herederos de Gómez propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción de la acción ejecutiva, que se estudian en su orden.

Inexistencia de la obligación

Se aducen estas consideraciones para fundar la excepción: que por tener el señor Clodomiro Barrera constituídos fiadores suyos a los señores Rafael Galindo y José Posada T., para garantizar su manejo como habilitado de la Gendarmería Nacional, cualquier alcance que le resultara a Barrera y que éste no pagase, deberían satisfacerlo dichos fiadores, sin lugar a responsabilidad de Gómez; que el alcance de $ 11,612.00 no era líquido y definitivo; que a su cobro debía proceder un juicio de cuentas; que el alcance en cuestión, que se quiere hacer efectivo a Gómez, figura entre otros liquidados por la Corte de Cuentas, para cobrar los cuales el Juez de Ejecuciones Fiscales enderezó acción contra Barrera y sus fiadores Galindo y Posada T.; que en el documento de fianza suscrito por Gómez se expresa que quedan vigentes las fianzas constituídas por Posada T. y Galindo; que la diligencia en que Sigifredo Gómez se constituyó fiador no es efi-

caz legalmente por no haberse prestado por escritura pública.

Se observa:

Hay una notoria confusión acerca del verdadero alcance legal de la fianza prestada por Sigifredo Gómez, en relación con la que otorgaron Rafael Galindo y José Posada T.

La fianza constituída por Gómez no fue fianza de manejo o para garantizar el manejo de Clodomiro Barrera, sino una fianza especial para garantizar el pago de una suma determinada, la de $ 1,612.00, en el evento de que quien se reconoció como principal obligado no pagase en el término de noventa días. El señor Barrera tenía sus fiadores de manejo, Galindo y Posada T., y éstos debían responder, llegado el caso, de cualesquiera alcances que a Barrera le resultaran por razón del desempeño del cargo. Más tarde se le dedujeron varios, hasta por la cantidad de $ 60,000.00. Cuando en 1915 el Juez de Ejecuciones Fiscales requirió a Barrera para el pago de un alcance determinado, el de $ 1,612.00, Barrera se obligó a pagarlo en el término de noventa días, y para el caso de incumplimiento garantizó su obligación con una nueva fianza, que al efecto prestó el señor Gómez. Por haberse obligado sin reserva alguna el señor Barrera al pago de la expresada suma, reconoció la existencia legal del alcance referido, y en idénticas condiciones se obligó su fiador Gómez. Se trata pues de una obligación expresa, clara, no sujeta a condición y tan sólo sometida al vencimiento del plazo estipulado. En la diligencia de intimación del mandamiento ejecutivo a Gómez se lee: "A lo cual el señor Gómez manifestó: que no paga de contado porque espera que se haga la liquidación definitiva del alcance deducido al señor Clodomiro Barrera, para saber qué abonos hizo dicho señor". (fl. 3, Cdo. Nº 1). Es decir, al exigírsele el pago, Gómez manifestó que no lo hacía de contado porque esperaba saber qué abonos había hecho el señor Barrera, lo cual demuestra que Gómez reconoció la existencia de su obligación en los términos en que la entiende la Corte.

Siendo diferentes la fianza de manejo prestada por Galindo y Posada T. y la fianza especial otorgada por Gómez, es claro que carecen de apoyo los otros fundamentos propuestos para sustentar la inexistencia de la obligación, pues el alcance de $ 1,612.00 era líquido, reconocido así por Barrera, y su determinación no exigía un juicio previo de cuentas; ni importa que el alcance por esta suma figurase entre otros por los cuales debían responder los fiadores de manejo, porque la fianza prestada por Gómez no fue fianza de manejo sino obligación especial.

Y no es valedero el reparo de que la fianza otorgada por Gómez debió serlo en escritura pública. Unas son las disposiciones fiscales sobre prestación de fianzas, que exigen ciertas formalidades, y otras las reglas del Código Civil referentes a la misma materia. Las primeras que tienen por objeto obtener para el fisco la mayor seguridad, y que exigen escritura pública para el otorgamiento de cauciones de determinada cuantía, no derogan las normas de la ley civil que regulan el contrato de fianza. Así, una garantía concedida a favor del Estado, puede no reunir todos los requisitos de las leyes fiscales, y ser, sin embargo, eficazmente obligatoria para quienes la otorgan. El contrato de fianza es consensual, se perfecciona por el solo consentimiento; su prueba requiere tan sólo, cuando la caución excede de $ 500.00, y por aplicación de una regla general sobre prueba de las obligaciones, que conste por escrito. La fianza otorgada por Sigifredo Gómez responde a estas exigencias de la ley civil.

No prospera, por lo dicho, la excepción de inexistencia de la obligación.

Prescripción

Se hace consistir en haber transcurrido más de diez años desde cuando la obligación se hizo exigible hasta el presente. Se afirma que la prescripción no se ha interrumpido, porque la demanda no se notificó en forma legal, y porque el juicio fue abandonado por más de tres años, ya que se suspendió la actuación el 20 de mayo de 1927 y se reanudó el 3 de marzo de 1931. "De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 41 de la ley 153 de 1887, —expresa el señor apoderado—, me acojo al plazo de prescripción señalado por el artículo 2536 del C. C., que es el que rige a partir de la vigencia de la ley 42 de 1923, derogatoria del artículo 257 del C. F.".

Como el excepcionante se acoge a la prescripción del artículo 2536 del C. C., aplicable para los créditos a favor de la Nación desde la derogatoria del artículo 257 del C. F., hecha por la ley 42 de 1923, importa examinar si la prescripción alegada se consumó legalmente, como se afirma, con posterioridad al 1º de septiembre de 1923, en que entró a regir la citada ley 42.

Después de esa fecha se presentaron dos períodos de reposo en la tramitación del juicio: uno, del 20 de mayo de 1927 al 3 de mar-

zo de 1931, y otro, del 7 de diciembre de 1934 al 10 de mayo de 1937. Para que la prescripción se hubiera consumado habría sido preciso que el lapso de los diez años, a partir del 1º de septiembre de 1923, hubiera transcurrido sin que la prescripción fuese válidamente interrumpida, o porque, aun habiéndolo sido, no pudiere alegarse, por ocurrir algunos de los casos previstos como excepción en el artículo 2524 del C. C.

Las disposiciones pertinentes de dicho Código rezan:

"Artículo 2539.—La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2534".

Artículo 2534.—Interrupción civil es todo recurso judicial intentado, por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción, y ni aún él en los siguientes casos:

1º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda, o cesó en la persecución por más de tres años.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda".

Acertadamente estudia así la Procuraduría los fenómenos jurídicos de la prescripción y de la interrupción en el caso de que se trata:

"En el juicio ejecutivo que se adelantaba por virtud del mandamiento del año de 1915, entró en un período de inactividad bastante largo, pero en tal fecha no prosperaba contra los créditos del Estado sino la prescripción treintenaria. En la fecha 1º de septiembre de 1923, se inicia la prescripción extintiva ordinaria de 10 años; de esta fecha en adelante debe estudiarse el fenómeno de la interrupción.

"El día 3 o 6 de julio de 1925 se continúa la actuación en suspenso, pero esta actuación lleva un vicio fundamental que consiste en no haberse notificado el primer auto en la forma legal, o sea personalmente de acuerdo con el artículo 322 del C. J. actual o su equivalente en la legislación que regía en esa época los procedimientos judiciales, art. 89 de la ley 63 de 1905; además, y como si esto no fuera suficiente, se puede observar que con posterioridad al auto de fecha 28 de mayo de 1927, queda en reposo el negocio por un período mayor de 3 años.

"Tal interrupción, que hubiera sido eficiente sin estos vicios, no lo fue por ellos. Así, pues, la interrupción, el simulacro de interrupción que se iniciaba con la providencia de julio de 1925, no puede ser contada como tal, no puede alegarla la Nación; pero de que este recurso no haya prosperado, no se deduce, como pretende sostenerlo el excepcionante, que, en realidad, antes de cumplirse los 3 años, no se hubiera operado una eficiente interrupción; se requiere pues examinar si en los autos existe actuación antes del 1º de septiembre de 1933.

"Si la hay, pues el 3 de marzo de 1931 continúa la actuación del negocio, actuación que fue notificada personalmente al demandado señor Sigifredo Gómez según se deduce del diligenciamiento de los despachos números 44 y 46 de 10 y 25 de abril de ese año, notificación que se llevó a efecto el día 17 de agosto de 1931 (fls. 49, 51 y 22, cuaderno Nº 1º). Resta saber si del año de 1931, en adelante, ha habido en el negocio de que me ocupo algún desistimiento expreso o se ha cesado en la persecución por más de tres años, ya que en estos eventos no podrá alegarse interrupción.

"No hubo desistimiento expreso. El negocio permaneció en inactividad del 7 de diciembre de 1934 hasta el 5 de mayo de 1937, o sea hasta cuando presentaron los herederos poder, en que nombran a un abogado para que los represente en el juicio, es decir, estuvo en reposo de nuevo por algo más de dos años, pero como no alcanzó a estarlo más de tres años de que habla la ley, la interrupción que se operó el 3 de marzo de 1931, no alcanzó a ser destruída alegando la causal establecida en el numeral 2º del art. 2534 tántas veces citados".

Tampoco resulta, según lo expuesto, demostrada la prescripción extintiva de la acción ejecutiva.

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 no estar probadas las excepciones propuestas de inexistencia de la obligación y prescripción de la acción intentada, y dispone la prosecución del juicio.

Notifíquese, cópiese y publíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández. Secretario.

PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE UNA SOCIEDAD COMERCIAL

Para comprobar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial debe presentarse el certificado de que habla el artículo 40 de la Ley 28 de 1931. Sin la prueba de la existencia de una sociedad semejante falta uno de los presupuestos procesales en el juicio, o sea, la capacidad sustantiva de una de las partes en él.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Guillermo Isaza Mejía, como apoderado de la sociedad denominada "La Colombiana de Cervezas", domiciliada en Manizales, demandó al Departamento de Caldas para que se la condenase a pagar la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000.00), con sus intereses respectivos.

Como fundamento generador del derecho adujo los siguientes hechos:

Que el Departamento de Caldas compró un predio gravado con servidumbre de alcantarilla a favor de otro predio de propiedad de "La Colombiana de Cervezas"; que cuando ésta quiso hacer uso de ese derecho, el Departamento exigió la cantidad de dos mil pesos que le fueron pagados por dicha sociedad en virtud de un error de hecho; que habiéndose hecho constar en la escritura de compra de sociedad el derecho a la servidumbre, no le era dado al Departamento exigir ninguna suma por dejar ejercer un derecho adquirido justamente; que a pesar de haber habido un pago indebido, y haberle exigido al Departamento el reembolso, no fue posible que éste devuelva lo indebidamente pagado, ni constituyó un tribunal de arbitramento a que se había obligado con el demandante.

Citó en apoyo de sus pretensiones los artículos 2313 y 2315 del Código Civil, y 737 y siguientes del Código Judicial.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, por sentencia de fecha catorce de junio del corriente año, desató la litis así:

"No se hacen las declaraciones consignadas en los numerales 1º y 2º de la parte petitoria del libelo de demanda de fecha dos de febrero del corriente año. En consecuencia, se absuelve al Departamento de Caldas de los cargos que tales numerales implican".

Habiendo apelado la parte actora, subió el negocio a la Corte, donde se le imprimió la tramitación correspondiente, sin que las partes hubieran presentado nuevas pruebas.

Es la oportunidad de proferir la sentencia, propia de esta instancia, y a ello se procede, considerando:

Hay en la sentencia apelada este concepto: "En lo que respecta a la personería del representante de la Colombiana de Cervezas aparece establecida en este juicio en la forma indicada por el artículo 41 de la Ley 28 de 1931". Evidentemente, dicha capacidad procesal consta en las certificaciones visibles a folios 2 y 24 del cuaderno principal.

Falta, en cambio, la prueba de la existencia de la Compañía, y esta existencia no se presume, como ocurre cuando se trata de personas naturales.

En efecto, de acuerdo con el artículo 465 del Código de Comercio, "la sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al Código Civil".

El artículo 40 de la Ley 28 de 1931, dice: "Para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, bastará un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, ...; y que la sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara".

En estas condiciones, falta en el juicio uno de los presupuestos procesales, o sea, la capacidad substantiva de la persona demandante, lo que implica la existencia de la excepción de ilegitimidad de la personería substantiva. Esta excepción debe reconocerse, como lo preceptúan los artículos 332 y 343 del Código Judicial.

Existiendo esta excepción, es obvio que no podía entrarse a decidir sobre el fondo del derecho discutido, por lo que el fallo apelado debe reformarse para hacer esta declaración.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, admi-

nistrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada en cuanto por ella se absuelve al Departamento de Caldas, y la revoca en las demás declaraciones para decidir en lugar de ellas que reconoce la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería substantiva de la parte actora.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.).

En apelación subió este negocio a la Corte, donde se tramitó de acuerdo con las disposiciones rituarias de rigor, siendo ya la oportunidad de proferir la decisión correspondiente.

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado, dice lo siguiente:

"No se le puede negar al señor Agente Municipal de Rentas Departamentales de Buga la jurisdicción coactiva de que está investido, al tenor del art. 6º de la Ley 84 de 1915, que dice así:

'Art. 6º Los empleados encargados de la recaudación de las rentas departamentales tendrán jurisdicción para hacer el cobro de los créditos a favor del Tesoro del Departamento'.

"No puede negarse que al tenor del artículo preinserto, todo crédito que provenga del no pago de rentas o impuestos departamentales o de alcances de los empleados encargados de la recaudación de ellos, pueden ser cobrados coactivamente por los empleados encargados de la Recaudación de Rentas Departamentales, entre los cuales se encuentra el señor Agente Municipal de Rentas Departamentales de Buga, quien trajo a los autos todos los comprobantes de su nombramiento y posesión".

Lo transcrito, además de las consideraciones que al respecto hace el Tribunal, al estudiar la excepción de declinatoria de jurisdicción, es suficiente para declarar que no fue dicha excepción probada. En efecto: no hay pruebas completas indicativas de que en el juicio ejecutivo no se estaban cobrando deudas fiscales, sino de origen no oficial.

El Tribunal a quo se expresa así: "De modo, pues, que las pruebas aducidas en manera alguna sustentan la aseveración de que el empleado ejecutante carezca de jurisdicción coactiva, por no tener conexión oficial la obligación que se demanda, pues desde su origen —según la relación con que se inició esta providencia— consta plenamente lo contrario, con base en las disposiciones reglamentarias contenidas en las ordenanzas departamentales, especialmente la precitada Nº 38 de 1915, que autorizó la creación de estanquillos y la manera de asegurar su manejo...".

En relación con la otra excepción, el señor Procurador conceptúa de esta manera: "La segunda excepción, o sea la de cobro indebido, la fundamentan los ejecutados en el hecho de que la obligación que contrajeron por medio de escritura pública Nº 319, ya citada, se refiere exclusivamente a las responsabilidades de Hernando Quintero S. que le resultaron del manejo del estanquillo denominado San Antonio, y no al estanquillo llamado 'El Camino Real', pero es lo cierto que Quintero administró licores departamentales en el estanquillo de este último nombre, a virtud de la autorización que se le concedió mediante el otorgamiento de la fianza de que trata la escritura Nº 315 varias veces citada.

No acreditaron, como debieron haberlo hecho los ejecutados, que el estanquillo de "El Camino Real" fuera distinto del de San Antonio, pues, por el contrario, a fs. 14 del cua-

derno Nº 2 el señor Fiscal del Tribunal Superior fallador asevera que el estanquillo de San Antonio fue trasladado por Quintero a una calle inmediata denominada "El Camino Real" (fs. 14, cuaderno Nº 2), y esta misma identidad se destaca con plena evidencia en todos los documentos que figuran como antecedentes del respectivo auto ejecutivo (fs. 5 a 13 del cuaderno Nº 1º), pues es muy singular que los deudores no hubieran hecho reparo alguno al respecto en el momento de ser requeridos, sino que en memorial de fs. 14, cuaderno Nº 1º, manifiestan que su obligación está limitada al manejo de un estanquillo con el nombre seccional de San Antonio, justamente en este sitio".

Estas son también sustancialmente las mismas razones en que el Tribunal se apoyó para no acoger la segunda excepción.

En el salvamento de voto del magistrado doctor Luis Carlos Roldán aparece la siguiente relación que está respaldada por el certificado visible al folio 8 vto. del cuaderno de pruebas de los excepcionantes". "Por otra parte, la historia de la creación del Estanquillo denominado 'Camino Real', está diciendo no sólo que es uno muy diferente al ya existente de 'San Antonio', sino aún más, que en tanto que en éste se constituyó caución hipotecaria a favor del Gobierno Departamental, en aquél la hipoteca está constituída a favor del Agente Municipal de Rentas de esta ciudad, señor Marco A. Gutiérrez, según el certificado que corre a folios 8 vto. del expediente, indicativo de que el citado señor Gutiérrez designó al señor Víctor M. Holguín, como asentista en el mencionado estanquillo 'Camino Real', y que para asegurar su manejo en él constituyó la escritura Nº 41 de 23 de abril de 1931, ignorándose por qué motivo más tarde aparece el señor Quintero I. en este estanquillo, cuando se le dedujo el alcance en abril de 1932".

En el memorial de excepciones se afirma que la fianza se constituyó únicamente para responder por el estanquillo de "San Antonio", lo que envuelve implícitamente la negación de la caución para responder por un estanquillo distinto. Ha debido traerse la prueba de que esos estanquillos, cuyos diversos nombres dan campo a considerarlos como diferentes, correspondían en la realidad a una misma entidad.

Sólo así se habría podido aseverar sin lugar a duda que la fianza hipotecaria comprendía también el estanquillo llamado "Camino Real".

En estas circunstancias, a favor de los excepcionantes existen estas pruebas:

1º Los términos de la escritura, en la que sólo se habla del estanquillo de "San Antonio".

2º Lo que consta en el acta en que se dedujo el alcance, al cual se refiere al estanquillo de "El Camino Real".

3º La certificación de que habla el señor Magistrado disidente.

Sentado lo anterior, es justo y legal deducir que la segunda excepción aparece probada, ya que la fianza no se presume y no puede, por tanto, extenderse a más de lo que consta en el instrumento en que se constituyó (art. 2373 del C. C.).

Lo contrario sería presumir una declaración de voluntad que no está plenamente establecida.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada, en cuanto declara no probada la excepción de declinatoria de jurisdicción, y la revoca en la otra parte, para declarar probada la excepción denominada "cobro indebido" consistente en el hecho de haberse circunscrito la caución para responder solamente por el estanquillo "San Antonio".

Suspéndase el juicio ejecutivo y desembárguense los bienes sujetos a la traba.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

ACUMULACION DE AUTOS EN JUICIOS SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA

La Corte no conoce de los incidentes sobre acumulación de autos en juicios ejecutivos seguidos con jurisdicción coactiva, sino los correspondientes jueces ejecutores, de conformidad con el artículo 11 del Decreto Nº 1315 de 1936.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos treinta y siete.

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

En el juicio ejecutivo seguido por los herederos del doctor Abraham Arenas contra José Asunción Méndez, en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, el doctor Manuel Antonio Silva, como apoderado de los ejecutantes, solicitó la acumulación de este juicio con el que adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Gonzalo Jiménez como deudor principal y José Méndez S. como fiador, por haber sido embargados los mismos bienes en ambos juicios.

Los autos fueron enviados a la Corte para que conozca del incidente de acumulación. Tramitado legalmente, se pasa a resolver lo que sea pertinente.

El señor Procurador Delegado en lo Civil conceptuó que la Corte no es competente para decretar la acumulación, "por no estar dentro de los límites establecidos por el artículo 1060, en relación con el numeral 5º del artículo 36 del C. J.", sino el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, de acuerdo con el artículo 405 del mismo Código.

Se observa:

El artículo 11 del Decreto Nº 1315 de 1936, dice lo siguiente:

"Las demás incidencias que en estos juicios se promuevan como las de desembargo, nulidad de lo actuado, acumulación de autos, 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".

No es, por tanto, competente la Sala de Negocios Generales de la Corte para conocer de la solicitud de acumulación hecha por el doctor Silva.

Antes de la vigencia del Decreto Nº 1315, podía sostenerse, no obstante no haber en las leyes de procedimiento una disposición especial, que de esta clase de solicitudes en los juicios ejecutivos de la Nación por jurisdicción coactiva, debía conocer la Corte, ya que al decretar la acumulación, uno de los juicios continuaría como principal y el otro como tercería, incidente este último cuyo conocimiento le corresponde a esta entidad por disposición expresa. Así lo resolvió la Sala en auto de fecha doce de marzo de 1936. (Gaceta Judicial, Nros. 1907 y 1908, pág. 486). Pero en atención a la terminante disposición que se ha transcrito, en la cual no se hace distinción de ninguna clase, no hay duda de que la decisión de las solicitudes de acumulación está adscrita a los funcionarios ejecutores. Es obvio que una vez decretada la acumulación, de la correspondiente tercería conoce la Corte, teniendo en cuenta la cuantía.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador, se abstiene de conocer de la solicitud de acumulación de que se ha hecho referencia, por carecer de jurisdicción. Envíense los autos al señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

JURISDICCION DE LA CORTE PARA CONOCER DE INCIDENTES Y RECURSOS EN JUICIOS EJECUTIVOS POR PROCEDIMIENTO COACTIVO

Dentro del actual sistema legal se presentan para el particular interesado dos vías de defensa para la revisión o declaratoria de inexistencia de los recaudos fiscales que él considere se le exigen debidamente. Con anterioridad al cobro ejecutivo, el particular puede acudir a los tribunales administrativos, a fin de obtener la revisión de la respectiva providencia de las autoridades fiscales. Sobre los mismos puntos materia de la decisión de aquéllos no puede el particular proponer excepciones en el juicio que como consecuencia de la sentencia de la jurisdicción contenciosa administrativa se le siga por los funcionarios recaudadores, pues ello implicaría una manifiesta violación del artículo 93 de la ley orgánica de lo contencioso administrativo (Ley 130 de 1913), ya que esta disposición establece que las sentencias definitivas proferidas por tales tribunales no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. Pero si el particular interesado no hizo uso del trámite administrativo, bien puede, en cuanto ello no choque con las atribuciones privativas de las oficinas fiscales, ejercitar ante la jurisdicción común, con posterioridad a la iniciación del juicio ejecutivo, los medios de defensa que sean conducentes. Aun si se ha hecho uso del recurso administrativo, y luégo de la decisión de éste, se presentan durante la ejecución defensas basadas en hechos o en motivos distintos de los que fueron considerados por los tribunales administrativos, la justicia ordinaria puede conocer y decidir de ellos, sin que esto implique revisión de las providencias administrativas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Contra el señor Efraín González el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad libró orden de pago, por vía ejecutiva, por la cantidad de ciento treinta y un pesos diez centavos ($ 131.10), más los intereses legales de ella y las costas judiciales de cobranza.

La ejecución se basa en el auto de fenecimiento número 2528, de 5 de octubre de 1933, de la Contaduría General del Departamento de Cundinamarca, confirmado por el Tribunal Seccional Administrativo de Bogotá en providencia de 15 de marzo de 1934, que feneció las cuentas que González rindió, como Tesorero del Tranvía Municipal de Bogotá, en los meses de noviembre y diciembre de 1931, con un alcance de $ 131.10.

En tiempo hábil el ejecutado propuso excepciones que le fueron decididas adversamente por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia de 28 de agosto pasado, de la cual apeló el interesado.

Tramitado el recurso en esta Sala de la Corte, y satisfechas las ritualidades procesales, se procede a fallarlo.

El escrito de excepciones puede compendiarse así:

El alcance proviene de una cuenta pagada a los señores J. M. Escobar & Cía. por valor de unas botellas de champaña y otros gastos análogos que se hicieron con motivo de la inauguración de una nueva línea del tranvía municipal. El auto de fenecimiento se fundó erradamente en que tal gasto es violatorio de lo dispuesto por los numerales 2º y 5º del artículo 171 del C. P. y M., cuando estas disposiciones, por virtud de la ley 72 de 1926, no son aplicables al Municipio de Bogotá. Tal erogación fue hecha con autorización de la Junta Directiva, el Gerente, el Administrador y el Auditor de las Empresas Municipales, y estos funcionarios procedieron de conformidad con las facultades que les confería el Acuerdo Municipal número 15 de 1925, en desarrollo de la ley citada. Las Empresas Municipales de Bogotá tienen un carácter comercial, que no armoniza con la prohibición del artículo 171 del C. P. y M. Por esta razón, el Consejo ha dictado Acuerdos que decretan gastos semejantes al que motivó la glosa en referencia.

La Sala estima que antes de estudiar a fondo las excepciones alegadas, es necesario hacer algunas consideraciones que precisen y delimiten el alcance jurisdiccional atribuído a la Corte para conocer de los incidentes y recursos que se presenten en los juicios ejecutivos por procedimiento coactivo.

En esta clase de actuaciones, la ley establece dos vías jurisdiccionales para que el particular interesado pueda hacer valer sus derechos que estime conculcados: El trámite contencioso administrativo y la jurisdic-

ción ordinaria. Con frecuencia este hecho genera situaciones un tanto confusas en lo tocante a la competencia que para conocer en un determinado caso tengan las dos jurisdicciones y surge el problema de saber hasta qué puede actuar la justicia ordinaria sobre negocios ya decididos por los tribunales administrativos.

Obedecen estos fenómenos posiblemente a que la innovación establecida en la costumbre jurídica del país por la creación de éstos últimos no ha sido suficientemente estudiada por la doctrina y la jurisprudencia. Y algunas disposiciones sobre procedimiento, basadas no en un criterio científico sino en mero casuismo legal, contribuyen a hacer más complejo el problema. En tratándose de los juicios ejecutivos, si bien es cierto que algunos preceptos establecen que los tribunales administrativos son competentes para determinar la legalidad de las resoluciones de las autoridades fiscales sobre multas, impuestos y alcances, el Código de procedimiento civil atribuye a la justicia ordinaria el conocimiento de los incidentes de excepciones y de las apelaciones que en estos juicios especiales se presenten, y comprendiendo la noción legal de excepción un contenido general tan lato como el de "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de una obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió", se ve cómo es difícil la solución de estos conflictos dentro del terreno de la legalidad.

Para la interpretación de estos textos conviene adoptar un criterio jurídico y práctico a la vez. Es indudable que dentro del actual sistema legal se presentan para el particular interesado dos vías de defensa para la revisión o declaratoria de inexistencia de los recaudos fiscales que él considere se le exigen indebidamente. Con anterioridad al cobro ejecutivo, el particular puede acudir a los tribunales administrativos, a fin de obtener la revisión de la respectiva providencia de las autoridades fiscales. Sobre los mismos puntos materia de la decisión de aquéllos no puede el particular proponer excepciones en el juicio que como consecuencia de la sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa se le siga por los funcionarios recaudadores, pues ello implicaría una manifiesta violación del artículo 93 de la ley orgánica de lo contencioso administrativo (130 de 1913), ya que esta disposición establece que las sentencias definitivas proferidas por tales tribunales no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. Pero si el particular interesado no hizo uso del trámite administrativo, bien puede, en cuanto ello no choque con las atribuciones privativas de las oficinas fiscales, ejercitar ante la jurisdicción común, con posterioridad a la iniciación del juicio ejecutivo, los medios de defensa que sean conducentes.

Y es más, la Sala estima que aún si se ha hecho uso del recurso administrativo, y luégo de la decisión de éste, se presentan durante la ejecución defensas basadas en hechos o en motivos distintos de los que fueron considerados por los tribunales administrativos, la justicia ordinaria puede conocer y decidir de ellos, sin que esto implique revisión de las providencias administrativas.

Esta interpretación parece ser la que más armoniza con las disposiciones, hasta cierto punto contradictorias, que se han mencionado y la que, al buscar un mejor entendimiento de dichos textos, viene a clarificar un tanto la confusa situación jurisdiccional a que se ha aludido.

Aplicando los principios enunciados al caso de autos, se tiene:

Los hechos en que funda su defensa el excepcionante fueron ya objeto de decisión por parte del Tribunal Seccional Administrativo de Bogotá. Este, en providencia de 15 de marzo de 1934, después de estudiar los reparos que González hacía al auto de fenecimiento de la Contaduría Departamental, reparos que son los mismos que se alegan en la presente incidencia, confirmó tal proveído. El excepcionante no aduce ante la Sala ningún otro hecho extintivo de la obligación que surge de tales providencias, y se limita a repetir las argumentaciones que a su tiempo no halló suficientes la justicia administrativa. Por tanto, el Organo Judicial no tiene facultad para considerar las excepciones propuestas, pues los motivos y las tesis de derecho en que se apoyan, fueron ya estudiados y resueltos en autoridad de cosa juzgada por otra jurisdicción.

La sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que declara infundadas las excepciones propuestas, se halla conforme a derecho, y, en tal virtud, debe mantenerse.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada y declara que son improcedentes las excepciones presentadas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

DEMANDA SOBRE DERECHO AL USO DE UNAS AGUAS Y SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. SENTENCIAS CONSULTABLES—REQUISITOS PARA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE ADMINISTRACION—USO DE LAS AGUAS POR LOS PROPIETARIOS DE LOS PREDIOS RIBERANOS Y LIMITACION DE ESTE USO POR EL ESTADO—DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE SUS AGENTES

1.—Las sentencias que deben consultarse son aquellas que, con arreglo al artículo 508 del C. J., declaran alguna obligación a cargo del Estado, de los Departamentos o de los Municipios en primera instancia. Es necesario que las sentencias sean condenatorias para que sean consultables. Aquellas que se limitan a reconocer un derecho, o sean, las declarativas de una situación jurídica, que en nada afecta ni menoscaba el patrimonio de la Nación, los Departamentos o los Municipios, no son susceptibles del recurso de consulta. Con todo, si por las consecuencias de la declaración puede resultarle a la Nación, a los Departamentos o a los Municipios una obligación a su cargo, la consulta es procedente. 2. Para que exista responsabilidad por parte del Estado por los actos de la administración, es necesario que concurran estos requisitos: 1º. La existencia de un perjuicio material cierto, que se haya causado por el hecho de un agente público en ejercicio de sus funciones. 2º. Que ese hecho o acción constituya culpa de parte de la administración. 3º. No tiene facultad el Gobierno para impedir a un propietario ribereno el uso de su derecho cuando no contraría los reglamentos establecidos en virtud de la autorización de la Ley 113 de 1928. 4º En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. Esta doctrina tiene su apoyo en los artículos 2341 y 2347 del C. C. 5º No existe acción de repetición por parte de la administración contra su agente autor de un hecho culposo, en cuanto a la indemnización pagada a la víctima del perjuicio causado, pues eso sería pretender que ese hecho le es personal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre diez de mil novecientos treinta y siete.

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

El señor Pedro Manuel Dávila demandó ante el Tribunal Superior de Santa Marta a la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, sea condenada en los términos de las siguientes declaraciones:

"Primera. Que como riberano de la Quebrada de Orihueca —riachuelo situado en el Corregimiento de este nombre, Municipio de Ciénaga o San Juan de Córdoba, de este Departamento—, cuyas aguas nacen en la Sierra Nevada de Santa Marta y mueren en la Ciénaga Grande, tenía yo el diez y nueve de agosto del año de mil novecientos veintinueve y antes de esa fecha, y he tenido con posterioridad a ella, y sigo teniendo hasta el día en que pierda el susodicho carácter de riberano, derecho al uso conveniente de las mencionadas aguas, para los menesteres domésticos, para abrevar animales y para regar las plantaciones de la heredad riberana correspondiente, de que en parte era usufructuario, en parte propietario en la fecha dicha, y que hoy me pertenece en propiedad, o que, en subsidio de esto, poseía y poseo como dueño y como cultivador de baldíos nacionales, por los siguientes linderos: Norte, quebrada de Orihueca en medio, terrenos ocupados por J. Noguera Angulo (José Manuel Noguera Angulo), cultivos de Patrocinio Valencia Hermano y cultivos de bananos de Atilio A. Correa & Cía.; Sur, terrenos de Magdalena de Castañeda, cultivos de bananos de la finca de Atilio A. Correa & Cía.: Este, potreros de mi propiedad (del comprador Pedro Manuel Dávila: dice la escritura pública Nº 389, de fecha 13 de mayo de 1929, Notaría segunda de esta ciudad), cultivos de bananos de Atilio A. Correa & Cía. y potrero de J. Noguera Angulo, el mismo antes mencionado, y Oeste, con terrenos ocupados por Gutiérrez Hermanos, otros colonos y fincas de bananos de Atilio A. Correa & Cía. y cultivos de bananos de las fincas "Bretaña" y "Córdoba-bis" de la misma sociedad.

"Parágrafo. Que los linderos expresados, que son los que constan en la escritura pú-

blica N° 380, de fecha 13 de mayo de 1929, Notaría segunda de esta ciudad, corresponden o equivalen hoy a los siguientes linderos generales que detalladamente dan los peritos de la inspección ocular que en documentación original acompaño: "Por el Norte, quebrada de Orihueca aguas abajo, en medio, con tierras de "San Luis" de Guillermo Bustamante y José M. Noguera (José Manuel Noguera Angulo), hasta encontrar el potrero "Sol María" del mismo Noguera y de Nicolás Dávila; sigue este potrero, volviendo a tomarse la quebrada nombrada, aguas abajo, hasta encontrar (o a encontrar) las tierras ocupadas por Roberto Díaz Granados, siguiendo nuevamente dicha quebrada aguas abajo; por el Este, "La Circasia" de Campo Hermanos y propiedades de Atilio A. Correa & Cía. llamadas "Isabelita Domínguez", "Bretaña" y "Córdoba", y terrenito de los Valencias; por el Sur, propiedades de la viuda de Castañeda (Magdalena de Castañeda) y "El Paraíso" de Correa & Cía., y por el Oeste, la cordillera o terrenos baldíos y tierras ocupadas por Pedro Martínez, Manuel Acuña, Manuel de la Cruz, Tomás Carrillo, Leonardo Díaz y Toribio Acosta"; que son porciones de este predio las divisiones **La Estrella, La Victoria, La Perla** y demás descritas en el hecho segundo de este libelo; riberanas todas de la quebrada de Orihueca mencionada, y que dentro de él existían el día diez y nueve de agosto de mil novecientos veintinueve ciento noventa (190) hectáreas de plantaciones de bananos y sesenta (60) de pastos.

"**Segunda.** Que el derecho expresado, ora se le considere como verdadera servidumbre (un río es un predio de propiedad nacional), según doctrina del Código Civil, o ya como un derecho real de uso, **sui-géneris**, supone el de emplear los medios necesarios para ejercerlo, o sea el de abrir una **bocatoma**, toma o bocacaz en la ribera de la quebrada de Orihueca —lugar adecuado al caso— para dar entrada a parte de sus aguas y comunicar aquella abertura con un canal o cauce artificial, construído a mis expensas, para de este modo poder regar las plantaciones del mencionado predio riberano.

"**Tercera.** Que por el ejercicio de los derechos expresados en las peticiones primera y segunda, los baldíos nacionales adyacentes están sujetos a favor de mi predio dicho, a la servidumbre legal de acueducto, "que consiste en que puedan conducirse las aguas por la heredad sirviente", excavando en ella bocatoma o bocacaz y el canal consiguiente; si dentro del terreno riberano mismo (el descrito en la petición primera), no es posible, como no lo es, por razón de su conformación topográfica, captar sin maquinaria las aguas necesarias para el cultivo de sus plantaciones.

"**Cuarta.** Que como propietario, o en subsidio como poseedor, del predio mencionado en la petición primera, o en subsidio de todo como dueño de plantaciones establecidas en baldíos con anterioridad al año de 1920, no sólo he sido dueño de los derechos expresados en las tres peticiones anteriores (Art. 670 del C. C.), sino que los he ejercido o tenido como poseedor durante más de un año, antes del diez y nueve de agosto de mil novecientos veintinueve, tranquila o pacíficamente y no interrumpidamente; por haber regado, durante todo ese tiempo y en la forma dicha, las ciento noventa (190) hectáreas de cultivos de bananos en producción de que hablo en el parágrafo de la petición primera, con las aguas de la mencionada quebrada o riachuelo de Orihueca, captadas por medio de una bocatoma o bocacaz o toma —sin obra alguna dentro del lecho o cauce de la misma— y conducidas por un canal, cuyo curso se indica en el plano adjunto.

"**Quinta.** Que la Nación, obrando por medio de su Ministro de Industrias, quien ordenó el hecho al señor Gobernador del Departamento del Magdalena, y lo hizo ejecutar por medio del Jefe de la Comisión de Baldíos y del Alcalde del Municipio de Ciénaga, terraplenó el día diez y nueve de agosto de mil novecientos veintinueve, la bocatoma o bocacaz susodicha y, estancando así las aguas de la quebrada de Orihueca, que por allí entraban, privó de su beneficio al mencionado predio cultivado de bananos y pasto artificial, y que este hecho se llevó a cabo fuera de todo mandato legal, y sin previo juicio, sostenido contra mí, en que ello se ordenara y encomendara luego al mencionado funcionario nacional (Ministro de Industrias), mediante las fórmulas judiciales del caso.

"**Sexta.** Que a consecuencia de este hecho he sufrido, comprendiendo el daño emergente y el lucro cesante, los perjuicios que se especifican y avalúan en la adjunta inspección ocular, por valor de más de trescientos mil pesos, y los demás que se me siguen causando; o sean los siguientes daños;

"**Daño emergente:** Total y definitiva pérdida de ciento cincuenta y cinco hectáreas de bananos, que equivalen a un capital de .....$ 150.000

"Pérdida parcial de cuaren-

ta hectáreas más (no avaluada directamente esta pérdida en la inspección)	20.000
"Lucro cesante: mayores gastos en el terreno a consecuencia de la pérdida de las 150 hectáreas	39.000
"Otros gastos por idéntica causa	7.500
"Parte proporcional de los gastos anteriores, que ascieden a $ 46.500, correspondiente a la pérdida parcial de las cuarenta hectáreas no perdidas aún cuando se pasó la inspección ocular.	12.919
"Producto líquido de la finca en un año, contado desde el día en que se le pongan las aguas hasta el día en que comience a producir de nuevo (descontando todo gasto ordinario)	65.492.70
"Producto líquido igualmente perdido desde enero en que se empezó a perder la producción de las 150 hectáreas hasta el día de la inspección (24 de abril)	17.631.58
"Pérdida de la producción de las mismas 150 hectáreas desde el 24 de abril ppdo. hasta el 24 de julio en curso (no avaluado este renglón por los peritos)...	17,631.58
"Pérdida de la producción en las cuarenta hectáreas, del 24 de abril al 24 de julio (no avaluado este perjuicio en la inspección, por no haberse sufrido en la fecha)....	4.499.50
Suman .....$	334.671.36

"Séptima. Que la Nación está obligada a pagarme el valor íntegro de esos perjuicios, dentro de los seis días siguientes a la notificación de la respectiva sentencia (Art. 869 del C. J.)".

Los hechos fundamentales de la demanda se pueden sintetizar así:

Que desde el 19 de agosto de 1929 es y era dueño del predio descrito en el número primero de la parte petitoria y que tal predio está compuesto de las divisiones de "La Estrella" y "La Perla" y dos terrenos más, uno de ellos cultivado con pastos con una cabida de 16 hectáreas; que en subsidio es poseedor durante un lapso mayor de un año anterior al 19 de agosto de 1929, o poseedor del usufructo de "La Estrella", "La Victoria" y "La Perla" a partir del 19 de agosto de 1929, o en último subsidio, que el predio total y también cada una de las divisiones de que se habló son riberanas de la quebrada de Orihueca; que por la conformación topográfica del predio en general y de sus diferentes divisiones, no es posible captar las aguas de la quebrada de Orihueca en un lugar distinto de aquel en que se tomaban el 19 de agosto de 1929, por medio de la bocacaz que fue cerrada; que durante un año anterior al 19 de agosto de 1929, el demandante era poseedor de la bocacaz referida y del canal que lleva las aguas al predio citado y a sus divisiones; que el 19 de agosto de 1929, el señor Alcalde del Municipio de Ciénaga, en asocio de otro funcionario y por orden del Ministerio de Industrias, cerró la bocacaz y terraplenó el canal de que habla esta demanda; que el Presidente de la República autorizó o ratificó aquel acto; que por tal motivo perecieron las plantaciones de banano que el demandante tenía en el referido predio riberano; que la bocacaz y canal citado fueron construídos por el señor Modesto A. Correa para regar el predio de "La Estrella" que fue de su propiedad, aunque en esa época no era riberano de la quebrada de Orihueca y que al venderle dicho Correa esta finca que el demandante agregó a "La Victoria", su potrero anexo y otros predios, le vendió igualmente dichos bocacaz y canal, y le hizo tradición de ellos en las dos terceras partes, y que la otra tercera parte del canal perteneció a Carlos Julio Reyes y Sóstenes Sabarain, primeramente, y luégo sólo a éste último, por compra que le hizo a aquél, y por haber obtenido ellos un permiso para regar el predio denominado "La Victoria" que le fue vendido con los derechos de la tercera parte del canal y bocatoma.

En sentencia de fecha veinte de abril del año pasado, el Tribunal negó las peticiones tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y parágrafo de la primera, y por tanto, absolvió a la Nación del pago de los perjuicios reclamados. En cuanto al primero y al segundo punto petitorio de la demanda, la sentencia declara "que el señor Pedro Manuel Dávila como propietario de cultivos ribereños de la quebrada de Orihueca tenía cuando le fue cerrada la toma derecho a usar las aguas de dicha quebrada para regar sus plantaciones".

El fallo fue apelado por la parte demandante. Surtida la tramitación legal propia

do la segunda instancia, llegó el negocio al estado de decidirlo en definitiva, sin que en él se observen causales de nulidad. Durante el término correspondiente se practicaron las diligencias pedidas por el apoderado del actor, quien alegó de conclusión y pidió la revocatoria de la sentencia de primera instancia, para que se hagan en cambio las declaraciones demandadas. El señor Procurador Delegado en lo Civil solicitó la confirmación de la providencia apelada y sintetizó su concepto en las siguientes conclusiones:

"1ª Que el demandante señor Pedro Manuel Dávila no adquirió derecho alguno a la captación de aguas de la quebrada de Orihueca proveniente de la Resolución Nº 124 de 1926, dictada por el Ministerio de Industrias en favor de Sóstenes Sabarain y Carlos Julio Reyes, pues cuando más adquirió del primero un derecho de mitad proindiviso, provisional y por lo tanto temporal, que fue anulado por sentencia del Consejo de Estado.

"2ª Que el demandante no adquirió el cauce o canal para conducir las mismas aguas a las 150 hectáreas indeterminadas en terrenos baldíos cultivados por Sabarain y Reyes.

"3ª Que el demandante no adquirió tampoco la servidumbre de acueducto para conducir dichas aguas.

"4ª Que el demandante no es propietario riberano de la quebrada de Orihueca, ni lo era el 19 de agosto de 1929, ni antes de esta fecha.

"5ª Que tampoco aparece acreditado el hecho de ser poseedor riberano de la misma quebrada en las expresadas épocas.

"6ª Que no está acreditada su calidad de poseedor del usufructo de "La Victoria", "La Estrella" y "La Perla", a partir del 19 de agosto de 1929.

"7ª Que no es dueño ni siquiera poseedor de la bocacaz y el cauce o canal de que trata este juicio, ni lo era el 19 de agosto de 1929 ni con anterioridad a tal fecha".

I

La contestación de la demanda

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta, contestó la demanda del señor Dávila en los siguientes términos:

"Convengo en las declaraciones 1ª, 2ª, 3ª y 4ª; respecto de la 5ª estimo que no se declare que "el hecho se llevara a cabo fuéra de todo mandato legal"; convengo respecto al sexto que los perjuicios se refieran al daño emergente sobre la pérdida de las ciento cincuenta hectáreas y nada más; con respecto al séptimo, que se reduzca el reclamo a la pérdida de las 150 hectáreas.

"Sobre los hechos, convengo en los relatados en los puntos: **primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno**; respecto al **décimo**, le doy asenso pero a condición de que se pruebe; respecto al **undécimo**, lo dudo; al **duodécimo**, convengo en que la plantación de banano se perdió; convengo en el **décimotercero**; el **décimocuarto**, se contesta diciendo que el derecho que el Gobierno les concedió a Julio Reyes y Sóstenes Sabarain por medio de la Resolución número 124 del Ministerio de Industrias de 11 de junio de 1926, se declaró nulo y sin valor ni efecto por la sentencia de 29 de abril de 1929, del Consejo de Estado.

"Respecto al derecho digo que: a condición de que se pruebe que la Nación o los agentes de ella, debidamente autorizados, tuvieron la culpa en la pérdida de la plantación bananera del señor Dávila, admito el derecho de los artículos 2341 y 2348 del Código Civil. La segunda consideración es corriente; la tercera consideración no se acepta sino a condición de que se demuestre que la Nación es responsable de obligación que hubiere nacido a consecuencia de un hecho que hubiere inferido daño a otra persona según el artículo 1494 del C. C. Considero exóticas las consideraciones 4ª a 9ª por extrañas al punto principal de la cuestión".

Al alegar de conclusión dijo el mismo funcionario lo siguiente:

"Al dar contestación a la demanda que el señor Pedro Manuel Dávila presentó contra la Nación para que se le condene al pago de $ 334.670.36, por los perjuicios que sufrió en sus predios denominados "La Estrella", "La Victoria" y "La Perla", en el Corregimiento de Orihueca del Municipio de Ciénaga, por habérsele terraplenado la bocatoma y parte del canal que tenía para regar su predio cultivado de bananos y pastos artificiales, el día 19 de agosto de 1929 por el señor Alcalde de Ciénaga en asocio del Jefe de la Comisión de Baldíos, obedeciendo órdenes e instrucciones del Ministerio de Industrias, dije que no debía hacerse la 5ª declaración que pedía el demandante, porque consideré que el hecho no había sido cumplido fuéra de todo mandato legal; y convine respecto a la sexta declaración, que los perjuicios se refieran solamente al daño emergente sobre la pérdida de 150 hectáreas del predio y nada más; y con respecto a la séptima declaración, que se redujera el reclamo a los solos perjuicios de la pérdida de las 150

hectáreas del predio del demandante. Con respecto a los hechos, el suscrito se remitió a la prueba del décimo, que ha probado el actor con suficientes elementos, y sobre el décimocuarto, se observa que habiéndose cumplido el hecho que generara los perjuicios del demandante cuando ya se había declarado nulo el permiso de captar las aguas de la quebrada de Orihueca, dado a Julio Reyes y Sóstenes Sabarain, sentencia de 29 de abril de 1929 del Consejo de Estado, no puede afirmarse que el mandato de cerrar la bocatoma fuese ilegal; otro es el derecho que puede tener el señor Dávila como ribereño de la quebrada para establecer o hacer las obras necesarias para tomar las aguas que corran por entre dos heredades y por el cauce artificial construído a expensas suyas; artículos 894 y 895 del Código Civil; de modo que si la nulidad de aquel permiso no debe confundirse con el hecho de terraplenar la bocatoma, que fue tanto como negar a Dávila el ejercicio del derecho a tomar las aguas que corren por su heredad y por el cauce artificial que construyera a sus expensas, lo que fue contra el texto del artículo 892 del Código Civil, y el de los artículos 894 y 895 ibidem, no hubo razón legal para el mandato, y la pérdida de las ciento cincuenta hectáreas de banano del predio de Dávila, ocasionada por la falta del riego, fue obra de la culpa en que incurrieron los ejecutores de la terraplenada y sus mandantes, que por ser agentes del Gobierno Nacional éstos y del Municipio el Alcalde, están obligados a la indemnización del daño o perjuicio, según los artículos 2343 y 2344 del Código Civil, mas como esos perjuicios sólo los considero habidos respecto a las ciento cincuenta hectáreas cultivadas de bananos, sostengo que en caso de condena de la Nación, no deberá llevarse a más de esta cantidad".

Como se ve por lo anterior, el representante de la entidad demandada aceptó los hechos en que se apoya la acción, circunstancia que relevaría a la parte demandante de toda prueba si el juicio no fuera dirigido contra la Nación. Pero como las confesiones de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a la parte que representan, conforme al artículo 170 del C. J., es necesario entrar en el análisis de las pruebas que obran en el expediente.

II

La jurisdicción de la Corte

La sentencia del Tribunal, de conformidad con los puntos primero y segundo de la demanda, "declara que el señor Pedro Manuel Dávila como propietario de cultivos ribereños de la quebrada de Orihueca tenía cuando le fue cerrada la toma derecho a usar las aguas de dicha quebrada para regar sus plantaciones".

El fallo no fue apelado por el Fiscal, sino por el demandante. La apelación sólo puede referirse a la parte desfavorable a éste, o sea, a la que niega las demás peticiones de la demanda, de conformidad con el Art. 494 del C. J., que dice así:

"La apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso, salvo que, a virtud de la reposición, sea preciso hacer modificaciones a esta parte sobre puntos íntimamente relacionados con la otra".

Con relación a la parte no apelada de la sentencia, estima el señor Procurador que por tratarse de una declaración, revisable por vía de consulta, por cuanto que ella puede afectar intereses de la Nación, y ha sido dictada en juicio contra ésta, debe enviarse el expediente al Tribunal fallador, para que ordene la consulta.

Se observa:

No es necesario enviar el expediente al Tribunal para que ordene la consulta, tratándose de una providencia revisable por medio de este recurso, porque la Corte puede avocar el conocimiento del negocio en estos casos, teniendo en cuenta que la jurisdicción para conocer de ellos se la da la ley y no el Tribunal sentenciador.

Con arreglo al artículo 508 del C. J., deben consultarse con el superior "las sentencias que declaran alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios en primera instancia".

De manera que se necesita que las sentencias "declaren alguna obligación" contra las entidades expresadas, es decir, que sean condenatorias, para que sean consultables. Aquellas que se limitan a reconocer un derecho, o sean, las declarativas de una situación jurídica, que en nada afecta ni menoscaba el patrimonio de la Nación, los Departamentos o los Municipios, no son susceptibles del recurso de consulta.

Esta es la doctrina general que ha sostenido la Corte. Sin embargo, es preciso examinar si por las consecuencias de la declaración puede resultarle a la Nación una obligación a su cargo, porque en ese caso, la consulta es procedente.

En el asunto que se estudia, la sentencia declara que el señor Pedro Manuel Dávila

tenía, como propietario de cultivos ribereños a la quebrada de Orihueca, cuando le fue cerrada la toma, derecho a usar las aguas de dicha quebrada para regar sus plantaciones.

La declaración precedente es la base para decretar la obligación de indemnizar perjuicios, si éstos aparecen comprobados y si por otra parte la providencia que ordenó el cierre de la bocatoma constituye una extralimitación de funciones de parte de la administración. Por consiguiente, como la declaración hecha por el Tribunal puede afectar indirectamente el patrimonio de la Nación, debe ser revisada por la Corte por vía de consulta. En esta forma cree la Sala interpretar acertadamente el espíritu de la disposición mencionada que tiende a rodear de las mayores garantías los intereses de las entidades de derecho público.

Por todo lo anterior se llega a la conclusión de que la Corte tiene jurisdicción para entrar a conocer por vía de consulta de la parte de la sentencia de primera instancia que no fue apelada y que acogió las peticiones primera y segunda de la demanda.

III

Las pruebas

Para que exista responsabilidad por parte del Estado por los actos de la administración, es necesario que concurran estos requisitos: 1º La existencia de un perjuicio material cierto, que se haya causado por el hecho de un agente público en ejercicio de sus funciones. 2º Que ese hecho o acción constituya culpa de parte de la administración.

A continuación se examinan las pruebas presentadas por el actor, para saber si se han establecido en este juicio los requisitos que se han mencionado.

Las providencias que ocasionaron los perjuicios.—El Ministerio de Industrias, por Resolución Nº 124 de 11 de junio de 1926, concedió a los señores Sóstenes Sabaraín y Carlos Julio Reyes, vecinos de Ciénaga, permiso provisional para regar 150 hectáreas de baldíos que tenían ocupadas, haciendo uso de la quebrada de Orihueca.

Por medio de escritura Nº 441 de 26 de diciembre de 1925, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Ciénaga, Carlos Julio Reyes traspasó a Modesto Correa el permiso que había adquirido.

El señor Pedro Manuel Dávila adquirió, por compra hecha a Sabaraín y a Correa, las propiedades mencionadas y el derecho al uso de las aguas, por escrituras números 581, otorgada el 17 de agosto de 1927 en la Notaría Segunda del primer Circuito de Santa Marta, y 662 de 31 de agosto de 1928, de la misma Notaría, respectivamente.

Algunos interesados demandaron ante el Consejo de Estado la citada Resolución Nº 124 y aquella entidad declaró su nulidad, por sentencia de fecha 29 de abril de 1929.

El Ministerio comisionó al Alcalde de Ciénaga para el cumplimiento del fallo. Así explica su actuación aquel Despacho en Resolución Nº 13 de 19 de enero de 1930, que reconoció explícitamente que el señor Dávila tenía la calidad de riberano de la quebrada de Orihueca y declaró que podía aprovecharse de las aguas:

"En vista de la comunicación correspondiente del Consejo de Estado, el Ministerio procedió a hacer cumplir esa sentencia, y al efecto impartió las órdenes del caso al Alcalde de Ciénaga y al Jefe de la Comisión Especial de Baldíos de Santa Marta, quienes la cumplieron cerrando la bocatoma correspondiente al primitivo permiso concedido a Reyes y a Sabaraín, permiso del cual estaba usufructuando a la sazón el señor Pedro Manuel Dávila, en virtud de las compras hechas a Sóstenes Sabaraín y Modesto A. Correa, cesionario éste de Carlos J. Reyes, por escrituras números 581 de 17 de agosto de 1927 y 662 de 31 de agosto de 1928, respectivamente, otorgadas en la Notaría 2ª del Circuito de Santa Marta".

La providencia por medio de la cual se ordenó el cumplimiento de la sentencia del Consejo de Estado, y que figura en copia en los autos, expedida por el Ministerio de Industrias, dice así:

"Ministerio de Industrias—Departamento de baldíos, bosques nacionales y aguas de uso público—Sección 1ª—Bogotá, agosto diez de mil novecientos veintinueve.—Siendo este Ministerio el competente para poner en ejecución la sentencia dictada por el Consejo de Estado sobre nulidad de la Resolución Nº 124 de 11 de junio de 1926, por medio de la cual se había concedido permiso a los señores Sóstenes Sabaraín y Carlos Julio Reyes para regar un terreno con las aguas de la quebrada de Orihueca en el Municipio de Ciénaga, competencia que resulta de lo que disponen los artículos 868 del C. J. y 12 de la Ley 72 de 1925, y en vista de la anterior comunicación del señor Jefe de la Comisión Especial de Baldíos de Santa Marta,—Se resuelve: Comisiónase al señor Alcalde Municipal de Ciénaga para que, en asocio del señor Jefe de la Comisión Especial de Baldíos de Santa Marta, proceda, en nombre de este Municipio, a ejecutar la aludida sentencia del Consejo de Estado. Al efecto, el señor Abogado

Jefe de la mencionada Comisión pasará al Alcalde comisionado la copia auténtica de la sentencia que le remitió el Ministerio.—Por telégrafo comuníquese lo resuelto a ambos funcionarios.—Cúmplase.—J. A. Montalvo".

En vista de la comunicación del Ministerio de acuerdo con la resolución anterior, el Alcalde de Ciénaga, en auto de fecha trece de agosto de 1929, señaló el día 19 del mismo mes para negar o condenar la toma a que se refería el permiso de los señores Sabaraín y Reyes. El día fijado se practicó la diligencia. En autos figura copia del acta respectiva. Fueron recibidas las declaraciones de los testigos Serapio Rincón, Elías Velaides y Angel Miranda, para identificar la bocatoma. El Jefe de la Comisión de Baldíos manifestó al Alcalde lo siguiente: "Que como el Ministerio de Industrias ha advertido al Jefe de la Comisión de Baldíos que el cumplimiento de la comisión conferida en este asunto al señor Alcalde del Municipio de Ciénaga, debe cumplirse, previa notificación a los interesados, el exponente entiende que la voluntad del comitente es la de que aquéllos puedan hacer valer los reclamos que consideren oportunos dentro del respectivo término de la ejecutoria, reclamos que se referirán a la actuación del comisionado, pues la advertencia de la necesidad de la notificación no se explica sino en ese supuesto". Como se observó por el representante de los interesados en la práctica de la diligencia que el auto del Alcalde se había notificado, este funcionario resolvió llevarla a cabo, cerrando la bocatoma.

Está, pues, plenamente comprobado que el cierre de la bocatoma fue practicado por el Alcalde de Ciénaga, por orden del Ministerio de Industrias.

El Tribunal apoyó principalmente su decisión adversa a la demanda de indemnización de perjuicios en la circunstancia de que no aparecía demostrada la orden del Ministerio de Industrias ni el carácter oficial del ejecutante de ella.

Durante el término correspondiente de la segunda instancia se allegaron a los autos las pruebas que echó de menos el Tribunal, a petición del doctor Rodrigo Noguera, apoderado del señor Pedro Manuel Dávila. Se presentaron numerosos documentos sobre el cumplimiento de la orden dada por el Ministerio y se acreditó con las copias de los decretos de nombramiento y de las actas de posesión el carácter oficial de los funcionarios que intervinieron en el asunto.

La culpabilidad de la administración.—Los artículos en que apoyó el Ministerio de Industrias la providencia que dio origen a la cerrada de la bocatoma, que suministraba agua a los predios del señor Pedro Manuel Dávila, dicen así:

Artículo 868 del C. J.:

"La ejecución de una sentencia corresponde al Juez que pronunció la de primera instancia. En el caso de que el juicio no hubiere tenido más que una sola instancia o que la sentencia hubiere de ejecutarse sin embargo de la apelación, su ejecución corresponderá al Juez o Tribunal que la pronunció, quien procederá, por sí o por medio de comisionado en su caso".

Artículo 12 de la Ley 72 de 1925:

"En las actuaciones administrativas se observarán las reglas de procedimiento judicial que sean compatibles con la naturaleza de aquéllas".

No eran aplicables al caso las disposiciones citadas, porque el artículo 868 del C. J. se refiere en su primera parte al Juez que pronunció la sentencia de primera instancia y el Ministerio no dictó providencia alguna, que tuviera ese carácter. Al aplicar por analogía la mencionada disposición, habría sido entonces el Consejo de Estado la entidad competente para cumplir el fallo, porque éste recayó sobre una actuación de una sola instancia, como lo fue el juicio de nulidad de la Resolución Nº 124 de 1926.

Por otra parte, el artículo 12 de la Ley 72 de 1925 dice que son aplicables en las actuaciones administrativas las disposiciones de procedimiento judicial que sean compatibles con la naturaleza de aquéllas. Si se examina la sentencia del Consejo de Estado, se ve que no era posible cumplirla en la forma en que lo hizo la autoridad administrativa. El fallo se limita a declarar la nulidad del acto acusado, sin agregar nada con relación a sus consecuencias.

Las disposiciones legales sólo le daban al Consejo de Estado jurisdicción para declarar las nulidades pedidas; pero no para dictar medidas en relación con el restablecimiento de las cosas a su primitivo estado o con el resarcimiento de perjuicios, porque la rama de lo contencioso administrativo no era de plena jurisdicción. Por eso la sentencia se limitó a hacer la declaración sobre nulidad en la siguiente forma, con fecha 29 de abril de 1929:

"Declárase nula y sin valor ni efecto alguno la Resolución número 124 de fecha once de junio de mil novecientos veintiséis, proferida por el señor Ministro de Industrias, y por la cual se concedió permiso a los señores Sóstenes Sabaraín y Carlos Julio Reyes para regar un terreno con las aguas de la quebrada de Orihueca, en el Municipio de San Juan de Córdoba, en el Departamento

del Magdalena.—Notifíquese, cópiese, dése aviso al señor Ministro de Industrias, publíquese en el periódico de la corporación y archívese el expediente".

La Ley 80 de 1935 introdujo una reforma trascendental en la legislación de lo contencioso administrativo, porque les dio a los Tribunales respectivos la facultad de que carecían conforme a la Ley 130 de 1913 y demás disposiciones reformatorias para ordenar la manera de restablecer el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se haya solicitado. El artículo 4º de la Ley 80 citada dice así:

"En los asuntos contencioso-administrativos, cuando se ejercite la acción privada, tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán, con la debida precisión, la manera como debe restablecerse el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se haya solicitado".

También en lo relativo a la devolución de impuestos el artículo 5º de la Ley 45 de 1931 estableció que la sentencia, en los casos de los artículos 89 y 90 de la Ley 130 de 1913, expresará la suma líquida que debe reintegrarse por el fisco respectivo, y para los efectos del reintegro determinó la misma disposición que los fallos tendrán la fuerza de sentencia ordinaria.

Pero cuando se dictó el fallo aludido, no existía ninguna disposición que le permitiera al Consejo de Estado resolver cómo se debía restablecer el derecho violado. Por eso el fallo nada dijo sobre el particular. Y aun cuando hubiera existido una disposición expresa que permitiera proferir esa declaración, nada habría significado desde el momento en que el Consejo se abstuvo de hacerla.

El Ministerio de Industrias carecía de facultad para ordenar el cumplimiento de la sentencia en determinado sentido, con un procedimiento en el que ni siquiera se dispuso oír a los terceros interesados, entre los que se contaba don Pedro Manuel Dávila, quien había adquirido los derechos de los señores Sabaraín y Correa sobre los predios de "La Estrella" y "La Victoria" y había formado con ellos y otros lotes de su propiedad un solo fundo riberano por dos partes de la quebrada de Orihueca, como lo reconoció el mismo Ministerio en resoluciones posteriores.

En la Resolución Nº 13 de 1930, dice el Ministerio de Industrias que conforme a la inspección practicada por el Jefe de la Comisión de Baldíos de Santa Marta, en los días 13 de julio y 10 de agosto de 1929, es decir, con anterioridad al cierre de la bocatoma, el predio del señor Dávila era riberano de la quebrada de Orihueca. De manera que cuando el Ministerio ordenó al Alcalde de Ciénaga el cumplimiento de la sentencia, ya debía conocer esos informes, y si no los conocía, lo lógico era esperar a que fueran rendidos por el funcionario al cual había comisionado el mismo Ministerio para practicar la inspección ocular.

Entre los documentos que figuran en el expediente, en copias remitidas por el Ministerio de Industrias a petición del apoderado del actor, se encuentra la resolución del señor Jefe de la Comisión de Baldíos de Santa Marta, doctor Guillermo Amaya Ramírez, de fecha 19 de julio de 1929, en la cual se negó la solicitud hecha por el señor José Manuel Noguera para que se cerrara la bocatoma de los terrenos del señor Dávila y se ordenó pasar copia de la sentencia del Consejo de Estado al señor Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta para que iniciara la acción correspondiente. En esa resolución, que fue enviada en copia al Ministerio de Industrias el 23 de julio de 1929, y recibida en aquel Despacho antes del ocho de agosto siguiente, según consta de autos, dice el señor Jefe de la Comisión referida lo siguiente:

"Un estudio cuidadoso de las disposiciones del Decreto 338 de 1924 impone la conclusión de que el suscrito carece de facultades para proceder directamente al cierre de una bocatoma y que sólo puede obtener que se entable la solicitud o acción tendiente a alcanzar ese fin, por conducto del señor Fiscal del Honorable Tribunal Superior, en la forma prescrita por el numeral 11 del artículo 11 del Decreto número 338".

Más adelante agrega:

"Para obtener que se destruyan las obras construídas en virtud del permiso que se ha anulado, es necesario entablar una acción o gestión ante las autoridades competentes, y esa acción, sólo puede iniciarla esta oficina al señor Fiscal del Honorable Tribunal Superior en la forma prescrita por el aparte ya citado del Decreto número 338".

El Decreto 338 citado por el Jefe de la Comisión de Baldíos de Santa Marta, de fecha 27 de febrero de 1924, creó dicha Comisión y señaló las atribuciones de sus miembros. El numeral 11 del artículo once a que se refiere aquel funcionario, dice lo siguiente, en relación con las facultades del Abogado Jefe de la Comisión:

"Poner en conocimiento del respectivo

Agente del Ministerio Público los hechos que en alguna forma vulneren los derechos del Estado y suministrarle todos los datos y comprobantes del caso a fin de que pueda defender los intereses públicos confiados a su cuidado".

Por consiguiente, no podía cumplirse la sentencia del Consejo de Estado en la forma ordenada por el Ministerio, sino siguiendo el procedimiento aconsejado por el Jefe de la Comisión de Baldíos, mediante una acción iniciada por el Fiscal del Tribunal, ante la autoridad competente y con la plenitud de las normas señaladas en la ley para no perjudicar derechos de terceros.

El artículo 9º de la Ley 113 de 1928, le da al Gobierno la facultad de reglamentar la distribución y aprovechamiento de las aguas de uso público. Tal disposición dice así:

"En virtud del derecho que asiste al Gobierno Nacional como supremo administrador de los bienes de uso público, procederá a reglamentar en beneficio de los demás predios que lo necesiten, la distribución y aprovechamiento de las aguas de uso público que derivadas de sus corrientes o depósitos naturales corran por acequias o canales construídos en predios riberanos y cuyo sobrante no sea restituído a dichas corrientes o depósitos dentro de los límites de tales predios, como lo dispone el inciso 2º del artículo 892 del Código Civil.

"El Gobierno reglamentará la distribución de las aguas sobrantes a la salida de los predios.

"Lo dispuesto en este artículo no embaraza en modo alguno el ejercicio de las acciones que competan a la Nación o a los particulares para hacer respetar sus derechos en cuanto hayan sido violados con la derivación de las aguas".

La Corte, en sentencia de fecha 11 de junio de 1935 (Gaceta Judicial, Nº 1897, página 34), estableció que el derecho concedido a los riberanos para servirse de las aguas de uso público, conforme a los artículos 892 y 894 del Código Civil, es un derecho real, suigéneris, que puede ser cedido por los riberanos, "tanto en favor de otros riberanos como en favor de terceros no riberanos".

Se tiene, pues, conforme a lo anterior, que el derecho de los propietarios riberanos es reconocido por la ley civil. El Gobierno Nacional sólo puede reglamentar el uso de ese derecho en beneficio de los demás predios que necesiten las aguas. Pero es obvio que mientras la respectiva reglamentación no se dicte, los propietarios riberanos pueden hacer uso de su derecho a servirse de las aguas, sin otras limitaciones que las establecidas por la ley civil. No tiene facultad el Gobierno para impedir a un propietario riberano el uso de su derecho, cuando no contraría los reglamentos establecidos en virtud de la autorización de la Ley 113 de 1928.

En el caso que se estudia, el Gobierno Nacional no había dictado ninguna reglamentación para el uso de las aguas de la quebrada de Orihueca, con anterioridad al 19 de agosto de 1929; la reglamentación respectiva vino después, en el año de 1930, por medio de las Resoluciones números 13 y 25. En esas condiciones, al dictarse la sentencia del Consejo de Estado, sobre nulidad de la Resolución Nº 124 de 1926, todos los propietarios riberanos de la quebrada de Orihueca quedaron en idénticas condiciones, es decir, sin permiso especial del Gobierno para usar las aguas, o mejor, sin estar sujetos a ninguna reglamentación para el uso de su derecho, porque no existía. Por tanto, el cierre de la bocatoma que daba agua al predio del señor Dávila, lo colocó a éste en una situación de inferioridad con respecto a los demás riberanos, ocasionándole un perjuicio indudable.

El Gobierno reglamentó la Ley 113 de 1928, en lo referente a la captación, distribución y aprovechamiento de aguas de uso público, por medio de los Decretos números 178 de 1933 y 1497 de 1937. El primero se refiere al servicio público de aguas de la zona bananera y en él se estableció que "el uso de las aguas tendrá en favor de las plantaciones de banano, la calidad general de servicio público, tanto para el bananero dueño del canal como para los demás bananeros que racionalmente puedan beneficiarse con ellas". La tendencia del Decreto es la de fomentar el cultivo de bananos y facilitar a los cultivadores el riego de las plantaciones.

El segundo Decreto, o sea el número 1497 de 1937, se refiere en general a la captación, distribución y aprovechamiento de aguas de uso público para el fomento de las industrias, especialmente de la agricultura. En este Departamento se contempló por el Gobierno una situación de hecho que era necesario respetar, respecto de las personas que utilizaban aguas de uso público sin permiso del Gobierno o sin el aviso correspondiente, según el caso, y se dictaron medidas para normalizar el ejercicio de los derechos sin causar perjuicios. Para el cierre de los canales en el caso de infracciones de la ley, se dio un plazo prudencial, como era natural, para no ocasionar daños a quienes hacían

uso de ellos. Es importante en este fallo transcribir los siguientes artículos del Decreto mencionado para fijar el espíritu de las medidas tomadas por el Gobierno al interpretar las disposiciones sobre aguas de uso público:

"Artículo 1º Los propietarios no ribereños necesitan permiso del Gobierno para utilizar aguas de uso público en beneficio de sus predios, cualquiera que sea el destino que den a esas aguas".

"Artículo 2º Los propietarios ribereños no necesitan permiso para esa utilización siempre que destinen el agua a los usos de que trata el artículo 892 del C. C. y cumplan, además, los siguientes requisitos:

"a) Que el agua se tome dentro del predio;

"b) Que los sobrantes se devuelvan, dentro del mismo predio al cauce de origen;

"c) Que el agua se destine exclusivamente a los menesteres del predio para el cual se toma;

"d) Que no se derive sino la cantidad necesaria para atender a esos menesteres;

"e) Que en ningún caso se tome de la corriente principal una cantidad mayor a la mitad del caudal del río, ya sea éste abundante o corresponda a época de estiaje.

"Parágrafo. Pero aunque los propietarios ribereños no necesiten permiso cuando reúnan los requisitos señalados en el ordinal anterior, deben dar aviso al Gobierno de la derivación que pretenden hacer y con ese aviso deben enviar datos y documentos mencionados en el numeral 5º del artículo 9º y en los artículos 10 y 11 de este Decreto".

"Artículo 26. Todas las personas, naturales o jurídicas, que utilicen aguas de uso público sin permiso del Gobierno, en los casos en que conforme a este Decreto sea necesario ese permiso, deberán legalizar la situación de sus respectivas derivaciones y si no lo hicieren dentro de los 180 días siguientes a la vigencia de este Decreto el Gobierno, por conducto del Ministerio de Agricultura y Comercio, mandará cancelar la derivación. La legalización se hará con las normas del presente Decreto".

El Ministerio de Industrias en el caso que se estudia, ha debido practicar las ideas que más tarde se condensaron en los Decretos de que se ha hecho mención, respetando la situación de hecho en que se encontraba el señor Dávila, aunquando se considerara ésta anómala e irregular.

El 29 de mayo de 1929, el señor Pedro Manuel Dávila se dirigió al Ministerio de Industrias manifestando que si se ordenaba el cierre de la bocatoma como lo pretendían algunos interesados, se perderían los cultivos que tenía en sus propiedades, los cuales tenían un valor de doscientos mil pesos ($ 200.000). El memorial del cual figura copia en el expediente (folio 119 del cuaderno de pruebas de la segunda instancia), expedida por el Ministerio, dice así:

"Santa Marta, mayo 29 de 1929.—Señor Ministro de Industrias.—Bogotá.—Acabo tener conocimiento Consejo Estado, anuló permiso concedido Ministerio a su digno cargo a señores Sóstenes Sabarain y Carlos J. Reyes, para regar tierras compréles, juntamente con merced de aguas y cultivos en ellas fomentados. Estos alcanzan hoy a las ciento cincuenta hectáreas de concesión y valen doscientos mil pesos ($ 200.000) que se perderían íntegramente en pocos meses si Ministerio ordenara cegar bocatoma abierta con requisitos legales y por esta razón y porque sé que interesados en perjudicarme intentan igualmente por conseguir semejante iniquidad, apresúrome prevenir S. S. que de sentencia no puede desprenderse semejante orden y procedimiento que me daría acción reclamar perjuicios contra Nación, aunque después haber sufrido completa ruina. Soy riberano orilla izquierda quebrada Orihueca, como tal tengo derecho (artículos 678 y 894 Código Civil) para regar mis tierras con esas aguas, lo mismo que pudieran tener los señores Noguera Angulo y Nicolás Dávila y si se creyera que los decretos sobre uso aguas dictados por el Gobierno son las leyes a que Código Civil refiérese, en el mismo caso mío se encontrarían los mencionados señores y la mayor parte de los predios de la zona bananera, es decir, sin permiso del Gobierno. De manera que no podría ordenarse la supresión de mi bocatoma sino como consecuencia general de la falta de permiso, y ordenándolo por tanto, no sólo en contra mía, sino contra todos los que se hallan en mi caso (contra el señor Nicolás Dávila por ejemplo). Dada esta situación y sobre todo que el Código Civil no exige ni otra ley alguna que el uso de las aguas para riego se someta a permisos que les quitan completamente su carácter de uso público, lo natural es que quienes reclámenlos acudan al Poder Judicial. En ningún caso el Gobierno podrá dar orden que preténdese, únicamente contra mí y para arruinar a quien honradamente y con su consentimiento sea fomentador una plantación valiosa, que apenas ha comenzado producir. Permítome ad-

vertirle contra bienes uso público como son aguas de ríos nacionales, no hay prescripción (artículo 2519) y si hubiérala, quienes reclámenla no han ejercido nunca posesión sobre totalidad aguas Orihueca sino sobre parte requieren sus cultivos que no han sufrido perjuicio alguno en tres años que tiene de abierta mi bocatoma, ni han obtenido fallo judicial requiere artículo 2534. Anulación permiso únicamente háme dejado en pie igualdad con señores mencionados que carecen también y han carecido siempre de permiso. Servidor, Pedro M. Dávila".

El 15 de agosto de 1929 (folio 130), el señor Dávila se dirigió de nuevo al Ministro de Industrias pidiéndole la suspensión de la orden de cerrar la bocatoma, apoyado en las siguientes razones:

"Primera. Mañana despacha Comisión Baldíos expediente en que ordenó usted practicar una inspección ocular y magnitud de injusticia verála usted allí, así como enormidad perjuicios.

"Segunda. La sentencia del Consejo de Estado anula simplemente un permiso. No ordena hecho alguno ni podría ordenarlo porque no es de su incumbencia disponer el cierre de una bocatoma.

"Tercera. Si esto es así, no hay nada que ejecutar en esta sentencia como no lo habría en ninguna del Poder Judicial que se limitara a anular un acto. Gobierno tampoco tiene facultad para ordenar cerrar una bocatoma sea porque se haya abierto sin permiso o porque el permiso haya sido anulado. Usted mismo lo resolvió justicieramente así cuando vino esta ciudad e inició Comisión Baldíos cerrara bocatoma United en río Tucurinca.

"Cuarta. Si sentencia anulatoria es privarme de un permiso válido que podría hacer valer en caso demandárseme ante Poder Judicial, a esto únicamente extiéndese efecto jurídico sentencia.

"Quinta. Si Ministerio cree que debe cerrarse mi bocatoma (que no creo ser lo ordenado), porque carezco permiso, orden debiera ser general contra nacionales y extranjeros y contra el mismo señor Nicolás Dávila quien si hállase en idéntico caso.

"Sexta. Parte final motivos fallo dice en la resolución ministerial sólo se hace referencia a ciento cincuenta hectáreas completamente indeterminadas y la gracia se otorga, no a los fundos, sino a favor personas determinadas, con el carácter de derecho meramente personal, cosa absolutamente inexplicable ante ojos ley. Ahora bien, cómo puede Ministerio ordenar se cumpla un fallo relacionado con un terreno absolutamente indeterminado y para que el Alcalde adivine al antojo del peticionario cuál es ese terreno? Cómo, si el permiso se dio con carácter personal y se anuló, se va a cumplir en forma tan temeraria y contra otra persona ese fallo, como lo ha dispuesto Alcalde Ciénaga y ejecutarálo si usted no suspende orden?".

No obstante las anteriores manifestaciones, en las cuales se expone con claridad el derecho del peticionario, la orden de cerrar la bocatoma fue cumplida. Si el Ministerio consideró que era de su incumbencia cumplir el fallo del Consejo de Estado, no ha debido perder de vista una situación de hecho que se debía respetar, como se dijo en otra parte de este fallo: la de que en el momento de cerrar la bocatoma las circunstacias habían cambiado y el señor Dávila tenía derecho como ribereno al uso de las aguas de la quebrada de Orihueca.

El Tribunal de primera instancia opina igualmente que de parte del Ministerio hubo extralimitación de facultades al impartir la orden de que se ha hablado al Alcalde de Ciénaga. Sobre este punto dice la sentencia:

"Con esta anulación (la de la Resolución 124 de 1926), quedó el señor Dávila en la situación en que estaba antes de ella o sea la de un ribereño que cree tener derecho a regar sus plantaciones, frente a otros ribereños que dicen tener mejor derecho al riego. Ni el permiso del Gobierno anulaba los derechos legítimos que tuvieran los otros ribereños, ni su anulación implicaba la desaparición del derecho que hubiera podido tener el señor Dávila.

"Esta oposición de derechos generaba una controversia que requería decisión por alguna autoridad. Cuál era esa autoridad? La administrativa? La judicial?

"En la sentencia del Consejo de Estado que declaró la nulidad de la Resolución ejecutiva sobre permiso para construir la bocatoma que después fue del señor Dávila, se dijo en forma casi explícita que esta cuestión de la permanencia de la toma no correspondía al Poder Ejecutivo. Se copia en seguida el pasaje que es de este tenor:

"En nuestro derecho el régimen de las aguas de uso público es materia, ya del derecho administrativo, ya del derecho civil. Al derecho administartivo porque de acuerdo con los artículos 893 y 894, corresponde a la administración el dictar reglamentos de interés general para el uso de las aguas corrientes, en los casos en ellos indicados. Al

derecho civil, toda vez que el uso de las mismas pede crear cuestiones patrimoniales que deben ser resueltas en consonancia con las disposiciones del Código Civil".

"Pues bien, la diferencia planteada entre el señor Dávila y los otros ribereños de la quebrada de Orihueca, es una de esas controversias patrimoniales que según el texto copiado se deciden por el Código Civil y no por la legislación administrativa, lo que vale decir, que es el Poder Judicial el competente para entender en ellas.

"Si ello es así, y el Tribunal lo acepta, hay extralimitación de facultades si el Gobierno falla una controversia patrimonial como la que surgió entre los citados ribereños y dada la extralimitación, puede existir la acción para la reparación del daño que con ella se causó".

Por todo lo anterior la Sala estima que está claramente establecida la culpabilidad de la administración al ordenar que se cegara el canal por medio del cual llevaba el señor Dávila el agua de la quebrada de Orihueca al predio que se ha mencionado.

Los perjuicios ocasionados. La relación de causalidad entre la orden de cegar la bocatoma y los perjuicios sufridos por el señor Pedro Manuel Dávila, está suficientemente establecida en el expediente.

Los testigos Luis G. Mejía, Angel Silvera y Juan F. Remón, quienes rindieron sus declaraciones durante el término de prueba de la segunda instancia, dicen que les consta por haber trabajado en esos terrenos, que las fincas de bananos, cuya ubicación y linderos les fueron leídos, pertenecientes al señor Pedro Manuel Dávila, se perdieron totalmente, a excepción de cuarenta hectáreas sólo en parte perjudicadas, desde el mes de enero de 1930, con motivo del cierre de la bocatoma en la quebrada de Orihueca con cuyas aguas se regaban, ordenado por el Ministerio de Industrias y llevado a cabo por el Alcalde de Ciénaga. Agregan que las tierras mencionadas no comenzaron a regarse para rehacer sus plantaciones, sino el 11 de noviembre de 1930, porque reconocido el derecho del señor Dávila por el Gobierno, el cuatro de julio de 1930, no se le permitió iniciar sus labores para restablecer el regadío sino en la fecha indicada, y porque los trabajos de restablecimiento del mismo, principalmente en la bocatoma, demandaron más de dos meses, a causa de las obras adicionales que se exigieron y del mal estado en que quedaron todos los canales y la conformación tomada por la corriente de la quebrada de Orihueca en el sitio de la bocatoma, a causa del terraplén que se puso en aquélla.

El señor Pedro Manuel Dávila pidió al Tribunal de Santa Marta la práctica de una inspección ocular con asistencia de peritos y previa audiencia del señor Fiscal del Tribunal, en los terrenos regados con las aguas de la quebrada de Orihueca, de conformidad con los artículos 727 y siguientes del C. J. vigente entonces, con el fin de constatar los daños causados por el cierre de la bocatoma y avaluar los perjuicios sufridos.

El Fiscal y el interesado nombraron sus peritos y el Tribunal designó el tercero. Comisionado el señor Juez de San Juan de Córdoba, la diligencia se practicó el veinticuatro de abril de mil novecientos treinta. Fueron identificadas las fincas y los testigos Roberto E. Domínguez y Luis Mejía, reconocieron la bocatoma cerrada en el mes de agosto de mil novecientos veintinueve y declararon sobre la posesión de ella y de los terrenos por el señor Dávila durante varios años. Los peritos pudieron apreciar que de ciento cincuenta hectáreas de bananos de las fincas de "La Estrella" y "La Victoria", sólo cuarenta se hallaban en producción satisfactoria, estando el resto inservibles para la producción por falta de agua. En "La Perla" encontraron cuarenta hectáreas de bananos totalmente perdidas, por falta de agua. Anotan los peritos que la parte de la finca que pudo salvarse, está en parte baja y se pudo aprovechar para regarla un desaguadero de la United Fruit Company. Dicen que la razón de la pérdida de los frutos es la de que el banano de exportación necesita abundante y oportuna provisión de agua, para mantener la humedad constante del suelo donde está sembrado; al faltarle el agua, la planta se enverana, o empieza a debilitarse, su producción es escasa y raquítica e inservible como fruto comercial o de exportación.

El dictamen de los peritos no fue objetado y el Juez dice que la exposición se ajusta a la verdad, por lo cual lo aprobó, de conformidad con el artículo 732 del C. J. Los peritos son ingenieros de profesión y agricultores.

IV

El derecho a la indemnización

En el hecho segundo de la demanda, dice el actor que el predio descrito en la petición primera se compone de las divisiones llama-

das "La Estrella", "La Victoria" y "La Perla" y de dos lotes más, que los testigos Benjamín Fontalvo, Roberto E. Domínguez y Pablo Salazar, quienes identificaron el predio referido, dicen que se llaman "Calao" y "Domínguez". Las fincas mencionadas forman un solo fundo, que es ribereno por dos partes de la quebrada de Orihueca, lo cual aparece suficientemente comprobado con declaraciones de testigos y con los títulos, planos y diligencias de inspección ocular que figuran en autos.

Por escritura número 449, otorgada el 31 de julio de 1929, en la Notaría primera del primer Circuito de Santa Marta, el señor Pedro Manuel Dávila vendió con pacto de retroventa a la United Fruit Company los lotes llamados "La Estrella", "La Victoria" y "La Perla", reservándose los frutos por el término de cuatro años, plazo fijado para recuperar la propiedad de los lotes vendidos. La cláusula correspondiente dice así:

"E) Que el exponente tendrá derecho a gozar de todos los frutos de las tres fincas que vende durante el referido plazo".

El demandante en el hecho cuarto del libelo, dice que en subsidio de lo expuesto en los hechos anteriores, era poseedor de unas porciones del terreno, con ejercicio de dominio pleno, y poseedor del usufructo de "La Estrella", "La Victoria" y "La Perla", a partir de la fecha de la escritura número 449 de 1929 ya citada.

En vista de lo anterior se tiene que, con relación a los lotes nombrados, que forman parte del predio general de que se ha tratado, el señor Pedro Manuel Dávila tenía el 19 de agosto de 1929, fecha en que fue cerrada la bocatoma, el usufructo o la propiedad de los frutos.

Por escritura número 777, otorgada el 15 de noviembre de 1929, en la Notaría primera del primer Circuito de Santa Marta, el señor Pedro Manuel Dávila recobró el dominio de los lotes vendidos a la United Fruit Company por medio de la escritura número 449. Pero esta circunstancia no varía la situación jurídica existente el día 19 de agosto de 1929 al cerrarse la bocatoma que daba agua al predio del señor Dávila.

Conforme a lo expuesto por los peritos que practicaron la inspección ocular de que se habló en el capítulo III, los daños por el cierre de la bocatoma se causaron en los lotes respecto de los cuales tenía el señor Dávila el derecho a los frutos. Por consiguiente, con arreglo al artículo 2342 del Código Civil, que otorga ese derecho no sólo al que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o a sus herederos, sino al usufructuario, al habitador, o al usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso, el demandante podía reclamar la indemnización correspondiente por los daños sufridos con el cierre de la bocatoma.

La responsabilidad del Estado

Dos cuestiones primordiales hay que resolver: si existe la responsabilidad del Estado por los actos de las autoridades que ocasionen perjuicios, y si la acción se concede contra los empleados que dictaron las providencias o ejecutaron los hechos que ocasionaron los perjuicios, o contra la entidad representada por ellos.

Primera cuestión—En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la Nación, los Departamentos y los Municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. Esta doctrina tiene su apoyo en los artículos 2341 y 2347 del C. C.

Las disposiciones citadas dicen así:

"Art. 2341. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

"Art. 2347. Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado.

"....."

Esta ha sido la doctrina constante de la Corte. En sentencia de fecha 28 de abril de 1925, condenó al Departamento de Cundinamarca a indemnizar a la sociedad conyugal formada por los señores Angel Torres G. y Tomasa Rudas de Torres, los perjuicios que le ocasionó dicho Departamento con el hecho de haber dado al uso público el camino de propiedad de la sociedad nombrada, denominado Los Almireces, situado dentro de la hacienda de Bodeguitas, que sirve para comunicar ésta con Puerto Bogotá, jurisdicción del Municipio de Guaduas. Los actos que ocasionaron los perjuicios fueron la Ordenanza número 58 de 1916 y el Decreto de la Gobernación número 139, del mismo año. Podrían citarse muchos otros casos en que se ha acogido la doctrina de la responsabilidad del Estado por los actos de sus agentes.

También el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 9 de abril de 1932, acogió la doctrina de la responsabilidad culposa del Estado y citó en apoyo la opinión del señor García Oviedo, concebida en estos términos:

"Surge este caso —de la responsabilidad culposa— cuando los funcionarios administrativos realizan un acto con extralimitación legal. Por ejemplo: se ordena irregularmente la demolición de una finca; se quebranta el secreto de una carta confiada al correo o el depósito de objetos de un certamen o exposición; en la realización de una obra pública, por falta de las debidas precauciones, se produce un daño en una finca de propiedad particular; se destituye sin los debidos requisitos a un funcionario, etc. En todos estos casos no se produjo el daño en virtud del interés público con autorización legal; se trata de daños producidos por la impericia, ignorancia, negligencia o dolo del agente público, que no ajustó su conducta a las prescripciones legales, a las tradiciones administrativas o a las enseñanzas técnicas. Son casos de responsabilidad culposa. ¿Quién responderá de estos daños?

"No es de extrañar que la teoría de la culpa haga acto de presencia en nuestro caso. Hauriou la ha definido con ardor. El gran jurista habla a mayor abundamiento de la falta del servicio, es decir, de las negligencias o errores que se cometen en éste, imputables a malos hábitos administrativos, y por tanto, al Estado. Reconoce la superioridad de la teoría de la falta sobre la del riesgo, que no elimina de la institución administrativa un elemento de índole moral importantísimo: la diligencia o celo en el cumplimiento de la función. Michoud se adhiere plenamente a esta doctrina.

"Nuestro criterio es favorable a la doctrina moderna que niega la impecabilidad del Estado y que reconoce la realidad, muy generalizada, de faltas cometidas por aquél en la elección o vigilancia de sus funcionarios o en la reorganización de sus servicios. Estimamos que la existencia del moderno Estado de Derecho abona el principio de la responsabilidad del mismo por sus actos, sean de autoridad, sean de gestión".

Segunda cuestión — La jurisprudencia francesa ha resuelto repetidas veces esta cuestión en la siguiente forma: "La administración que ha pagado una indemnización a la víctima de un hecho del servicio, no puede intentar acción repetitoria contra el agente autor de él, pues eso sería pretender que ese hecho le es personal". (Consejo de Estado, 28 de marzo de 1924. Maurice Hauriou, Compendio de Derecho Administrativo y Derecho Público).

Quiere esto decir que, como hay una gran diferencia entre la conducta personal del empleado, que le apareja la responsabilidad civil que sea del caso, y la conducta oficial en que el empleado se identifica con la entidad pública que obra por medio de él, no es posible admitir la acción repetitoria de que se trata, sin incurrir en contradicción, porque: o el empleado obró personalmente, y entonces sólo él es directamente responsable, como cuando da muerte a un enemigo personal, u obró como órgano del Estado, y entonces la responsabilidad es únicamente de éste por cuanto no es posible distinguir sino ficticiamente entre el Estado y sus agentes.

Esas razones y esa jurisprudencia son hoy tanto más aplicables en nuestro país, cuando el artículo 52 (numeración oficial) de la Constitución adoptó el concepto de órgano del Estado en vez del de representante del mismo, con aplicación a sus poderes públicos y a sus agentes. El órgano hace parte de la entidad a que pertenece: no se diferencia de ella; el representante es una persona distinta de la representada, cuando cabe real y no ficticiamente esa distinción.

Pero hay razones de gran valor práctico. Basta la responsabilidad penal, cuando ella tiene lugar, y aún la disciplinaria ejercida por los superiores, para defender en primer término a los asociados y en último a las entidades de derecho público de los perjuicios que puedan resultarles por las faltas oficiales de los funcionarios; y si se pretendiera ir más lejos, prescindiéndose de los factores subjetivos que acarrean las sanciones penales, ocurriría que por el temor de comprometerse a causa de algún posible error, las personas más responsables moral y económicamente se excusarían de servir los cargos más delicados, y quedarían éstos a merced de los que, por la falta de tales condiciones, serían precisamente los más peligrosos para la sociedad.

Se infiere de todo esto que, sea que se considere al empleado como un órgano del Estado, y que se condene a éste por aplicación directa del artículo 2341 del C. C., es decir, por su propio acto, sea que se le considere como representante del Estado, según la teoría clásica, y se condene a la Nación por lo mandado por el artículo 2347 de la misma obra, no hay lugar a repetición contra el empleado.

VI

La opinión del Procurador

Estima el señor Procurador que el demandante señor Pedro Manuel Dávila no adquirió derecho alguno a la captación de las aguas de la quebrada de Orihueca proveniente de la Resolución Nº 124 de 1926, dictada por el Ministerio de Industrias en favor de Sóstenes Sabaraín y Carlos Julio Reyes, pues cuando más adquirió del primero un derecho de la mitad proindiviso, provisional y por lo tanto temporal, que fue anulado por sentencia del Consejo de Estado. Agrega que el demandante no adquirió el cauce o canal para conducir las aguas ni adquirió tampoco la servidumbre de acueducto.

En primer lugar, como se dijo en el capítulo III, Carlos Julio Reyes traspasó sus derechos a Modesto Correa, quien a su vez los vendió a Pedro Manuel Dávila, por escritura 662 de 31 de agosto de 1928, de la Notaría 2ª del primer Circuito de Santa Marta. De manera que Dávila adquirió la totalidad del permiso. En las ventas hechas a Dávila quedaron comprendidos las servidumbres y derechos de agua, como puede verse con la lectura de las escrituras respectivas que figuran en autos. Adquirió también el cauce o canal para conducir las aguas por compra hecha a Correa y Sabaraín. Está por otra parte comprobada la posesión del canal, con anterioridad de más de un año al día en que fue cegado, como se verá más adelante.

Dice el señor Procurador que el demandante no es propietario riberano de la quebrada de Orihueca, ni lo era el 19 de agosto de 1919, ni antes de esa fecha, y que tampoco aparece acreditado el hecho de ser poseedor riberano de la misma quebrada en las épocas expresadas.

La argumentación del señor Procurador se dirige a demostrar que como Dávila adquirió sus derechos de Sabaraín y Reyes, no es propietario riberano de la quebrada de Orihueca porque éstos tampoco lo eran.

Ya se ha visto que los lotes adquiridos por Dávila por compra a Sabaraín y a Correa, sucesor de Reyes, forman parte de un fundo del primero, compuesto de cinco lotes y riberano de la quebrada de Orihueca por dos partes. Si Dávila derivara su derecho solamente de Sabaraín y Correa, la observación del señor Procurador sería justa. Pero en autos figuran copias registradas de los títulos de aquisición de los otros lotes y sobre la circunstancia de ser riberano de la quebrada de Orihueca hay pruebas concluyentes y antecedentes acreditados que no dejan la menor duda sobre el particular.

En relación con este punto tiene el doctor Carlos Arango Vélez en el resumen de sus alegaciones orales como vocero del señor Dávila en las audiencias de este juicio ante la Corte, un importante símil que aclara bastante la cuestión. Dice así el doctor Arango:

"Pensad en una herradura, cuyos dos extremos se apoyan sobre una regla. La regla es la quebrada de Orihueca. Los fundos o predios de que hoy hablamos integran la herradura. Antes de las compras a Sabaraín y a Reyes (o a sus sucesores), Dávila era dueño de los dos extremos de la herradura, que se apoyan sobre la regla, y Sabaraín y Reyes eran dueños del arco de la herradura. Ahora bien: supongamos que don Pedro Manuel Dávila no hubiese adquirido el predio de los señores Sabaraín y Reyes. La Resolución Nº 124 de 1926, la acusación de esa Resolución ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y la derogatoria de esa misma Resolución por el H. Consejo de Estado, habrían podido afectar jurídicamente a don Pedro Manuel Dávila? Es perfectamente claro que no. Tanto más, cuanto que la Resolución Nº 124 fue derogada en atención principalísima al hecho de que los señores Sabaraín y Reyes no eran riberanos de la quebrada de Orihueca, y ocurría proteger los legítimos intereses de quienes sí eran riberanos, es decir, de Dávila y de otros. De manera que la sentencia de nulidad de la Resolución Nº 124 no solamente no fue dictada contra Dávila, ni podía interpretarse y aplicarse contra los intereses de Dávila, sino todo lo contrario: fue dictada en favor de todos aquellos que se encontraban en la situación jurídica de Dávila y debía interpretarse y aplicarse en beneficio de los intereses de los mismos".

Tanto el Ministerio de Industrias como el Consejo de Estado reconocieron de manera explícita que el señor Pedro Manuel Dávila tiene el carácter de propietario riberano de la quebrada de Orihueca, como se verá a continuación.

El Ministerio, por Resolución Nº 13 de 9 de enero de 1930, declaró que el uso de las aguas de la quebrada de Orihueca debía corresponder los días lunes, miércoles y viernes de cada semana, a las fincas riberanas del señor Pedro Manuel Dávila, en las tres octavas partes de las aguas. Se resolvió que para poder hacer uso de las aguas se debía construir una acequia cuya bocatoma debía estar en el punto técnicamente más adecuado del terreno, formado por los lotes de que

trata el punto primero de la demanda del señor Dávila.

Por medio de la Resolución anterior, el Ministerio rectificó implícitamente el procedimiento empleado al ordenar el cierre de la bocatoma y reconoció el carácter de ribereno que tenía el señor Dávila. La situación jurídica el día en que se dictó la providencia citada era la misma que se contemplaba el día en que se cerró la bocatoma. Dice así el Ministerio en la Resolución aludida:

"El señor Dávila afirma que es propietario ribereno de esa corriente y que, como tál y de conformidad con el artículo 894 del Código Civil, tiene derecho al uso de esas aguas en común con los ribereños de la otra margen de la quebrada. El señor José Manuel Noguera sostiene que el señor Dávila no es propietario ribereno y que por consiguiente no tiene ese derecho. Veamos, pues, si el señor Dávila en realidad es propietario ribereno o no.

"Sobre este punto quedó establecido lo siguiente, en las diligencias de inspección ocular practicadas los días 13 de julio y 10 de agosto del año próximo pasado (1929) por el Jefe de la Comisión Especial de Baldíos de Santa Marta, quien tuvo a la vista todos los documentos exhibidos por el señor Dávila:

"Que la finca denominada 'La Estrella', a que se refiere la escritura número 662 de 31 de agosto de 1928 y que comprende las tierras para las cuales se otorgó el permiso de riego al señor Carlos J. Reyes, linda por el Norte con la finca llamada 'La Victoria', cuyos linderos son los de la escritura número 581 de 17 de agosto de 1927 y que comprende las tierras para las cuales se concedió el permiso de riego al señor Sóstenes Sabaraín; que la finca llamada 'La Victoria' colinda por el norte con un globo de tierra formado por los lotes de que tratan las escrituras 127 de 24 de febrero de 1928, 248 de 5 de abril de 1928 y 767 y 768 de 8 de octubre de 1928, globo de tierra que por su parte norte tiene como límite la propia quebrada de Orihueca; que entre este globo de tierra y las fincas llamadas 'La Victoria' y 'La Estrella', no hay solución de continuidad, formando todos estos terrenos un globo general que por el norte empieza en la margen izquierda de la quebrada de Orihueca y llega por el sur hasta las tierras de Magdalena de Castañeda.

"Que la finca llamada 'La Perla' a que se refieren las escrituras números 93 de 8 de febrero de 1928 y 106 de 15 de febrero de 1928, otorgadas ambas en la Notaría 2ª del Circuito de Santa Marta, es ribereña, en su lindero norte, de la quebrada de Orihueca, y que esa finca está unida al globo general descrito antes, por las tierras de que trata la escritura número 641, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Santa Marta el 3 de agosto de 1929.

"De modo que en realidad de verdad, tales terrenos forman una extensión continua, de propiedad de una sola persona.

"Ahora bien, el Ministerio considera que esa extensión, en todas sus partes es ribereña de la quebrada de Orihueca; porque estima que los predios contiguos a una propiedad ribereña, mientras pertenezcan a un solo dueño, forman con ella un solo todo y se consideran como una sola heredad, heredad que, como es obvio, tendrá la calidad de ribereña, y a su dueño corresponderán los derechos consiguientes".

Como fundamento de la Resolución anterior se tuvieron en cuenta pruebas levantadas por el Jefe de la Comisión de Baldíos con anterioridad al cierre de la bocatoma, lo que prueba que cuando este hecho ocurrió y con anterioridad a él, la situación era la misma. La inspección mencionada es la prueba más concluyente de que el señor Dávila era propietario de la quebrada de Orihueca el día en que se le privó del uso de las aguas.

En la misma Resolución se anota lo siguiente:

"El permiso concedido a Reyes y Sabaraín se refería a una finca no ribereña de la quebrada de Orihueca; esto es indudable.

"El que hoy pide el señor Dávila es para una heredad ribereña de esa quebrada; esto ha quedado plenamente demostrado.

"El primero se concedió a las personas de Sóstenes Sabaraín y Carlos Julio Reyes para regar ciento cincuenta hectáreas indeterminadas.

"El segundo se solicita para beneficiar unas fincas perfectamente conocidas por su ubicación y linderos".

El señor Dávila solicitó al Ministerio reforma de la Resolución número 13, en el sentido de obtener el agua durante tres días y medio por semana y además que se le permitiera hacer uso del agua por la acequia ya construída y tapada por orden del Ministerio, por ser el único punto adecuado para captar las aguas. Por Resolución Nº 25 de 4 de julio de 1930, el Ministerio de Industrias resolvió reformar la Resolución Nº 13 y conceder al señor Pedro Manuel Dávila el permiso para usar el agua de la quebrada de Orihueca, como cultivador de una heredad ribereña de ella, durante tres días y medio y por el canal ya construído.

Las Resoluciones números 13 y 25 fueron demandadas ante el Consejo de Estado por

los señores Guillermo A. Campo, José Manuel Noguera y otros. Aquella entidad, en sentencia de fecha 2 de febrero de 1934, declaró que no era nula la Resolución Nº 13 y respecto de la Nº 25, dijo el Consejo que sólo era nula en cuanto establecía que los demandantes debían solicitar permiso al Gobierno para usar de las aguas, decisión que se apoyó en que el derecho de los propietarios riberanos no depende ab-initio de la voluntad del Gobierno, sino de las instituciones civiles que rigen las relaciones entre los asociados. Igualmente dijo el Consejo que las acciones sobre violación de derechos por la distribución de las aguas debían iniciarse ante las autoridades del fuero común.

Por Resolución Nº 30 de 5 de septiembre de 1933, el Ministerio de Industrias concedió al señor Pedro Manuel Dávila permiso por cincuenta años para usar de las aguas de la quebrada de Orihueca para regar las plantaciones de sus predios, hasta la cantidad de 861 litros de agua por segundo.

Por todo lo anterior se ve que carecen de fundamento las argumentaciones del señor Procurador para sostener que el señor Pedro Manuel Dávila no es propietario riberano ni lo era el 19 de agosto de 1929 ni con anterioridad a esa fecha.

Manifiesta el señor Procurador que el señor Dávila no es poseedor del usufructo de "La Victoria", "La Estrella" y "La Perla". Ya se vio en el capítulo IV que ese usufructo se constituyó por escritura pública, en la cual consta además que las fincas mencionadas, cuya posesión anterior por parte de Dávila está plenamente acreditada, quedaron en su poder para la guarda y conservación. Sobre la posesión del usufructo declaran los testigos Benjamín Fontalvo, Roberto E. Domínguez y Pablo Salazar. (Cuaderno de pruebas de la primera instancia). Figura en autos también la prueba de contratos celebrados para la venta de frutos. Por consiguiente, carece de fundamento esta observación del señor Procurador.

Tampoco es fundada la manifestación final de aquel alto funcionario sobre que el señor Dávila no es dueño ni siquiera poseedor de la bocacaz y el cauce o canal de que trata este juicio, ni lo era el 19 de agosto de 1929 ni con anterioridad a esa fecha. Consta en autos que el canal fue adquirido por el señor Dávila por compra hecha a Sóstenes Sabaraín y a Modesto Correa. Los testigos citados en el párrafo anterior declaran igualmente sobre la posesión por parte del señor Dávila de la bocatoma abierta en la margen izquierda de la quebrada de Orihueca y del canal que lleva las aguas captadas a todo el predio descrito en el punto primero de la demanda.

VII

El monto de la indemnización

En la diligencia de inspección ocular practicada por orden del Tribunal de Santa Marta a petición del señor Pedro Manuel Dávila, los peritos doctores Manuel Romero Barrios y Luis F. Cote y señor Manuel Gregorio Guerrero, nombrados, respectivamente, por el demandante, por el Tribunal y por el Fiscal en representación de la Nación, identificaron las fincas, apreciaron la circunstancia de que son riberanas de la quebrada de Orihueca, constataron los daños causados por el cierre de la bocatoma y avaluaron los perjuicios respectivos. Los peritos estuvieron de acuerdo y la diligencia fue consentida por las partes. El Juez comisionado aprobó el dictamen y dejó constancia de que "lo expuesto por los peritos se ajusta a la verdad, demostrada en hechos y apreciaciones que han sido observados en este acto". Por tanto, de conformidad con el artículo 732 del C. J. vigente cuando se practicó la diligencia, ésta forma plena prueba.

En la parte relativa al avalúo de los daños, dicen lo siguiente los peritos:

"Dada la calidad de las tierras de la región de Orihueca, y sobre todo las tierras de superiorísima calidad que se encuentran en estas fincas que hemos andado y recorrido, bajas, frescas, de aluvión, y teniendo en cuenta que se trata de tierras no empobrecidas por largos años de siembras de bananos, pues más bien tienen rastros de haber tenido siembras buenas para enriquecerlas, se puede decir que estas tierras producen el promedio reconocido por las estadísticas de la región de la zona bananera que es de veinte racimos de banano por hectárea a la semana, teniendo en cuenta que la tierra ésta produce, cuando mucho un diez por ciento de racimos de segunda y tercera y un noventa por ciento de primera clase. Generalmente los racimos de segunda y tercera se producen en un número igual entre sí. Por tanto, en estas tierras se producían ciento cincuenta mil (150,000) racimos de primera clase al año, lo que es lo mismo, un producto bruto de noventa mil noventa pesos ($ 90,090) oro americano, calculado el valor de cada racimo de banano a sesenta centavos ($ 0.60) oro americano, lo cual, invertido en nuestra moneda, al cambio actual, da una suma de noventa y dos mil setecientos noventa y dos pesos con setenta cenla-

vos ($ 92,792.70) oro colombiano, durante las cincuenta y dos semanas que tiene el año; pero como el gasto de conservación de las fincas de bananos es, en esas mismas semanas, o sea en las cincuenta y dos ya mencionadas, a razón de tres pesos con cincuenta centavos ($ 3.50) de gastos por cada hectárea, en cada semana, o sea en las ciento cincuenta hectáreas perjudicadas, de veintisiete mil trescientos pesos ($ 27,300) oro legal, deducidos los cuales del producto bruto, da uno neto de sesenta y cinco mil cuatrocientos noventa y dos pesos setenta centavos ($ 65,492.70) oro legal. Hacemos constar que ese cálculo se hace sobre cincuenta y dos semanas que tiene el año, porque semanalmente es como se calculan los productos y los gastos en la zona bananera y es el período de tiempo en que se pagan y teniendo en cuenta que el perjuicio recibido por las fincas no podrá recuperarse sino más o menos en esas semanas, dado el estado del daño que tienen, y eso, si acaso se les da agua como tenían antes.

"Calculamos el gasto del desecpe, alinea-ción, siembra, semillas, limpieza del terreno, a razón de cincuenta pesos ($ 50) oro legal por hectárea, o sea la suma de siete mil quinientos pesos ($ 7,500) oro legal en las ciento cincuenta hectáreas perjudicadas. Ahora, la conservación y el cuido de una finca nueva, sin sombras que eviten el crecimiento de la hierba y otras matas dañosas para el banano, por lo cual hay que estarla vigilando constantemente, es mucho mayor que el valor del costo y del cuido de la finca en plena producción, lo cual saben todos los productores de bananos en la región, por lo tanto ese renglón de gastos representa cinco pesos ($ 5) oro legal por cada hectárea y por cada semana, todo lo cual, hasta la semana 52 en que la finca esté en producción, da un total de gastos, por ese solo concepto, de treinta y nueve mil pesos ($ 39,000) oro legal.

"La experiencia que tenemos de la zona bananera enseña que desde mediados de diciembre deben regarse las fincas de bananos. Si les falta agua, el enverananamiento viene a surtir sus perjuicios aproximadamente dentro de treinta días; por consiguiente, si esta finca dejó de ser regada desde mediados de diciembre, tuvo que empezar a perjudicarse desde el mes de enero, y hasta hoy, de acuerdo con los cálculos ya hechos sobre producción de mil doscientos cincuenta y nueve pesos con cuarenta y siete centavos oro legal ($ 1,259.47) en cada semana, o sea hoy el veinticuatro de abril de mil novecientos treinta, catorce semanas, un total de diez y siete mil seiscientos treinta y un pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 17,631.58) oro legal, los cuales continúan hasta el día en que empiece la resiembra. Los perjuicios desde que empiece la resiembra hasta poner la finca en producción, o sean cincuenta y dos semanas, son los ya calculados en el punto primero de este apunte.

"El valor del lucro cesante es el ya calculado en el punto anterior y en el primero.

"El valor de la finca perjudicada hoy a razón de mil pesos ($ 1,000) oro legal por hectárea, es en ciento cincuenta hectáreas de ciento cincuenta mil pesos ($ 150,000) oro legal, con relación a la parte actualmente perjudicada. Pero si no llegare a continuar el desagüe con que se riegan cuarenta hectáreas de la parte de finca que se ha salvado, entonces la pérdida sería no ya sobre ciento cincuenta hectáreas sino sobre ciento noventa. El valor de la pérdida de las fincas sería entonces de ciento noventa mil pesos ($ 190,000) oro legal.

"En nuestro concepto, pues, hay ciento cincuenta hectáreas de plantaciones de bananos completamente perdidas debido a la falta de agua que se produjo con la cerrada de la bocatoma situada en el predio determinado en el punto c), único apropiado para tomar las aguas según lo hemos ya expuesto".

Los peritos doctores Eduardo Vallejo y Pedro N. Angulo M., en diligencia de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos treinta y seis, pedida durante el término de prueba de la segunda instancia, apreciaron el valor de los racimos de bananos que por falta de agua dejaron de producirse en el tiempo comprendido desde el 24 de abril de 1930, fecha del avalúo practicado en la inspección ocular, hasta el 11 de noviembre del mismo año, fecha en que se repuso el agua, de acuerdo con los testimonios de los señores Luis G. Mejía, Angel Silvera y Juan F. Román, en la suma de treinta y cuatro mil quinientos cincuenta y cuatro pesos ($ 34,554), descontados los gastos de producción, así:

Valor de la producción .....$	48,204
Gastos	13,650
Resta .....$	34,554

El demandante apreció en la demanda los perjuicios hasta el 24 de julio de 1930, fuera de los demás que se siguieran causando, en la suma de $ 334,671.36. El avalúo pericial, según lo que se ha visto, asciende a la suma de $ 314,178.28. Para determinar la

suma que se debe pagar al señor Pedro Manuel Dávila por los perjuicios sufridos, la Sala, de conformidad con la facultad que le confiere el art. 723 del C. J., tiene en cuenta lo siguiente:

Según lo establecido en el capítulo IV de esta sentencia, el señor Dávila tenía derecho a demandar el valor de los frutos de las plantaciones perdidas, como propietario de ellos. La indemnización debe comprender el valor de los frutos que se dejaron de coger durante el tiempo transcurrido desde que se dañaron las plantaciones hasta el día en que se dejaron de coger desde que se restableció el agua hasta que la finca estuvo nuevamente en producción, o sea, durante cincuenta y dos semanas según el cálculo hecho por los peritos. Por tanto, el valor de la indemnización debe fijarse en la suma de ciento diez y siete mil seiscientos setenta y ocho pesos con veintiocho centavos ($ 117,678.28), que se descomponen así:

Valor de los frutos que se dejaron de coger hasta el día 24 de abril de 1930, fecha en que se practicó la inspección ocular ..... $	17,631.58
Valor de los frutos desde esta fecha hasta el 11 de noviembre del mismo año, fecha en que se restableció el servicio de agua	34,554
Valor de los frutos en cincuenta y dos semanas, tiempo calculado por los peritos para que las fincas entraran en producción, contado desde el día en que se restableció el uso del agua	65,492.70
Suma ..... $	117,678.28

Los peritos estimaron por separado el valor de la finca perjudicada, a razón de mil pesos ($ 1,000) por hectárea. La Sala considera que la indemnización no puede comprender la suma calculada por este concepto, porque como se ha visto, al demandante sólo le corresponde el valor de los frutos, de los cuales era propietario. Pero aun en el caso de que en la fecha en que se ocasionaron los perjuicios hubiera tenido el señor Dávila la propiedad plena de la finca, tampoco sería posible incluír el valor de ésta en los perjuicios, aparte del valor de los frutos, porque equivaldría a reconocer dos veces la misma indemnización, ya que el precio de una finca de bananos lo determina precisamente el valor de los frutos que va a producir.

Tampoco es posible incluír en la indemnización las demás partidas señaladas por los peritos, porque ellas no son procedentes, dada la situación jurídica del demandante al día en que los perjuicios se causaron.

VIII

Las peticiones de la demanda

La demanda contiene siete peticiones. Las dos primeras fueron falladas de conformidad por el Tribunal. La sentencia de primera instancia "declara que el señor Pedro Manuel Dávila como propietario de cultivos ribereños de la quebrada de Orihueca tenía cuando le fue cerrada la toma derecho a usar las aguas de dicha quebrada para regar sus plantaciones".

Esta declaración, de la cual conoce la Sala por vía de consulta, conforme a lo expuesto en el capítulo II, es jurídica y debe ser confirmada, porque está de acuerdo con lo que aparece probado en autos, según se ha visto en el estudio precedente.

Con relación a las peticiones tercera, cuarta, quinta, sexta y parágrafo de la primera, se observa que se refieren a hechos, respecto de los cuales no deben hacerse declaraciones especiales, como lo decidió el Tribunal en la sentencia de primera instancia.

El fin de la demanda es obtener el reconocimiento de la indemnización correspondiente por los perjuicios sufridos con el cierre de la bocatoma de la quebrada de Orihueca. Los hechos se exponen en la demanda como base de esa petición fundamental, para que se reconozca ésta en la sentencia si aquéllos aparecen comprobados. Por tanto, el fallo debe circunscribirse al reconocimiento del derecho a la indemnización, de conformidad con el anterior análisis detallado del expediente.

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 dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en este juicio, con fecha veinte de abril de mil novecientos treinta y seis, en la parte que ha sido materia de la apelación, y en su lugar resuelve:

Primero. La Nación es civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el señor Pedro Manuel Dávila como consecuencia del cierre de la bocatoma de la quebrada de Orihueca, situada en el Corregimiento del mismo nombre, Municipio de Ciénaga o San Juan de Córdoba, Departamento del Magda-

lena, de la cual se derivaba el agua necesaria para regar un predio ribereno de dicha quebrada, hecho ejecutado el diez y nueve de agosto de mil novecientos veintinueve por el Alcalde del Municipio referido, en cumplimiento de una orden del Ministerio de Industrias, perjuicios que consistieron en la pérdida de los frutos de las plantaciones de banano de las fincas llamadas "La Estrella", "La Victoria" y "La Perla".

Segundo. Condénase a la Nación a pagar al señor Pedro Manuel Dávila, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de ciento diez y siete mil seiscientos setenta y ocho pesos con veintiocho centavos ($ 117.678.28) moneda legal, valor de los perjuicios a que se refiere el punto anterior.

Se confirma la sentencia de primera instancia en la parte de que se ha conocido por vía de consulta y en cuanto declara que no hay lugar a hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

ERROR ARITMETICO

El error aritmético se refiere a las operaciones realizadas para obtener la suma materia de la condena, pero en ningún caso a la apreciación de pruebas para variar el resultado final de la controversia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos treinta y siete.

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

El doctor Rodrigo Noguera, apoderado del señor Pedro Manuel Dávila, solicita que se corrijan dos errores aritméticos que hay en su concepto en la sentencia de fecha diez del corriente, que puso término al juicio iniciado por el señor Dávila contra la Nación para el pago de unos perjuicios. Los errores, a juicio del solicitante, son los siguientes:

1º No haber computado en los perjuicios la pérdida parcial de cuarenta hectáreas, estimada hasta el día de la demanda en $ 4,499.50 y en total en la suma de $ 10,160.-30, según el memorial a que se hace referencia.

2º No haber fijado el valor de la indemnización en oro americano, ya que en esa moneda se venden los bananos.

Sobre la solicitud se observa:

Conforme al artículo 483 del C. J., "toda decisión judicial en que se haya incurrido en un error puramente aritmético, es corregible en cualquier tiempo por el mismo Juez que la pronunció, de oficio, o a solicitud de parte, en cuanto al error numérico cometido".

De manera que el fallo definitivo sólo es corregible cuando hay un error aritmético, ya que no es revocable ni reformable por regla general por el mismo Juez o Tribunal que lo ha pronunciado. (Art. 481 del C. J.).

La Corte dijo lo siguiente en auto de fecha once de febrero de este año, que determina con claridad lo que debe entenderse por error aritmético:

"El error numérico a que se refiere la ley es el que resulte de la operación aritmética que se haya practicado, sin variar o alterar los elementos numéricos de que se ha compuesto o que han servido para practicarla; es decir, que sin alterar los elementos numéricos, el resultado sea otro diferente; habría error numérico en la suma de 5, formada por los sumandos 2, 3 y 4".

El error aritmético se refiere por tanto a las operaciones realizadas para obtener la suma materia de la condena, pero en ningún caso a la apreciación de pruebas para variar el resultado final de la controversia.

Los hechos anotados por el demandante no constituyen errores aritméticos. Se trata de solicitudes para hacerle adiciones y modificaciones a la sentencia, sobre puntos que la Sala estudió a su debido tiempo y respecto de los cuales llegó a conclusiones distintas

a las sostenidas por el doctor Noguera, como se verá a continuación.

Respecto del primer punto se observa que la Sala no estimó suficientemente comprobados los perjuicios de las cuarenta hectáreas que dice el demandante se perdieron parcialmente, perjuicios que por otra parte no se apreciaron por peritos en la diligencia que sirvió de base al juicio ni durante éste. Por eso no fueron materia de especial condenación contra la entidad demandada. Esto, como es obvio, no constituye error aritmético de la sentencia.

Los peritos al apreciar los perjuicios ocasionados por el cierre de la bocatoma de la quebrada de Orihueca, tanto en la diligencia previa como en la de la segunda instancia, hicieron el avalúo de los frutos perdidos en oro americano y liquidaron éste al tipo del cambio en la época en que se sufrieron los perjuicios, para fijar el valor de dichos frutos en oro legal. A esa liquidación debía atenerse la Sala, sin que hubiere motivos para variarla. Por otra parte, la liquidación hecha por los peritos en la diligencia que sirvió de base a la demanda, no fue objetada por el señor Dávila ni sobre ella hizo reserva de ninguna clase en el libelo. No tiene, pues, fundamento la petición hecha por el doctor Noguera para que condene a la Nación a pagar en oro americano y no en moneda legal como dice el fallo el valor de los frutos perdidos, ni esto constituye como es fácil comprenderlo, error aritmético de los que se pueden corregir conforme a las leyes de procedimiento.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, niega la corrección de la sentencia de fecha diez del corriente, solicitada por el doctor Rodrigo Noguera como apoderado del señor Pedro Manuel Dávila.

Cópiese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALA PLENA EN LO CIVIL

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena en lo Civil. Bogotá, mayo veintiuno de mil novecientos treinta y siete.

En el memorial anterior pide el señor Procurador Delegado en lo Civil que se mande tener como prueba el dictamen del perito tercero, por no haber sido objetado y estar en firme.

La Sala observa que como el dictamen de los peritos principales está objetado, toda determinación sobre el particular sería prematura.

Por otra parte, la firmeza y validez de las pruebas pedidas en tiempo, se aprecia en la sentencia.

Por tanto, no es la oportunidad de hacer la declaración pedida por el señor Procurador.

Notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena en lo Civil. Bogotá, junio once de mil novecientos treinta y siete.

En auto de fecha veintiuno de mayo pasado, dictado en el incidente de objeciones al dictamen de los peritos principales, la Sala declaró que no era la oportunidad para mandar tener como prueba el dictamen del perito tercero, conforme lo solicitó el señor Procurador Delegado en lo Civil, por la circunstancia de que el dictamen de los peritos principales está objetado y en esas condiciones toda determinación sobre el particular sería prematura.

El señor Procurador, en memorial de fecha veinticinco de mayo, pidió reposición del auto mencionado y en subsidio interpuso el recurso de súplica. Para resolver se considera:

El recurso de reposición no es procedente en este caso, porque según el artículo 511 del C. J., de los autos interlocutorios que dicte un Magistrado, cuando no procede como Juez ad quem, sólo se concede el recurso de súplica ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión. El auto de fecha veintiuno de mayo pasado fue dictado por el Magistrado no como Juez ad quem, porque del presente negocio no conoce por vía de apelación o de cualquier otro recurso, sino como Juez de primera y única instancia, al tenor del artículo 8º de la Ley 87 de 1931 y porque dicho auto tiene el carácter de interlocutorio conforme al numeral 2º del artículo 466 del C. J.

El recurso de súplica sí es pertinente de acuerdo con el citado artículo 511.

Por lo expuesto, se niega la reposición del auto de fecha veintiuno de mayo pasado, pero se concede el recurso de súplica, para ante los Magistrados restantes de la Sala de Decisión. Pase por lo tanto este asunto al Magistrado que le sigue en turno al suscrito, para los efectos del recurso concedido.

Notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DICTAMEN PERICIAL

El dictamen pericial, de acuerdo con el artículo 723 del C. J., se aprecia en la sentencia definitiva.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena en lo Civil. Bogotá, catorce de septiembre de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el presente juicio ordinario de la Nación contra The Andinan National Corporation Limited, aquélla, por medio del señor Procurador Delegado en lo Civil, en el curso de las objeciones a un dictamen pericial,

relativas al de uno de los principlaes, solicitó que como prueba de su parte se tenga el dictamen del perito tercero en discordia, lo que negó el señor Magistrado sustanciador observando que el dictamen de los expertos no puede apreciarse sino en la sentencia definitiva, que es lo que el Art. 723 del C. J. obliga a conceptuar. Así se ve en el auto de 21 de mayo último de que el interesado pidió reposición, que le fue negada, y en subsidio opuso súplica, la que se le concedió y va a decidirse, no sin advertir que el retardo en esta decisión proviene de haberse tenido que sustanciar los impedimentos de los Magistrados doctores Cardoso Gaitán y Tapias Pilonieta, reemplazados por los Conjueces doctores Valbuena y Bravo.

Aunque es verdad que un dictamen dado (aquí el del tercero en discordia) ninguna calidad adquiere ni pierde porque se le aduzca como prueba, ello es que si se decretara lo pedido, forzosamente ocurriría: o que al decidir el incidente para el cual se presenta esa prueba se aprecia ésta, lo que implica anticipación de labor oportuna sólo cuando se esté sentenciando en el fondo, o que, como debe suponerse que acontezca, por evitar o hallarse legalmente inaceptable ese proceder, se deja de lado tal prueba al fallar las objeciones a que se destina. Esto determina un obligado concepto de inconducencia e ineficacia que a su turno determinan inadmisibilidad al tenor del Art. 596 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, niega lo pedido contra el auto de veintiuno de mayo último el que, por tanto, queda en firme.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Hinestrosa Daza.—Liborio Escallón.—Miguel Moreno J.—Hernán Salamanca.—Eleuterio Serna R.—Juan Francisco Mújica.—El Conjuez, Carlos Bravo.—El Conjuez, Gustavo A. Valbuena.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL

1. Antes de la vigencia del actual Código Judicial sólo se podía objetar el dictamen por error esencial; hoy se puede objetar por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción. El error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha sucedido, o al contrario, que ha dejado de suceder un hecho consumado y probado plenamente. 3. Puede haber error grave en el dictamen pericial cunque no recaiga sobre las cualidades esenciales, cuando pecа contra la lógica o es por su magnitud fuente de conclusiones equivocadas. Para apreciar el error grave en el dictamen pericial es necesario examinar los fundamentos y las conclusiones de éste.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena en lo Civil. Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos treinta y siete.

En el juicio de la Nación contra The Andian National Corporation, Limited, el señor Procurador Delegado en lo Civil objetó el dictamen de los peritos principales doctores Ricardo Pérez y Ernesto González Concha, rendido en la diligencia solicitada por dicho funcionario durante el término de prueba.

El incidente de objeciones se tramitó legalmente. Durante el término de prueba las partes solicitaron la práctica de varias diligencias. Agotadas las ritualidades procedimentales, se pasa a resolver la cuestión, previas las siguientes consideraciones:

El dictamen fue objetado por error grave, que el señor Procurador hace consistir en las apreciaciones de los peritos sobre los siguientes puntos sometidos a su estudio: alargamiento de la línea del oleoducto; transporte; costo de construcción de vías; potencia o fuerza y tuberías necesarias, y densidad y viscosidad del petróleo.

Conforme al artículo 31 de la Ley 100 de 1892, se podía pedir la práctica de nueva diligencia, caso de haber procedido los peritos por error esencial, dolo o ignorancia.

Con apoyo en esta disposición, la Corte en

sentencia de fecha 4 de agosto de 1928, sentó la siguiente doctrina:

"No toda clase de error en que incurra un perito da lugar a que sea objetado su dictamen; es necesario que se trate de error esencial, el cual en concepto del legislador, es el que versa sobre la sustancia o calidad esencial de una cosa, como si por agua se toma un líquido diferente, o por oro otro metal semejante. Los errores de otra índole no dan lugar a objeción, pero sí pueden y deben ser tomados en cuenta por el juzgador para fallar en definitiva, de acuerdo con la facultad que consagra el artículo 79 de la Ley 105 de 1890".

El Código Judicial vigente, amplió los motivos por los cuales se puede objetar el dictamen pericial: el artículo 720 dice que el dictamen de los peritos se puede objetar por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción.

Antes de la vigencia del actral Código, sólo se podía objetar el dictamen por error esencial; hoy se puede objetar por error grave. Esta expresión de la ley es más comprensiva, porque grave significa lo que es "grande, de mucha entidad", según la acepción que le da a la palabra el Diccionario de la Academia. Por tanto, dentro del error grave de que habla el Código, quedan comprendidos los errores esenciales y también aquellos otros que en concepto del juzgador sean "grandes, o de mucha entidad".

Para decidir la cuestión que se estudia, es necesario examinar primero la naturaleza de la prueba pericial solicitada por el señor Procurador.

La prueba solicitada por el señor Procurador fue la siguiente:

"Que por medio de peritos se establezca lo siguiente:

"1º Que el oleoducto de la Andian National Corporation Limited se desarrolla en casi toda su extensión, siguiendo muy de cerca el curso del río Magdalena, circunstancia ésta de la cual se derivan ventajas tanto para la construcción como para su operación. Además, por razón de la topografía de la región en donde se halla construído, las características de pendiente y de alineamiento, son muy favorables.

"2º El oleoducto de la Andian se desarrolló por una región ya poblada y colonizada que proporcionó brazos y provisiones a los precios corrientes.

"3º Las estaciones de bombeo para movilizar el petróleo en el oleoducto de la Andian se emplean, casi exclusivamente, en vencer la distancia horizontal útil que se necesita recorrer.

"4º En cambio, dada la cláusula VIII del contrato celebrado entre la Nación y la South American Gulf Oil Company, y teniendo en cuenta la situación geográfica de los campos que constituyen la concesión Barco, el oleoducto que tendrá que construír la precitada compañía, deberá inevitablemente transmontar la cordillera de Bobalí-Perijá o de los Motilones, cuyo paso más bajo hasta ahora conocido es no inferior a 120 metros, lo que implica un considerable transporte vertical que en el de la Andian no se tuvo que vencer.

"5º El terreno por donde habrá de construírse, al menos en gran parte el oleoducto de la Gulf, será sin duda de condiciones topográficas notablemente más difíciles y desventajosas tanto para la ejecución de la obra misma como para su explotación.

"6º Para la construcción del oleoducto de la Gulf se impone la necesidad de llevar a cabo primeramente una carretera auxiliar, u otra vía o medio de transporte similar que permita la movilización y distribución de las pesadas maquinarias y elementos del oleoducto y se necesita también la conservación de la misma para el servicio de explotación de la empresa.

"7º Para la operación del oleoducto de la Gulf y teniendo en cuenta los accidentes topográficos de la región y las diferencias de nivel que debe vencer, se impondrá sin duda un aumento considerable en el número y la potencial de las estaciones de bombeo con que ha de dotarse la línea.

"8º En la región del Catatumbo moran tribus salvajes hostiles que constituyen un obstáculo de importancia que no ha tenido la Andian en la construcción y explotación de su oleoducto.

"9º Una gran parte de la región por donde probablemente pasará el oleoducto de la Gulf está deshabitada y desprovista de recursos, lo que eleva el costo unitario de construcción y explotación.

"10º Como consecuencia de lo expresado, el oleoducto de que trata el contrato celebrado por la Nación con la Colombian Petroleum Company y South American Gulf Company ha de construírse en una región de condiciones más difíciles o desventajosas".

Como se ve por la transcripción que se ha hecho, la prueba pedida por el señor Procurador tiene por objeto establecer una com-

paración entre el oleoducto de la Andian y el que debe construír la South American Gulf Company, para llegar a la conclusión de que el último ha de construírse en una región de condiciones más difíciles y desventajosas. Es decir, se trata de hacer la comparación de una obra construída con otra hipotética, respecto de la cual no se conoce todavía ni siquiera la ruta que deba seguir.

Por la naturaleza de la prueba pedida el dictamen tenía que estar sujeto a las apreciaciones del problema de acuerdo con el criterio personal de cada uno de los peritos.

La segunda cuestión que se debe estudiar es si de conformidad con el carácter de la prueba pedida se puede estimar que hay errores graves en las conclusiones del dictamen de los peritos principales.

"Error —dice Escriche— es la oposición, discordancia o no conformidad de nuestras ideas con la naturaleza de las cosas; o bien un pensamiento, una idea o una opinión contraria a la verdad; de modo que el error, generalmente hablando, consiste en creer verdadero lo que es falso, o en creer falso lo que es verdadero, en suponer una cosa que no existe, o en suponer una cosa que no es tal cual se cree existir".

El error puede ser de hecho o de derecho. La Corte ha estimado que el error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha sucedido, o al contrario, ha dejado de suceder un hecho consumado y probado plenamente. (Gaceta Judicial, Nº 1477, Tomo XXVIII). Error de derecho es la ignorancia de lo que se halle establecido por la ley o la costumbre.

En lo relativo a la prueba pericial, el error que puede cometerse es de hecho.

Puede haber error grave en el dictamen pericial, aunque no recaiga sobre las cualidades esenciales, cuando peca contra la lógica o es por su magnitud fuente de conclusiones equivocadas. Para apreciar el error grave en el dictamen pericial es necesario examinar los fundamentos y las conclusiones de éste.

En el caso que se estudia, los fundamentos del dictamen no inducen a error grave, porque como se ha visto, se trata de la comparación de una cosa real con una hipotética, y es obvio que los peritos, para fundar su dictamen tenían que recurrir a inducciones y apreciaciones personales de acuerdo con sus conocimientos. Puede suceder que las conclusiones sean equivocadas, pero esas equivocaciones, por la índole de la prueba, no pueden considerarse como errores graves. Por otra parte, el juzgador tiene facultad para apreciarlas en la sentencia, que es donde se debe determinar si son aceptables o no.

Los errores en que pudieron incurrir los peritos principales al determinar la longitud de la ruta del oleoducto que se va a construír, el precio de costo, etc., no pueden considerarse como graves, porque se trata de cálculos sujetos a la apreciación personal de cada perito. Las mismas objeciones podrían hacerse a las conclusiones del dictamen del perito tercero, consideradas por el señor Procurador como las verdaderas. Pero sobre estas cuestiones nada puede adelantarse en esta providencia, porque se prejuzgarían, ya que la apreciación de ellas corresponde a la sentencia definitiva.

Las objeciones a un dictamen pericial conforme al Código Judicial, tiene por objeto que se practique la diligencia con nuevos peritos, si se encuentran aquéllas comprobadas. Dada la naturaleza de la prueba pedida, nada se adelantaría con decretar una nueva diligencia, por cuanto el dictamen de los peritos tendría que basarse en fundamentos análogos, por tratarse de la comparación de una obra real con una hipotética.

No todas las equivocaciones en que pueda incurrir un perito constituyen errores graves, que son, como se ha visto, los de mucha entidad. El Juez tiene la facultad de apreciar la prueba pericial en la sentencia, pues el artículo 723 del C. J. establece que "en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan", la fuerza probatoria del dictamen pericial "se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen".

Dice el doctor Carlos Martínez Silva en su tratado de pruebas judiciales lo siguiente:

"El examen pericial no es sino una lente que agranda los objetos; y al juez, que tiene la facultad de servirse de él, corresponde decidir si las imágenes se le presentan bien precisas. Los peritos son, a decir verdad, auxiliares de los tribunales".

Durante el término de prueba de la articulación, se acompañó a los autos el siguien-

te certificado, que confirma lo expresado anteriormente sobre la falta de planos y perfiles del oleoducto de la South American Gulf Oil Company y de las carreteras, trochas o vías accesorias:

"En obedecimiento al auto que antecede, el suscrito ingeniero Director del Departamento de Petróleos, en vista de los documentos que reposan en el archivo de esta dependencia administrativa, certifica lo siguiente:

"a)—No existen en los archivos de la oficina planos ni perfiles del oleoducto que ha de construír la South American Gulf Oil Company de acuerdo con el contrato aprobado por la Ley 80 de 1931, porque la mencionada compañía no ha presentado aún al gobierno tales documentos y por tanto tampoco han recibido aprobación alguna del Ministerio;

"b)—En consecuencia no se puede precisar con esos supuestos planos y perfiles la línea del oleoducto ni fijar en kilómetros la extensión de él;

"c)—No han sido presentados por el contratista del referido oleoducto ni por consiguiente existen en el Ministerio, planos ni perfiles de la carretera Petrólea-Mamonal ni de las trochas o vías accesorias, y por tanto tampoco han sido aprobados por el gobierno tales documentos;

"d)—En consecuencia, tampoco se puede precisar con base en esos supuestos planos y perfiles la extensión kilométrica de dicha carretera ni el número y extensión de los caminos o vías accesorias;

"e)—Como no existen los planos y perfiles a que se refiere el punto a), ni los datos necesarios que permitan hacer un cálculo bien fundamentado sobre el número de estaciones de bombeo que tendrá ese nuevo oleoducto, ni sobre el diámetro de la tubería o tuberías de él, no es posible precisar tales puntos".

De manera que las conclusiones de los peritos estaban sujetas naturalmente a las deficiencias y equivocaciones de todos los cálculos, sin que esto signifique que sean errores graves suficientes para invalidar el dictamen.

Examinando los motivos de las objeciones del señor Procurador, se ve que no tienen fundamento, porque no era posible esperar cálculos de absoluta precisión tratándose de la comparación de una obra concluída con otra por construír que no tiene planos ni siquiera determinada la ruta que ha de seguir, y que posiblemente presentará características distintas. Los peritos durante el término de prueba ampliaron el dictamen para decir las razones que tuvieron para hacer sus cálculos. De ellas se desprende que no hubo errores que puedan considerarse graves en las conclusiones del dictamen. Se hace a continuación una breve síntesis de tales argumentos:

Alargamiento.—Dice el señor Procurador que "de los informes de tales peritos aparece que el alargamiento deducido para la línea Petrólea-Mamonal es de 20,1 por 100, y en consecuencia se le asignan a la longitud total del oleoducto por tal línea apenas 475 kilómetros, lo cual constituye un error de bastante consideración, que influyó en los cálculos posteriores y en las conclusiones a que llegaron los peritos principales, como lo hace ver el perito tercero".

Sobre estas razones y las demás que expone el señor Procurador para sustentar esta parte de las objeciones, el perito doctor Ricardo Pérez dijo lo siguiente:

"Los alargamientos que resulten del estudio de líneas hipotéticas que se supusieron como algunas de las muchas posibles para el futuro oleoducto no pueden tacharse de errados de ninguna manera, ni existe en ninguna parte el error que ha creído descubrir el señor Procurador, ni aun cuando existiera tal error modificaría sustancialmente los cálculos ni cambiaría las conclusiones. En efecto, si hubiéramos dispuesto de planos y perfiles completos, en vez de haber tenido que recurrir a hipótesis sobre las posibles localizaciones del oleoducto, y nuestras cifras hubieran discrepado de esos planos y perfiles, hubiéramos cometido un error. Si tal error hubiera existido, de la magnitud de veinte kilómetros señalada por el señor Procurador, ese error habría modificado en muy poco los cálculos y en nada las conclusiones, puesto que la potencia de bombas exigida en uno y otro caso deja amplio margen para atribuír a cualquiera de los posibles oleoductos del Catatumbo una longitud mayor que las adoptadas, en decenas y aún en centenas de kilómetros. Yo tomé para mis cálculos la línea a Riohacha, la más larga y accidentada y que tiene un alargamiento que yo estimé en cuarenta por ciento y que el doctor González Concha estimó en cuarenta y siete con dos por ciento, sin que ni aún para esa línea la potencia requerida para mover el oleoducto sobrepase ni siquiera iguale a la que se necesita en el oleoducto de la Andián. No estará por demás tratar de explicar los errores en que ha incurrido el señor Procurador al tratar de descubrir un error aritmético en los cálculos. El señor

Procurador raciocina así: En el dictamen se estiman en 210 kilómetros las longitudes de las carreteras que se requieran para la construcción del oleoducto entre Petrólea y El Banco, para cualquiera de las dos líneas, Petrólea-Mamonal y Petrólea-Barranquilla, y como la tubería seguirá de cerca la carretera y para la tubería no le resultan al señor Procurador sino 190 kilómetros empalmándola con la de la Andian en El Banco, deduce que se ha cometido un error de veinte kilómetros. No se pueden sumar longitudes de carretera con longitudes de tubería porque son cosas distintas. La tubería se acercará hasta donde sea posible a la carretera, pero en todo caso será más corta que ésta; la carretera irá hasta el río Magdalena a los puntos que convengan para el desembarque y almacenamiento de materiales en el río, en tanto que la tubería que baje de la cordillera a unirse con la otra buscará un punto común distinto, tal vez Tamalameque, tal vez El Banco, tal vez "Negritos", como lo supuso el doctor Gonzáles Concha. Tampoco es exacto, como lo dice el señor Procurador, que la distancia de El Banco a Mamonal sea de 285 kilómetros, pues los planos muestran 277. La distancia de "Negritos" es apenas de 260. Aun cuando me parece lógico el empalme en Tamalameque, no vi razones de peso para objetar la elección hecha por el doctor González Concha de otro punto, "Negritos". En relación con el interrogatorio del señor Procurador a este punto, dijo: No le asignamos influencia ninguna al factor de alargamiento, ni lo tomamos como base para llegar a determinada longitud total. Esa relación resultó de las distintas directas medidas sobre el mapa y de las longitudes dadas a los diversos trayectos entre determinados puntos. Las bases numéricas que se tuvieron en cuenta para deducir el treinta por ciento, cifra naturalmente aproximada, fueron las relaciones de cantidades de maquinaria y tubería necesarias y las dificultades de transporte".

El doctor González Concha se expresó así:

"No hay error ninguno en nuestra apreciación respecto de la línea Petrólea-Bobalí-Mamonal, que es una de las que hemos considerado, por cuanto que hemos tomado como punto de empalme posible de las rutas de la Andian con la del oleoducto del Catatumbo que fuera a salir a Cartagena o Barranquilla, la estación de 'Los Negritos', situada según los planos de la Andian a 260 kilómetros más 105 metros al sur de Mamonal. Dicha ruta probable Petrólea-Mamonal la hemos descompuesto así: 150 kilómetros Petrólea-Bobalí, 89 kilómetros Bobalí-Negritos y 261 Negritos-Mamonal, o sea un total de 470 kilómetros, tomados como promedio de cálculo por cuanto que esa línea la consideramos para Barranquilla o Cartagena. La diferencia anotada de 20 kilómetros por el señor Procurador como un error grave, proviene de que imaginó un empalme en El Banco, con una distancia a Mamonal de 285 kilómetros errónea, ya que los planos de la Andian anotan una distancia de 276 kilómetros más 800 metros para el paso del río César en El Banco. No habiendo error no se afectan en manera alguna las conclusiones fundamentales del dictamen. Pero aun cuando de nuestras apreciaciones hubiera resultado una longitud mayor para la ruta Petrólea-Mamonal, no se habrían afectado dichas conclusiones, porque, como queda dicho en la página 45 del dictamen, tomamos como base de comparación la ruta más gravosa en nuestro concepto, que es la de Ríohacha, por cuanto impone mayor alargamiento, la construcción de mayor kilometraje de carreteras y mayor transporte por éstas. La ruta Petrólea-Ríohacha la estimamos en 500 kilómetros con un alargamiento de 47,2 por 100, como se anota en la página 12 del dictamen".

Transportes.—Considera el señor Procurador, contra lo que conceptúan los peritos, que el transporte de carga por la vía Encontrados-Abejón es superior, por el monopolio de hecho que ejerce la Compañía del Ferrocarril del Táchira. Agrega que los peritos cometieron un error al no tener en cuenta la enorme diferencia que existe entre el valor de la moneda venezolana y la moneda colombiana, al ser puestas en relación entre sí.

En los cálculos sobre transportes hechos por los peritos, puede haber equivocaciones pero no errores graves, como lo estima el señor Procurador, que sean suficientes para invalidar el dictamen.

Sobre el particular explicó el doctor Pérez lo siguiente:

"No creo que el Ferrocarril del Táchira pueda fijar las tarifas a su arbitrio, pues aun cuando existe un monopolio de hecho, los constructores del oleoducto dispondrán de un volumen de carga de importación muy valioso para la empresa del Táchira, puesto que ésta tiene el problema de un desequilibrio grande entre la carga que mueve hacia afuera y la de importación, que es mucho menor. Los constructores del oleoducto podrán modificar el volumen de sus importaciones por Maracaibo y podrán también hacer uso de barcos propios en el lago. Los constructores del oleoducto de la Andian tuvieron que hacerle frente a un monopolio de hecho y de derecho, basado en un con-

trato en época en que el Canal del Dique no estaba en estado de ser navegable. Todas estas cuestiones se tuvieron en cuenta en los dictámenes, como puede verse en ellos. No se tuvo en cuenta la cuestión monetaria, ni el mayor valor de la moneda venezolana, porque, como lo digo en la parte final de mi informe, esta cuestión y otras varias, aducidas en su favor por la Andian, no son, a nuestro juicio, circunstancias regionales. Cabe observar que el oleoducto del Catatumbo se pagará casi totalmente en pesos colombianos y en dólares, cuyo peso en oro se ha reducido desde 1926 a hoy en dos terceras partes y en una tercera parte, respectivamente, y que en bolívares se gastará una suma muy pequeña".

El doctor González Concha dice que no obstante el monopolio de hecho de la Compañía del Ferrocarril del Táchira, los constructores del oleoducto pueden establecer el sistema de transportes que mejor les convenga. Para no considerar la diferencia del cambio, aduce las mismas razones que el perito doctor Pérez.

Costo de construcción de vías.—Estima el señor Procurador que son equivocados los cálculos sobre construcción de vías por la Gulf para el nuevo oleoducto. Sobre el particular el perito doctor Pérez da las siguientes razones que motivaron las conclusiones del informe:

"Considero que la carretera o los trayectos de carretera que deban construírse para el oleoducto deberán tener características inferiores a las de la carretera Popayán-Pasto y muy inferiores a las de las carreteras Riohacha-Valledupar y Fundación-Valledupar. Las carreteras nacionales se están construyendo para tráfico rápido e intenso y simultáneo en ambos sentidos. La carretera Popayán-Pasto está hecha para un tráfico activo de pasajeros y de carga, en un solo sentido. Las carreteras que se hagan para el oleoducto deberán servir apenas para la circulación lenta de tractores y camiones. En ninguna parte encontrarán los constructores del oleoducto una topografía más terrible que la que existe entre Popayán y Pasto, en donde el paso del río Juanambú exige una bajada y una subida de dos mil metros verticales y el costo de lo que se construya para el oleoducto, por esta razón y por sus características inferiores no podrá resultar a precio excesivamente superior al que han costado las carreteras citadas, según dato contenido en el informe del señor Ministro de Obras Públicas. No conozco las características de la carretera que han construído en Río de Oro. Su costo elevado indica que deben ser de primer orden y para haberla construído así habrán tenido los empresarios sus razones. No son carreteras de primer orden las que se requieren para construir y explotar el oleoducto. Por lo tanto las cifras que sirvieron para calcular en el dictamen las erogaciones por este concepto, quedan en pie. En relación con el contrainterrogatorio del señor Procurador a este punto, dijo: Conozco la carretera Popayán-Pasto, que he recorrido, y conozco la región ampliamente por haber hecho en ella algunos trabajos. Desde el avión pudimos observar largos trayectos de la carretera de Valledupar y de las regiones donde se desarrolla. No conozco la de Río de Oro. No recorrimos las regiones por donde posiblemente puedan desarrollarse los proyectos del Catatumbo, lo que nos hubiera demandado largos años. Los empleados de la Gulf, después de varios años de excursiones no pudieron decirnos siquiera por donde va a ser el oleoducto. Las condiciones topográficas de la región resultarán, muy probablemente, más arduas en la región del sur que en la del Catatumbo. Las condiciones de clima serán más desfavorables en las selvas desiertas del Catatumbo que en el sur. Los jornales serán dos o tres veces más caros en la región del Catatumbo que en el sur, como lo fueron también en la hoya del Magdalena".

El doctor González Concha manifestó lo siguiente:

"No conozco las características o especificaciones de la carretera que une a Puerto Barco con el pozo de Río de Oro. Hemos considerado que los carreteables que habrá de construir la Compañía constructora del oleoducto del Catatumbo serán de características inferiores a las de las carreteras Riohacha-Valledupar y Fundación-Valledupar, a que se refiere la memoria del Ministerio de Obras Públicas presentada en 1936, que citamos en el dictamen, porque los carreteables necesarios para la construcción del oleoducto no serán hechos para tráfico de vehículos a velocidades normales en carreteras de servicio público, sino para pequeñas velocidades y un tráfico limitado exclusivamente a las necesidades de los trabajos. A la repregunta del señor Procurador, contestó: No conozco la carretera Popayán-Pasto ni dicha región, pero me son suficientemente aceptables las apreciaciones hechas al respecto por el doctor Ricardo Pérez que sí las conoce. Tampoco he recorrido las carreteras Riohacha-Valledupar y Fundación-Valledupar, pero sí tengo conocimiento personal y profesional de regiones y trabajos análogos, como son la región Ocaña-Gamarra, Ocaña-

Cúcuta, Cúcuta-Capitanejo y montañas del Carare, en las cuales he trabajado como Ingeniero Jefe de trazados y de construcciones de vías. No habiendo ningún trazado ni ruta elegida para la construcción del oleoducto del Catatumbo, nos era absolutamente imposible recorrer la zona destinada a dichos trabajos. Tuvimos en cuenta las diferencias de jornales y costumbres para la apreciación de los presupuestos".

Potencia o fuerza y tuberías necesarias. En lo relativo a esta parte de las objeciones, el señor Procurador dice así:

"Bajo el subtítulo de 'punto principal determinante' sientan los peritos principales la tesis de que el punto 'relativo a la potencia o fuerza, y por ende, al número de estaciones de bombeo y la longitud y diámetro de la tubería o tuberías necesarias en uno y otro oleoducto, es el que en último análisis plantea y determina la cuestión de si son o no más difíciles o desventajosas las condiciones que ofrece determinada región en orden a la construcción de un oleoducto'.

"Con esta tesis le asignan, pues, al numeral 7º del cuestionario de la Nación, una preponderancia definitiva y casi exclusiva para la resolución de la cuestión principal que les fue sometida, y limitan a las deducciones que sobre él hacen, las bases en que se apoyan para extraer la conclusión final de sus dictámenes.

"Esta manera de estudiar y analizar el problema y dictaminar sobre el fondo de él, entraña un error trascendental por las siguientes razones:

"a)—No estudiaron ni apreciaron el valor y la influencia relativas que todas y cada una de las otras ocho cuestiones sometidas a su consideración tiene en la conclusión final, y que en concepto de este despacho son esenciales por ser factores básicos que influyen todos en tal conclusión.

"La apreciación general y superficial que los peritos hicieron de algunos de esos factores en la síntesis de la página 48, fuera de ser incompleta, es vaga e imprecisa, y carece de los datos numéricos sobre los cuales pueda basarse científicamente el avalúo que determinan en la conclusión final cuando dicen:

"Los factores o circunstancias anotados estimamos que aminorarán en cosa de un 30 por 100 el costo del oleoducto del Catatumbo, en comparación con el de la Andian National Corporation, Limited.

"b)—Ese solo factor del ordinal 7º, considerado por los peritos principales como preponderante, no es el único ni es el principal, puesto que existen muchos otros, como las mayores o menores dificultades de construcción, el costo de transporte de los elementos necesarios, la exigencia de construir o no vías permanentes y auxiliares, y el alargamiento unitario que impongan los accidentes geográficos y topográficos y los recursos de diverso orden que se encuentren en cada región, todos los cuales pueden cobrar individualmente tanta o mayor importancia que el factor exclusivo de la fuerza y potencia requeridas. Si como lo han hecho los peritos, se adopta un mismo diámetro, espesor y tipo de tubería en una y otra zona para la comparación, el factor de fuerza y potencia sólo afectaría el costo del oleoducto en el renglón de la maquinaria impulsora necesaria (estaciones de bombeo), y es sabido que este renglón apenas integra desde una octava a una décima parte del costo total de una obra de esta naturaleza".

El perito doctor Pérez se refiere en estos términos a las objeciones del señor Procurador sobre este punto:

"No se dejó de estudiar ni de discutir uno solo de los puntos del cuestionario sometido a los peritos, como puede comprobarse leyendo, aun muy a la ligera, los dictámenes y las mismas objeciones del señor Procurador y del perito tercero. Atribuímos mayor importancia a la potencia requerida, a las máquinas y tuberías que deban emplearse, porque estos elementos son el oleoducto y de su peso y costo dependerán los costos de construcción y explotación, fletes, instalación, amortización e intereses. A la repregunta del señor Procurador a este punto, dijo: No es posible asignarle valor numérico preciso y concreto a una obra cuyos empresarios ignoran aún en dónde va a comenzar, en dónde va a terminar, por qué puntos va a pasar, qué diámetro y capacidad va a tener. Para hacer cálculos precisos de costo se hubieran requerido planos y perfiles completos, capacidad, tipos de máquina, fuentes de energía, etc., datos y documentos que nadie nos suministró y que probablemente hoy día nadie conoce aún. Consideramos que el punto relativo a la potencia o fuerza tiene importancia muy grande porque, como dije arriba, del costo y peso de los elementos que se requieren para la obra, dependerá el costo inicial, el número de jornales, el costo de fletes y demás gastos. Se consideraron también otros aspectos planteados en el cuestionario, que por las razones dadas en el dictamen no pueden tener influencia decisiva o influencia ninguna en el resultado final, como la presencia de algunas tribus de indios, como a lo desierto de la región, que deja de ser desierta tan pronto como una empresa poca-

rosa la ocupe con miles de hombres, máquinas poderosas, campamentos y hospitales modernos, etc. Tampoco puede pesar después de un momento de reflexión el transporte vertical que demanda mayor potencia en un lado de la cordillera y menor en el otro. Estudiados y pesados todos los puntos del cuestionario quedó con mayor importancia lo relacionado con la resistencia que ofrecen los petróleos para su transporte. Teníamos que suponer un volumen igual de carga, porque la base de comparación tenía que ser la misma para ambas líneas. Respecto de calidad teníamos que atribuírle a cada oleoducto la calidad de aceites que le corresponden. Este no es un dato desconocido; éste es un dato suministrado oficialmente por el Ministerio y por las Compañías, según aparece en los documentos anexos al dictamen".

El perito doctor González Concha se expresó sobre el particular, así:

"Al estudiar, analizar y resolver el problema de fondo consideramos como el principal y preponderante el de la potencia, tuberías e instalaciones necesarias, pero sin dejar de estudiar y apreciar en su valor todos los demás puntos del cuestionario, como aparece del dictamen según puede verse en las páginas 48 y 49 de la síntesis que hacemos de las nueve conclusiones relativas a los puntos sometidos a nuestro estudio por el Procurador. A la repregunta del señor Procurador, dijo: Valor numérico no puede haber en la comparación de un hecho real con uno hipotético, con la precisión a que se refiere la pregunta. Consideramos que el punto relativo a la potencia o fuerza y por ende al número de estaciones de bombeo y a la longitud y diámetro de la tubería o tuberías es el que en último análisis plantea y determina la cuestión de si son o no más difíciles y desventajosasas las condiciones que ofrece determinada región en orden a la construcción de un oleoducto, por cuanto que por condiciones más difíciles y desventajosas deben tenerse aquellas que aumenten el costo comparativo de una obra. Ahora bien, como el costo de un oleoducto es directamente proporcional a la longitud, diámetro y número de las tuberías, el número y potencia de las estaciones y todos estos factores dependen directamente de las características físicas de los petróleos transportables, son en último análisis dichas características las que vienen a determinar en su mayor parte el costo de un oleoducto. Las dificultades inherentes a los accidentes topográficos, transportes, precio de jornales y víveres en el caso del Catatumbo son diferencias no suficientemente gravosas para contrarrestar las favorables producidas por la menor cantidad de material, instalaciones, etc., comprables y transportables. Supusimos la misma cantidad de barriles transportables diariamente por ambos oleoductos para ponerlos en igualdad de condiciones con respecto a su objeto o finalidad y tuvimos en cuenta la probable naturaleza de los petróleos transportables en atención a que los oleoductos se construyen y calculan para transportar determinados petróleos, con mayor razón en este caso en que el oleoducto del Catatumbo ha sido contratado con carácter de privado y para el transporte exclusivo de los petróleos procedentes de los pozos que se perforen en la llamada concesión Barco".

Densidad y viscosidad del petróleo.—Estima el señor Procurador que los peritos fijaron arbitrariamente en su dictamen la cantidad, densidad y viscosidad del petróleo del Catatumbo; que consideraron sin razón igual la calidad del petróleo de la Andian con el del Catatumbo; que sólo tuvieron en cuenta la calidad del petróleo de los primeros pozos abiertos en un pequeño sector de la concesión del Catatumbo, etc.

Durante el término de prueba se agregaron a los autos los informes del Ministerio de Industrias sobre examen y calidad del petróleo del Catatumbo y se recibieron las declaraciones de los señores Gabriel Cuervo, Inspector Nacional de Petróleos en el Norte de Santander, y Luis Francisco Guerrero, quienes declaran que en la región comprendida en el ángulo formado por los ríos "Catatumbo" y "Río de Oro", se han abierto y se están abriendo nuevos pozos de una estructura diferente a la de la Petrólea. Agregan que en el único pozo que hasta ahora ha producido petróleo en esa región, éste presenta a la simple vista características diferentes al producido en la región de la Petrólea, por su color, olor y fluidez, etc.

El doctor Pérez manifestó lo siguiente:

"No existe diferencia ninguna a esto respecto, porque fue asunto de apreciación sino de datos concretos dados oficialmente. Por lo tanto no puede haber discrepancia ninguna en las conclusiones. Pero aun cuando nos hubiéramos servido de cifras distintas de viscosidad y densidad, la discrepancia en las cifras hubiera podido ser muy grande sin que se hubiera llegado a afectar las conclusiones, porque hubiera bastado una diferencia mucho menor que la existente para dejar un saldo de fuerza requerida a favor del oleoducto del Catatumbo. Con los petróleos de Petrólea se podrán transportar otros más densos y viscosos en proporción muy gran-

de antes de que la resistencia que ofrezca llegue a igualar la de los petróleos de Barranca. Al contrainterrogatorio del señor Procurador a este punto, dijo: Tuvimos en cuenta únicamente los datos de la región de Petrólea para nuestros cálculos, por ser los únicos que se nos entregaron. El doctor González Concha me manifestó que en el Ministerio le habían ofrecido datos de la región de "Río de Oro" y que los había reclamado insistentemente, sin haberlos obtenido. Esperamos esos datos y para eso solicitamos de la Corte varias ampliaciones del plazo concedido para la presentación del dictamen. No habiendo recibido los datos tuvimos que prescindir de ellos. Como dije arriba, hay margen para transportar petróleos más densos y viscosos en proporciones considerables antes de que su resistencia, sumada a los demás factores de transporte desfavorables, llegue a igualar la resistencia de los petróleos de Barranca".

El doctor González Concha se expresó así:

"No existe diferencia ninguna entre los peritos principales respecto a la apreciación de la densidad y viscosidad de los petróleos, pues ambos nos basamos en los datos que nos fueron suministrados por el Ministerio de Industrias, acordes con los que nos suministraron las Compañías. Con relación a la repregunta del señor Procurador a este punto, dijo: Respecto a la primera cuestión depende de la época en que se vaya a ejecutar la obra. Tuvimos en cuenta para los cálculos las características físicas del petróleo de la región de 'Río de Oro' y como dijimos en la página 51 del dictamen, 'aun suponiendo que se modifiquen considerablemente esas características en el sentido de una mayor viscosidad y más alta densidad es de preverse que el oleoducto del Catatumbo será más gravoso que el de la Andian National Corporation".

Por las razones expuestas se llega a la conclusión de que no hay errores graves en el dictamen de los peritos principales que sean por su magnitud suficientes para ordenar la práctica de una nueva diligencia. En autos figura un alegato del señor Procurador, el cual no se estudia, porque fue presentado extemporáneamente, ya que en estos incidentes no hay término para alegar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena en lo Civil, declara no probadas las objeciones del señor Procurador Delegado en lo Civil al dictamen de los peritos principales doctores Ricardo Pérez y Ernesto González Concha.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA DE RESTITUCION DE UNA FINCA ARRENDADA

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, agosto veinte de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Por medio de la resolución número 220 de 1936 (diciembre 31), el Poder Ejecutivo comisionó al señor Procurador General de la Nación para promover y seguir hasta su terminación las diligencias necesarias para la entrega de unos terrenos de la hacienda de "El Retiro", ubicada en Pasca, los cuales habían sido arrendados al Gobierno para el servicio de la Remonta del ejército.

Con semejantes autorizaciones, este alto funcionario se dirigió a la Sala Civil de Unica Instancia e inició demanda de restitución del bién arrendado, contra el señor Germán Cubillos, con base en varios hechos que pueden compendiarse así:

1º El señor Germán Cubillos le dio en arrendamiento a la Nación el inmueble a que se refiere la resolución aludida, por los linderos constantes en la escritura número 366, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, el 18 de febrero de 1936.

2º Los terrenos arrendados, cuya área se dijo que era de 2.200 fanegadas, quedaron reducidas a 2.000 al otorgarse el instrumento nombrado.

3º El día en que el arrendador entregó a la Nación aquella propiedad, se hizo la observación de que dentro de ella había 58 arrendatarios, en cuyo poder estaban 600 fanegadas.

4º En el título escriturario, contentivo del contrato, se establecieron las causales de caducidad.

5º El arrendador aceptó como forma de pago la siguiente: "él presentaba la cuenta de cobro del precio mensual del arrendamiento ante el Habilitado Pagador del Ministerio de Guerra, donde se presentaban los fondos, y éste los cubría a su presentación". Así se verificó hasta el 30 de septiembre de 1936.

6º Desde el primero de octubre del año antecitado, el dinero ha estado a disposición del arrendador en la oficina del susodicho Habilitado, con la deducción de $ 1.000.00, de que trata la resolución número 19 de 7 de noviembre de 1936, sin que Cubillos se haya presentado a recibirlo.

7º La Nación cumplió el contrato durante 13 meses y diez días. En cambio el arrendador no procedió del mismo modo.

8º En atención a este incumplimiento, el Gobierno Nacional, por medio de la resolución ejecutiva número 190 de 7 de noviembre de 1936, confirmada por la número 22 de 16 de diciembre del mismo año, declaró caducado el contrato y señaló el 20 de diciembre de 1936 para devolver la finca al arrendador.

9º Citado éste varias veces no concurrió a la respectiva diligencia.

10. El día 29 del mismo mes y año se reunieron en la hacienda dicha los representantes del Gobierno y otras personas para sentar el acta de entrega.

11. Como no se hubiera presentado el señor Cubillos, la finca fue entregada a una comisión de la Policía Nacional.

El señor Cubillos, a quien se corrió traslado de la demanda, contestó aceptando con algunas explicaciones algunos de los hechos fundamentales, y negando y rechazando otros.

En cuanto a los fundamentos de derecho los impugnó, porque, según él, de acuerdo con el Art. 1111 del Código Judicial, a la demanda debe acompañarse la prueba de que el contrato ha terminado por alguno de los casos establecidos en el Código Civil (Art. 2008), lo cual no ha acontecido en el caso de autos.

En lo referente a la caducidad arguyó así:

"... El derecho que el Gobierno se reserva para decretar administrativamente aquella caducidad, no es otra cosa ni puede tener otro alcance que el de que la Nación asuma el carácter privilegiado de demandada en la litis judicial a que dé lugar la resolución de caducidad. De esta manera, si el contratista acepta la resolución, el contrato queda ter-

minado; pero si no la acepta y lleva el asunto ante los Tribunales de Justicia, el contrato no puede darse por expirado hasta que el asunto se falle judicialmente. Es una cuestión sub judice, que en el caso presente quedaría prejuzgada si se me obligara a recibir el inmueble arrendado a virtud de la demanda del señor Procurador.

"La ley le ha permitido al Gobierno dar por terminados los contratos que él celebre en virtud de la resolución de caducidad, en forma análoga al derecho que les concede a los particulares para desistir en ciertos casos de las convenciones por ellos celebradas. Pero si contra ese desistimiento del contrato la parte que se cree agraviada ocurre al Poder Judicial, el contrato queda en pie mientras no se dicte el fallo respectivo. Otra interpretación conduciría al absurdo, pues la Honorable Corte no puede fallar este asunto en la forma que pide el señor Agente del Ministerio Público sin declarar que el contrato de arrendamiento ha expirado, y ésta es justamente la cuestión que se está debatiendo en virtud de la demanda ordinaria propuesta por mí ante esa misma Sala con fecha 8 de febrero del año en curso...".

Por su parte, el señor Procurador presentó con la demanda: copia debidamente registrada de la escritura pública Nº 366 de la notaría 4ª de Bogotá, fechada el 18 de febrero de 1936, en la que aparece el contrato, y copia de las resoluciones ejecutivas relativas a la caducidad, con la constancia de las notificaciones.

Estas circunstancias colocan dichas providencias en estado de ejecutoria en la vía administrativa, al tenor del artículo 4º de la Ley 77 de 1931.

Agotados, como lo están, los trámites legales, la Sala Civil de Unica Instancia procede a decidir, considerando:

El contrato en cuestión podría reputarse como uno de mero derecho civil más bien que administrativo; pero ocurre que las partes contratantes voluntariamente estipularon la caducidad, que equivale a la condición resolutoria expresa, estipulada en los contratos civiles ordinarios.

En esas condiciones, el Ejecutivo dictó la respectiva resolución, lo que significa que el advenimiento del hecho previsto en el contrato y la consiguiente resolución del Gobierno dan por resultado la terminación del contrato administrativamente.

Con todo, el artículo 3º de la Ley 53 de 1909 concede a los interesados un plazo de seis meses contados desde la respectiva decisión, para que intenten las acciones civiles contra las susodichas resoluciones.

Ahora bien: el demandado adujo como prueba la certificación que va a transcribirse:

"El suscrito Secretario de la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, certifica:

"Primero—Que actualmente se tramita en dicha Sala un juicio ordinario promovido por el señor Germán Cubillos contra la Nación para que se declare: que el Gobierno Nacional no tenía facultad legal suficiente para dictar la resolución ejecutiva número 190 de 7 de noviembre de 1936, en virtud de la cual se declaró caducado administrativamente el contrato de arrendamiento de una parte de la hacienda 'El Retiro', contrato celebrado por el actor con el Gobierno, por conducto del Ministerio de Guerra, con fecha seis de agosto del mismo año; que en el caso de que hubiera tenido esa facultad, dicha resolución no tiene fundamento jurídico en actos u omisiones de parte del actor, de aquellos que legalmente confieren derecho al arrendatario para dar por terminado el arrendamiento; que el Gobierno, como representante de la Nación, está obligado a cumplir el referido contrato; y que el mismo Gobierno debe reconocer al demandante una indemnización por los perjuicios sufridos...".

Según se deduce de la prueba allegada, el señor Cubillos agita un pleito contra las resoluciones ejecutivas relativas a la caducidad, lo que vale decir que está sub lite esa cuestión, y que por consiguiente ante el Poder Judicial no puede todavía alegarse que el contrato está definitivamente terminado. Una resolución o decisión que se está controvirtiendo dentro de los términos del artículo 3º de la Ley 53 de 1909 no puede considerarse desde todo punto de vista absolutamente en firme. Distinto sería el caso, si el señor Cubillos hubiera dejado transcurrir en silencio los 6 meses, y luégo hubiera promovido un juicio, deduciendo acciones nacidas del contrato y no provenientes de las dichas resoluciones.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión de que el actor no ha comprobado plenamente que el arrendamiento ha terminado en su favor, tal como lo prescribe el artículo 1111 del Código Judicial.

Siendo así el asunto, no es aún el caso de autorizar la entrega del bién arrendado, lo que sólo podrá hacerse cuando desaparezca la omisión que se apunta.

Dadas las circunstancias prenotadas, es pertinente considerar que se ha pedido antes de tiempo, lo cual constituye un medio de defensa que no aniquila el derecho del actor, pero lógicamente sí permite declarar,

de conformidad con el artículo 343 del Código Judicial, la excepción perentoria de petición antes de tiempo, con la consiguiente absolución.

En fuerza de lo expuesto, la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

Primero—Declárase probada la excepción de petición antes de tiempo.

Segundo—En consecuencia, absuélvese al demandado de los cargos formulados en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese el expediente en oportunidad.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PERSONERIA DEL DEMANDADO.—REQUISITOS PARA LA ESTIMACION DE PRUEBAS

El artículo 232 del C. J. establece que no es necesario que el demandante PRESENTE CON LA DEMANDA la prueba de la personería del demandado; pero como es natural, siendo la prueba de la personería un hecho que es menester acreditar, debe serlo dentro de los términos que la ley concede a las partes para que prueben los hechos que interesan a la demostración de sus derechos. 2. Para que una prueba sea estimada debe ser producida dentro de una de las cuatro oportunidades que autoriza el artículo 597 del C. J. De donde se infiere que no puede formar parte del proceso si no ha sido pedida, decretada y practicada conforme a una de las cuatro formas o maneras que establece el artículo citado.

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia—Bogotá, octubre veinte de mil novecientos treinta y siete.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el memorial que precede el actor hace dos peticiones: 1ª Que se ordene dar traslado para alegar de conclusión, por haberse vencido el término probatorio y prescindir el solicitante de las pruebas decretadas que no han sido practicadas y agregadas a los autos, y 2ª Que se tengan como pruebas de la personería de las compañías demandadas los certificados y copias de la Cámara de Comercio de esta ciudad, que acompaña.

La primera solicitud es legal, pues las partes pueden prescindir de la práctica de pruebas que han pedido, porque siendo ellas solamente las interesadas en la demostración de sus derechos, bien pueden dejar de practicar algunas probanzas que posteriormente no consideren estrictamente necesarias a tal fin.

No así la segunda. Con efecto, el artículo 232 del Código de procedimiento civil, citado por el memorialista, dice: "El demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de que la persona a quien designa como representante del demandado, lo es en realidad;...". De este texto no se deduce que el actor pueda presentar la prueba de la personería de los representantes de las personas que demanda en cualquier época del juicio, antes de la citación para sentencia, como lo cree el doctor Molina Callejas. El alcance del precepto es bien distinto: simplemente establece que no es necesario que el demandante presente con la demanda la prueba de tal personería. Es decir, que puede darse curso a aquélla sin ese requisito. Pero como es natural, siendo la prueba de la personería un hecho que es menester acreditar, debe serlo dentro de los términos que la ley concede a las partes para que prueben los hechos que interesan a la demostración de sus derechos.

Al respecto el artículo 597 del mismo Código es categórico: "Para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso:

1º. Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas.

2º. Por haberse presentado en inspeccio-

nes u otras diligencias en que intervienen el Juez y las partes.

3º. Por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto, y practicado antes de la citación para sentencia, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión.

4º. Por haberse decretado sin petición de parte, cuando el Juez tenga esa facultad".

Por modo que para que una prueba sea estimada debe ser producida dentro de una de las cuatro oportunidades que autoriza esta disposición. De donde se infiere que no puede formar parte del proceso si no ha sido pedida, decretada y practicada conforme a una de las cuatro formas o maneras que establece el artículo que se comenta.

No se trata aquí de ninguno de los casos previstos en los numerales 1º, 2º y 4º. El aplicable o pertinente es el 3º, que expresamente establece que las pruebas, para ser estimadas, deben "haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto". Esta disposición relacionada con el artículo 745 del C. J., que divide el término ordinario de prueba en dos períodos, de diez días para pedirlas y de treinta para practicarlas, pone de relieve el pensamiento del legislador que ha determinado claramente que para pedir las pruebas se señale un término de diez días y que para estimarlas deben ellas pedirse dentro de dicho término.

El memorialista aduce como argumento favorable a su tesis una jurisprudencia de la Corte, que reza: "Como el artículo 154 de la Ley 40 de 1907, relativo al punto analizado, no dice en qué estado del juicio ha de probar el demandante la personería del demandado, es de colegirse que puede hacerlo hasta la citación para sentencia. "Agrega que la disposición interpretada es análoga al artículo 232 del Código Judicial vigente.

La anterior doctrina (que aún podía ser discutible dentro del antiguo Código, si se tiene en cuenta el artículo 550 del mismo, que disponía que "transcurrido el término de prueba, sólo son admisibles hasta la citación para sentencia, las escrituras y documentos justificativos de hechos ocurridos con posterioridad a dicho término") se explica dado el caso especial a que fue aplicada, pues tales pruebas sobre personería habían sido admitidas por auto anterior, el cual se había ejecutoriado y, por tanto, era ley del proceso; en tales circunstancias, el Juzgado debía necesariamente considerarlas (Gaceta Judicial, Tomo XXX, pág. 221).

Y no puede aplicarse al caso actual, donde precisamente se decide sobre su admisión y no se parte del hecho cumplido de estar ya aceptadas y practicadas tales pruebas.

Además, en la hipótesis de que la petición se hubiera formulado dentro del término legal para pedir pruebas, no podía permitirse desde luego que los documentos que ahora se acompañan no han sido traídos a los autos como lo dispone el artículo 636 del C. J., que establece que cuando las partes pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, a su contestación, o a los memoriales sobre excepciones, deben pedir, dentro de los términos probatorios, que se libre despacho al funcionario correspondiente para que expida copia de tales instrumentos.

En mérito de lo expuesto, la Sala Unitaria resuelve:

1º Entréguense los autos a las partes, por diez a cada una, primero a la actora y luégo, separadamente, a las opositoras.

2º No pueden admitirse como pruebas los documentos que acompaña el memorialista.

Notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

ADVERTENCIA:

Con este número termina el tomo XLV, de la "Gaceta Judicial". El número 1931 está destinado para Indice y Jurisprudencia del Tomo XLV.

INDICE

Págs.

Editorial.—Concepto de la medianería. —Por Primo Peressegani. (Conclusión). — (De la "Revista" del Colegio de Abogados de Buenos Aires) 789

SALA PLENA

Demanda de inconstitucionalidad del art. 4° de la ley 107 de 1936, sobre impuesto de valorización.—Se declara exequible.— Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 794

Facultad impositiva del legislador.—Salvamento de voto del Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo 799

Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Francisco Mújica 800

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

Repetición por pago de lo no debido.— Acción de "in rem verso".— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Roberto Vélez contra el Municipio de Amagá.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 802

Demanda para obtener declaración de que una persona no es heredera de otra.—Delación de la herencia.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de María López v. de Zapata contra Teresa Rodríguez. — Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica.. 809

Demanda sobre nulidad y otros puntos.— Nulidad y revisión de sentencias.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Roberto Tobón contra Jesús María Tobón. — Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica.. 808

Imputación y prueba del pago.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de la señora Rita Torres de Angel contra el doctor Elías Sabogal Mora.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 812

Acción de nulidad.—Nulidades sustantivas y adjetivas.—Apelación concedida en el efecto devolutivo.—Suspensión del remate.— Jurisdicción delegada.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Eucterio Zapata contra Pedro M. Jaramillo y otros.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 819

Acción de dominio y de nulidad.—Prescripción de la acción rescisoria.—Efectos de la declaración de nulidad.—Medios nuevos en casación.—Técnica de la demanda de casación.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el ordinario de la señora Carmen Rosa Ocampo de Ríos contra Luis Salas B. y otros.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 825

Ddictamen pericial en el caso del artículo 524 del Código Judicial.—Se admite el recurso de hecho introducido contra el auto del Tribunal Superior de Cali de 3 de agosto de 1934, que niega el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia en el ordinario de Juana Josefina María de Escobar contra Ricardo Jaramillo Barreneche.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 834

Acción de nulidad. — Cesión de créditos.— Cesión de un crédito hipotecario.—Causal de casación sobre incongruencia. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior, de Medellín en el ordinario de Francisco Antonio Grisales contra Manuel de J. Calle y otros.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón 835

Recurso de hecho.—Cuantía de la acción.— Se admite el recurso de hecho y se concede el de casación en el ordinario de María Josefa Uribe v. de Restrepo contra Roberto Jaramillo y el Distrito de Medellín, fallado por el Tribunal Superior de Medellín en segunda instancia.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo... 839

La sucesión no es persona jurídica.— Intención de los litigantes.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario de Emilia Blum y Leonor Blum de Tejada contra Santiago M. Eder y José María Sierra S.—Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 841

Demanda sobre pago de perjuicios.—Técnica del recurso de casación.—Cambio de modo de ejercer una servidumbre.—Prescripción de la servidumbre de luz.—Huecos y ventanas en pared divisoria.—Aguas lluvias. Obligaciones de vecindad. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Antonio Aguirre y María Escobar de Aguirre contra Ricardo Obregón.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 846

Págs.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

En las condenaciones por virtud de la ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros no hay lugar a recurso de revisión.—La Corte desecha de plano el recurso de revisión de Angel M. Cano, condenado como maleante por la Alcaldía de Buga y la Gobernación del Valle. — Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez..... 858

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Excepciones.—Se declara probada la excepción de falta de responsabilidad en el ejecutivo de la Administración de Rentas Departamentales de Valdivia contra Pedro Luis Roldán.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 859

No es competente la Corte para decidir sobre la nacionalidad de un individuo, en caso de duda.—Se abstiene de conocer la Corte en las diligencias sobre nacionalidad del señor Abraham Chalela.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo.. 861

Pensión.—Se decreta a favor de la señora Ester Montealegre v. de Lozano.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 862

Apoderado que no tiene título de abogado. Se devuelve al Tribunal Superior de Pamplona para corregir unas irregularidades un juicio en que es apoderado el señor Francisco Antonio Maldonado Villamizar, que no es abogado graduado.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán . 865

Auto aclaratorio del anterior.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán.. 866

Apelación de un auto.—Se revoca un auto del Juzgado de Rentas Nacionales en el ejecutivo contra la "Casa R. J. Jones & Cía., S. A."—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 867

Apelación de un auto.—Resolución ministerial que presta mérito ejecutivo.—Se confirman los autos de 13 de mayo y 5 de julio del año en curso, proferidos por el Juzgado de Rentas de Cartagena en el juicio contra la firma de "K. y B. Meluk, S. A."—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 869

Nulidad por incompetencia de jurisdicción en el Tribunal fallador.—Se declara una nulidad por incompetencia de jurisdicción en el ordinario de la Compañía "United Fruit Company" contra José María Bustamante sobre oposición a la adjudicación de unos terrenos baldíos situados en la región de Oribueca, en el Distrito de Ciénaga. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 871

Incidente de nulidad.—Se confirma la providencia del Juez de Ejecuciones Fiscales en el ejecutivo de la Nación contra Roberto Echeverría y otros.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 873

Nulidad por incompetencia de jurisdicción. Se abstiene la Corte, por carecer de competencia, de conocer de las excepciones en la ejecución de la Recaudación de Hacienda Nacional de Argelia (Antioquia), contra el señor Ventura Cardona.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.... 874

Excepciones.—Se declaran probadas algunas en el ejecutivo de la Recaudación Nacional de Hacienda de Santa Marta contra Miguel de J. Caldas. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 875

Auto ejecutivo apelado.—Se confirma el auto proferido por la Sindicatura de Lazaretos del Atlántico, contra el Curante de la Fábrica de Aceites y Grasas Vegetales.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 879

Auto ejecutivo apelado.—Se confirma el dictado por el Recaudador de Hacienda Nacional de Anserma contra la Sociedad Minera "El Crucero" y "Montecristo".—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 880

Incidente de nulidad.—Se confirma el auto materia de súplica, proferido por la Corte en Sala Unitaria, en el incidente de nulidad pedido por el señor Carlos de la Espriella en el juicio especial de venta que le sigue el Departamento de Cundinamarca.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 881

Apelaciones de las providencias dictadas por Jueces comisionados.—Por carencia de jurisdicción, se abstiene la Corte de conocer de la apelación interpuesta contra un auto del Juez 1º del Circuito de Girardot, como comisionado para la práctica de una diligencia, en el juicio ordinario de la Nación contra la señorita Magdalena Leiva Tobar.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 882

Incompetencia de jurisdicción.—Se abstiene la Corte, por segunda vez, de conocer de la apelación a que se refiere la providencia anterior.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 883

Incompetencia de jurisdicción.—Se niega la

Págs.

reposición de la providencia anterior, recurso interpuesto por el doctor Pedro María Alvarado en el juicio que adelanta la Nación contra la señorita Magdalena Leiva Tobar.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 884

Alcance contra un cajero. — Excepciones.— Se declaran no probadas las excepciones propuestas en el juicio de la Nación contra el señor Aristides Gutiérrez como cajero del Ferrocarril del Tolima. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 885

Apelación de una diligencia de amojonamiento. — Por carencia de jurisdicción se abstiene la Corte de conocer de la apelación interpuesta contra una diligencia de amojonamiento practicada por el Juez del Circuito de Melgar en el juicio de la Nación contra el señor Maximiliano Aya.— Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 890

Excepción de ilegitimidad de la personería del demandado.—Se declara probada esta excepción en el ejecutivo de la Recaudación de Hacienda de Armenia contra la sucesión de Enrique Rendón F.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 892

Apoderado principal y sustituto.—Se revoca el auto del Tribunal de Santa Marta en el juicio que la Nación sigue contra la "United Fruit Company" —. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán... 893

Seguro de vida colectivo. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en el ordinario seguido por los cónyuges Simón S. Harker y Ana Ortiz de Harker.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 896

Excepción.—Fianza.- Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ejecutivo del Departamento de Boyacá contra Jorge Enrique Russi.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 900

Demanda de recompensa, conforme a una Ordenanza departamental, por servicios prestados a la instrucción pública.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en la demanda de Marco A. Llano contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 901

Excepción. — Fianza. — Prescripción contra créditos del Estado.—Se declaran no probadas las excepciones en el ejecutivo de la Nación contra Sigifredo Gómez.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 905

Prueba de la existencia de una sociedad comercial.—Se confirma en parte y se revoca en otra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, para declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor, en el ordinario de la sociedad "La Colombiana de Cervezas" contra el Departamento de Caldas.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 908

Excepciones.—Se confirma en parte y se revoca en otra la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el ejecutivo del Departamento del Valle contra un señor Quintero L., como Administrador de un estanquillo.—Magistrado ponente. Dr. Eleuterio Serna R. 909

Acumulación de autos en juicios seguidos con jurisdicción coactiva.—Por carencia de jurisdicción, se abstiene la Corte de conocer de la acumulación solicitada en el juicio ejecutivo de los herederos del Dr. Abraham Arenas contra José Asunción Méndez, para acumularlo al que sigue la Nación contra José Méndez S.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo... 911

Jurisdicción de la Corte para conocer de incidentes y recursos en juicios ejecutivos por procedimiento coactivo.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, en el ejecutivo del Municipio de Bogotá contra el señor Efraín González como responsable de las cuentas de la Administración del Tranvía Municipal.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 912

Demanda sobre derecho al uso de unas aguas y sobre pago de perjuicios. — Sentencias consultables.—Requisitos para la responsabilidad del Estado por actos de administración.—Uso de las aguas por los propietarios de los predios riberanos.—Limitación de este uso por el Estado.—Doctrina de la responsabilidad del Estado por actos de sus agentes.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario del señor Pedro Manuel Dávila contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 914

Error aritmético.—Se niega la corrección de la sentencia, solicitada por el doctor Rodrigo Noguera, como apoderado del señor Pedro Manuel Dávila.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 938

SALA PLENA EN LO CIVIL

Se niega la reposición de un auto y se concede el recurso de súplica en el juicio de la Nación contra "The Andian National Corporation Ltd".— Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 935

Dictamen pericial.—Se niega lo pedido contra el auto de 21 de mayo último en el ordinario de la Nación contra "The Andian National Corporation Ltd." —Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 935

Objeciones a un dictamen pericial.—Se declaran no probadas las hechas por el señor Procurador General de la Nación a un dictamen pericial en el juicio de la Nación contra "The Andian National Corporation Ltd."—Magistrado ponete, dcetor Pedro A. Gómez Naranjo 936

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Demanda de restitución de una finca arrendada.—Se declara probada la excepción de petición antes de tiempo en el juicio de la Nación contra el señor Germán Cubillos. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 945

Personería del demandante.—Requisitos para la estimación de pruebas.—Se ordena dar traslado para alegar de conclusión y se rechazan algunas pruebas en el juicio del doctor Germán Molina Callejas contra la Nación y las sociedades "Colombian Petroleum Company" y "South American Oil Company".—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 947

ADVERTENCIA — 948

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLV — Bogotá, septiembre de 1938. — NUMERO 1931

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XLV,

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Págs.

A

ABUSO DEL DERECHO

- 1 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada **Responsabilidad civil por denuncios criminales, imprudentes o ligeros.** (Casación del 5 de agosto de 1937, XLV, G. J. Nº 1927) .....

ACCESION

- 2 -

Al tenor del artículo 739 del Código Civil el dueño del inmueble pasa a serlo de lo que por accesión se junta a dicho inmueble, ya provenga de la accesión de la naturaleza, de obra del mismo dueño o de obra de un tercero. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, junio 25 de 1937) (1) .....

ACCION DE DOMINIO

- 3 -

"Como la acción de dominio es real, la titularidad del que acude a ella debe ser acreditada sumariamente, como requisito indispensable para iniciarla; el contenido territorial del dominio que así se haya acreditado es cuestión que se debate después, con audiencia ya de la persona que tenga derecho a discutir dicho contenido (artículos 900 del C. C. y 862 del C. J.)". (Casación, XLV, Nº 1924, mayo 25 de 1937) 122, 2ª

ACCION DE IN REM VERSO

- 4 -

Véase: **Enriquecimiento sin causa.** (Casación del 14 de abril de 1937, Nº 1923, tomo XLV) ..... 29, 1ª y 2ª

ACCION HIPOTECARIA

- 5 -

555, 1ª La acción hipotecaria debe dirigirse contra el poseedor del bien gravado. Tanto el anterior código de procedimiento como el actual señalan la manera de determinar ante el juez ese poseedor demandado (arts. 1022 del Código Judicial derogado y 998 del actual), que bien puede ser distinto del constituyente de la deuda. (Casación, XLV, Nº 1924, mayo 19 de 1937) 118, 2ª

(1) Doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte, que acogió la de Negocios Generales.

Págs. Págs.

ACCION DE RESPONSABILIDAD

- 6 -

Véase Responsabilidad. (Casación del 30 de abril de 1937, XLV, Nº 1923. 42, 1º).

ACUERDOS MUNICIPALES

- 7 -

Los Acuerdos municipales son normas obligatorias para los habitantes de los respectivos distritos y por eso enseña el artículo 63 del Acto Legislativo número 3 de 1910 que los acuerdos municipales son obligatorios mientras no sean anulados. Es por medio de acuerdos como los municipios norman sus relaciones entre la entidad municipal y los vecinos del distrito, de manera que la prueba adecuada para establecer la existencia de tales relaciones es la presentación de los respectivos acuerdos. (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 6 de 1937) ..... 804, 1ª, y 805, 2ª

ACUMULACION DE ACCIONES

- 8 -

En un juicio sobre reivindicación halló comprobada el Tribunal sentenciador la excepción perentoria de petición de un modo indebido, porque no estando ligados los actores por ningún vínculo jurídico, era improcedente la acumulación de las acciones de ellos, que alegaban o fundaban sus pretensiones en hechos específicamente distintos. Dijo la Corte:

"Es preciso entonces como cuestión previa examinar si en el caso de esta litis procedía o no la acumulación de acciones, ya que el hecho en sí de la acumulación no se discute y está evidente en los autos. Desde el punto de vista teórico y doctrinario la Corte se reafirma en lo que expresó sobre el particular en la sentencia de 30 de marzo del año pasado, dictada en el juicio ordinario iniciado por Stella Lilián y otros contra C. y R. Echeverría, Mora Hermanos y otros, y por eso reproduce lo pertinente de ese fallo. La Corte se expresó así: 'Según el C. J., es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Requisito esencial y común a todas las figuras de la acumulación, es el de que la sustanciación de las acciones sean susceptibles de hacerse bajo una misma cuerda, por seguirse el mismo procedimiento judicial, y que los juicios se hallen en una misma instancia, salvo lo previsto por el artículo 400 de la obra citada. La institución de la pluralidad del proceso, o sea de acciones, dentro de una unidad de procedimiento, esto es, de juicio, se configura de ocho maneras distintas, las cuales se dividen en dos grandes grupos: la acumulación objetiva y la acumulación subjetiva. Existe una acumulación objetiva: a) Cuando en una misma demanda se ejercitan varias acciones, al tenor del artículo 209 del C. J.; b) Cuando se acumulan los autos de acuerdo con lo prevenido en el ordinal 1º del artículo 397 ibidem; c) En la reconvención, o sea cuando el demandado opone al demandante una acción contraria, en cabeza de aquél contra éste; por cuyo motivo la reconvención cabe en todos los juicios en donde haya traslado de la demanda, siempre que esa acción contraria tenga la condición ya dicha de poderse sustanciar como principal. La acumulación subjetiva tiene lugar: d) En la litisconsorcio; e) En la intervención principal, esto es, cuando el tercero incoa una acción contra las dos partes principales, o sea actor y demandado primitivos. Por ejemplo, en las ocurrencias de los artículos 1021, 1062 y 1189, inciso final del C. J.; f) En la intervención adhesiva, o sea cuando se presenta a intervenir en el juicio un tercero a quien pueda aprovechar o perjudicar la sentencia, bien coadyuvando o bien defendiendo la causa de que se interesa. Art. 233 ibidem; g) En la litisdenunciación, que es cuando se denuncia el pleito que se promueve o se le promueva, artículos 235 y siguientes ibídem; h) En la acumulación de autos, según el ordinal 2º del artículo

Págs.

397 del mismo código. La acumulación objetiva de la letra a) —simple acumulación de acciones— puede revestir cuatro formas diferentes: 1ª Concurrente. El actor suplica, pura y simplemente, la estimación de dos o más acciones. Por ejemplo, el acreedor demanda a su deudor para el pago de dos obligaciones de dinero provenientes de sendos instrumentos negociables; 2ª Alternativa. Se ejercitan varias acciones con el fin de que sólo una de ellas sea estimada. V. gr., el demandante intenta a la vez la impugnación de un acto jurídico por dolo (nulidad relativa), y por absoluta incapacidad de la persona que ejecutó el acto (nulidad absoluta); 3ª Sucesiva. La vida de una de las acciones ejercitadas está sujeta a la condición de que proceda la otra. Por ejemplo, se ejercitan al mismo tiempo las acciones de rescisión de un contrato de compraventa y la de reivindicación de esa cosa. 4ª Eventual o subordinada. Una de las acciones es propuesta solamente para el caso de que la otra sea desestimada. V. gr., el actor pide la resolución de un contrato y en subsidio, suplica la condedena del demandado al pago de su prestación contractual. Son tres las formas de la acumulación subjetiva de la letra d): 1ª Litisconsorcio activo. Cuando es la parte actora la que se compone de dos o más personas; 2ª Litisconsorcio pasivo. Si sólo la parte demandada se integra con dos o más personas; 3ª Litisconsorcio mixto. Cuando ambas partes están constituidas por una pluralidad de personas. Las acumulaciones objetiva y subjetiva pueden y suelen presentarse combinadas. Y tal es el caso de este pleito. Semejante combinación no es procedente sin la presencia de una conexión entre los varios sujetos. A esta conexión la denomina nuestra ley procesal continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos: a) Personas; b) Títulos o causa de pedir o jurídica; c) Cosa, objeto o causa de hecho. Doctrinariamente las causas conexas se dividen en dos géneros, cada uno de los cuales se subdivide en tres especies (art. 398 del Código Judicial). Pertenecen al primer género las causas que tienen dos elementos comunes y uno diverso. Las especies de éstos son: 1ª Identidad de personas y de causa jurídica, diversidad de cosa o de causa de hecho; 2ª Identidad de personas y de causa de hecho o cosa, diversidad de causa jurídica o título. 3ª Diversidad de personas, identidad de fundamento real y jurídico. El segundo género lo componen las causas que tienen dos elementos diversos y un elemento común. Sus especies son: 1ª Diversidad de causas de hecho y jurídica identidad de personas; 2ª Identidad de causa de hecho, diversidad de títulos y de personas. Tomando la intención del libelo de demanda aisladamente, pudiera pensarse que la parte actora combinó la acumulación objetiva de la letra d), en su forma mixta, por cuyo motivo la continencia de la causa vendría a ser de la especie tercera del segundo género'." (Casación, XLV, Nº 1924, abril 30 de 1937) ..... 114, 2º, y 115, 1ª y 2ª

Págs.

ACUMULACION DE AUTOS

- 9 -

Debiendo proferirse por toda la Sala el auto sobre acumulación de procesos, de conformidad con el artículo 84 del Código Judicial, produce nulidad en el juicio el hecho de proferirlo uno solo de los Magistrados. Esta causal de nulidad está comprendida en el artículo 488 del mismo Código. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, junio 15 de 1937) 550, 1ª

ACUMULACION DE AUTOS EN JUICIOS SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA.

- 10 -

La Corte no conoce de los incidentes sobre acumulación de autos en juicios ejecutivos seguidos con jurisdicción coactiva, sino los jueces ejecutores, de conformidad con el artículo 11 del Decreto legislativo Nº 1315 de 1936. Antes de la vigencia de este

Págs.

Decreto podía sostenerse, no obstante no haber en las leyes de procedimiento una disposición especial, que de esta clase de solicitudes en los juicios ejecutivos de la Nación por jurisdicción coactiva, debía conocer la Corte, ya que al decretar la acumulación, uno de los juicios continuaría como principal y el otro como tercería, incidente este último cuyo conocimiento le corresponde a esta entidad por disposición expresa. Así lo resolvió la Sala en auto de fecha doce de marzo de 1936. (Gaceta Judicial, Nos. 1907 y 1908, página 486). Pero en atención a la terminante disposición citada, en la cual no se hace distinción de ninguna clase, no hay duda de que la decisión de las solicitudes de acumulación está adscrita a los funcionarios ejecutores. Es obvio que una vez decretada la acumulación, de la correspondiente tercería conoce la Corte, teniendo en cuenta la cuantía. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, diciembre 6 de 1937) ..... 911, 1ª y 2ª

AGUAS

- 11 -

La Corte, en sentencia de fecha 11 de junio de 1935 (Gaceta Judicial, Nº 1897, página 34), estableció que el derecho concedido a los riberanos para servirse de las aguas de uso público, conforme a los artículos 892 y 894 del Código Civil, es un derecho real, sui generis, que puede ser cedido por los riberanos "tanto en favor de otros riberanos como en favor de terceros no riberanos". El Gobierno Nacional sólo puede reglamentar el uso de ese derecho en beneficio de los demás predios que necesitan las aguas. Pero es obvio que mientras la respectiva reglamentación no se dicte, los propietarios riberanos pueden hacer uso de su derecho a servirse de las aguas, sin otras limitaciones que las establecidas por la ley civil. No tiene facultad el Gobierno para impedir a un propietario riberano el uso de su derecho, cuando no contraría los reglamentos establecidos en virtud de la autorización de la Ley

Págs.

113 de 1928. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1936, diciembre 10 de 1937) ..... 922, 1ª y 2ª

AGUAS

- 12 -

Habían demandado el doctor Crisanto Luque, Obispo de Tunja, y Marceliano Pulido R., al Municipio de Samacá para que se hiciesen varias declaraciones, entre ellas la de que los actores, por ser dueños de fincas riberanas del río Teatinos, tenían derecho al uso de esas aguas para mover la maquinaria que suministra luz y fuerza a Tunja y a otras poblaciones. Igualmente pedían que se declarase que el Municipio no tenía derecho a que se sacase el agua del río sin observar lo que establece la ley sobre aguas de uso público y que, por tanto, debían destruír las obras que habían levantado para recoger el agua de algunos afluentes, mas la petición de que el Municipio debía devolver el sobrante de aguas al cauce ordinario. El Tribunal sentenciador reconoció a los actores el derecho al uso de las aguas, de conformidad con el art. 892 del Código Civil, no decretó la solicitud sobre fuerza motriz, declaró probada la prescripción del uso de las aguas en favor del distrito de Samacá, le condenó a volver el sobrante al cauce del río, y le absolvió de los demás cargos de la demanda. Atacado en casación el fallo por varios aspectos, dijo la Corte:

"Acusa el recurrente la sentencia por violación del artículo 892 del C. C., por cuanto sostiene, contrariamente a lo afirmado en la sentencia, que la Nación no se ha reservado el uso de la fuerza hidráulica y al respecto se expresa así: 'Si el art. 892 del C. C. autoriza al riberano para usar de las aguas que corren naturalmente por sus predios o por sus linderos no sólo para sus menesteres domésticos y riegos sino para mover sus molinos y sus máquinas, ninguna reserva de fuerza hidráulica hizo para sí la Nación....'. La Corte considera: Ni dentro del criterio exegético, ni dentro del científico cabe la

Págs.

interpretación que el recurrente da al art. 892 del C. C. Esta norma está condicionada a los menesteres domésticos, de manera que según el texto mismo el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella el uso conveniente, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abrevar sus animales, pero todo condicionado al concepto o circunstancia de menesteres domésticos únicamente y éstos, a juicio de la Corte, no son otros sino aquellos que aprovechan o benefician directamente las industrias establecidas en la heredad. Además de esta limitación que se desprende del mismo texto de la ley, vale la pena observar que cuando se expidió el código civil chileno, apenas empezaba a sospecharse la gran trascendencia de la fuerza hidráulica, de donde no puede concluírse que el legislador chileno primero y después el colombiano hubieran querido que por lo menos virtualmente el derecho irrestricto al uso de esa fuerza quedara para los propietarios riberanos. Existe una disposición general, a la cual están subordinadas todas las reglas respecto de las aguas, y tal disposición es la contenida en el art. 677 del C. C., que estatuye que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Nación, de uso público de los respectivos territorios, es decir, que el dominio de los ríos y las aguas pertenece al Estado y su uso a los habitantes dentro de las limitaciones que la misma ley establece. La norma del art. 677, a juicio de la Corte, e interpretado con criterio científico, es la que da la solución para la interpretación de las demás normas legales sobre aguas. No existe un derecho irrestricto al uso de las aguas por parte de los propietarios riberanos, ni por el hecho del uso el Estado se desprende del dominio sobre ellas, y ese dominio la capacita para hacer ciertas reservas y establecer ciertas limitaciones como las que se refieren a la fuerza hidráulica. Sobre las anteriores bases se expidió la Ley 113 de 1928 y por eso el primer art. de esa ley parte del

Págs.

supuesto de que las corrientes y caídas de agua existentes, en cuanto son aprovechables para el desarrollo de la fuerza hidráulica, están en el dominio de la Nación y de ahí que en su art. 3º la Nación se reserva el dominio y el uso de la fuerza hidráulica que pueda desarrollarse con las aguas que le pertenecen sin más excepción de la que se aplique al beneficio o explotación de los dos predios o para mover maquinarias destinadas exclusivamente al mismo objeto. Se anota que la reserva no se extiende a las caídas menores de cien caballos según el art. 17 de esa ley. De modo que a juicio de la Corte el legislador en la Ley 113 de 1928, estimó que el art. 892 es limitativo o restricto, no comprende el uso de la fuerza hidráulica de una manera ilimitada, y basado en el art. 677 del C. C., declaró expresamente una reserva que ha existido siempre. Siendo la fuerza hidráulica uno de los principales elementos de la industria moderna, no puede el legislador dejar AD LIBITUM a los particulares, porque en el empleo y uso de ella está comprometida la seguridad política y económica del Estado, de la misma manera que lo está en la explotación de terrenos petrolíferos, y de ahí precisamente las reservas, limitaciones y condiciones que para el ejercicio de esta industria ha establecido el legislador. Se ve todo lo anterior en el texto de la Ley 113 mencionada y por eso ella establece que es el gobierno nacional el que puede ceder el uso de la fuerza hidráulica, por un plazo limitado de cincuenta años, y que las concesiones que haga al respecto no pueden traspasarse sin autorización del mismo gobierno. (Arts. 4º y 5º). Es un alto concepto social, emanado de la soberanía e independencia del Estado, el que condiciona el aprovechamiento de la fuerza hidráulica, la adjudicación y la explotación de minas, la explotación de la industria del petróleo y por eso en esta materia todo es limitativo y sujeto al control del Estado. De ahí que habiendo el Tribunal de Tunja interpretado restrictamente el art. 892 del C. C. en el sentido de que el uso de las aguas no

Págs.

comprende el empleo irrestricto de las caídas de agua, no haya violado esa norma legal ni aplicado indebidamente el art. 3º de dicha Ley 113, lo que significa que este motivo de casación no es fundado. Tercero. Como se ha visto el Tribunal declaró probada la excepción perentoria de prescripción del uso de las aguas del río Teatinos o Boyacá en favor del Municipio de Samacá y sobre este punto versa la segunda parte del recurso de casación, en la que el recurrente señala como violados los arts. 984, 893, numeral 3º, y 2519 del C. C. y además los arts. 688 y 697 del C. J. La Corte considera: El Tribunal partió de la base de que se había verificado el fenómeno de la prescripción adquirida del uso de las aguas del río Teatinos o Boyacá en favor del Municipio de Samacá, aun cuando es verdad que dicho Municipio no es ribereno de tales aguas. La Corte se reafirma en la doctrina sentada por ella en la sentencia de 15 de junio de 1935 y considera que el derecho de los propietarios ribereños a uso de las aguas no se otorga o consagra INTUITU PERSONAE, sino que es un derecho real SUI GENERIS cuya naturaleza no se opone a su cesibilidad; y que, por lo tanto, el derecho concedido por el art. 892 del C. C. a los ribereños puede ser cedido por éstos en favor de otros ribereños como en favor de terceros no ribereños, claro que en la forma condicionada y limitada en que ese derecho asistirá al cedente ejercitado por éste mismo. Ahora bien: el Municipio de Samacá, según está comprobado en autos, desvió a su costa una parte de las aguas del río Teatinos, desde el año de 1915 y durante un lapso mayor de diez años había permanecido en el goce tranquilo y no interrumpido de ese derecho cuando se le notificó la demanda inicial de este pleito. Sentado esto, se considera lo siguiente: No existe violación del artículo 2519 del C. C. porque el derecho al uso de las aguas no entraña el dominio de ellas. Los conceptos de dominio y uso son completamente distintos. Sobre la base del dominio de las aguas a favor del Estado, el

Págs.

legislador reconoce a los particulares el uso de ellas, que no puede nunca trocarse en concepto de dominio. Así lo entendió el fallador de Tunja ante los arts. 892 y 2519 del C. C. y por eso se expresa así: 'Lo cual no quiere decir que la sentencia pueda servir de obstáculo para que el sobrante se haga desaparecer mediante una equitativa reglamentación del uso de las aguas, llevada a cabo dentro de las prescripciones legales y por la autoridad competente. Si se aceptara que por la conformación física del terreno no puede volverse el sobrante, ello querría decir que el uso de las aguas no se efectúa dentro de las prescripciones legales y que más bien se trataría de la apropiación de aguas de uso público que no son susceptibles de adquirirse por prescripción. (Artículo 2519 del C. C.)'. La Corte acepta esa doctrina y refiriéndola especialmente al art. 892 del C. C. estima que el deber de devolver el sobrante de las aguas al acostumbrado cauce a la salida del fundo es una obligación inherente al uso, no sustituible por dinero y que si por la posición topográfica del predio que se beneficia por las aguas o por otras circunstancias, el sobrante de ellas no puede devolverse a su cauce ordinario, el empleo de las aguas que así se haga, sea por el ribereno mismo, o su cesionario, o en general por cualquier usuario, no está dentro de las prescripciones legales y debe cesar. De modo que el usuario no puede beneficiarse de las aguas si por la naturaleza o disposición de las obras que haya hecho con tal fin o por la conformación topográfica del terreno u otro motivo cualquiera se halla en la imposibilidad de devolverlas a su acostumbrado cauce, pues si así no fueran las cosas, ese uso se trocaría prácticamente en la apropiación de las aguas, lo que es inadmisible.... El art. 1001 del C. C. establece un caso de cesibilidad tan claramente que hasta la reglamenta, pues habla de quien quiere construir ingenio, molino u otra obra cualquiera aprovechando aguas que van a otro ingenio, molino o establecimiento industrial, para autorizarlo a hacerlo en

Págs.

suelo ajeno con permiso del dueño, con la salvedad de no menoscabar las aguas de quienes tengan ya para aprovecharse de ellas derecho nacido de obras aparentes para servirse de aquéllas o adquirido de cualquiera otro modo: tales son sus palabras. No se comprendería cómo la ley autorice a tánto para empresas de carácter particular y aun personal y no pudiera entenderse amparado por esa disposición —en su caso— al bién de una población entera que aprovecha el agua para riego y abrevaderos, por una parte y por otra, para servicios domésticos.... La citada ley 113 en su art. 9º, por su lado, también autoriza implícitamente el concepto de cesibilidad, al referirse, en contrastes con los riberanos, 'a los demás predios que lo necesiten', para hablar de la reglamentación del uso de las aguas derivadas por acequias o canales en predios riberanos, cuyo sobrante no sea restituído a dichas corrientes o depósitos dentro de los límites de tales predios. El gobierno tiene, según advertencia de ese art. 9º, con la suprema administración de los bienes de uso público, la de las aguas de esta calidad, y sobre este pie procederá, dice esa disposición, a la reglamentación de las aguas en referencia. Y el inciso 2º dice que 'reglamentará la distribación de las aguas sobrantes a la salida de los predios'. Cuáles son los PREDIOS a que se refiere este inciso? Los de que acaba de hablar el inciso precedente del mismo artículo, que son tanto los riberanos como los no riberanos, siendo así que este inciso primero habla cabalmente de las aguas cuyo sobrante no es restituído a la corriente o depósito inicial dentro de los límites riberanos". (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 10 de 1937). (1) ..... 425, 1ª y 2ª, 426, 1ª y 2ª, y 427, 1ª y 2ª

Salvó su voto en esta sentencia el Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo en una extensa exposición, de la cual se desprenden las siguientes afirmaciones principales: 1. Según el art. 892 del Código Civil, pueden los propietarios ribereños usar del agua para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas, aunque tales empresas extralimiten las necesidades de la correspondiente heredad, o sean alimentadas con productos de otras heredades. 2. Un distrito no puede **manu militari** aprovecharse del uso de las aguas que corren por una heredad o por entre dos heredades. La limitación número 3º, de las contenidas en el art. 893, debe interpretarse sujetándola estrictamente a la doctrina constitucional. No puede arrebatarse a un propietario ribereño su derecho anterior de uso, adquirido respecto de terceros. 3. Entre las maquinarias, a cuyo movimiento podía proveerse según el Código Civil, se contaban las generadoras de energía eléctrica. El art. 892 habla de 'dar movimiento a sus molinos u **otras máquinas**'. No excluye ninguna. Este mismo criterio de amplitud aparece en el art. 1001, en donde se habla del que quisiere construír 'un ingenio o molino, o **una obra cualquiera**'. Nada importa que en la época de la expedición del Código no fuesen conocidas las plantas eléctricas. 4. El Estado podía reservarse las caídas de agua y obró bien reservándoselas. La Ley 113 de 1928 respetó los derechos adquiridos, y si se estima que en algún punto los afectó, ha de prevalecer la carta constitucional que los protege. 5. Instalada una central eléctrica al amparo de normas que así lo permitían, surgieron para sus dueños situaciones jurídicas concretas, derechos adquiridos. 6. La prescripción, como manera de adquirir el uso de las corrientes que van por cauces naturales, está al margen del régimen legal de aguas, que es de derecho público ..... 435 y siguientes

(1) Concuerda la doctrina sentada en esta sentencia con la sentada por la Corte en sentencia de fecha 11 de junio de 1935, publicada en el Nº 1897 de la Gaceta Judicial.

Págs.

ALBACEAZGO

- 13 -

Siendo el albaceazgo (art. 1317 del C. C.) el medio legal que tiene el testador para asegurar la ejecución exacta, diligente y completa de su voluntad póstuma, encargando de velar por ello a una o a varias personas, cuando se susciten cuestiones relacionadas con esta definición debe comparecer en juicio el albacea con intervención de los herederos. Pero cuando se trata de asuntos relacionados con simples actos de administración, es su carácter de curador de bienes lo que prevalece. (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 17 de 1937) 469, 1ª

ALEVOSIA

- 14 -

A un procesado se le hizo la acusación de haber procedido alevosamente por haber atacado intempestivamente a quien él consideraba como su ofensor y por haberle dado muerte con un puñal que llevaba escondido, por lo cual el Tribunal sentenciador dedujo ese hecho como agravante.

"Es doctrina constante de ella que los tribunales son soberanos para apreciar las pruebas de los hechos que constituyen las circunstancias agravantes y atenuantes: de suerte que no es discutible en el caso de este recurso la existencia del hecho de alevosía que el tribunal dedujo como agravante. Lo que debe decidirse en casación es si tal hecho tiene la calidad jurídica de agravante.... Cuanto a lo primero basta observar que en los delitos contra las personas, alevosía es sinónima de perfidia o cautela para asegurar la perpetración del delito sin riesgo del delincuente, lo que equivale a la idea de artificio que expresa el numeral 3º, art. 117 del Código Penal. Y no se diga que la alevosía es elemento constitutivo del homicidio premeditado, de tal suerte que al negar el jurado la premeditación queda implícitamente descartada la alevosía, porque aún en delitos cometidos con dolo repentino cabe también el empleo de medios desleales". (Casación, XLV, Nº 1925, mayo 7 de 1937) ..... 270, 2ª y 271, 1ª

AMOJONAMIENTO

- 15 -

La diligencia de amojonamiento no es apelable. Contra ella hay otros recursos que pueden hacer valer las partes oportunamente. La providencia que los decida, dictada por el funcionario respectivo, sí es apelable, conforme a las reglas establecidas en los artículos 490 y siguientes del C. J., para las apelaciones de los autos y sentencias. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, septiembre 24 de 1937) 891, 1ª

APELACIONES

- 16 -

El término de fijación en lista es para alegar y no para presentar pruebas. En las apelaciones de autos interlocutorios no hay término de prueba. (Art. 502 del C. J.). (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1929, agosto 16 de 1937) 766, 1ª

APELACIONES DE AUTOS DICTADOS POR JUECES COMISIONADOS

- 17 -

Conforme al artículo 37 del C. J., las providencias de que puede conocer la Sala de Negocios Generales, siguiendo las reglas generales de jerarquía, son las que dictan los respectivos Tribunales y no aquellas que dentro del mismo juicio pueden dictar los Jueces comisionados. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, agosto 10 de 1937) 282, 2ª

APELACION DE AUTOS DICTADOS POR JUECES COMISIONADOS

- 18 -

No corresponde a la Sala de Negocios Generales de la Corte el cono-

Págs.

cimiento de los autos proferidos por los jueces comisionados, pues ella no conoce en segunda instancia sino de los negocios a que alude el artículo 37 del Código Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, septiembre 24 de 1937) .. 891, 1ª y 2ª

APELACION DEL AUTO EJECUTIVO

- 19 -

En la apelación de un auto ejecutivo no se puede presentar la ocasión de desconocer la obligación materia del juicio ejecutivo, pues ello sólo cabe hacerlo en el correspondiente incidente de excepciones, en el cual pueden las partes presentar las pruebas que sirvan de fundamento a sus derechos. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, octubre 28 de 1937) 880, 2ª

APELACION DEL AUTO EJECUTIVO

- 20 -

La demora en conceder la apelación del auto ejecutivo no constituye motivo de nulidad en el juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, octubre 16 de 1937). 870, 2ª

APELACION EN EL EFECTO DEVOLUTIVO Y SUSPENSION DEL REMATE

- 21 -

Emeterio Zapata había demandado a Pedro M. Jaramillo y a José J. Gutiérrez, sus acreedores ejecutantes, para que se declarase nulo el juicio ejecutivo por cesión de bienes y el remate de éstos hecho en él, pues éste se había verificado cuando estaba pendiente la apelación de uno de los autos que negó la suspensión del remate que fue revocado por el Tribunal Superior. Esa revocación se verificó cuando ya el remate de los bienes se había consumado.

"El Tribunal, basado en el artículo 499 del C. J., y en el principio de que ejecutoriado el auto aprobatorio del remate no existe ya recurso alguno contra él, concluyó que no existió ninguna irregularidad en el proceso, y éste es su concepto básico en lo relativo a la alegación del actor respecto de la irregularidad que anotó sobre el particular. La Corte considera: la apelación concedida en el efecto devolutivo, como lo observa Manresa y Navarro, traspasa y en ocasiones devuelve el conocimiento del pleito o incidente sobre que versa la apelación; la apelación en el efecto suspensivo suspende la jurisdicción del juez que dictó la providencia apelada. Son estas dos figuras derivaciones del concepto de jurisdicción delegada. Sobre el concepto de la apelación concedida en el efecto devolutivo el legislador colombiano, en el artículo 499 del C. J., sentó una regla general que tiene excepciones, pues pueden existir casos en los cuales la jurisdicción del juez A QUO queda delegada al superior en tal forma y manera que el inferior no puede seguir conociendo de ciertas cuestiones estrechamente ligadas con el auto apelado en ese efecto. De la misma manera, aun cuando la regla general consagrada por el artículo 501 es la de que la apelación concedida en el efecto suspensivo quita PRO TEMPORE la jurisdicción del juez A QUO, hay casos también en que, aún concedida una apelación en este efecto, queda radicada en el inferior cierta jurisdicción, y de ahí las excepciones a que se refiere el mismo artículo 501. Por eso los redactores del C. J. vigente se expresaron así: 'Llamamos también la atención a la reforma que propone el artículo 501, en cuanto por él se dispone que, no obstante quedar suspendida la jurisdicción del inferior por apelación otorgada en el acto suspensivo, conserva sin embargo la facultad de entender tanto en lo relativo a la seguridad del depósito de las personas, como en ciertas actuaciones de que habla el proyecto en otros lugares, cuales son las referentes a la custodia de bienes embargados o depositados judicialmente'. Nuestro Código Judicial contiene el principio de ga-

Págs. Págs.

rantía a que se refiere el artículo 1632, precisamente porque en él no se halla una disposición semejante a la del artículo 385 del Código de Procedimiento español, el cual dispone que si el juez admite la apelación de un acto en el efecto devolutivo por estimar que no es irreparable el perjuicio causado por ese auto, habrá siempre lugar a la apelación en ambos efectos si el apelante presta fianza a satisfacción del juez para responder de las costas, daños y perjuicios que pueda ocasionar con su apelación al litigante o litigantes contrarios. Existen por lo tanto en el particular dos sistemas: a) El del Código Judicial colombiano, que contiene el principio del no remate de los bienes o de la suspensión de la ejecución de un acto judicial cuando está pendiente la apelación en el efecto devolutivo de una providencia que puede causar gravamen irreparable a una de las partes; y b) El del Código Español, que para evitar hasta la contingencia de que se cause ese gravamen, admite la apelación en el efecto suspensivo con sólo la petición del apelante, previa prestación de la fianza. Ambos sistemas se apoyan en un mismo principio: evitar la creación de un hecho de carácter permanente que cause un gravamen irreparable a una de las partes, mientras están ante la contingencia del resultado de la apelación. Así, por ejemplo, la entrega de una suma de dinero o el auto que decreta un desembargo, no pueden llevarse a efecto mientras ella esté apelada, así lo sea sólo en el efecto devolutivo, porque puede el superior revocar la orden y entonces si ésta se ha llevado a cabo por el juez A QUO, se ha inferido un perjuicio que puede ser irreparable a una de las partes. La jurisdicción delegada que condiciona la apelación en el efecto devolutivo, no puede interpretarse en un sentido irrestricto, o sea, en el de que el juez inferior puede proseguir el curso de la actuación basado en la providencia apelada, cuando ésta refluye de una manera directa y aún esencial sobre las providencias judiciales que a contar desde la concesión del recurso dicte el juez A QUO. Los ejemplos anteriores demuestran esta tesis con toda evidencia. De modo que puede llegarse a la siguiente conclusión: No obstante las reglas generales respecto de las apelaciones tanto en el efecto suspensivo como en el devolutivo, y a que se refieren los artículos 499 y 501, existen excepciones que limitan el principio general, de donde resulta que no puede interpretarse éste irrestrictamente, y aplicarse como regla rígida e invariable. Y esto no es nuevo, está consagrado desde el Fuero Juzgo, la generalidad de los códigos reconoce tal cosa, como puede verse en el artículo 330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, que es la base del artículo 501 de nuestro Código Judicial vigente. Por eso, por ejemplo, el juez provisto de plena jurisdicción, no puede pronunciar sentencia definitiva mientras hay incidentes pendientes que puedan influir en la decisión final del juicio, como lo establece el artículo 397 del C. J.; y aun cuando el juez haya concedido en el efecto devolutivo una apelación, se estima que el negocio queda en suspenso mientras la apelación se define, en el caso del artículo 1632 del C. J. De ahí que siendo el auto que decreta la ejecución apelable por el ejecutado sólo en el efecto devolutivo (art. 1631 ibidem) en ningún caso, al tenor del artículo 1632, puede procederse al remate de bienes ni al pago al acreedor sin que esté ese auto en firme. Lo anterior está fundado en que, cuando un auto apelado en el efecto devolutivo puede causar gravamen irreparable a las partes o cuando existe un incidente que haya de refluír sobre la sentencia definitiva, en el primer caso la jurisdicción del juez A QUO queda condicionada a lo que resuelva el superior y entonces es preciso aguardar tal resolución, y en el segundo es menester desatar en firme el incidente para poder sentenciar. De otra manera el derecho de alzada sería en muchos casos ilusorio. Hay providencias en un proceso que exigen la firmeza de ciertos autos que les preceden, los que son formalidades indispensables para una resolución posterior, la cual no

puede dictarse sin la exigencia en firme de aquéllos. La seguridad, no sólo de las partes sino de los terceros, exige tal firmeza, porque, por ejemplo, concedida una apelación en el efecto devolutivo, no se sabe a ciencia cierta si el auto que va a revisión será o no confirmado. Una providencia judicial basada en un auto que después es revocado, resulta así muchas veces dictada con pretermisión de formalidades esenciales. En el caso del presente pleito, deben tenerse en cuenta no sólo la Ley 105 de 1931, Código Judicial, sino también el Decreto-Ley 280 de 16 de octubre de 1932, puesto que éste modificó varias de las disposiciones de aquélla. Una de ellas es el artículo 7º que confirió al deudor el derecho de pedir la suspensión del remate. Y cabalmente fundándose en este Decreto y derecho fue como el Tribunal, reconociéndolo, revocó la negativa que el juez había pronunciado. La base para saber si en el caso de este pleito podían o no rematarse los bienes era la decisión del Tribunal Superior que conocía de la apelación interpuesta por Zapata e iba a decidir si era el caso de suspender o no el remate. La resolución del Tribunal era la única que podía determinar en firme la situación procesal de las partes en el juicio, y mientras esa resolución no recayera, era injurídico proceder al remate. Revocado el auto apelado, las dos resoluciones del juez de primera instancia, que sirvieron de base y fundamento al remate de los bienes embargados, quedaron insubsistentes, como si no se hubieran dictado, o mejor, hubo falta de ellas. La jurisdicción del juez A QUO al conceder a Zapata el recurso de apelación en el efecto devolutivo, quedó subordinada en lo tocante al remate, a lo que resolviera el Tribunal Superior de modo que esta resolución influía directamente sobre esa actuación judicial. Por lo tanto, suspendido por el Tribunal el remate y revocado el auto de señalamiento de día, el remate de los bienes, al ser llevado a cabo, no quedó respaldado con las formalidades legales indispensables para su validez, al tenor de los artículos 1037 y siguientes del C. J. Concretando todo lo anterior al cargo que se estudia en casación, resulta lo que sigue: La interpretación irrestricta que el Tribunal dio al artículo 499 del C. J. es errónea. La revocatoria del Tribunal de Medellín de los autos del juez de Yolombó, que negó el primero la suspensión del remate y el segundo que fijó día para el remate de los bienes embargados, produjo el fenómeno de falta de formalidades prescritas para hacer el remate de bienes a que se refiere la causal segunda del artículo 451 del C. J., que tienen carácter sustantivo. Se acoge, pues, este cargo y se casa la sentencia recurrida". (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 27 de 1937) .....

Págs. 822, 2ª. 823, 1ª y 2ª, y 824, 1ª

APERTURA DE LA SUCESION Y DEL JUICIO DE SUCESION

- 22 -

Una cosa es la apertura de la sucesión a que se refiere el artículo 1012 y otra muy distinta la apertura del juicio de sucesión. (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937 (1)

Págs. 267, 2ª

APODERADO PARA LA INSTRUCCION DEL SUMARIO

- 23 -

El no haberle nombrado al sindicado un apoderado durante la instrucción del sumario constituye una irregularidad. Pero ella no tiene el carácter de sustancial, ni está erigida en causal de nulidad por los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887. (Casación, XLV, Nº 1924, junio 14 de 1937). .....

Págs. 171, 2ª

APODERADO Y SUSTITUTO

- 24 -

Cuando hay un apoderado principal y uno sustituto, es necesario acreditar la voluntad del primero de no

(1) Artículo 1012 del Código Civil.

Págs.

actuar, para que sea admitida la gestión del segundo. La intervención de este último debe tener lugar solamente cuando falta la del principal. Por eso se le llama sustituto. Y quien debe informar aquella falta es quien la ocasiona o produce. Como él tiene la personería principal, puede ejercerla en cualquier momento, por lo cual el Juez no ha de darle entrada al sustituto mientras el principal no manifieste su voluntad de no intervenir. El silencio del principal puede equivaler, y equivale legalmente en ciertos casos, a una gestión suya: el apoderado principal sabe que si no reclama, verbi gratia, de una providencia dentro de un término prefijado por la ley, aquélla se ejecutoría, y en consideración a esa consecuencia legal de su silencio bien puede él callarse para esperar la ejecutoria, con lo cual está virtualmente actuando en el proceso. Darle entrada al sustituto valdría tanto como quitarle al principal la posición que tiene derecho a ocupar en el juicio, de acuerdo con la ley. El principal podría válidamente reclamar de la intromisión del sustituto sin haberse conocido antes su voluntad de que éste gestione. La disposición del artículo 268 del C. J. es muy clara, al establecer que en ningún caso pueden ejercer dos o más apoderados de una misma persona, refiriéndose a la existencia del principal y del sustituto.

La representación a que se refiere el artículo 272 del C. J. es judicial. Esa representación por apoderados judiciales sólo puede llevarse por abogados con matrícula de tales, conforme a la ley 62 de 1928. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, noviembre 17 de 1937) .... 894, 1ª y 2ª

Págs.

ha hecho en fallos recientes, que la convicción del Tribunal se sostiene siempre que los elementos probatorios en los cuales la ha basado no hayan sido ni mal apreciados ni se hallen infirmados por otros. En sentencia de 25 de junio último dijo la Corte: 'Una prueba presentada por alguna de las partes puede haber sido admitida y estimada por el Tribunal o desestimada por éste. En el primer caso la apreciación puede haber sido errónea por no tener esa prueba la eficacia legal del caso, o por haberse producido contrariamente a las normas que reglan su presentación; en el segundo caso, puede no haber sido tenida en cuenta o porque el Tribunal haya hecho caso omiso de ella, o porque en su apreciación haya cometido un error de derecho. En el primer caso, en casación, puede revisarse la apreciación de esa prueba, en cuanto al estimarla se hayan quebrantado las normas de derecho, como sucedería si el Tribunal se basara en una escritura pública que no ha sido registrada o que habiéndolo sido hubiera sido agregada a los autos después de la citación en segunda instancia. En el segundo caso puede también la Corte revisar la estimación de esa prueba, ya por no haber sido tenida en cuenta, por el Tribunal, ya porque el fallador hizo caso omiso de otros factores existentes en los autos que disminuyen y hasta anulan la eficacia de la prueba. Mas cuando no se presenta ninguno de los casos apuntados, cuando la convicción del Tribunal surge del estudio y análisis de pruebas no afectas a ningún manifiesto error de hecho ni de derecho, entonces esa convicción debe prevalecer y es intocable'." (Casación. XLV, Nº 1926, julio 29 de 1937) .. 339, 1ª y 2ª

APRECIACION DE PRUEBAS

- 25 -

"Aun cuando la antigua doctrina sobre soberanía absoluta de los Tribunales en la apreciación de pruebas ha sido modificada en el sentido de quitarle el alcance irrestricto que le asignaba tal doctrina, no obstante la Corte sigue sosteniendo, y así lo

APRECIACION DE PRUEBAS

- 26 -

".... En casación es inadmisible, para poner de manifiesto el error del Tribunal en la apreciación de las pruebas, el análisis de determinados elementos, si de otro lado la convicción del juzgador ha surgido de to-

Págs.

das las pruebas. Por otra parte, el Tribunal, cuando la cuestión de hecho es dudosa, procede en ejercicio de la plenitud de su soberanía, seleccionando del acervo probatorio aquellos medios que en su concepto son mayormente convincentes. Ya lo expresó así la Corte en un caso semejante: 'Cuando existe duda acerca de una cuestión originada en las pruebas mismas que se han aducido, no puede decirse que el Tribunal incurra en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas al aceptar una de ellas para resolver la cuestión. Para que haya error de hecho evidente es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa'. (Gaceta Judicial, tomo XXVII, 158, 1º)". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 11 de 1937) (1). 233, 1º

APRECIACION DE PRUEBAS

- 27 -

La casación no puede tornarse en nueva oportunidad de considerar las pruebas en forma igual a como se consideraron en instancia, pasando por alto que en este recurso lo procedente al respecto es demostrar que el Tribunal, en su caso, en la apreciación de las pruebas ha incurrido en error de derecho o en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, para de ahí deducir y justificar el cargo de violación de disposición de ley sustantiva, porque es esta violación lo erigido en motivo de casación, según se ve en el inciso primero del numeral 1º citado del art. 520; de manera que es en relación con ese cargo primordial como cabe el de error en la referida apreciación de pruebas, esto es, repítese, en cuanto éste haya conducido a aquélla. De ahí que el inciso 2º de este numeral comience diciendo: "Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba...." y concluye estableciendo, para ese preciso evento, el concomitante deber de demostrar el error, ya de hecho, ya de derecho de que se viene hablando. Esto hace ver con claridad la completa diferencia existente entre el estudio de las pruebas en alegato de instancia, que suele llevar el nombre de alegato de bien probado, y el estudio de pruebas en casación, que ha de circunscribirse a aquéllas de cuya errónea apreciación se acusa al Tribunal, determinándolas, y ha de hacerse en precisa conexión con las leyes sustantivas que por ese error se dicen violadas. (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 16 de 1937) (1). 430, 2ª, y 431, 1ª

APRECIACION DE PRUEBAS EN

- 28 -

"Si no puede sostenerse hoy que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas tampoco puede propugnarse la teoría que lleva a hacer del recurso de casación una tercera instancia, con el objeto de analizar las pruebas independientemente de la convicción del Tribunal; por eso es necesario hacer la debida declaración para delimitar el campo de acción de la Corte, respecto de la apreciación de las pruebas en el recurso de casación. Una prueba presentada por alguna de las partes puede haber sido admitida y estimada por el Tribunal o desestimada por éste. En el primer caso la apreciación puede haber sido errónea, por no tener esa prueba la eficacia legal del caso o por haberse producido contrariamente a las normas que reglan su presentación; en el segundo caso puede no haber sido tenida en cuenta, o porque el Tribunal haya hecho caso omiso de ella, o porque en su apreciación haya cometido un error de derecho. En el primer caso, en casa-

(1) Concordancias: que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas lo ha dicho la Corte en numerosos fallos de casación, como aparece de las siguientes doctrinas que pueden consultarse, contenidas en los números 554, 284, tomo 1º Jurisprudencia de la Corte; 136, 140, tomo 2º, 230, 250, tomo 3º.

(1) Concordancias: números 136, 139, tomo 2º, Jurisprudencia de la Corte, 230, 250, tomo 3º

Págs.

ción, puede revisarse la estimación de esa prueba, en cuanto al estimarla se han quebrantado las normas de derecho, como sucedería si el Tribunal se basara en una escritura pública que no ha sido registrada o que habiéndolo sido hubiera sido agregada a los autos después de la citación para sentencia en segunda instancia. En el segundo caso puede también la Corte revisar la estimación de esa prueba, ya por no haber sido tenida en cuenta por el Tribunal, ya porque el fallador hizo caso omiso de otros factores existentes en los autos, que disminuyen y hasta anulan la eficacia de la prueba. Mas cuando no se presenta ninguno de los casos apuntados, cuando la convicción del Tribunal surge del estudio y análisis de las pruebas no afectas a ningún manifiesto error de hecho ni de derecho, entonces esa convicción debe prevalecer y es intocable" (1). (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937) ..... 264, 1ª y 2ª

ARRENDAMIENTO

- 29 -

El arrendador había hecho por su parte algunas gestiones de lanzamiento contra el arrendatario de un local arrendado, según el arrendador, por seis meses, y según el arrendatario por un año, y como el Municipio de Bogotá hubiese hecho en la pared medianera del local obras que, con consentimiento del arrendador, perjudicaron al arrendatario en sus mercancías, éste demandó a aquel por perjuicios y perdió el pleito. En casación acusaba la sentencia, en su primer cargo, por violación del artículo 2014 del Código Civil. Dijo la Corte:

"... Terminado el arrendamiento por la expiración del tiempo estipulado para su duración —seis meses,

(1) Había afirmado la Corte anteriormente, de manera constante y uniforme, que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas. Véanse, entre otras doctrinas, las que contienen los números 284, 554, 3265, 3274, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte; 136, 140, tomo 2º, y 230 y 250, tomo 3º

Págs.

es la base del Tribunal no atacada en casación— y habiendo continuado el arrendatario en la tenencia de la cosa, era procedente el examen del art. 2014 del C. C., conforme al cual, terminado el arriendo por la expiración del plazo, no se entiende EN CASO ALGUNO (subraya la Corte) que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario es una renovación del contrato. Con esa primera conclusión, el art. 2014 se aparta fundamentalmente del sistema romano de la reconducción tácita, que era la renovación legal cuando el arrendatario conservaba la cosa en su poder con aparente aquiescencia del arrendador; el código no sigue tal sistema, y si los contratantes desean renovar el arriendo, ello ha de ser mediante un nuevo contrato. Empero, excepcionalmente sí puede entenderse renovado en las mismas condiciones que antes, aunque no más que por cierto plazo legal fijado al final de dicha disposición. En esa emergencia de excepción se situó el Tribunal y no aceptó que ella ocurría por echar menos la prueba del pago posterior de la renta y sí advertirse una evidente voluntad en contrario del arrendador. Consagra ahí el código, en la parte final del art. 2014, excepcionalmente, como se ha dicho, una manera de interpretar el consentimiento a través de hechos que revelan la aceptación por el simple silencio: las partes ligadas ya por un contrato de ejecución sucesiva, a la expiración de aquél, o fecha fijada por el mismo para que el inquilino desocupe el local, si éste permanece en él sin que el arrendador se oponga. Entonces la ley dice: un nuevo contrato de arrendamiento se forma, tomando en consideración el precedente, en las mismas condiciones que éste, bajo una reserva sin embargo y es que la duración del contrato renovado la fija la ley por cierto plazo nada más. Según ésta, para que el inquilino entienda renovado el contrato después que el arrendamiento haya terminado por una causa legal, se requiere la coexistencia de tres hechos circunstanciales, indicativos del consentimiento, pues en virtud de ellos el juez, que los aprecia con la amplitud

Págs.

propia de todo indicio, ha de entender renovado el contrato. La ley ha determinado cuáles son tales hechos indicadores: a) que la cosa objeto del arrendamiento sea raíz; b) que el arrendatario conserve la cosa en su poder, no obstante la terminación del contrato; y c) que el mismo arrendatario haya pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación con el beneplácito del arrendador. Este último requisito puede suplirse cuando ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho igualmente inequívoco su intención de perseverar en el arriendo". En cuanto al cargo de violación del artículo 1987 del Código Civil, agregó la Corte: "Considera la Sala que si en virtud de la expiración del plazo estipulado, el contrato de arrendamiento termina y —por tanto— ya no es tal para regular la responsabilidad (en ese caso deber de garantía), no por ello debe entenderse autorizado el arrendador para obtener por vías de hecho la restitución de la cosa arrendada, porque la ley prevé la manera de hacerse a ella. En efecto, el art. 1608 del C. C. define los casos en que el deudor está en mora y enseña que el primero de ellos es 'cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituírlo en mora' y entre estos casos especiales está el que contempla el art. 2007 de la misma obra en cuanto preceptúa que 'para que el arrendatario sea constituído en mora de restituir la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio....'. El C. J., además, en los arts. 1103 y siguientes, sienta las reglas mediante cuya observancia le es dado al arrendador obtener judicialmente la restitución de la cosa arrendada". (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 3 de 1937) ..... 409, 1ª y 2ª, y 410, 1ª

ASESINATO

- 30 -

Alegaba el recurrente en un proceso por homicidio (asesinato) que se había incurrido en error en cuanto a la denominación genérica del delito por cuanto no se sabía si los niños que murieron recibieron muerte violenta antes del incendio o si murieron exclusivamente por acción del fuego, y que lo primero que debía resolverse era si se trataba del delito de homicidio con caracteres de asesinato, o de un incendio para matar. Dijo la Corte, acogiendo el concepto del señor Procurador:

"..... El delito de 'incendio para matar' que sustenta el recurrente, trae precisamente como penalidad la misma establecida por el artículo 598, desde luego que la ley equipara como 'asesino' al que mata por medio del incendio, a sabiendas y con intención de causar la muerte, tal como lo hizo Rosa María Ruiz. Luego el llamar a juicio por el delito de homicidio con los más altos caracteres de gravedad, o el haberse llamado por 'incendio para matar', no tenía ninguna repercusión práctica y dañosa para la procesada; era un asunto de pura distinción formal, sin alteración de sustancia... No es que ahora se desconozca la autoridad del auto de proceder y que vaya a sancionarse por un nuevo cargo a la acusada, sino que lo ocurrido es otra cosa: que la sentencia contempla precisamente tres asesinatos, y ésos fueron los imputados en el auto, los que no podían cambiar de naturaleza ni de penalidad por el solo hecho de que el enjuiciamiento hablara de simple HOMICIDIO, o de INCENDIO PARA MATAR. Este cabe dentro de aquél, según la definición del art. 586 del C. Penal". (Casación, XLV, Nº 1928, abril 28 de 1937) ..... 60, 2º, y 61, 1º

AUTOS INTERLOCUTORIOS Y COSA JUZGADA

- 31 -

Véase: Cosa juzgada y autos interlocutorios. (Casación del 28 de agosto de 1937, G. J., Nº 1927) ....

AUTO PARA MEJOR PROVEER

- 32 -

El auto para mejor proveer no puede proferirse sino cuando se va a fa-

Págs.

llar definitivamente. (Art. 600, C. J.). (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLV, Nº 1929, octubre 7 de 1937) 784, 2ª

AVISOS PARA EL REMATE

- 33 -

Véase: Remate. (Casación del 8 de septiembre de 1937) 732, 2ª

BALDIOS Y MEJORAS REIVINDICADAS EN ELLOS

- 34 -

Véase Reivindicación de mejoras en predios baldíos. (Casación del 11 de junio de 1937, XLV, Nº 1925, G. J.) 229, 1ª

B

BALDIOS

- 35 -

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 73 y 74 del Código Fiscal, el Tribunal Superior sólo es competente para conocer en primera instancia de un juicio sobre baldíos cuando el Agente del Ministerio Público se ha opuesto a la adjudicación. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, octubre 16 de 1937) (1) ..... 872, 1ª y 2ª

C

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

- 36 -

La caducidad no se produce por ministerio de la ley, ni se pronuncia de oficio, pues requiere solicitud del demandado, quien puede hacerla cuando ha habido abandono, esto es, cuando el demandante no ha hecho gestión escrita durante un año, contado como el Código establece; y en tal evento, lo que caduca es la instancia, no la acción, pero eso sí, "el término de la prescripción de la acción no se estima interrumpido por la demanda inicial de la instancia que ha caducado; y es ocurriendo por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma acción las referidas circunstancias, cuando 'al decretarse la nueva caducidad se declara extinguida la acción....'. Tales las palabras del art. 364 de esa obra. A contrario sensu es de reconocerse que cuando no ha mediado caducidad alguna, la demanda no ha perdido su virtud de interrumpir la prescripción. (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 4 de 1937) ..... 415, 1ª y 2ª

CALIFICACION DE CONTRATO

- 37 -

"Siempre se ha reconocido al juez el poder y el deber de reintegrar a un acto jurídico su verdadera naturaleza, cuando el carácter de éste ha sido disimulado o falseado por los contratantes, porque no es potestativo de éstos deformar las convenciones denominándolas falsamente, estructurándolas en desarmonía con su contenido. Es lo que se llama la facultad judicial de calificar los contratos". (Casación, XLV, Nº 1925. junio 5 de 1937) (1)..... 223, 1ª

CALIFICACION DE LA DELINCUENCIA

- 38 -

Acogió la Corte sobre este punto el siguiente concepto del Procurador delegado en lo penal:

"..... Existiendo una sola circunstancia agravante, ¿es legal calificar la delincuencia en segundo grado? Cree la procuraduría que no, porque, como acaba de expresarlo en un caso semejante, el art. 123 del Código Penal dice que la calificación se hará en segundo grado si concurrieron al mismo tiempo circunstancias ate-

(1) Concordancia: véase la sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 25 de noviembre de 1930, en que se estableció igual doctrina.

(1) Concordancia: Número 950, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

nuantes y agravantes; luego si el tribunal sólo da por demostrada una agravante, la calificación debe hacerse en el tercer grado. Es cierto que la misma disposición que acaba de citarse, dispone que la calificación en tercer grado se hará si hubiere circunstancias atenuantes y NINGUNA AGRAVANTE, lo cual implica una contradicción dentro de los términos del mismo artículo, contradicción que debe resolverse en sentido favorable al reo, es decir, exigiendo para la calificación del grado medio la existencia de pluralidad en las circunstancias agravantes. Esta conclusión es tan cierta, si se tiene en cuenta que el sistema seguido por el actual código en materia de agravantes y atenuantes, es el número y no el de la calidad de ellas, como debiera ser. Si para la calificación del grado se tuviera en cuenta la peligrosidad del delincuente, bastaría muchas veces una sola agravante para penarlo en primer grado; o al contrario, podrían concurrir varias agravantes, y la calificación hacerse en el ínfimo grado, dada la nobleza del móvil y las conveniencias sociales. Pero se dirá que es injusto equiparar en el tercer grado al sujeto que exhibe circunstancias atenuantes y una agravante. Mas esa desigualdad es fácil subsanarla aun manteniendo la calificación en tercer grado, en virtud de la muy sabia facultad concedida por el art. 124 del código, según la cual, al delito en tercer grado se aplicará el mínimo, O SE AUMENTARA ESTE HASTA UNA SEXTA PARTE DE LA DIFERENCIA ENTRE EL MAXIMO Y EL MINIMO, al prudente juicio de los jueces. Y es claro que ese arbitrio prudente del juzgador se aplicará cuando dentro de los tres grandes grados de penalidad que reconoce la legislación, no se llene cumplidamente el número de circunstancias que para cada caso se exige." (Casación, XLV, Nº 1925, mayo 7 de 1937) . 271, 1ª y 2ª

CANCELACION DE LA MATRICULA DE ABOGADO

- 39 -

Para privar a un abogado del ejercicio de su profesión, de acuerdo con la ley, las causales alegadas (1) deben aparecer plenamente probadas porque el fallo condenatorio en este caso envuelve no solamente una gravísima sanción moral, sino un perjuicio de carácter material, ya que se priva al acusado de los medios de ganarse la vida. Por eso el juzgador debe reclamar la comprobación plena y convincente de los hechos alegados, para ponerse a cubierto de cometer una injusticia. Si es verdad que causan alarma los abogados negociantes, que van envileciendo la profesión, no sería menos grande la sorpresa que produciría el hecho de prohibirle a un abogado el ejercicio de su profesión por medio de un fallo apoyado en simples indicios y conjeturas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, septiembre 6 de 1937) 578, 2ª

Págs.

(1) Artículo 10 de la ley 21 de 1921.

CAPACIDAD DEL MENOR EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

- 40 -

No hay nulidad de procedimiento cuando el derecho de recusación de Jurados se haya ejercitado por el curador de un menor, pues en el campo penal, tanto el mayor como el menor pueden ser sujetos (agentes) de delito, sin que ello sea óbice para que la capacidad del menor esté formalmente mermada en relación con su presencia en la litis. (Casación, XLV, Nº 1926, agosto 17 de 1937) ..... 348, 2ª, y 349, 1ª

CAPACIDAD PROCESAL DE LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS

- 41 -

Véase: **Sociedades extranjeras.** (Casación del 16 de julio de 1937, G. J. Nº 1926, 314, 1ª y 2ª, y 315, 1ª).

CASACION

- 42 -

En un juicio sobre nulidad relativa de un contrato sobre restitución de bienes se acusaba la sentencia re-

Págs.

currida por violación del artículo 333 del Código Judicial.

"La propia naturaleza adjetiva de las disposiciones que se pretenden violadas, referentes a casos en que tiene cabida la excepción dilatoria de inepta demanda, destinada, a través de un trámite previo y especial, a mejorar el procedimiento, hace completamente improcedente e inválido el cargo como motivo de casación por no referirse a nada sustantivo o del fondo del pleito, ni siquiera a ocurrencia procedimental capaz de producir nulidad de la actuación" (1). (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 29 de 1937) 832, 1ª

CASACION

- 43 -

La ley normativa del recurso de casación exige que los fundamentos de la acusación estén expuestos en forma clara y precisa, con la indicación de la manera en que hayan sido violados los textos legales que se consideren infringidos. (Casación, XLV, Nº 1930, cotubre 29 de 1937) (1). 833, 1ª

CASACION

- 44 -

Atacado victoriosamente uno de los motivos de casación, pero subsistiendo otro, es imposible casar el fallo. La Corte cumple su misión de enderezar la jurisprudencia, declarando procedente la acusación contra uno de los dos sostenes del fallo recurrido. Caerían ambos, y con ellos la sentencia, si tuvieran una misma base, o si, teniendo diferentes bases, el no atacado eficazmente careciera de fuerza suficiente para sustentarla por sí solo. Pero la Corte, cuyo oficio en casación es rigurosamente crítico, no puede moverse sino dentro de los límites fijados por el recurso. (Casación, XLV, Nº 1930, noviembre 18 de 1937).

(1) Es jurisprudencia constante de la Corte.

Págs.

CASACION

- 45 -

Lo referente a costas, por referirse a las reglas del procedimiento civil, no da lugar al recurso extraordinario de casación. (Casación, XLV, Nº 1926, junio 30 de 1937) (1) 305, 1ª

CASACION

- 46 -

La causal de casación consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones del libelo (2) no prospera cuando ella ha sido plenamente absolutoria, pues en tal evento no puede entenderse que quedara sin decidir ningún extremo de la litis, ni aparecería que se hubiese interpretado equivocadamente la demanda o condenado en más o en menos, o deducido una acción distinta de la ejercitada. (Casación, XLV, Nº 1930, noviembre 3 de 1937) (3). ... 747, 1ª

CASACION

- 47 -

El fallo proferido en juicio especial de venta de una finca hipotecada, aunque ese juicio se haya tramitado como ordinario, no da lugar al recurso extraordinario de casación. (Auto, Sala de Casación Civil, XLV, Nº 1929, septiembre 23 de 1937) ... 838, 2ª

CASACION

- 48 -

No es admisible acusar por medio del recurso de casación un fallo de

(1) Concordancias: véanse, entre otras muchas, las doctrinas que contienen los números 951, 952, 958, 959, 965, del tomo 1º de la **Jurisprudencia de la Corte**.

(2) Numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial.

(3) Es ésta una jurisprudencia referente y constante de la Corte, como puede verse de las doctrinas de casación que contienen los números 1912, tomo 1º, **Jurisprudencia de la Corte**; 1164, 1169, 1185, 1186, 1190, tomo 2º, y 1955, tomo 3º

Págs.

tribunal, como infractor de ley sustantiva a causa de error de hecho en la apreciación de determinadas pruebas, haciendo de algún alegato presentado en instancia el instrumento acusatorio. Este proceder resulta antilógico, pues precediendo los alegatos al fallo no es dable convertir aquéllos en demanda contra éste. (Casación, XLV, N° 1927, julio 28 de 1937 (1). 405, 2ª

CASACION

- 49 -

"La Corte ha considerado que la naturaleza accesoria que corresponde a la condena en costas coloca generalmente este extremo fuera del recurso de casación". (Casación, XLV, N° 1927, septiembre 6 de 1937) (2) 494, 1ª

CASACION

- 50 -

No cabe casar una sentencia para llegar, ya en instancia, a la misma conclusión del Tribunal, aunque por senda diferente, sino que lo procedente y a la vez suficiente para los fines que a la casación asigna el artículo 519 del Código Judicial, es establecer la verdadera doctrina que unifique la jurisprudencia nacional. (Casación, XLV, N° 1929, septiembre 10 de 1937) 737, 1ª

CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 51 -

En tratándose de la causal quinta de casación, ante todo exige la ley que previamente se cumpla una condición, a saber: la de que la injusticia notoria haya sido debatida en las instancias. (Casación, XLV, N° 1927, junio 12 de 1937) 495, 1ª

CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 52 -

"Ya está dicho cómo es manifiestamente injurídica la teoría del Tribunal de Bucaramanga en cuanto a prescindir del análisis de una prueba y remitirse tan sólo a la apreciación subjetiva del juez A QUO, lo que significa hacer nugatoria la segunda instancia, en donde debe resolverse acerca de todos los puntos que contenga la sentencia proferida en la primera. Pero en relación con la causal 2ª, sobre nulidad del procedimiento, ocurre que no toda ilegalidad constituye nulidad; y que en el presente caso no hubo incompetencia de jurisdicción del Tribunal de Bucaramanga para conocer en el asunto contra Hernández y Candela, sino más bien deficiencia en el ejercicio de la misma. Sin embargo, el legislador erigió en causal de casación la circunstancia de 'ser el fallo declarativo de incompetencia para conocer en última instancia de un recurso que sí es de competencia del Tribunal' (numeral 8º, artículo 3º, de la ley 118 de 1931). A esto equivale el haberse inhibido el Tribunal de Bucaramanga de juzgar sobre la fuerza probatoria de los indicios en el proceso que se estudia; y como los argumentos del señor Procurador delegado cabalmente se enderezan a esa acusación contra la sentencia recurrida, tal aspecto de la causal 2ª invocada por él tiene que apreciarse con su natural repercusión en la causal 8ª". (Casación, XLV, N° 1924, junio 25 de 1937) 178, 2ª

CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 53 -

Cuando la casación resulta fundada por las causales 4ª y 5ª, al prosperar el recurso por esta última, injusticia notoria del veredicto, proveniente en parte de la disconformidad

(1) Acusaba el recurrente la sentencia por mala apreciación de pruebas, y para ello sostenía que en su alegato de instancia las había analizado una por una, con la exposición de la prueba de sus aserciones.

(2) Concordancia; cita la Corte la sentencia del 19 de agosto de 1935.

Págs.

entre la pregunta propuesta al Jurado y los cargos formulados en el auto de proceder, ocurre una especie de interferencia entre dichas causales por la cual dispone la Corte que el Juzgado de instancia, al reunir el nuevo Jurado, modifique en forma adecuada el cuestionario que debe presentarse. (Casación, XLV. Nº 1927, septiembre 20 de 1937) 508, 2º

CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 54 -

"La Corte, en otras ocasiones, ha sentado la tesis de que cuando el recurso es interpuesto solamente por el Ministerio Público y el Procurador se manifiesta adverso a la casación, ello equivale a un desistimiento; y como en el presente caso el procesado se limitó a invocar la causal 3ª de casación, pero sin fundarla ni ante el Tribunal ni ante la Corte, lo procedente sería declarar desierto el recurso. Con todo, puesto que los agentes del Ministerio Público han planteado una cuestión de doctrina, la Corte opta por decidir del recurso en el fondo". Entra la Corte a estudiar si el abuso deshonesto consumado en una impúber constituye delito de fuerza y violencia, y así lo resuelve, cualquiera que sea la tesis médico-legal acerca de los elementos constitutivos de esos delitos contra la integridad sexual. (Casación, XLV, Nº 1927, septiembre 28 de 1937) 509, 1ª

CASO FORTUITO LIBERATORIO

- 55 -

Víctor D. Ponce había contratado con el Gobierno la conducción, desde la salina de Manaure a Cartagena, de unos sacos de sal, y no había cumplido con el contrato, por lo cual se le impuso la obligación de pagar como perjuicios cierta suma de dinero. Como se pidiese ante la Corte la declaración de nulidad de la resolución que tal obligación impuso, alegaba el actor caso fortuito que le impidió cumplir el contrato.

"Cuando Ponce pactó con el Gobierno el transporte de los bultos de sal, no tenía los elementos indispensables para el cumplimiento de sus obligaciones, ni siquiera bases serias que hicieran presumible la obtención de tales elementos. No tuvo, al contratar, la prudencia y deligencia necesarias que, en un caso como éste, requiere el hecho de obligarse a conducir en un lapso breve y fatal, un determinado tonelaje de carga de un dado puerto a otro. Hubo una culpa de su parte, porque si ésta consiste en UN ERROR DE CONDUCTA EN QUE NO HABRIA INCURRIDO UNA PERSONA PRUDENTE Y DILIGENTE COLOCADA ANTE LAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS DEL AUTOR DE LA FALTA, (Henri y Leon Mazeaud, TRAITE THEORIQUE ET PRACTIQUE DE LA RESPONSABILITE CIVILE, edición de 1934, Tomo 1º, página 432), natural y obviamente se desprende que si se compara la conducta de Ponce con la que hubiera tenido en su lugar un hombre prudente y diligente, no hay equación entre esa conducta en concreto y la conducta en abstracto, es decir, hubo un ERROR DE CONDUCTA por parte de Ponce.... La figura del caso fortuito o fuerza mayor no se integra automáticamente por producirse determinados eventos, sino cuando tales acontecimientos tienen ciertas características con relación a la obligación contractual inejecutada, conforme ha sido destacado ya por la Corte, en sentencia de fecha 5 de julio de 1935 (Gaceta Judicial Nº 1897), proferida por la Sala de Casación Civil, en los pasajes que a continuación se transcriben: Ningún acontecimiento en sí mismo constituye fuerza mayor o caso fortuito liberatorio con respecto a una determinada obligación contractual. La cuestión de la fuerza mayor no es una cuestión de clasificación mecánica de acontecimientos. Cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser IMPUTABLE al deudor; b) No haber CONCURRIDO

Págs.

CON UNA CULPA DE ESTE, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual; c) Ser IRRESISTIBLE, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor —dominado por el acontecimiento— en la IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA (no solamente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido IMPREVISIBLE, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trata, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimientos, una posibilidad vaga de realización. Esos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecido la doctrina que las dos expresiones son sinónimas) (1), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de IMPOSIBILIDAD DE EJECUCION que se subdivide en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento. (Demogue, Tomo VI, número 536)". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1923, noviembre 30 de 1936) 100, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 56 -

"Con relación a la causal 2ª, que el apoderado hace consistir en la violación del artículo 1656 del Código Judicial, porque no existe la plena prueba para condenar, el argumento hace relación más bien al cuerpo del delito, es decir, a la causal 3ª, y ya se vio que ésta no puede prosperar. El Procurador está en lo cierto cuando afirma en su vista que presentada por el aspecto aludido, la causal 2ª no da materia para los vicios de nulidad procedimental, que se refieren a las fórmulas propias de cada juicio. En los artículos 264 y 265 de la ley 57 de 1887 no se encuentra puntualizada como causal de nulidad la ausencia de prueba para condenar". (Casación, XLV, Nº 1926, agosto 3 de 1937) 344, 1ª

CAUSAL 1ª DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 57 -

Prospera la causal 1ª de casación en materia criminal cuando se ha calificado la delincuencia en segundo grado con una sola circunstancia agravante, pues ha dicho la Corte, en numerosos fallos, que una sola circunstancia agravante no es suficiente para calificar la delincuencia en segundo grado. (Casación, XLV, Nº 1925, mayo 29 de 1937) 284, 1ª

CAUSAL 4ª DE CASACION EN LO CRIMINAL

- 58 -

Al invalidar una sentencia por la causal 4ª de casación —desacuerdo entre aquélla y el veredicto del Jurado— incumbe a la Corte dictar el fallo que deba reemplazar al invalidado; y en tal evento la Corte, con el carácter de sentenciador de instancia, puede examinar y resolver el punto de notoria injusticia en el veredicto del Jurado, aun cuando las partes no lo hayan invocado como motivo de casación. (Casación, XLV, Nº 1923, mayo 4 de 1937) 71, 2ª

(1) En la doctrina y en la jurisprudencia colombianas son sinónimas las dos expresiones de caso fortuito o fuerza mayor, y así se consideran también en la doctrina y en la jurisprudencia chilenas. Así lo afirma la mayoría de los autores, entre ellos Baudry-Lacantinerie; pero hay otros que, según lo ha hecho Rivaldeneira, "sostienen que son dos conceptos análogos pero distintos en cuanto a sus causas y en cuanto a sus efectos". (Véase Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de Santiago de Chile, Tomo XXX, pág. 31.—Nota del Relator de la Corte).

Págs.

CESIBILIDAD DEL DERECHO AL USO DE LAS AGUAS DE UN RIO

- 59 -

Véase: Aguas. (Casación del 10 de agosto de 1937, G. J. Nº 1927) ....

CESION DE CREDITOS

- 60 -

Hecha la cesión de un crédito perteneciente a la sociedad conyugal por el marido durante el régimen anterior a la ley 28 de 1932, esa cesión es válida, pues entonces tenía el marido potestad para hacer esta clase de cesiones porque era respecto de terceros dueño de los bienes sociales y porque, además, era jefe de la sociedad conyugal y como tal administraba libremente los bienes sociales y los de su mujer. (Arts. 1781, 1805 y 1806 del Código Civil).

La fecha de la cesión de un crédito se rige por los artículos 1960 y 1961 del Código Civil y no es, para los efectos legales, la de presentación de aquellos en juicio o la en que ocurren los hechos a que alude el artículo 1762 del mismo Código, sino la que aparece en la nota de traspaso, acompañada de la constancia de la notificación o aceptación del deudor.

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, XLV. Nº 1930, noviembre 3 de 1937) (1) 837, 2ª, y 838, 1ª y 2ª

Págs.

CESIONARIO DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE QUE DEMANDA PARA LA SOCIEDAD DISUELTA EL PAGO DE UN CREDITO ADQUIRIDO DURANTE LA SOCIEDAD CONYUGAL

- 61 -

Como el cesionario de un crédito adquirido durante la sociedad conyugal pidiese para ella, ya disuelta por la muerte de uno de los cónyuges, el pago del crédito al deudor, éste, condenado al pago, alegaba en casación que el cesionario no tenía personería para el cobro porque la sociedad ya no existía, y concluía, además, que se había violado el artículo 1805 del Código Civil.

"Se observa: esta disposición atribuye la jefatura y representación de la sociedad conyugal al marido; pero de ahí no se deduce que el cesionario del cónyuge sobreviviente no pueda ejercer las acciones que éste, procediendo personalmente, podría ejercitar para esa sociedad disuelta y aún en liquidación, la que no deja de ser acreedor porque esa liquidación no se haya practicado y haya de practicarse". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937) 249, 1ª

(1) Concordancias: véanse las doctrinas de casación que contienen los números 669, tomo 1º, **Jurisprudencia de la Corte**; 630, tomo 3º La Corte ella la sentencia de fecha 31 de agosto de 1920, en que se sentó también la doctrina de que la cesión de un crédito hipotecario no necesita escritura pública. Concuerda con esta doctrina la jurisprudencia del Tribunal Superior de Ibagué, como puede verse en el número 78 de la obra titulada "Doctrinas Legales", por el doctor Antonio Rocha. No concuerda con ella la antigua jurisprudencia del Tribunal de Medellín, según aparece del número 858 de la **Jurisprudencia de los Tribunales**, tomo 1º

Págs.

CIRCULOS ELECTORALES

- 62 -

Ni la reforma constitucional de 1936, ni el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, ni la Constitución de 1886, hablaron de círculos electorales municipales, porque se ha tenido siempre en nuestra historia constitucional como un principio el siguiente: cada municipio es, por sí, una circunscripción electoral para la elección de su Concejo. (Sentencia, Sala Plena, XLV, Nº 1927, septiembre 10 de 1937). (1) 397, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

- 63 -

Se alegaba en un proceso criminal que habían sido mal aducidas por el Tribunal las agravantes consistentes en la futilidad del motivo, por una parte, y en la mayor alarma o escándalo que produjo el delito, por otra, con lo cual se habían violado los artículos del Código Penal sobre calificación de la delincuencia.

"Sobre la futilidad del móvil cabe observar que el Código Penal vigente no enumera esta circunstancia entre las agravantes, sin que pueda tampoco atribuírsele ese carácter por ministerio del artículo 119, por no guardar ella perfecta semejanza o analogía con las 'literalmente expresadas' en el artículo 117. Respecto a la mayor alarma, escándalo, desorden, producidos por el delito, que contra Pachón aduce la sentencia como agravantes, si bien es verdad que estos factores sí los contempla el Código en calidad de circunstancias de agravación, también lo es que en el presente caso la 'resonancia' del delito, según expresión del Tribunal, provino cabalmente de las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos; y esas modalidades, que sin duda las tuvo en cuenta el Jurado al pronunciarse sobre la responsabilidad, no pueden cargarse además como una agravante especial". (Casación, XLV, Nº 1923, abril 20 de 1937) ..... 65, 2ª, y 66, 1ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

- 64 -

"En repetidos fallos ha dicho la Corte que los Tribunales son soberanos en la apreciación de la prueba de las circunstancias agravantes y atenuantes". (Casación, XLV, Nº 1923, abril 14 de 1937) 63, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

- 65 -

Es doctrina constante de la Corte que los tribunales son soberanos para apreciar las pruebas de los hechos que constituyen las circunstancias agravantes y atenuantes. (Casación, XLV, Nº 1925, mayo 7 de 1937). ... 270, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

- 66 -

En relación con la prueba de las circunstancias agravantes y atenuantes los tribunales son soberanos en su apreciación, según doctrina sentada por la Corte en múltiples fallos. (Casación, XLV, Nº 1925, mayo 24 de 1937). 281, 1ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

- 67 -

El Tribunal sentenciador había considerado que existía en un proceso la circunstancia agravante de ale-

(1) Véase en el punto titulado LEY ACUSADA lo que acerca de la acusación como inconstitucional del artículo 5º de la Ley 64 de 1936, dijo la Corte al declarar la inexequibilidad de ese artículo que establecía que en el Municipio de Florencia votarían todos los corregimientos actuales y los que se establezcan en el futuro, para las elecciones de concejeros municipales.

Págs.

vosía, por haberla declarado el Jurado.

"No acepta la Corte como única base de la existencia de una agravante la decisión del Jurado. Si el Tribunal hubiese deducido aquella agravante de las pruebas del proceso, nada habría que objetar, de acuerdo con doctrina uniforme de la Corte en el sentido de que los tribunales son soberanos para apreciar las pruebas de los hechos constitutivos de circunstancias agravantes o atenuantes. Así las cosas, sólo queda en pie la circunstancia agravante del parentesco entre....; pero como también ha dicho la Corte que una circunstancia agravante no es suficiente para calificar la delincuencia en segundo grado, la calificación ha debido hacerse en el tercero, y el recurso prospera, pues, por este aspecto de la causal 1ª". (Casación, XLV, Nº 1925, mayo 29 de 1937). ..... 284, 1º y 2º

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES DE PLURALIDAD DE DELINCUENTES, CRUELDAD Y DEBILIDAD DE LA VICTIMA

- 68 -

La pluralidad de delincuentes debe estimarse teniendo en cuenta la proporción entre víctimas y victimarios. En la apreciación de la agravante de crueldad por razones de prueba es soberano el juzgador de instancia. La ancianidad de la víctima cabe dentro del concepto de debilidad de la persona ofendida. (Casación, XLV, Nº 1924, junio 12 de 1937). .... 167, 1º y 2º

COMPETENCIA

- 69 -

El cesionario de un crédito adquirido por el marido durante la sociedad conyugal, en virtud de cesión que de él le hizo la cónyuge supérstite, demandó al deudor para su pago a favor de la sociedad conyugal disuelta. Como prosperase la acción el demandado invocó en casación el sexto motivo que reconoce el artículo 520 del Código Judicial, alegando que la primera instancia del juicio se había seguido en juzgado distinto del de la causa mortuoria del causante acreedor, y que por ese motivo el Tribunal había violado el artículo 152 del C. J.

Págs.

"El cargo es inadmisible. Lo que allí se establece (numeral 5º), es la jurisdicción privativa del juez del último domicilio para la secuela de la causa mortuoria y también, aunque no con calidad expresa de privativa, la del mismo juzgado para las contiendas sobre derechos en la sucesión, desheredamiento, indignidad, etc., o nulidad o reforma del testamento, pues para estas causas señala la época en que el de sucesión esté en curso. Pero la ley no podría olvidar todo lo que en atención a la naturaleza de la causa y al domicilio del demandado reconoce ella que influye en lo tocante a la jurisdicción y competencia, y establecer la privativa jurisdicción del juzgado de la causa mortuoria, como lo pretende el recurrente, para juicio como el presente en que el litigante es la sociedad conyugal, o en que fuera la sucesión misma, pero en que obra no como reo sino como actor, en busca de la efectividad de un crédito a cargo de tercero". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937). 248, 2º

COMPETENCIA

- 70 -

Había iniciado el Procurador juicio ejecutivo ante la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte para el pago de los arrendamientos de una casa de propiedad de la Nación.

"....Carece la Corte de jurisdicción para conocer de un juicio ejecutivo que se inicia para hacer efectivo el producto de un bien nacional, como es el arrendamiento de una casa de propiedad de la Nación. Si en el juicio respectivo hay apelaciones o incidentes de excepciones y de tercerías, es decir, si hay controversia, entonces sí tiene competencia la Corte para conocer, conforme al artículo 36 del C. J. (El artículo 4º de la Ley 56 de 1934 les da a los Jueces de Ejecuciones Fiscales, en ejercicio de la jurisdicción coactiva, facultad para

Págs.

cobrar todos los créditos a favor de la Nación, inclusive los provenientes de contratos celebrados con particulares, por encargo de la Tesorería General de la República u otra entidad de hacienda nacional". (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLV, Nº 1924, mayo 19 de 1937). ..... 195, 2ª, y 196, 1ª

COMPETENCIA

- 71 -

Cuando la controversia en juicio con un Departamento versa sobre el monto, distribución o asignación de un impuesto de carácter departamental, la competencia para conocer del pleito corresponde al Tribunal administrativo respectivo, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 130 de 1913; pero si la litis se refiere a una mera cuestión de derecho privado, como es la de decidir si el actor tiene o no derecho a recibir el pago de la cantidad que demanda, proveniente del hecho de no haber pagado el Departamento lo decretado por una ordenanza a favor de un cosechero de tabaco, era el caso, por concepto de una bonificación, entonces la competencia es de la justicia ordinaria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1924, abril 26 de 1937) 180, 1ª

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS JUICIOS EN QUE SE COBRAN CREDITOS DEPARTAMENTALES, CUALQUIERA QUE SEA SU CUANTIA

- 72 -

Si es verdad que la Corte, por regla general, y de conformidad con el Decreto Nº 1315 de 1936, no conoce de los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva sino cuando éstos son o exceden de quinientos pesos, no sucede lo mismo con los créditos departamentales de cualquier cuantía, que se cobran por la misma vía, pues éstos, de conformidad con los artículos 37, numeral 1º, y 76, numeral 3º, del C. J., sufren en los incidentes de excepciones y tercerías, dos instancias: la del Tribunal y la de la Corte. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1929, septiembre 3 de 1937) 774, 1ª

COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS JUICIOS EJECUTIVOS SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA

- 73 -

Conforme al Decreto legislativo Nº 1315 de 1936, la Corte no conoce de las apelaciones, incidentes de excepciones y tercerías en juicios ejecutivos seguidos con jurisdicción coactiva sino cuando su cuantía es o excede de quinientos pesos. En los demás casos el conocimiento corresponde en segunda instancia a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, octubre 20 de 1937) 875, 1ª

COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE SUPREMA PARA CONOCER DE LOS INCIDENTES DE EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN JUICIOS SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA, EN RELACION CON SU CUANTIA

- 74 -

Como el artículo 14 de la ley 102 de 1936 autorizó al Poder Ejecutivo para fijar la jurisdicción de los empleados públicos que intervengan en la recaudación de las rentas e impuestos nacionales, el artículo 10 del Decreto Nº 1315 del 8 de junio de 1936, que fija el conocimiento por la Sala de Negocios Generales de la Corte y por las salas de lo civil de los Tribunales Superiores de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios ejecutivos de recaudación, es apenas el desarrollo de la facultad mencionada. Siendo el Decreto Nº 1315 de 8 de junio de 1936 un Decreto-Ley, la Corte conoce del incidente de excepciones y de las tercerías en estos jui-

Págs.

cios cuando su cuantía es de quinientos pesos o cuando pasan de esta suma, y los Tribunales en los casos en que la cuantía es inferior a quinientos pesos. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, mayo 7 de 1937) ..... 519, 1ª y 2ª, y 521, 1ª y 2ª

COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS INCIDENTES DE EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN JUICIOS EJECUTIVOS SEGUIDOS CON JURISDICCION COACTIVA

- 75 -

La Corte sólo conoce de los incidentes de excepciones y tercerías en los juicios seguidos por jurisdicción coactiva cuando su cuantía sea de quinientos pesos o más, de conformidad con el artículo 10 del Decreto Nº 1815 de 1936. Cuando se trata de una cuantía inferior conocen de esos asuntos los Tribunales Superiores. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1929, agosto 13 de 1937).. 766, 2ª

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR PARA CONOCER DE LA DEMANDA CONJUNTA CONTRA LA NACION Y CONTRA UN MUNICIPIO

- 76 -

Se había demandado ante el Tribunal de Bogotá a la Nación y al municipio de Bogotá para el pago de perjuicios sufridos por causa de la muerte de N., fallecido en un accidente ocurrido en la carretera de Occidente cuando ese individuo se hallaba en ejercicio de sus funciones como empleado de la dirección de circulación y tránsito de esta ciudad. El Tribunal declaró nulo lo actuado por incompetencia de jurisdicción. Dijo la Corte:

"En general, los municipios no pueden ser demandados, cuando se ventilen cuestiones de derecho privado, ante un Tribunal Superior. Ello se desprende del texto del artículo 109 citado. Si en el caso de autos la demanda se intentase tan sólo contra el Municipio de Bogotá, la tesis del Tribunal sería inobjetable. Pero en él la demanda se ha incoado conjuntamente contra dos entidades de derecho público, una de las cuales, la Nación, sólo puede ser demandada ante el Tribunal, y en el juicio ha de decidirse cuál de ellas ha de responder de la reclamación establecida, o si ambas deben hacerlo solidariamente. No estando fijada nítidamente la responsabilidad en ninguna de las dos, sin esfuerzo se deduce que las acciones intentadas deben tramitarse bajo una misma cuerda para no dividir la continencia de la causa. No se ve el objeto de dos juicios separados, los que, como atinadamente observa el señor Procurador, al fin tendrían que reunirse en uno, pues la sentencia que se dictase en cualquiera de ellos necesariamente tendría que considerar la responsabilidad civil de cada una de las entidades demandadas, y mal podría desprenderse obligación alguna para aquella que no estuvo representada ni fue oída en el respectivo proceso". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1928, agosto 14 de 1937) ..... 686, 2ª, y 687, 1ª

COMPRA SOBRE MUESTRAS

- 77 -

"Es cierto que nuestro Código de Comercio, en su art. 225, sienta el principio de que cuando se trata de mercancías compradas sobre muestras, las cualidades de estas muestras se entienden garantizadas por el vendedor, esto es, responde al comprador de que todos los artículos que entregue serán iguales a aquéllas. Pero tal pretensión de garantía puede ser renunciada por el comprador, expresa o tácitamente.... Es sabido que en la doctrina del derecho comercial no se considera obligación por parte del comprador la de examinar las mercaderías que le son entregadas en fardos o bajo cubierta y de noticiar de ello al vendedor en tiempo oportuno, pero sí es ésa una condición necesaria a la conservación de

Págs.

sus derechos. La falta del reconocimiento de la mercancía o la demora en la noticia de su estado, tiene como consecuencia la de que el comprador pierda las acciones que al respecto le concede el Código de Comercio". (Casación, XLV, Nº 1926, julio 16 de 1937) 315, 2ª

COMPRAVENTA

- 78 -

Por esencia, el contrato de compraventa origina dos obligaciones recíprocas. Dar una cosa y pagar el valor de esa cosa en dinero. La simultaneidad de estas dos obligaciones constituye el contrato; faltando una o faltando ambas, no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente. El saneamiento de la cosa vendida es consecuencia de la obligación de entregar. (Casación, XLV, Nº 1927, julio 28 de 1937) .....

CONCESION Y CONTRATO ADMINISTRATIVO

- 79 -

Véase: Contrato administrativo y concesión. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1923, abril 15 de 1923, 90, 1ª, y 91, 1ª y 2ª).

CONCESION PARA LA EXPLOTACION DE BOSQUES NACIONALES

- 80 -

Véase: Concesión y contrato administrativo.

CONCURSO DE DELINCUENTES Y CUADRILLA DE MALHECHORES

- 81 -

".... No debe confundirse la figura jurídica del concurso de delincuentes con el delito específico de cuadrilla de malhechores. El Capítulo 6º del Título 3º, libro 2º del Código Penal trata de este delito, y sus disposiciones indican que la ley exige como elementos esenciales del mismo: la asociación permanente de cuatro o más personas para delinquir; la mancomunidad entre ellas, y la jerarquía en virtud de la cual haya un jefe a quien los otros cuadrilleros obedezcan". (Casación, XLV, Nº 1924, abril 17 de 1937) 158, 2ª

CONFESION

- 82 -

Simón Peñuela había interpuesto recurso de revisión de la sentencia que le condenó a pagarle a Clodoveo Mojica una suma de dinero, y se fundaba para el recurso en que el Tribunal sentenciador había apreciado mal su confesión, pues en vez de admitir ésta con las modificaciones y explicaciones que dio, situó el caso en la segunda parte del artículo 609 del C. J. Dijo la Corte:

"Peñuela confesó en posiciones haber recibido $ 590.01 que en los trabajos de la carretera central del Norte se debían a Mojica, y agrega que, si inicialmente apalabró con éste una comisión u honorario del diez por ciento creyendo fácil el cobro de ambos, por haber sido éste difícil se elevó aquélla al cincuenta por ciento, y añade además que al arreglar cuentas con Mojica pagó a éste su saldo menos $ 34 simplemente. Pero Mojica, sosteniendo el diez por ciento primitivo y negando también lo del pago, con prescindencia de centavos formuló su demanda por la suma redonda de $ 530 e intereses legales en la mora, y así condenó a Peñuela el Tribunal estimando que aquella confesión dividua y que el mayor porcentaje afirmado por el confesante, así como el pago comprendido en la misma afirmación, constituyen otras tantas excepciones cuya comprobación por lo mismo era de cargo de Peñuela, de donde dedujo la condenación ante la falta de comprobantes de lo que en concepto del Tribunal, como acaba de decirse, eran excepciones. Opinando así, siguió el artículo 1757 del C. C. Mientras rigió el artículo 568 del C. J. anterior, fue una verdadera dificultad para el juzgador y tema de intensas discusiones y diferencias entre los doctrinantes la de- 404, 1ª

Págs.

terminación en cada caso de si el confesante que procede condicionando su confesión añade al condicionarla hechos constitutivos de excepciones o simplemente algo que la determine y la precisa y que, por lo mismo, sería corriente a la vez de lógica y de equidad reputar excepción con la consiguiente carga probatoria. Esa dificultad se ha atenuado ante el artículo 609 del C. J. actual, aunque no puede decirse que haya desaparecido en absoluto por haber éste trazado una línea divisoria entre las dos aludidas clases de confesión. Así las cosas, es muy agible que se opte por colocar en uno u otro de los grupos una confesión dada, sin que ello signifique algo distinto de un error de apreciación ante quien opine que debió colocarse en el otro grupo. Concretando la reflexión al presente caso, puede afirmarse como probable que, a haber interpretado el Tribunal el citado artículo 669 tal como lo ha hecho la Corte en los fallos de casación civil en que ha tenido ocasión de estudiarlo y sentar doctrina sobre él, hubiera tomado las explicaciones, aclaraciones y modificaciones, aludidas como concernientes al hecho principal confesado, y por tanto, las habría admitido o, mejor dicho, habría admitido con ellas la confesión, tal como Peñuela la hizo". (Sentencia, XLV, Nº 1923, marzo 9 de 1937) ... 23, 2

CONFESION EXPLICADA.—CONFESION DE HECHOS DISTINTOS Y SEPARADOS DEL PRINCIPAL.

- 83 -

Manuel Antonio González compró a Isidro Molina, en presencia de Carlos Arturo Tavera, un automóvil que luégo le entregó a éste para que, como chofer, lo manejara. Algunos meses después Tavera no volvió a rendirle cuentas por la administración del automóvil, y aun lo privó de él, por lo cual González le demandó por perjuicios. El Tribunal, aceptando la explicación del demandado de que había concurrido con la suma de cien pesos a la compra del automóvil y de que Molina lo había recuperado, negó las peticiones de la demanda, por lo cual recurrió en casación el actor acusando el fallo por violación de los artículos 2341 y 2343 del Código Civil y por error de derecho en la apreciación de la confesión de Tavera. Dijo la Corte:

Págs.

"Tavera confesó lisa y llanamente en sus citadas posiciones anteriores al pleito, que el comprador había sido González y que las cosas sucedieran, tanto para esa compra como para recibir él de este señor el automóvil con sus herramientas y demás accesorios en buen estado y en la forma aseverada por González, tal como éste afirma. Y el Tribunal le acepta la infirmación o revocación de esa confesión inicial, de suerte que le acepta la calidad de conducto de que más tarde se le ocurrió revestirse, sin que ensayara Tavera probar ni el Tribunal le exigiese que probara nada de lo que había sido indispensable que probase para lograr esa infirmación, de conformidad con los artículos 606 del C. J. y 1769 del C. C. De otro lado, en cuanto a las explicaciones que da Tavera al hecho principal, confesado por él, de no haber devuelto a González el automóvil ni rendídole cuentas, ni entregádole frutos desde fines de febrero de 1931, y en cuanto a la admisión por el Tribunal de esas explicaciones, se observa: En primer lugar, salta a la vista que como explicación ante la cual queda duda sobre si forma o no un todo indivisible con el hecho principal, no puede entenderse una circunstancia o grupo de circunstancias que lo corroboran, sino que precisamente ha de ser algo encaminado a descargar al confesante de la obligación bajo la cual lo coloca su confesión del hecho principal, tomada aisladamente. De ahí que agregando Tavera, a manera de disculpa datos confirmatorios de ese hecho principal, hasta sorprende el modo de considerarlos el Tribunal en forma de erigirlos en salvedad exculpativa. En segundo lugar, aunque eso no fuera decisivo al respecto, como lo es, y aunque hubiera podido caber la duda aludida, la solución habría tenido que ser la opuesta a la que el Tribunal dio, puesto que esas salvedades son hechos extraños y separados y, para mayor claridad, son de

Págs.

tercero, lo que, en el inadmisible evento de duda, colocaría el caso en el contemplado por la segunda parte del artículo 609 del C. J. Lo que Tavera agrega y el Tribunal le admite como salvedad exculpativa unida tan indisolublemente al hecho principal que lo acepta como un solo cuerpo con éste es la intervención de Molina, ante la cual Tavera se inclinó dócilmente cual si Molina hubiera sido autoridad pública competente o hubiese exhibido orden de ésta, expedida mediante una actuación judicial o siquiera policiva. Y brilla por su ausencia en el proceso y hasta en las afirmaciones mismas del confesante el menor elemento de esta clase, algo que con calidad de fuerza mayor, por ejemplo, justificase esa obediencia aducida en són de descargo. Tavera, tenedor del automóvil, o conductor, como ya dentro de este pleito se le ocurrió aparecer, estaba obligado a defender lo de González, puesto por éste en sus manos, fuera ello la totalidad de ese bien, fuese apenas una cuota. Porque cabe anotar que, aunque le hubiese prosperado mediante las probanzas conducentes, su tesis sobre comunidad a que acaba de aludirse, no por eso dejaría de ser culposa su conducta para con González, siendo así que, según Tavera mismo, ante la sola orden de Molina fue haciendo Tavera todo lo que hizo contra el patrimonio de González, para lesionar el cual bastaba que fuera éste dueño de una parte. Se habla de culpa, porque a hallarla en la conducta confesada por Tavera obliga lo que establecen las pertinentes disposiciones legales, entre las cuales basta citar los artículos 2° y 3° del C. Penal y 63, 1604 y 1606 del Civil. Es de recordarse que el artículo 2356 de esta obra habla no sólo de malicia, sino también de negligencia y de imprudencia disyuntivamente, en forma que cualquiera de estos elementos basta para producir responsabilidad a cargo de quien daña a otro por acción u omisión en que uno de ellos figure, según los casos allí discriminados. ....Tavera recibió bajo su responsabilidad de manos del dueño un automóvil para darlo al servicio público y entregar a aquél los productos y sí, como corroborando su compromiso en la forma inequívoca de la aplicación práctica (C. C. artículo 1622 in fine), efectivamente a todo esto procedió por varios meses continuos a partir del mismo día de esa compra y de esa entrega, según Tavera mismo dice, salta a la vista su culpa al responderle más tarde a ese dueño del modo que lo hace, pretendiendo esquivar su responsabilidad con la mera intervención, presencia y orden de un tercero. Cometer culpa es obligarse a la indemnización del daño inferido por ella (C. C. artículo 2341)". (Casación, XLV, N° 1923, diciembre 12 de 1936). ... 11, 1ª y 2ª, y 12, 1ª

Págs.

CONTABILIDAD BANCARIA

- 84 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada **Moneda en que debe hacerse el pago.** (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, N° 1927, junio 7 de 1937) ..... 541, 1ª y 2ª

CONTRALORIA

- 85 -

La Corte no es competente para anular actuaciones de la Contraloría, pues ello sería una intervención que no autoriza la ley, como que obrando así se entrometería en un asunto que no le incumbe, ya que otra entidad es el superior jerárquico del Contralor. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, N° 1930, septiembre 7 de 1937) 890, 1ª

CONTRALORIA

- 86 -

Las resoluciones reglamentarias de la Contraloría General de la República tienen la fuerza legal que les corresponde mientras no sean anuladas por el Contencioso Administrativo. De modo que ella, en atención a la facultad que le confiere el artículo 15 de la Ley 42 de 1923 puede, por no haber ley que lo prohiba, autorizar al Jefe de su Sección 6ª para que

Págs.

firme los avisos de observaciones y otras providencias, los cuales son válidos.

La Corte no es superior jerárquico de la Contraloría, por lo que no puede revisar las providencias emanadas de ésta.

La prórroga del término que autoriza el artículo 16 de la Ley 42 de 1923, es potestativa de la Contraloría, de suerte que la no concesión de dicha prórroga no arrebata derecho alguno al responsable en el juicio de cuentas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, julio 7 de 1937). ..... 527, 2º, y 528, 1º y 2º

CONTRATO ADMINISTRATIVO Y CONCESION

- 87 -

El Ministerio de Industrias y Trabajo había impuesto una crecida multa a N. N. por haber violado el contrato sobre explotación de bosques nacionales. Muerto el multado se siguió ejecución por el valor de la multa contra sus herederos, los cuales alegaban que no se trataba de un verdadero contrato administrativo para que hubiese podido imponerse la multa y que el de concesión, celebrado por el multado con la Nación, era un contrato meramente civil.

"Los contratos para la explotación de bosques, que celebra la administración con los particulares, son en realidad análogos a los que se hacen para la explotación de yacimientos petrolíferos y también a los que el Estado celebra sobre minas de las cuales es dueño. A tales contratos se les ha dado el nombre de concesión. En qué consiste ésta? Es un privilegio que el Gobierno, como entidad administrativa, otorga a los particulares, autorizado por leyes especiales, para que éstos puedan explotar riquezas naturales de propiedad de la Nación. Para ello el Gobierno obra autorizado por leyes permisivas, que regulan la materia. En la celebración de las concesiones no se aplican rigurosamente los preceptos que reglamentan, en derecho privado, las relaciones jurídicas de los contratantes. El objeto sobre el cual recaen las concesiones es del Derecho Público interno y de la administración de los bienes nacionales encomendada al Organo Ejecutivo. Este contrata en condiciones de evidente superioridad jurídica sobre el particular, pues lo hace como persona encarnación del Estado. En estos casos el Gobierno no celebra propiamente una verdadera convención bilateral, onerosa, en provecho exclusivo del erario público, sino que cumple, en realidad, un deber administrativo en beneficio de la comunidad. Cuando el Estado permite que un particular explote una mina, un bosque, o un yacimiento de petróleos, de su propiedad, no busca simplemente una fuente de entradas para sí, sino que persigue con ello un fin que ha de traer provecho a la sociedad en general. Y no puede pensarse que en estos casos el Estado, sin más atribuciones y prerrogativas que un simple particular llame a otro para celebrar con él una convención conmutativa de donde surgirán derechos y obligaciones iguales y recíprocas. Más que un contrato, un acto de éstos es un permiso que el Estado concede a quienes han llenado ciertos requisitos y aceptado voluntariamente las prerrogativas que respecto de ellos ejercita la entidad pública, para que al explotar esos bienes y obtener un lucro particular, también cumplan la función social de poner en juego esas riquezas al servicio de la colectividad. Bien se ve que no se trata aquí de convenciones civiles, en que desempeña papel decisivo la igualdad jurídica de las partes, sino que el Estado, en ejercicio de sus facultades como entidad de derecho público, autoriza a uno de sus Organos, por medio de normas especiales a las que debe ceñirse éste estrictamente, para que otorgue a un particular, que cumpla determinadas formalidades, el privilegio de explotar riquezas, que al entrar en el comercio traerán consecuencias benéficas para la economía nacional.... Y en contratos de esta índole hay que admitir que la situación jurídica de los contratantes no es la misma: nadie pone en tela de juicio las prerrogativas y privilegios de que en ellos goza el Estado. Y co-

Págs.

Págs.

mo lo sostiene el auto cuya revisión se considera, no resulta extraño que el Ministerio de Industrias, llenando las condiciones para decretarlas justicieramente, pudiera por sí mismo imponer las multas que el señor Andrade se había obligado a satisfacer en el caso de que por su parte incumpliera las cláusulas del convenio. Y como se analizó ampliamente en el auto que se revisa, el Ministerio ordenó verificar las diligencias conducentes para constatar el incumplimiento, y en el proceso que se levantó al efecto quedó él suficientemente comprobado. A este respecto cabe observar que en los contratos de concesión de petróleos, que presentan analogía con los de explotación de bosques nacionales, el Gobierno puede imponer administrativamente, cuando no considere necesaria la caducidad, multas al concesionario hasta de $ 5.000 por el no cumplimiento de sus obligaciones". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1923, abril 15 de 1937) ..... 90, 1ª, y 91, 1ª y 2ª

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DE DERECHO PRIVADO

- 88 -

El Secretario de Hacienda del Departamento de Cundinamarca y el Administrador General de Rentas habían celebrado un contrato de préstamo con el Banco de Bogotá firmándole un pagaré por una suma de pesos con el objeto de aplicarla a la Fábrica de Licores del Departamento, y como fuese demandado por el Banco el Departamento para el pago se discutía en el juicio si la obligación contraída era válida. Para ello dijo la Corte:

"No se trata de un contrato administrativo, porque el celebrado con el Banco para la apertura de los créditos documentarios no tuvo por objeto directo un servicio público, ni tampoco tuvo este objeto el acto de la suscripción del pagaré. Y no se trata de contrato administrativo, porque si en los que celebran los órganos de la Administración el servicio público no es su objeto, ellos no son administrativos. Se requiere, para que lo sean, que el fin y el objeto del contrato se destinen a un aprovechamiento general, que tengan 'por objeto inmediato y directo la satisfacción de una necesidad pública', esto es, que el contrato no se refiera a la satisfacción de necesidades comunes o privadas. El tratadista Santamaría de Paredes fija de la siguiente manera este criterio: 'El objeto del contrato puede determinar y determina una diversa manifestación de la personalidad jurídica, sujeto del mismo. Y por lo que se refiere a los contratos de Administración, fácil es distinguir en principio (cualesquiera que sean las dificultades de aplicación práctica), que unas veces tienen por objeto satisfacer necesidades comunes a todo individuo o corporación, y otras veces necesidades derivadas de su peculiar naturaleza o misión propia. Ahora bien: cuando contrata sobre las primeras, obra como una persona jurídica cualquiera, rigiéndose por las reglas generales de la contratación que establece el Derecho común....' Por manera que aunque la suma obtenida por el Departamento tenía por objeto el ser aplicada a una obra o empresa pública (la Fábrica de Licores), la consecución de esa suma es cosa muy distinta de la obra pública misma a que iba a ser aplicada. En el contrato de préstamo que los órganos de la Administración celebraron, ésta obró como una simple persona jurídica cualquiera, y por consiguiente, el contrato no es administrativo, y, por lo mismo, no exigía el cumplimiento de requisitos solemnes ni esenciales". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, junio 7 de 1937) .... 533, 2ª, y 534, 1ª

CONTRATO CIVIL Y CONTRATO ADMINISTRATIVO

- 89 -

"La interpretación que deba darse a los contratos que celebra el Estado depende de si éstos tienen carácter civil o administrativo. En el primer caso obra en igualdad al otro contratante, como una persona jurídica

Págs.

cualquiera. En el segundo no, porque no teniendo el contrato administrativo por objeto satisfacer necesidades comunes a toda suerte de personas, sino aquellas derivadas de la peculiar naturaleza del Estado o de su misión propia, éste contrata 'como persona jurídica encarnación del Estado'. No quiere decir ésto que él contrate como soberano y en tal carácter mande y ordene, sino que el objeto mismo de esta especie de contratos, el interés general que ellos implican, hace que el Estado —como se expresa Royo Villanova— 'tome precauciones y busque garantías que se traducen en una limitación de la voluntad de contratar a las cuales se somete voluntariamente el que contrata con la Administración'. La cláusula de la caducidad administrativa, por la cual el Estado pone fin a esta clase de contratos, dice claramente que existe una gran diferencia entre ellos y los civiles, y que en los primeros no se encuentra la traída igualdad jurídica que se sostiene por algunos". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1923, marzo 8 de 1937) 87, 2ª

CONTRATO DE CAMBIO

- 90 -

Entre el doctor José J. Hernández y el Banco Alemán Antioqueño de Medellín se había celebrado un contrato de cambio consistente en que el Banco le vendió a Hernández sesenta mil marcos y éste le dio su equivalente al tipo del cambio vigente a la fecha del contrato, para el cual se estipuló un término de seis meses en cuanto al depósito. Como pasasen varios años sin que el doctor Hernández percibiese el cheque o cheques contra Alemania y sin que el Banco le entregara el dinero, demandó aquél a éste para la resolución del contrato con indemnización de perjuicios. Condenado el Banco al pago de cierta cantidad de dinero al actor, ambas partes recurrieron en casación, acusando el actor el fallo por violación del artículo 746 del Código de Comercio, por haber estimado el Tribunal sentenciador que el contrato, en vez de ser de cambio, fue de compraventa. Dijo la Corte:

"Según el artículo 746 citado, en el contrato de cambio una de las partes se obliga mediante un valor prometido o entregado a pagar o hacer pagar a la otra parte, o a su cesionario legal, cierta cantidad de dinero en un lugar distinto de aquel en que se celebra la convención. Según el contrato entre el Banco y el doctor Hernández, el cheque o cheques serían girados contra Alemania dentro de los seis meses siguientes al veinte de octubre de mil novecientos diez y nueve. Dadas la naturaleza del contrato y la estipulación contractual especialmente, el Banco no podía hacer la entrega del cheque contra Alemania al doctor Hernández, sino a solicitud de éste, en virtud de su manifestación respecto de si optaba por uno o varios cheques.... El Tribunal interpretó como de compraventa el contrato a que se refiere la carta aludida, interpretación que el recurrente demandante ataca en casación, sosteniendo que lo que se celebró fue un contrato de cambio. En esto está en lo cierto el recurrente, pero ni la apreciación del Tribunal, ni el concepto del recurrente inciden en casación, porque para esto hubiera sido necesaria la demostración de que el Banco no cumplió con la obligación de entregar el cheque o cheques contra Alemania, demostración que no existe en autos...." (Casación, XLV, Nº 1923, abril 14 de 1937) 27, 2ª

CONTRATO DE DERECHO PRIVADO NO SOLEMNE

- 91 -

Cuando se trata de un contrato de derecho privado no solemne celebrado por un Secretario de Hacienda departamental, aunque se estime que la competencia de hecho de este funcionario no ha sido suficiente, es válida la ratificación posterior que a él le den la Asamblea y el Gobernador. Pero si se trata de un contrato solemne, ni la ratificación tácita o expresa son bastantes para cubrir su nulidad

Págs.

o para dar vida jurídica a un acto que jamás la ha tenido; lo que sucede en el contrato privado no solemne, porque cualesquiera de esas circunstancias basta para purificar el acto de todo vicio y hacer que él mismo produzca efectos entre los interesados y respecto de terceros. Esta tesis surge de que los actos solemnes se relacionan con el derecho público o con los intereses de gran número de personas, mientras que en los no solemnes las exigencias externas tienen por fin, únicamente, la protección de los intereses privados. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, junio 7 de 1937) (1) 537, 2º

CONTRATO DE TRABAJO

- 92 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada **Ley 10 de 1934 y Decreto Nº 652 de 1935, acusados como inconstitucionales, aquélla en cuanto al inciso c) y éste en cuanto al parágrafo del artículo 21** (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, Nº 1929, noviembre 12 de 1937) ..... 699, 2º y siguientes

CONTRATOS PARCIARIOS

- 93 -

Había celebrado Gastón Klugé con Eugenio Vasseur un contrato por los servicios que aquél le prestara a éste en la explotación agrícola de un fundo rural, consistente en que éste se obligó a pagar a Klugé el 20% de las utilidades del fundo, las cuales serían avaluadas cada año; a buena cuenta de esas utilidades Vasseur debía darle a Klugé cien pesos mensuales para sus gastos personales y para la administración de otro fundo, y si el monto de las utilidades no alcanzaba a mil doscientos pesos anuales, la diferencia sería reembolsada por Klugé a Vasseur dentro de los cinco años siguientes, con intereses. Klugé demandó a Vasseur para que se declarase resuelto el contrato con indemnización de perjuicios, y el Tribunal sentenciador consideró que el contrato pactado había sido el de arrendamiento de servicios. Como considerase el actor que se trataba de una sociedad de hecho recurrió en casación atacando el fallo por violación de los artículos 2079, 2094, 2095, 1973 y 1975 del Código Civil, ora por falta de aplicación, ora por haber aplicado indebidamente los dos últimos. Dijo la Corte:

"El Tribunal no violó ninguna de las disposiciones legales invocadas, cuando calificó el acto jurídico realizado por los contratantes como de arrendamiento de servicios. La circunstancia alegada por el recurrente, para negarle esa naturaleza al acuerdo de las voluntades de Klugé y Vasseur, consistente en que falta el elemento esencial del precio determinado, es improcedente, porque en nuestro derecho los contratantes pueden estructurar libremente, de acuerdo con sus necesidades y posibilidades, el contenido de cualquier contrato y regular los efectos que se propongan alcanzar, salvo prohibición legal en contrario, o imperativos opuestos de la moral o el orden público. El 20% de la utilidad es un precio cierto. En la especie se trata de un negocio jurídico conocido con el nombre de parciario. En estos contratos parciarios, una de las partes contrae determinada obligación a cambio de una participación en las ganancias que obtenga la otra. El inciso 2º del art. 2041 del C. C. regula una de las especies de negocios parciarios. Es frecuente que los factores y agentes viajeros estipulen un tanto en las ganancias del negocio a cambio de sus servicios. El autor cede muchas veces al librero el derecho a editar la obra, a cambio de una participación en las ganancias que éste obtenga en la venta del libro. Puede pensarse jurídicamente en un préstamo de dinero a cambio de una cuota en los beneficios que con la suma realice el mutuario, lo cual, sin embargo, no puede prestarse, en ningún caso, para encubrir operaciones usurarias. En to-

(1) Lo referente al contrato celebrado por el Secretario de Hacienda puede verse en el punto así titulado: Secretario de Hacienda.

Págs.

dos estos ejemplos, sólo uno de los contratantes adquiere para sí las utilidades, de las cuales entrega una parte al otro contratante, a cambio de sus prestaciones. Por consiguiente, no existe una unión de los sujetos para la realización en común del negocio; ni hay una colaboración en la especulación; menos aún una ingerencia en la empresa; como tampoco un derecho a fiscalizarla, por parte del copartícipe en las utilidades, quien no puede ser considerado como socio de la industria. El artículo 12 de la ley 10 de 1934 reconoce para los empleados el contrato parciario, usual en el tráfico y permitido por la doctrina". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 5 de 1937) 223, 2ª

CONTROVERSIAS ENTRE COLONOS

- 94 -

Se había iniciado un juicio de reivindicación de un colono contra otro colono o cultivador de predios baldíos, y en el alindamiento de lo reivindicado se incluía un monte alto adyacente a los terrenos cultivados por el actor. Se decía por el demandado que el sentenciador no debió considerar como mejoras reivindicables el monte aún no domado por la mano del hombre.

"El litigio trabóse entre colonos de tierras baldías, que no son, por tanto, dueños del suelo, limitándose a aducir el título de cultivadores y dueños de determinadas mejoras que cada uno de ellos alega, con exclusión del otro, haber establecido. Propiamente, a más de las mejoras, lo que en el fondo también se controvierte es el derecho a seguir poseyendo y explotando cierta porción de tierras del Estado, susceptibles jurídicamente de ser ocupadas por los particulares con el objeto de beneficiarlas y adquirir así el derecho preferente a la correspondiente adjudicación a título de cultivadores, de acuerdo con la ley fiscal. La sentencia decidirá cuál de las dos partes, la demandante o la demandada, tiene el derecho preferente a continuar las explotaciones comenzadas dentro del perímetro encerrado por los linderos descritos en el libelo de demanda. De consiguiente el alcance de la discusión, como ocurre generalmente en todo litigio, adquiere importancia exclusiva en relación con las dos partes contendoras. El Estado no irá a estar vinculado en sus relaciones con el colono, ni para la época de la adjudicación, por lo que ahora se decida. Para entonces, los poderes públicos tienen normas precisas dentro de las cuales les corresponderá actuar si dispone la enajenación al colono de las áreas cultivadas y de los demás tantos a que la ley le da derecho. En orden a esa posible enajenación, al Estado lo único que le interesa es que por parte del colono se haya realizado el hecho generador de su derecho, cual es haber incorporado parte de su sér económico en una tierra inculta; realizado, el derecho a la adjudicación de esa tierra cultivada y otro tanto más de tierras incultas dentro de las limitaciones territoriales previstas por el legislador, no puede serle desconocido al colono. Con estas ideas no se ve inconveniente que entre colonos se litigue el aprovechamiento y uso de los montes adyacentes a sus respectivos cultivos, que constituyen elementos necesarios muchas veces para el desarrollo o incremento de las sementeras y plantaciones, como cuando son utilizados para mantener inexhaustas las fuentes de agua próximas de que se alimenta la finca, o en la provisión de maderas, leña, etc. En esas controversias más que el dominio lo que en realidad se discute es el mejor derecho del colono frente a su contraparte, al servicio de tales montes y por consiguiente a colocarse en situación ventajosa, bien para ensanchar las mejoras o bien para adquirirlos en propiedad mediante la respectiva adjudicación". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 11 de 1937) ..... 227, 1º y 2º

COSA JUZGADA Y AUTOS INTERLOCUTORIOS

- 95 -

En un juicio de reivindicación en el cual no fue admitida la denuncia

Págs.

del pleito había dicho el Tribunal sentenciador que el objeto de la reivindicación era distinto de la finca poseída por el demandado.

"Este auto, que el Tribunal no ha debido dictar porque la compañía compradora tenía derecho a citar a su vendedor para que compareciese a defenderla en la posibilidad de que se hallara que el globo perseguido es parte de la cosa comprada, decidió un punto incidental en el juicio. Véase el artículo 825 del código entonces vigente. Hoy tuviera ese mismo carácter por su analogía con las resoluciones enumeradas en el artículo 466, ordinal 2º, del código actual. Aunque interlocutorio, es definitivo en lo atinente a la cuestión allí decidida: no estar fundada la denuncia. Y así puede decirse que en eso sólo es ejecutoria dentro del juicio. Pero carece de la autoridad irrefragable de cosa juzgada porque no fue, ni podía ser, ese auto la sentencia firme dada en el litigio. Cierto es que el Tribunal motivó su negativa aduciendo entre otras razones la de no estar el lote demandado dentro de 'Orihueca y Cañabobal' sino dentro de 'Playitas de Riofrío'. Mas también es cierto que si la autoridad de cosa juzgada se atribuyese a decisiones distintas de las que ponen fin a los litigios, ocurriría que el juez pudiera prejuzgar antes de proferir su fallo definitivo. El Tribunal cambió en su sentencia una apreciación hecha en su auto. Eso fue todo. Obrando de esta manera no ha reproducido un litigio ni violado la presunción legal de verdad que justifica la cosa juzgada". (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 28 de 1937) 485, 1º

CREDITO ADQUIRIDO DURANTE LA SOCIEDAD CONYUGAL

- 96 -

En un juicio en que el cesionario de un crédito adquirido por el marido durante la sociedad conyugal lo cobraba para la sociedad disuelta en virtud de cesión que de él le había hecho la cónyuge sobreviviente, alegaba en casación el deudor demandado para su pago que el Tribunal sentenciador había violado el artículo 1795 del Código Civil.

"El tribunal, ajustándose al art. 1781 del C. C., conceptuó ser un bien social el crédito aquí discutido. Ese concepto lo confirma el art. 1795, según el cual todo lo que él reza, entre lo cual figuran los créditos, en hallándose en poder de cualquiera de los cónyuges al disolverse la sociedad se reputa pertenecer a ésta, presunción destruíble sólo porque aparezca o se pruebe lo contrario. Y agrega (este art. 1795) que la confesión del uno o del otro cónyuge ni ambas juntas valen para invalidar esa presunción, sin embargo de lo cual la confesión se mirará como donación que confirmada por la muerte del donante se ejecutará en sus bienes propios o sobre su parte de gananciales, según el caso. Sin embargo de la completa claridad de esta disposición, el recurrente la conceptúa violada por el tribunal por haber manifestado Moreno en su testamento que no había gananciales y que todo lo que dejaba eran bienes propios suyos. Aparte de la ninguna relación entre el art. 1795 y estas declaraciones testamentarias, cabe observar que la simple afirmación de un testamento en favor del testador o de su sucesión o herederos no puede entenderse como prueba que de suyo obligue a su cónyuge sobreviviente o que menoscabe los haberes de la sociedad conyugal. Se rechaza el cargo". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937) 253, 1º

COSTAS

- 97 -

Lo atañedero a costas, por referirse a las reglas del procedimiento civil, no da lugar al recurso extraordinario de casación (1). (Casación. XLV, Nº 1926, junio 30 de 1937).. 305, 1º

(1) Concordancias: véase la Gaceta Judicial, números 1901 y 1902, página 459. Números 951, 952, 958, 959, 965, Tomo 1º Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

COSTAS

- 98 -

La Corte ha considerado que la naturaleza accesoria que corresponde a la condena en costas coloca generalmente este extremo fuera del recurso de casación. (Casación, XLV, Nº 1927, septiembre 6 de 1937) 494, 1ª

COTEJO

- 99 -

Según el artículo 656 del C. J. la prueba resultante del cotejo es incompleta, o sea que no establece por sí sola la verdad del hecho (artículo 594 ibidem). La prueba resultante del cotejo es en todo caso un mero indicio, nunca un indicio necesario. (Casación, XLV, Nº 1926, julio 29 de 1937) .....

CUADRILLA DE MALHECHORES Y CONCURSO DE DELINCUENTES

- 100 -

Véase: **Concurso de delincuentes y cuadrilla de malhechores,** casación del 17 de abril de 1937, G. J., Nº 1924.

CUANTIA DE LA ACCION

- 101 -

Se había avaluado por peritos la cuantía de la acción en más de tres mil pesos para los efectos del recurso de casación interpuesto por el actor en juicio sobre nulidad de unos procesos y de un remate, y el Tribunal había descontado de ese valor el de unos créditos garantizados con hipoteca sobre el inmueble cuyo remate se tachaba de nulo. Por eso se negó el recurso de casación.

"La acción versa sobre nulidad de unos juicios, sobre nulidad de un remate y sobre restitución de un inmueble. No se discute si las deudas existen o no existen, ni si tienen o no tienen el carácter de hipotecarias. Una cosa es la cuantía de los juicios cuya nulidad se demanda, y otra, muy distinta, la de este ordinario en que se pide la restitución de una cosa como consecuencia de la nulidad de algunos procedimientos judiciales. El hecho de que una finca apoye, sostenga o asegure una obligación mediante el contrato de hipoteca, no afecta el valor de la finca hipotecada tal como éste debe entenderse para fijar la cuantía de la acción. Es por ello por lo que la Corte estima mal denegado el recurso de casación". (Casación, XLV, Nº 1930, noviembre 15 de 1937). 840, 2ª

CUANTIA DEL PLEITO

- 102 -

Había negado el Tribunal sentenciador la concesión del recurso de casación por estimar que la cuantía del pleito no daba lugar a él, ya porque habiendo fijado el actor esa cuantía en más de tres mil pesos fue objetada y se ordenó el justiprecio legal por un avaluador, ya porque habiendo fijado éste la cuantía en mil pesos no se había dado traslado de su dictamen, ni se hizo después ninguna determinación de la cuantía. 339, 2ª

"La situación prevista en el art. 524 del C. J., que es la que corresponde al caso de estudio, no puede ser materia de decisión para la Corte, que carece de facultad para determinar la cuantía de la acción para efectos del recurso, y que impone a los Tribunales, antes de resolver sobre su concesión, el deber de ordenar que la cuantía de la demanda sea estimada por peritos de su nombramiento. Este justiprecio pericial constituye así una formalidad cuya pretermisión, en casos en que sea necesario tener en consideración la cuantía de la demanda y haya verdadero motivo de duda acerca de este punto, impide a la Corte la decisión sobre la legalidad con que haya sido denegado el recurso extraordinario de casación". (Auto, Sala de Casación Civil, XLV, Nº 1927, agosto 26 de 1937) 476, 1ª

Págs.

CUENTAS ANTE LA CONTRALORIA

- 103 -

Véase: Juicio de cuentas ante la Contraloría. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, julio 7 de 1937) ..... 528, 1ª y 2ª y 529, 1ª

CUENTAS ANTE LA CONTRALORIA

- 104 -

Derogados los artículos 237 y 439 del Código Fiscal por la Ley 46 de 1923 y teniendo el Contralor General de la República el poder para crear, conforme a esta ley, situaciones jurídicas generales o reglamentarias, quedó facultado para expedir todos los reglamentos necesarios en cuanto al examen, glosa y fenecimiento de cuentas. Una de esas normas es la Resolución Nº 86 de fecha 7 de agosto de 1928. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1929, septiembre 10 de 1937) ..... 777, 1ª y 2ª

CUENTAS DEL MANDATARIO ADMINISTRADOR DE BIENES AJENOS

- 105 -

Había infirmado la Corte la sentencia de un Tribunal porque afirmaba que las partidas importantes de una cuenta que requieren documentación son aquellas que el responsable de rendirlas crea importantes, pues la Corte estimó en la sentencia de casación de fecha 29 de febrero de 1936, que partidas importantes de una cuenta son aquellas que están de acuerdo con la costumbre y con las prácticas comerciales. Al proferir la Corte su sentencia de instancia, por haber casado la recurrida, dijo lo siguiente, acogiendo la doctrina sentada por la Sala de Negocios Generales en sentencia de 1º de octubre de 1927, Gaceta Judicial, tomo XXXIV, página 228:

"Mas al aplicar esta disposición (la del artículo 49 del Código de Comercio), no debe perderse de vista que la ley no exige que respecto de cada una de las partidas de una cuenta se aduzca una plena prueba, requisito que por otra parte no sería dable llenar en la mayor parte de los casos, dado que las pequeñas operaciones que se ejecutan en el curso ordinario de una administración, tales como los pagos de jornales, las compras al por menor, etc., no son susceptibles por su naturaleza misma de una plena comprobación. Esta consideración ha tenido sin duda en cuenta la ley para no exigir ni aun a las personas que administran bienes ajenos, que al rendir cuentas justifiquen plenamente cada partida. Así, el artículo 2181 del Código Civil impone al mandatario la obligación de presentar documentada su cuenta, y eso únicamente en lo que concierne a las partidas importantes de ella. Cuenta documentada no es equivalente a cuenta plenamente comprobada. Una cuenta es documentada cuando a ella se acompañan documentos que la fundamenten, como recibos expedidos por terceras personas, aunque no estén legalmente reconocidos y no constituyan por lo mismo plena prueba ni aun respecto de quienes los han firmado". En lo referente a la administración de bienes ajenos agrega la Corte:

"La administración de todo patrimonio por un mandatario supone la actividad sostenida de su parte encaminada a llenar el fin propio de aquélla, cual es, no el de mera custodia y conservación, sino el producir la explotación económica de los bienes. El mandatario en ese caso hace o debe hacer las veces del dueño. Y así como el dueño intenta perseguir con su esfuerzo la mayor utilidad o beneficio, porque eso es lo que explica la posesión de las cosas lucrativas, de la misma manera el mandatario administrador está obligado, en desarrollo del vínculo contractual que lo une al mandante, a mantener vigente la diligencia y cuidados del dueño, sin cuya observancia estricta defrauda la confianza en que se inspira el mandato, que como se sabe es un contrato INTUITU PERSONAE. Por eso la ley hace res-

Págs.

ponsable al mandatario de su encargo (art. 2155 del C. C.), esto es, que debe velar como velaría un buen padre de familia sobre el patrimonio suyo y el de sus hijos, responsabilidad que se hace más exigente en el mandato remunerado como fue el que cumplió don Rodolfo Rasero. De aquí se infiere una trascendental consecuencia en relación con la carga de la prueba, en juicio, de la existencia de productos provenientes de los bienes sometidos a la gestión del mandatario. Porque dentro de aquella noción de responsabilidad, lo presumible y lógico es que el administrador de bienes ajenos haya cumplido a cabalidad su misión, esto es, haya obtenido que los bienes lucrativos produzcan las utilidades normales y correspondientes a una adecuada y conveniente explotación. Y así colocados en este orden de ideas, cabe acaso dudar que es al mandatario administrador a quien compete demostrar en frente del mandante el insuceso de su gestión en cuanto a que un bién o un conjunto determinado de bienes dejaron de producir rendimientos? Esta conclusión se impone porque el mandatario es el único que está en capacidad de saber cuáles fueron las inversiones, las operaciones realizadas, los gastos y las partidas o utilidades". (Sentencia de instancia, Sala de Casación Civil, XLV, Nº 1927, agosto 17 de 1937) ....

Págs.

446, 2ª. y 462, 2ª

CUERPO DEL DELITO DE HOMICIDIO Y SU PRUEBA

- 106 -

"Cuerpo de delito es un hecho criminoso y punible según las leyes. La existencia del cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal (artículo 1512 del Código Judicial). Estos dos conceptos legales sobre los cuales se construye todo el sumario, son los que permiten, probada su existencia inequívocamente, y por los medios legales, hacer el cargo concreto a cualquier sindicado, cargo que se formula en el auto de proceder, el cual para que tenga base jurídica ha de contener la plena prueba de la existencia del delito. Esta plena prueba, en tratándose del homicidio en general, puede producirse por el levantamiento del cadáver, es decir, por el examen de las huellas, rastros o señales, por peritos o reconocedores, por testigos quienes pueden declarar sobre todos los hechos y circunstancias tendientes a comprobar el cuerpo del delito (artículos 1514, 1515 y 1528 del Código Judicial). No hay, pues, una prueba específica para el homicidio en general, cosa que sí acontece en tratándose del envenenamiento, por la razón obvia del medio por el cual se produce la muerte (substancias tóxicas que han menester expertos para el examen de las huellas que el delito deje en la víctima, o para el examen de las complicaciones que produjeron la muerte por la ingestión del veneno). Lo esencial tratándose del cuerpo del delito de homicidio, es la comprobación de una muerte violenta. Este hecho sí se puede establecer por el perito o experto, o por testigos, o por confesión, o por indicios de los llamados necesarios. En suma, que no es solamente la prueba del peritazgo por expertos la que da la certidumbre del hecho. Tanto así es que el artículo 157 de la Ley 40 de 1907 establece esta regla, que es posterior a los artículos 1514 y 1528 del Código Judicial y que resume el criterio de la investigación para la comprobación del cuerpo del delito: 'el cuerpo del delito se comprueba con el prolijo examen que se haga por facultativos o peritos de las huellas, rastros o señales que haya dejado el hecho, o con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo, o con indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de dicha perpetración'. Lo necesario para establecer la comprobación del cuerpo del delito es que existan elementos probatorios que produzcan convencimiento pleno del hecho. No importa la denominación o la clasificación legal que tenga la prueba. Además, los elementos constitutivos señalados en la respectiva disposición penal son la base de la comprobación del cuerpo del deli-

Págs.

to. Eso agrega a las reglas de procedimiento citadas el artículo 24 de la Ley 104 de 1922, que viene en esta forma a concretar más el criterio sobre el particular. En efecto, permite esta regla de crítica que el Juez pueda apreciar el hecho con relación a la especie del delito, que en artículo correspondiente del Código Penal dé contenido a las circunstancias constitutivas del acto delictuoso. El delito de homicidio es la muerte que un hombre da a otro, sin mandato de autoridad legítima, expedido en cumplimiento de las leyes. Reza así el artículo 583 del Código. Basta, pues, que aparezca este hecho: muerte de un hombre causada injustamente por otro hombre para que el delito de homicidio se caracterice, y quede establecido el cuerpo del delito". (Casación, XLV, Nº 1928, noviembre 2 de 1937). ..... 663, 2ª, y 664, 1ª

D

DECLARACIONES DE TESTIGOS

- 107 -

El Procurador había opinado que no se debía conceder una pensión solicitada porque los testigos que habían declarado sobre la honorabilidad y consagración del solicitante en el ejercicio de sus cargos no habían manifestado su edad.

"La Sala, si bien estima atinada la observación del señor representante de la Nación, y con él opina que los testigos deben, por lo general, para dar mayor solidez y eficacia a sus declaraciones, manifestar su edad, cuando su testimonio se refiere a hechos en mucho anteriores al tiempo en que se les interroga, no cree que la omisión de esta circunstancia sea, en el presente caso, motivo suficiente para desechar sus deposiciones y prescindir en absoluto de ellas, porque siendo tomadas con intervención del Agente del Ministerio Público y habiendo certificado el Juez sobre la idoneidad de los declarantes, debe

Págs.

presumirse que ambos funcionarios, si no ejercieron las facultades que les concede la ley para tachar y calificar los testimonios, hallaron veraces los testigos y expresión de la verdad lo por ellos afirmado". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1928, agosto 25 de 1937) 688, 1ª

DECRETO ACUSADO Nº 685 DEL 4 DE ABRIL DE 1934, SOBRE INSPECCION Y VIGILANCIA DE LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN

- 108 -

Se solicitó la declaración de inconstitucionalidad de este Decreto, basándose el actor en la carencia de facultades del Gobierno para reglamentar las instituciones de utilidad común. Dijo la Corte:

"El decreto acusado por el doctor Bravo, como ya se dijo, es el número 685 de 1934, del Ministerio de Gobierno, 'por el cual se reglamenta la manera como ha de ejercerse el derecho conferido al Presidente de la República por el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución Nacional y en desarrollo del numeral 1º del artículo 68 de la Ley 4ª de 1931'. El Gobierno, al expedir el decreto, hace mérito de la autorización especial contenida en el artículo 1º de la Ley 20 de 1933, disposición que reza así: 'Autorízase al Poder Ejecutivo para reorganizar el Ministerio de Gobierno y para establecer en él los departamentos que considere necesarios para el mejor funcionamiento de esa dependencia administrativa, y facúltase igualmente para crear y suprimir empleos, fijar asignaciones y señalar las correspondientes funciones de todo el personal adscrito a dicho ministerio'. El numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 citado en el preámbulo del decreto (19, artículo 115 de la actual), es el siguiente: 'Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: .... 21. Ejercer derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas.

Págs.

y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores'. El artículo 68 de la Ley 4ª de 1913, trata de las atribuciones del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa. El numeral 1º, igualmente en el epígrafe del decreto materia de la demanda, dice así: 'Cuidar de la exacta y debida inversión de las rentas de establecimientos públicos de cualquier género, cuya administración esté confiada al Gobierno de la República'. La atribución general del Presidente de la República sobre reglamentación de las leyes, está consignada en el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución de 1886 (id. art. 115 de la actual), en estos términos: 'Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes'. Concreta el doctor Bravo su acusación contra el decreto número 685 en los siguientes pasajes de la demanda: 'La disposición legal que acabo de transcribir es parte integrante del Código sobre Régimen Político y Municipal; es decir, del cuerpo de leyes que consagra 'la legislación relativa a las facultades constitucionales de los poderes legislativo y ejecutivo', conforme a la declaración fundamental contenida en el artículo 1º de ese código (Ley 4ª de 1913), igual a la declaración que hacía en el artículo 1º de la Ley 143 de 1888, sustituída por aquella. Concretando un poco la cuestión, la misma disposición legal transcrita contiene y expresa la facultad constitucional del Presidente de la República en orden al derecho de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, que contempla el artículo 120 de la Constitución en su ordinal 21. Es decir, el legislador en el ejercicio de sus funciones constitucionales legisló sobre la materia y definió cómo entendía y quería que se cumpliera el precepto constitucional citado. Y si se detiene la atención en la disposición legal (ordinal 1º, artículo 68, Ley 4ª de 1913), se verá que el legislador ordenó que la función de inspección y vigilancia del Presidente de la República se debía ejercer en relación con las rentas

Págs.

de los 'establecimientos públicos de cualquier género, cuya administración esté confiada al Gobierno de la República' .... Sobre la primera conclusión que saca el demandante de sus alegaciones, se observa lo siguiente: 'El artículo 120 de la Constitución de 1886 le da al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, entre otras atribuciones, la señalada en el numeral 3º de que ya se ha hecho mención, o sea, la de ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; también le da ese artículo, como ya se ha visto, la facultad de 'ejercer derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores'. No hay que confundir la potestad reglamentaria que tiene el Presidente de la República respecto de las leyes, con la facultad de dictar normas para el ejercicio de los derechos que la Constitución le confiere. Al dictar el Presidente de la República el decreto número 685 de 1934, no hizo uso de la potestad reglamentaria de que trata el ordinal 3º del artículo 120 ya citado, sino del derecho consagrado en el numeral 21 del mismo texto, para cuyo ejercicio dictó las normas administrativas que juzgó convenientes. Es verdad que el decreto acusado contiene un reglamento; pero éste no emana de la facultad general que con respecto a las leyes tiene el Presidente de la República, conforme al numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, sino de un derecho especial de inspección y vigilancia que le confiere la Carta Fundamental, con relación a las instituciones de utilidad común. El Gobierno tenía la facultad de dictar el reglamento necesario para el ejercicio del derecho que le confirió el artículo 120, numeral 21, de la Constitución de 1886. La tenía igualmente para reglamentar el ordinal 1º del artículo 68 de la Ley 4ª de 1913. Por consiguiente, el decreto expedido en desarrollo de los dos preceptos citados, no puede con-

Págs.

siderarse inconstitucional por falta de atribuciones del Gobierno para dictarlo, o por abuso de poder, como lo dice el demandante. La reglamentación se hizo creando una sección especial en el Ministerio de Gobierno, de conformidad con la facultad conferida al Poder Ejecutivo por el artículo 1º de la Ley 20 de 1933, para establecer en el Ministerio referido los departamentos que se consideren necesarios para el mejor funcionamiento de esa dependencia administrativa. Para estudiar la segunda conclusión a que llega el demandante, o sea, que el legislador reglamentó el numeral 21 del artículo 120 de la Carta de 1886 en la forma que aparece en el ordinal 1º del artículo 68 del Código Político y Municipal, conviene precisar lo que se entiende por instituciones de utilidad común. Ni en la Constitución ni en la ley se definen. Pero sobre el particular es muy autorizada la opinión del doctor José María Samper, uno de los autores de la Constitución de 1886, citada por el mismo demandante en su libelo. Es la siguiente: 'F. Por último, el inciso 21 da facultad al Presidente para ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común, a fin de que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores. Vaga es esta atribución, a causa de la gran latitud que tienen las palabras 'instituciones de utilidad común'. Pero se comprende desde luego que el inciso no se refiere ni a instituciones de carácter nacional, esto es, creadas y sostenidas por la Nación, que forzosamente han de estar bajo la dirección de la autoridad pública, ni a instituciones puramente privadas, que si son de utilidad, no están aplicadas a un servicio verdaderamente público, y son del dominio del derecho civil o de la propiedad particular. Quisieron referirse los constituyentes a ciertas instituciones que, teniendo un origen privado o de corporaciones particulares, por razón de sus fundadores, prestan a la sociedad un servicio que, sin ser oficial y de la Nación, es de notoria utilidad pública. De esta naturaleza son muchos colegios, escuelas y otros establecimientos de instrucción, y muchos hospicios, hospitales y otros establecimientos de caridad o beneficencia. Se comprende que el Presidente de la República no ha de inmiscuirse en la dirección y administración de tales establecimientos, que no dependen del Gobierno; pero que, como en su buen servicio está interesada la sociedad, el Jefe de la Nación puede ejercer una inspección y vigilancia saludables, en beneficio de aquellos a quienes la institución ha de favorecer con sus auxilios'. Si por instituciones de utilidad común no se entienden las de carácter nacional, respecto de las cuales tiene el Presidente de la República el control que le otorga la Constitución en su calidad de jefe de la Administración pública, es claro que la disposición del numeral 1º del artículo 68 del Código Político y Municipal no se refiere a aquéllas, como lo pretende el demandante, y no es jurídica, por tanto, la conclusión de que el precepto legal citado reglamente la facultad dada al Presidente por el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886. Basta comparar los términos del numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 y del numeral 1º del artículo 68 de la Ley 4ª de 1913, para ver que son cosas completamente distintas. El primero le da facultad al Presidente para ejercer DERECHO DE INSPECCION Y VIGILANCIA sobre instituciones de utilidad común, para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con LA VOLUNTAD DE LOS FUNDADORES; y el segundo le da la atribución al Presidente de CUIDAR DE LA EXACTA Y DEBIDA INVERSION de las rentas de ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS de cualquier género, cuya administración esté confiada al Gobierno. La Constitución habla de instituciones de utilidad común, fundadas por personas distintas del Estado, y el Código Político y Municipal se refiere a establecimientos públicos de creación nacional, y por consiguiente, administrados por el Gobierno. Hecha esta distinción, no es posible aceptar que el numeral ci-

Págs.

tado del Código Político y Municipal sea la reglamentación del precepto constitucional. Pero si lo fuera, sería para el Gobierno aplicable el último, por ser notable la discrepancia, de conformidad con el artículo 40 del Acto legislativo número 3 de 1910 (artículo 150 de la Constitución actual). La anterior disertación está de acuerdo con la doctrina de los expositores de Derecho Administrativo. Para establecer la diferencia que existe entre el establecimiento público y las instituciones de utilidad pública, o utilidad común, Gaston Jéze da una norma en su obra 'Principios Generales de Derecho Administrativo': 'Cuando una necesidad de interés general no se satisface por el procedimiento del servicio público y la autoridad pública competente, en las condiciones y formas legales, acepta la colaboración de los particulares con un PATRIMONIO PRIVADO ESPECIAL a este efecto, se dice que existe ESTABLECIMIENTO DE UTILIDAD PUBLICA. El ESTABLECIMIENTO DE UTILIDAD PUBLICA no debe ser confundido con el ESTABLECIMIENTO PUBLICO.... El punto capital que marca la diferencia entre el establecimiento público y el establecimiento de utilidad pública es el de que aquél es una modalidad del procedimiento del SERVICIO PUBLICO, mientras que éste es una modalidad del procedimiento del SERVICIO PRIVADO. Pudiera parecer a primera vista que es siempre fácil establecer la distinción, pero no es así. A veces esta distinción es de una labor muy delicada, no sólo porque en ambos casos (establecimiento público y establecimiento de utilidad pública), existe un patrimonio afecto al servicio, sino porque el establecimiento de utilidad pública, en razón del fin de interés general que persigue, debe ser objeto de formal reconocimiento por parte de la autoridad pública. Es esta circunstancia lo que le distingue claramente de los otros establecimientos privados. Por consiguiente, se explica perfectamente la vacilación que experimenta el ánimo en presencia de ciertos casos en que parecen darse las dos condiciones del establecimiento público: servicio público y patrimonio propio. Una nueva causa de confusión estriba en que las leyes y reglamentos toman en consideración la circunstancia de que los establecimientos de utilidad pública que satisfacen intereses sociales son auxiliares de los servicios públicos. En consecuencia, dichas leyes y reglamentos organizan un régimen de control administrativo que da a los establecimientos de utilidad pública una fisonomía parecida a la de los establecimientos públicos y que parece poner de manifiesto la intención del legislador de organizar un establecimiento público'. Los anteriores conceptos fijan de manera clara la diferencia que existe entre las entidades expresadas, y puede llegarse a la conclusión de que en principio los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de una autoridad pública, o creaciones del Estado; en tanto que las instituciones de utilidad pública son creaciones de la iniciativa privada, pero dedicadas al servicio de la comunidad social. Esta distinción facilita en el caso que se estudia determinar con precisión el alcance de las disposiciones comentadas de la Constitución y del Código Político y Municipal. Por las razones expuestas se llega a la conclusión de que carecen de fundamento los reparos del demandante sobre institucionalidad del decreto acusado por falta de atribuciones del Gobierno para dictarlo. DISPOSICIONES ACUSADAS DE MANERA ESPECIAL. En la demanda se hacen críticas especiales a algunos artículos del decreto número 685, las cuales pasan a analizarse por separado, una vez que se han estudiado las objeciones de carácter general formuladas contra el decreto. ARTICULO 1º 'Instituciones de utilidad común son todas las entidades que tienen por objeto prestar servicios a la comunidad con el concepto de beneficio social y que no persiguen fines simplemente lucrativos'. Acerca de esta disposición se pronuncia el demandante así: 'La comparación de los dos textos citados, el de la ley y el del decreto, da como resultado casi una contraposición, pues al paso que la ley

Págs.

sólo autoriza la inspección y vigilancia sobre los establecimientos públicos cuya administración esté confiada al Gobierno de la República, el decreto ejecutivo abarca toda clase de instituciones de utilidad común, inclusive aquellas cuya administración no atañe al Gobierno, como son todas las de origen privado. No puede darse nada más evidente que esta oposición entre el decreto y la ley'. Se observa: La oposición entre el decreto y la ley no es cuestión que por sí sola pudiera originar una declaración de inexequibilidad, porque la Corte no puede confrontar los motivos de ilegalidad de los decretos que se acusen ante ella. Pero en relación con el artículo que se estudia es preciso fijar la interpretación de la Corte acerca de la definición allí contenida. Las personas morales de derecho privado se dividen, según la clasificación que de ellas hacen los más modernos y autorizados expositores, en tres clases: a) Sociedades, que son las que se caracterizan por la finalidad de lucro; b) Entidades caracterizadas por la pluralidad de personas que reúnen sus esfuerzos y actividades para una finalidad no lucrativa, sino de orden espiritual o intelectual o deportivo o recreativo, y c) Las entidades que se caracterizan por la destinación de un patrimonio determinado a una determinada finalidad social, sin ánimo de lucro. Estima la Corte que el texto del numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 sólo se refiere a estas últimas; pero como el artículo 1º del decreto número 685, por la vaguedad con que está concebido, puede dar lugar a que entidades con otros fines se consideren comprendidas también dentro de la definición que él trae, es necesario establecer que se le declara exequible entendiéndose en el sentido de que únicamente comprende aquellas entidades especificadas en el punto c) de la enumeración que acaba de hacerse. Hay una consideración que sirve para fijar el alcance de la definición. Y es la de que, interpretada con la extensión y generalidad que aparenta, llevaría a aplicaciones injurídicas, como pasa a verse. En el artículo 1º se predican dos calidades o atributos de aquello a que el decreto se refiere: servicios que se presten en beneficio social, y fines no simplemente lucrativos. Esos dos atributos o calidades son predicados propios de la clase de instituciones a que se refiere el ordinal 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886, pero también son comunes a entidades que están evidentemente fuera de la letra y del espíritu del decreto. Así, la Nación, los departamentos, los municipios, la Iglesia católica, las iglesias en particular y parroquias, las asociaciones y congregaciones religiosas cuyo funcionamiento esté autorizado por el respectivo legítimo prelado, tienen los mencionados caracteres: buscan el beneficio social y no persiguen un fin simplemente lucrativo. Sin embargo, no podría pensarse que por esa circunstancia de tener un predicado común a las instituciones a que se refiere el decreto, estén incluídas en él y sujetas a sus requisitos. Las tres primeras son personas jurídicas de derecho público; las últimas, gozan de una personería jurídica de acuerdo con leyes anteriores y posteriores al Concordato, y por virtud de este mismo. Además, siendo uno de los fines del acto acusado el de determinar al Gobierno, tras un proceso de información, a conferir o negar la personería jurídica, es claro que el decreto no puede referirse a aquellas instituciones que hayan recibido o reciban en adelante la personería jurídica en virtud de la ley. En ese caso está, por ejemplo, el Colegio de Nuestra Señora del Rosario, en cuanto la ley, respetando los estatutos de tal institución, reconoció su autonomía como un hecho cumplido. Claro está que el ejecutivo nacional inspecciona y vigila la marcha de dicho Colegio, pero ello obedece a una voluntad de sus estatutos, y además a facultades del Gobierno, también constitucionales, dentro del ramo de la instrucción pública, es decir, por atribuciones de distinto orden; y, finalmente, porque el Colegio recibe auxilios del tesoro público. Así como las entidades de derecho público y las eclesiásticas, a pesar de poderse predicar de ellas que persiguen el beneficio social sin un fin lucrativo, no están cobijadas por

Págs.

el decreto, sucede que tampoco lo están aquellas entidades de quienes no se pueda predicar ni una ni otra de aquellas condiciones. Así, las compañías mineras, las sociedades de derecho civil y las del comercial, regulares o de hecho, por perseguir el lucro, evidentemente quedan excluídas. ARTICULO 3º 'El derecho de inspección y vigilancia consiste en la facultad de examinar libros, cuentas y demás documentos de las instituciones y aprobar o improbar los actos o contratos de valor mayor de dos mil pesos que celebren sus representantes sobre la aplicación de rentas, inversión de capitales o destinación de bienes, para que tales actos o contratos se acomoden al fin perseguido por la institución, según sus estatutos. En consecuencia este requisito será necesario para la validez de los referidos actos o contratos'. Sobre esta disposición dice el demandante: 'El artículo 3º del decreto acusado, que define como derecho la función de inspeccionar y vigilar, es excesivo y encierra un abuso de poder, por cuanto al tomarse la facultad de aprobar o improbar los actos o contratos de valor mayor de dos mil pesos que celebren los representantes de las entidades respectivas se arroga la gestión misma, arrebatando a tales entidades la facultad de resolver o de obrar, la de determinar la conveniencia o inconveniencia de determinada operación, acto o contrato, aun cuando esté en un todo de acuerdo con las leyes, so capa de una tutela que las leyes mismas no han establecido con esa extensión'. La Corte observa: El Presidente de la República tiene atribuciones en relación con el Poder Legislativo (Organo Legislativo), que están detalladas en el artículo 118 de la Constitución de 1886 (artículo 113 de la actual); las tiene también en relación con el Poder Judicial (Organo Judicial), que son las que enumera el artículo 119 ibídem (art. 114 de la nueva Constitución); y, por último, le corresponden también como suprema autoridad administrativa, que son las que enumera el artículo 120 (hoy artículo 115). Entre éstas está la de inspección y vigilancia de instituciones de utilidad común; de

Págs.

manera que la facultad que al Presidente de la República le corresponde en este particular es de índole simplemente administrativa, y es obvio que esa facultad no puede comprender la de reformar las leyes preexistentes que es el único y exclusivo resorte del Congreso, con arreglo al artículo 76 de la Constitución de 1886 (artículo 69 de la actual). El citado artículo 3º del decreto se refiere a la capacidad civil de las personas y a la nulidad de los actos y contratos, cuestiones que son materia del Código Civil y que, según el artículo 51 de la Constitución de 1886 (artículos 12 y 45 de la actual) sólo pueden ser reglamentadas por la ley. Por estas razones la Corte llega a la conclusión de que se debe declarar inexequible el artículo 3º del acto acusado, en cuanto da al Ministro de Gobierno el derecho de aprobar o improbar los actos o contratos de valor mayor de dos mil pesos que celebren los representantes de las instituciones y establece este requisito como necesario para la validez de los referidos actos o contratos. Respecto de la primera parte de este artículo 3º, se observa que sólo puede referirse a los libros, cuentas y demás documentos que se relacionen con la conservación y aplicación de las rentas de las instituciones y con el cumplimiento de la voluntad de los fundadores, pero no al examen de documentos de carácter privado y ajenos a los fines expresados. ARTICULO 6º 'Cuando por disposición del fundador o fundadores de una institución de utilidad común, o por necesidad o utilidad para la misma, hubieren de enajenarse bienes raíces de cualquier precio o muebles de valor mayor de dos mil pesos que le pertenezcan, será necesaria la aprobación del Ministro de Gobierno, previa la calificación de los motivos de utilidad o necesidad. Este requisito será necesario para la validez de las referidas enajenaciones'. El demandante hace la crítica de la disposición copiada, en estos términos: 'A poco que se ahonde en la disposición del artículo 6º, que examinamos, y se la compare con antiguos preceptos legislativos en materia civil aborogados tiempos hace, se verá que aquella

Págs.

disposición es una reviviscencia de ideas aberrantes contrarias a la libertad civil, implantadas en épocas pretéritas, que el progreso de los tiempos y de las instituciones, la tolerancia y un mejor entendimiento de las cosas habían relegado como bagaje inútil y perjudicial. ¿Quién no ve que el artículo 6º del decreto acusado es en su esencia una reproducción de la regla primera del artículo 645 del Código Civil, artículo que fue expresamente derogado por el 45 de la Ley 57 de 1887 y reemplazado por el 27 de la propia ley, hoy en vigor? Y si esto es así, como lo es, no se comprende que el Poder Ejecutivo restablezca disposiciones de la ley civil sustantiva derogadas, sin que el Congreso las hubiera restablecido y sobre todo pasando por encima del sistema legal que abolió tales disposiciones e implantó un régimen distinto. Resalta aquí, y en esto de manera muy clara y precisa, que el Poder Ejecutivo asumió funciones de legislador y abusó de la autoridad ingiriéndose en asuntos de la competencia privativa de las cámaras, violando así el ordinal 2º del artículo 80 de la Constitución'. También contiene este artículo una norma jurídica respecto de la cual el Gobierno invade las atribuciones del Congreso, por cuanto reforma la legislación civil, y por tanto, viola el artículo 76 (hoy 69) de la Constitución. ARTICULOS 7º y 8º. ARTICULO 7º 'Para organizar una institución de utilidad común se requiere la autorización del Ministerio de Gobierno, quien la dará previo el estudio de los estatutos y demás documentos enumerados en los apartes a), b) y c) del artículo 10, los que deben ser presentados junto con la solicitud que se eleve al Ministerio para la obtención de la autorización. En la misma resolución en que se autorice la fundación de la institución se la reconocerá como persona jurídica. La solicitud tendrá la tramitación establecida por el decreto Nº 1326 de 1922 para las peticiones de personería jurídica'. 'ARTICULO 8º 'En los casos de los artículos 22, 23 y 24 de este decreto, el ministro procederá en la forma indicada en el artículo anterior si se tratare de la fundación de una institución'. Sobre estos artículos dice el demandante lo siguiente: 'Estas objeciones son especialmente aplicables a varias otras disposiciones del decreto acusado, en que el Poder Ejecutivo entró de lleno a legislar sobre materias de derecho civil reglamentadas en el artículo 36 del código respectivo, violando, contrariando o alterando algunos preceptos de éste, como sucede en los artículos 7º y 8º del decreto, que al imponer la autorización previa del Ministro de Gobierno para organizar una institución de utilidad común, va más allá de lo que requiere el artículo 636 del C. C., que se limita a exigir que los estatutos de las corporaciones o fundaciones se sometan a la aprobación del Poder Ejecutivo. Con la necesidad de la autorización previa para la mera organización se establece un requisito más, alterando y contrariando tal disposición del Código Civil, que consagra el régimen de la libertad en ese particular y la doctrina que se desprende del artículo 634 del C. C. mismo, según la cual basta la autorización de la ley para la organización legítima de la corporación'. La Corte observa: El artículo 7º establece las condiciones para organizar una institución de utilidad común, entre las cuales figura la autorización del Ministerio de Gobierno. Se señala la tramitación establecida por el decreto número 1326 de 1922 para las peticiones de personería jurídica y ésta se reconoce en la misma resolución en que se autorice la fundación de la institución. Las citas hechas por el artículo 8º del decreto son: El artículo 22 habla de los casos en que se hagan asignaciones testamentarias para fundar instituciones de utilidad común o para las ya existentes. El 23, se refiere a los instrumentos públicos que traten de instituciones de utilidad común, de los cuales deben enviar copia al Ministerio de Gobierno los notarios y registradores para llevar el control. El artículo 24 menciona la obligación del departamento de justicia del Ministerio de Gobierno de pasar al de instituciones de utilidad común una relación de los testamentos que con-

Págs.

Págs.

tengan cláusulas sobre asignaciones para instituciones de esta clase. Los artículos 7º y 8º del decreto contienen, pues, normas de carácter administrativo necesarias para ejercer el derecho del Gobierno de inspeccionar y vigilar las instituciones de utilidad común. Tales disposiciones se conforman con el espíritu del artículo 120, numeral 21, de la Constitución de 1886 (19, art. 115 de la actual), y con los preceptos del Código Civil, y no adolecen por tanto de los vicios de inconstitucionalidad que alega el demandante. Pero la autorización ejecutiva que resulta de los arts. 7º y 8º debe entenderse en armonía con los arts. 49 de la Constitución de 1886 (44 de la actual) y 636 del Código Civil y sus concordantes de una y otra obra, teniendo en cuenta que en Colombia existe el derecho de libre asociación para fines legítimos, y que lo que el Poder Ejecutivo concede en vista de los reglamentos o estatutos de las asociaciones o fundaciones, no es la autorización en el sentido de facultad, sino en el sentido de aprobación, la cual concederá si por ellas se le solicita y si en los reglamentos o estatutos no halla nada contrario al orden público, a las leyes o las buenas costumbres. ARTICULOS 12, 14 y 15. Tampoco se oponen estos artículos a ningún precepto constitucional, y las medidas fijadas por tales disposiciones se refieren al control necesario para ejercitar la facultad de inspección y vigilancia que tiene el Gobierno, para que las rentas se conserven y sean debidamente aplicadas. La vigilancia sobre la aplicación de las rentas no podía ejercerla el Gobierno sin dictar medidas sobre contabilidad y reglas relativas a las cauciones de los administradores. Contienen las disposiciones demandadas normas de carácter administrativo que están, como se ha visto, dentro de las atribuciones otorgadas al Gobierno por la Constitución'. ARTICULOS 18, 19, 20 y 21. Con relación a estos artículos dice lo siguiente el libelo: 'Iguales o semejantes objeciones merecen las disposiciones del decreto acusado. 18, 19, 20 y 21, que encierran reformas sustantivas a la ia legislación civil vigente, establecen aún jurisdicciones especiales para un empleado meramente administrativo y se ingieren, en la dirección misma de las corporaciones o fundaciones, contra las leyes que las autorizan. La parte final de la última disposición citada crea un empleado costeado por las corporaciones respectivas, imponiéndoles así un gravamen con que el Poder Ejecutivo no podía gravarlas sin abusar de sus funciones constitucionales y sobrepasando en toda caso la potestad reglamentaria que la Constitución le dio únicamente para la cumplida ejecución de las leyes'. .... Los artículos 18, 19 y 20 no contienen disposiciones que violen la Constitución. Hablan de la manera como el Ministerio de Gobierno puede ejercer la facultad de inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común y de las medidas que se deben tomar para corregir las irregularidades que se observen, entre las cuales está la de dar cuenta al Procurador General de la Nación, cuando se llegue al convencimiento de que se han cometido actos delictuosos o haya necesidad de iniciar alguna acción civil. La suspensión de que trata el artículo 19 se entiende que se refiere solamente a las actuaciones violatorias de los estatutos, reglamentos, leyes o decretos, o que se aparten de los fines para que fue creada la institución. Pero respecto del artículo 21 sí cabe observar que la parte final es contraria a la Constitución, porque si el Gobierno tiene el derecho de nombrar un auditor para ejercer la inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común, no la tiene para imponer a éstas la carga de pagar el empleado. Esto implica una contribución que en tiempo de paz sólo pueden imponer el Congreso, las Asambleas y los Concejos, conforme al artículo 6º del Acto legislativo número 3 de 1910 (artículo 29 de la Constitución actual). En consecuencia, el artículo 21 debe declararse inexequible, en la parte que afecta los preceptos ya mencionados de la Constitución". (Sentencia de la Corte Plena, XLV, Nº 1925, agosto 19 de 1937) ..... 209, 2ª, 210, 1º y

Págs.

Págs.

2ª, 211, 1º y 2ª, 212, 1º y 2ª, 213, 1ª y 2ª, 214, 1º y 2ª, 215, 1ª y 2ª, 216, 1º y 2ª, 217, 1º y 2ª, 218, 1º

Salvaron sus votos los Magistrados doctores Germán Fernández, Ricardo Hinestrosa Daza, Salvador Iglesias, Juan Francisco Mújica y Pedro Alejo Rodríguez, los cuales expusieron lo siguiente: "En nuestro sentir, el decreto número 685 de 1934 se acomoda íntegramente a las normas constitucionales, y, por tanto, no estimamos acertada la declaratoria de inexequibilidad que hace la mayoría de la Corte en relación con los artículos 3º, 6º y 21 de ese estatuto. Respecto del artículo 6º, donde se establece que tratándose de las instituciones de utilidad común, en los contratos de enajenación de bienes raíces de cualquier precio o muebles cuyo valor exceda de dos mil pesos, se requiere la aprobación del Ministerio de Gobierno como requisito indispensable para su validez, y en cuanto a aquella parte del artículo 3º, conforme a la cual esa misma formalidad es indispensable para la validez de los contratos por más de dos mil pesos que celebren los representantes de tales entidades sobre aplicación de rentas, inversión de capitales o destinación de bienes, la mayoría de la Corte halla justificado el reparo de inconstitucionalidad que formula el acusador; porque a juicio de ella es sólo al Organo Legislativo a quien corresponde preceptuar acerca de la capacidad de las personas y fijar requisitos para la validez de los contratos. Para nosotros el argumento no es válido, pues sin que se nos oculte que en realidad, según principios generales de la Carta, la determinación relativa a cuestiones de dicha índole, en punto a personas y contratos en general, compete al legislador, y que aún él podría hacerlo para las instituciones de utilidad común en desarrollo de esas normas constitucionales, sin menoscabar, desde luego, las facultades especiales allí conferidas también al Presidente de la República, lo que ocurre con varias leyes que se limitan a reproducir lo prescrito en la Constitución sobre atribuciones de otros órganos del Estado, pensamos que ello no es óbice para que en el Decreto número 685 de 1934 (artículos 3º y 6º), el Ejecutivo ejercitara lícitamente y con asidero directo en el numeral 21, artículo 120 de la Constitución de 1886, su privativo derecho de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común en el sentido de fijar como requisito indispensable para la validez de los contratos de estas instituciones, la aprobación del Ministerio de Gobierno. Si se estuviese en presencia de un mandato ejecutivo de carácter general, en donde se establecieran condiciones necesarias de toda clase, no aventuraríamos nosotros objeción alguna a las tesis de la mayoría de la Corte; pero la cuestión cambia de faz apreciada ante las instituciones de utilidad común, personas jurídicas de por sí incapaces según el Código Civil, y sobre las cuales el Gobierno tiene aquel derecho de vigilancia que tan claramente le otorga la propia Constitución. ¿Y qué mejor control —quizá el único eficaz— a fin de hacer efectiva la destinación estrictamente social de esos patrimonios expósitos, que el visto bueno del Presidente de la República en los contratos de cierta magnitud que los representantes de aquellas instituciones intenten celebrar? Carecería de importancia el precepto constitucional, si el Presidente no pudiera señalar las normas para ponerlo en acción. La carta confirió un derecho al Jefe del Estado, y consecuencialmente le dio una atribución: la de emplear los medios para realizar ese derecho y cumplir esa facultad y ese mandato. Y en relación con el ejercicio directo por parte del Presidente de la República de las atribuciones privativas que le otorga la Constitución, vale la pena de citar, entre otros, estos antecedentes: El señor Caro —el más autorizado vocero de la Constitución de 1886—, a la página

Págs.

Págs.

13 de su mensaje presidencial al Congreso de 1894, hablando de los decretos ejecutivos dictados en desarrollo del artículo K, transitorio, de la Carta, dijo lo siguiente: 'Prescindiendo, por tanto, del asendereado artículo K y de todo lo transitorio, que el Gobierno considera caducado o abrogado, queda en pie la disposición constitucional permanente; y como toda disposición constitucional es ley y ley primordial, y como no se ha votado ninguna reforma de la Constitución que arrebate al Gobierno la facultad de reglamentar las leyes, se sigue que el Gobierno tiene la facultad, el deber, de reglamentar las disposiciones constitucionales no desarrolladas por ley, porque la reglamentación no reconoce otro fin que el de dar cumplimiento a la ley formulada en términos ineficaces por su generalidad, y sería bien extraño que las leyes comunes hubiesen de ser reglamentadas, y las leyes fundamentales hubiesen de quedar sin cumplimiento por no estar sujetas a reglamentación ejecutiva.' La Corte, en providencia de 13 de noviembre de 1928, al decidir acerca de la acusación formulada contra el Decreto número 707 de 1927, por el cual se dictaron reglamertos de policía nacional sobre orden público, reuniones públicas, posesión de armas y municiones, consignó conceptos como los que pasan a copiarse: 'Por este acto, un ciudadano ha ocurrido ante la Corte en demanda de la declaración de inexequibilidad del Decreto 707, por estimarlo expedito por el Presidente de la República, no solamente sin atribución constitucional, sino arrogándose facultades propias del Congreso, que no le estaban delegadas. Esta es la acusación principal de la cual se desprenden otros cargos consecuentes'. La Corte considera: Se deja dicho que el decreto tiene base en una atribución constitucional expresa del Presidente de la República. Son postulados de Derecho Constitucional, generalmente reconocidos hoy y respaldados por altas autoridades, los siguientes: 1º Todos los poderes del Estado que tienen atribuciones constitucionales para ejercer una función, o la obligación de ponerla por obra, tienen también, de acuerdo con los dictados de la razón, la facultad de escoger los medios necesarios y adecuados a esos fines, siempre que no estén prohibidos y sean coherentes con la letra y el espíritu de la disposición constitucional a que acceden. 2º En consecuencia, una facultad se considera implícita en la Constitución siempre que sea necesaria para dar efecto a una atribución conferida expresamente por ella misma. 3º Todo aquello que se halla implícito en la Constitución forma parte de ésta, de la misma manera que sus disposiciones expresas. 4º Puede afirmarse, por tanto, que no existe en la Constitución atribución alguna de facultades que no entrañe y lleve consigo en su aplicación otras que, si bien tácitas, son vitales para las primeras y necesarias a su ejercicio. Esta teoría, conocida en Derecho Constitucional moderno con la denominación de 'facultades incidentales o implícitas' de los poderes nacionales, no es sino la aplicación del principio de derecho natural de que quien debe realizar un fin lícito tiene derecho a emplear cuantos medios legítimos sean necesarios. La teoría se transformó en cuerpo de doctrina constitucional en los Estados Unidos hace más de cien años, sustentada con firmeza por copiosas sentencias de la Suprema Corte Federal, intérprete soberano de la Constitución de aquella República, la cual, como se sabe, ha sido fuente y norma de las constituciones colombianas. Los orígenes históricos de esta jurisprudencia o estatuto judicial, que tal puede llamarse en razón de los efectos generales y obligatorios que para autoridades e individuos tienen las disposiciones de aquel supremo tribunal en asuntos constitucionales, demuestran la importancia de la doctrina y la necesidad de su aplicación en los Estados de régimen constitucional'. (Gaceta Judicial, tomo XXXVI, página 198). Finalmente, consideramos los suscritos Magistrados, que estas opiniones nuéstras cobran aún mayor fuerza ante la nueva Carta Fundamental de la República, una de cuyas disposiciones, el artículo 33, reza como sigue: 'El destino de las donacio-

Págs.

Págs.

nes inter vivos o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social, no podrá ser variado ni modificado por el legislador. El Gobierno fiscalizará el manejo e inversión de tales donaciones'. Las facultades que al Presidente de la República confería el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución de 1886 y que en idéntica forma reproduce el artículo 115, numeral 19, de la Constitución actual, se vigorizan más ahora si se tiene en cuenta el espíritu que anima la reforma de 1936, en cuanto a la mayor intervención del Estado en la vigilancia y fiscalización de las donaciones destinadas a fines de interés social. Por análogas razones creemos que de ningún vicio de inconstitucionalidad adolece la parte final del artículo 21 del Decreto número 685 de 1934. La obligación de pagar un auditor especial cuando el volumen de negocios de determinada entidad lo permita, no constituye, a nuestro juicio, privación de la propiedad, ni contribución especial; es una medida de control perfectamente aceptable dentro de las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo respecto de las instituciones de utilidad común". ..... 218, 1ª y 2ª, 219, 1ª y 2ª, y 220, 1ª y 2ª

DECRETO NUMERO 652 DE 1935, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

- 109 -

Decidió la Corte, en cuanto a la acusación como inconstitucional del parágrafo del artículo 14 de ese Decreto, que era exequible, en sentencia de fecha 12 de noviembre de 1937. Los razonamientos sobre ese punto pueden leerse en la doctrina titulada Ley 10 de 1934 y Decreto número 652 de 1935, acusados como inconstitucionales, aquélla en cuanto al inciso c) y éste en cuanto al parágrafo del artículo 24. Se demandó también la inconstitucionalidad de este Decreto en cuanto al artículo 33, en demanda separada, y respecto de ella dijo la Corte:

Págs.

..."El legislador de 1934 dispuso en el artículo 18 de la Ley 10: 'Mientras se establece una jurisdicción especial para la solución de los conflictos de trabajo que puedan originarse en 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....'. De las disposiciones adoptadas transitoriamente para la tramitación de tales cuestiones forma parte integrante la siguiente: 'Art. 1210. Conforme a lo convenido por las partes en el escrito en que piden el procedimiento verbal, el fallo del Juez puede ser dictado, o en derecho, o en conciencia'. A continuación dice el Código que la sentencia, si es en conciencia, no está sujeta a recurso alguno, y, si en derecho, es apelable. El legislador de 1934, al adoptar el trámite del procedimiento verbal, incorporó, por el sistema de recepción directa, para la solución de los conflictos del trabajo, el derecho de los interesados a optar porque el Juez les dicte un fallo en derecho o en conciencia. Por su parte, el Poder Ejecutivo, al reglamentar la Ley 10 de 1934, se expresó así: Art. 33 del Decreto 652 de 1935. '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 FALLARA EN CONCIENCIA y con conocimiento de causa....'. Se subraya la frase 'y el Juez las fallará en conciencia'. Ahora bien, como la ley que se trataba de reglamentar, según lo dicho, daba y da, de antemano, a las partes, la aludida opción; como según la ley, si ellas no se ponen de acuerdo en que el fallo se dicte en conciencia, tal fallo ha de ser en derecho; es claro que el Decreto 652 destruye esa opción al prevenir que el Juez, sin más ni más, fallará en conciencia. El Decreto varía, pues, las posibilidades jurídicas de los interesados y en ese punto no está encaminado a la cumplida ejecución de la ley, por un aspecto, y por otro supri-

Págs.

me una opción concedida por el legislador para el ejercicio de un derecho, opción que integra la plenitud de las formas de un juicio. Todo lo cual va contra el recto ejercicio de la facultad reglamentaria (art. 120, ord. 3 de la Constitución) y contra el derecho a ser juzgado (art. 26 ibídem). Si se considera que la Corte Suprema ha expresado en varios fallos cuál sea el ejercicio de la potestad reglamentaria, por el aspecto que en este caso presenta la cuestión, carece de objeto insistir en ello. (Sentencia de 11 de octubre de 1912, XX, 159; auto de dos de noviembre de 1916, XXVI, 35; acuerdo de 29 de abril de 1922, XXIX, 158; sentencia de 9 de octubre de 1924, XXXI, 101)'." Concluye la Corte declarando inexequible el artículo 33 del Decreto acusado. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, número 1929, noviembre 19 de 1937) 728, 2ª, y 729, 1ª

DELACION DE LA HERENCIA

- 110 -

El título de heredero se radica de plano en cabeza de la persona a quien la ley llama a recoger la sucesión y desde que ésta se abre, o sea en el momento del fallecimiento del de cujus, y con prescindencia por entonces de toda manifestación de voluntad por parte del titular de la herencia, aún sin su conocimiento y sin que haya lugar a distinguir, de acuerdo con el orden sucesoral, si se trata de legitimarios o de colaterales o del cónyuge supérstite o del Estado. De este principio incuestionado se deducen, entre otras consecuencias, la de que cuando se investiga si una persona puede o no recoger determinada herencia, se haga necesario, para apreciar esa situación, colocarse en el instante del fallecimiento del de cujus, porque siempre que el sucesor exista, la sucesión le ha sido deferida, aun cuando su temprana edad, o el estado patológico de sus facultades mentales no le hubieran permitido tomar una determinación al respecto; aun cuando su propio fallecimiento sólo haya seguido un instante al del de cujus. (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 7 de 1937) 807, 2ª

DELITOS MILITARES Y DELITOS COMUNES

- 111 -

En ocasiones aparece incontrovertible la índole militar del hecho investigado o su naturaleza de delito común, atendidas las circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc., que caracterizan el caso de que se trate. Otras veces concurren en el suceso modalidades que le dan un aspecto como de hecho mixto; y entonces es preciso buscar la nota esencial que especifique el asunto, para clasificarlo ora de infracción militar, ya de delito juzgable por la jurisdicción ordinaria. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLV, Nº 1928, octubre 29 de 1937) 660, 1ª

DEMANDA

- 112 -

En un juicio sobre reivindicación, el Tribunal sentenciador había absuelto al demandado porque estimó que no podía restringir la restitución a la parte de cuya posesión estaba privada la actora, pues ello equivaldría, en su concepto, a variar el objeto de la demanda. En casación alegó la actora violación del artículo 946 del Código Civil y del 210 del Judicial. Dijo la Corte:

..."Sobre la base del artículo 205 del C. J., el legislador da ciertas normas dentro de las cuales pueden moverse tanto las partes como el juzgador; por lo que atañe a las primeras, corrigiendo la demanda, aclarándola, enmendándola, ejerciendo varias acciones en un mismo libelo, proponiendo demanda de reconvención, etc.; por lo que se refiere al segundo, declarando sólo lo que resulte de autos, condenando en menos cuando las pretensiones del actor se extralimiten de lo justamente debido y probado, deduciendo de oficio las excepciones perentorias que aparezcan comprobadas, salvo la prescripción. Todo lo anterior significa que no es una regla

Págs.

rígida e intocable la que se da al juzgador en la demanda, como base de un juicio, como tampoco que sea un criterio mecánico el que debe guiar al juez no sólo en la aplicación de la ley, sino en la interpretación de la demanda; por eso en muchos fallos ha dicho esta Corte que una demanda es susceptible de interpretación, siempre que al hacerlo no se varíen los factores esenciales del libelo, constituídos por las súplicas del actor y los hechos en que las apoya. Es el estudio del derecho impetrado, dentro de las normas generales de una demanda y los principios legales lo que debe guiar al juzgador, y por eso el sistema formulario y extremadamente rígido se halla descartado de todas las legislaciones. De otro modo, el más simple error de detalle en una demanda, prevalecería sobre un derecho demostrado en el juicio. Enfrentadas las partes en un litigio, el juzgador tiene el deber de reconocer el derecho hasta donde se haya probado o de absolver si esa demostración no ha sido suficiente en los autos. La única limitación que existe al respecto es la línea señalada por el actor; lo cual quiere decir que aun cuando aparezca por ejemplo que le asiste un mayor derecho en el CUANTUM, el juez no puede pasar de la petición o intención expresada en la demanda y fijada por el mismo actor. Por el contrario, cuando ese derecho o ese CUANTUM es menor que el señalado por el demandante, el reconocimiento se impone, porque de no ser así equivaldría a imponerle al actor una sanción, la pérdida del pleito, por haber demandado en más, lo cual no se justifica ni ante los textos de la ley, ni ante los principios de equidad. El artículo 210 del C. J. es muy claro al respecto: se funda en los principios que acaban de expresarse y en él el legislador no hizo, como no podía hacer, ninguna diferencia entre obligaciones de género y de especie, diferencia, además, que no está autorizada por ningún texto y a la que no puede llegarse por vía de interpretación. En esta materia no ha habido nunca la mayor vacilación en la doctrina y por eso, al referirse la Corte, en sentencia de cinco de mayo de mil novecientos veintiséis, al artículo 273 del antiguo Código Judicial, exactamente igual al 210 del Código de Procedimiento hoy vigente, dijo: 'No existe ni puede existir disposición que ordene que la sentencia se ajuste a los términos precisos de la demanda; si así fuera, se llegaría a la conclusión absurda de que el fallo tiene que ser adverso al actor, desde que no demuestre el derecho a la totalidad de lo que pide, aunque resulte fehacientemente acreditado respecto de parte de lo que demanda'. La misma doctrina sentó la Corte en sentencias de fechas 13 de mayo de 1915 y 16 de octubre de 1920, por no citar otras. Si, pues, el Tribunal de Pasto, al interpretar el artículo 210 del C. J., sostuvo que no era aplicable a este juicio, en virtud de la distinción de que se ha hecho mérito y dedujo la excepción de petición de un modo indebido y como consecuencia absolvió a la demandada, no obstante que el mismo Tribunal reconoció que la demandante comprobó el derecho de dominio sobre los bienes materia de la reivindicación, esa mala interpretación del precitado artículo lo llevó a la violación de los artículos 946 y 669 del C. C. Por lo tanto, prosperan los tres primeros cargos del recurso y la sentencia debe ser casada". (Casación, XLV, número 1926, julio 9 de 1937) (1) ..... 307, 2ª, y 308, 1ª

Págs.

DEMANDA

- 113 -

El procedimiento civil no le exige al demandante que califique la acción que intenta para hacer efectivo su derecho. Le dice simplemente que enuncie con claridad y precisión lo que demanda; que exprese los hechos en que se apoyan sus peticiones, debidamente clasificados y numerados; que indique los fundamentos de derecho de la súplica, y la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia (artículos 205,

(1) Véase, acerca de la última parte de esta doctrina, lo referente a la reivindicación en el punto así titulado.

Págs.

737 y 872 del C. J.). (Casación, XLV, número 1926, junio 30 de 1937) ... 302, 2ª

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

- 114 -

"La Ley 96 de 1936, sobre la sustanciación de los asuntos de inexequibilidad de leyes y decretos acusados como inconstitucionales ante la Corte, establece en el artículo 2º que el memorial o escrito en que se pida la declaración de inexequibilidad, deberá contener: 1º La transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales; 2º El señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideren infringidos; y 3º Las razones por las cuales dichos textos se consideran violados. De manera que no es admisible la acusación vaga e imprecisa de una ley o decreto, sino que es necesario determinar y transcribir en el texto de la demanda las disposiciones que se consideran como inconstitucionales". Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, número 1929, noviembre 12 de 1937) 698, 2ª

DEMANDA DE RECONVENCION

- 115 -

La demanda de reconvención sólo puede ser propuesta por el demandado y no por el coadyuvante, ya que el artículo 233 del C. J. no se refiere sino a coadyuvar o defender la causa, pero no a proponer demanda de reconvención. (Auto, Sala Plena en lo Civil, XLV, Nº 1924, diciembre 7 de 1936) 192, 2ª

DEMANDA Y SU INTERPRETACION

- 116 -

Una demanda, como lo ha sostenido la Corte, es susceptible de interpretación, la cual se hace tomando todo el libelo en conjunto. (Casación, XLV, número 1927, septiembre 3 de 1937) 438, 1ª

Págs.

DEMENCIA

- 117 -

"La demencia de alguien no se comprueba con la confesión que otro haga de haber creído en ella. El confesante, si por tal puede reputarse a quien declara que ha creído que otro está demente, no hace sino exponer su personal concepto sobre un punto que, de otro lado, hay que recordar que la ley lo sujeta al de expertos, como lo ordenan los artículos 705 y 820 del C. J., y el 549 del C. C.; de manera que pruebas de otra índole, en cuanto sean pertinentes por relacionarse con la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, sobre lo cual debe informarse el Juez, sirven sin duda como elemento complementario, muy valioso en lo general, pero no como sustitutivo de ese dictamen de facultativos requerido por la disposición que se acaba de citar". (Casación, XLV, número 1927, agosto 16 de 1937) ..... 431, 1ª y 2ª

DESLINDE

- 118 -

En un juicio de oposición a un deslinde se había alegado la excepción perentoria de prescripción adquisitiva a favor de una de las partes que figuraron en el deslinde.

"A este respecto la Corte considera: Es innegable que la acción de deslinde es distinta de la acción reivindicatoria o de dominio y la jurisprudencia siempre ha distinguido la una de la otra. Coinciden en ser ambas reales e inmuebles. Pero en cuanto que la reivindicación persigue como finalidad económica la restitución de la cosa que debe hallarse en poder del demandado, con lo cual el título llama a la posesión, en cambio la acción de deslinde suele limitarse a discutir el contenido espacial del título, sin que a la vez se discuta el dominio mismo; según el artículo 869 del C. J., el contenido espacial de los títulos da lugar al señalamiento de linderos y al amojonamiento de la línea divisoria; consecuencialmente el juez

Págs.

deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, 'si ninguna de ellas se opone'. Hasta aquí la acción sumaria de deslinde implica una aceptación de titularidad no discutida y el amojonamiento es el resultado o la expresión del contenido espacial de tales títulos, es decir, que la acción de deslinde conserva los caracteres propios que la doctrina y la jurisprudencia reconocen. La jurisprudencia ha sido severa en el sentido de conservar la fisonomía propia de las dos acciones y de impedir que dentro del juicio ordinario de deslinde se ventilen cuestiones de dominio. Pero no se ve una razón práctica para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado éste de APEO, pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de algunos de ellos, o bien, hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. En el juicio ordinario, cuya ventilación prevé el artículo 870 del C. J., bien pueden debatirse tales cuestiones, que dicen ya orden al dominio, como motivos de la oposición a la línea, oposición prevista inmediatamente por el artículo 869 ibídem. En algunas legislaciones la alegación de hechos de dominio dentro de simples acciones de deslinde ha dado lugar a dificultades por simples razones de jurisdicción: tal sucede en la francesa, en que hay jueces de paz para el deslinde, en tanto que el dominio es propio de la jurisdicción común. Pero aún allí es permitida la concurrencia de acciones ante los jueces civiles cuando hay discusión sobre el dominio; y al contrario, los jueces de paz siguen conociendo del deslinde mientras que la discusión no se salga de la simple titulación o titularidad. Como se ve, el inconveniente no existe entre nosotros. Si la acción de deslinde conserva su peculiar fisonomía porque no se discuta propiamente sino el contenido espacial de los títulos, es evidente que la línea divisoria que en virtud de ella se trace por el juez puede ir más allá o más acá de la posesión de hecho ejercida por las partes; y esto es lo ordinario, que alguna de las partes pretenda que sus títulos marcan un contenido territorial que no coincide con el que de hecho ocupa la otra parte; así puede ser, porque en la acción de deslinde la simple posesión es apenas un elemento ilustrativo del contenido espacial a que se cree tener derecho, por cuanto la posesión suele ir unida al dominio; pero como no siempre es así, ella juega como un elemento meramente indicador de dicho contenido, lo mismo que la posesión del terreno, su configuración, los signos o señales y demás hechos que deciden el ánimo del juez a acoger o rechazar la línea señalada por las partes, o a separarse de ella. Pero cuando la posesión se alega ya como dominio, por haber sido suficiente para consumar una prescripción ordinaria o extraordinaria, nada impide que así se haga valer dentro del juicio ordinario de oposición, porque entonces la posesión es base del dominio, y no indicial del contenido espacial de los títulos, y entonces implica un hecho que va contra los títulos del adversario y que modifica el contenido marcado por los de éste; pero es necesario que se alegue con tal efecto e intención jurídica como motivo de oposición al deslinde". (Casación, XLV, número 1924, mayo 25 de 1937) ..... 124, 1ª y 2ª

Págs.

DEUDAS HEREDITARIAS

- 119 -

El carácter que una persona tenga de heredero de otra no convierte a la segunda en responsable directo de las obligaciones de la primera. Responde únicamente a prorrata de su cuota hereditaria. Estas cuotas sólo se conocen en la partición (art. 1411 del C. C.). (Casación, XLV, número 1924, mayo 19 de 1937) 118, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

- 120 -

Antes de la vigencia del actual Código Judicial sólo se podía objetar el

Págs.

dictamen pericial por error esencial; hoy se puede objetar por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción. El error de hecho consiste en la creencia equivocada de que ha sucedido una cosa que en realidad no ha sucedido, o, al contrario, que ha dejado de suceder un hecho consumado y probado plenamente. Puede haber error grave en el dictamen pericial, aunque no recaiga sobre las cualidades esenciales, cuando peca contra la lógica, o es por su magnitud fuente de conclusiones equivocadas. Para apreciar el error grave en el dictamen pericial es necesario examinar los fundamentos y las conclusiones de éste. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, noviembre 24 de 1937) .....

DICTAMEN PERICIAL

- 121 -

"El artículo 708 del C. J. establece que los peritos son tachables como los testigos y el artículo 709 de la misma obra dice que las tachas o recusaciones se proponen dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto de nombramiento. Por tanto, si éste no se pone en conocimiento de las partes, se les priva de la oportunidad de tachar los peritos". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1925, mayo 18 de 1937). (1) .....

DICTAMEN PERICIAL

- 122 -

Cuando se trata de avalúos y el dictamen es uniforme, explicado y debidamente fundamentado, no es posible desecharlo, porque a ello se opone el artículo 721 del C. J., que es suficientemente claro y explícito. Pero debe entenderse que al decir la disposición referida que el dictamen debe ser "debidamente fundamentado" para que constituya plena prueba, ha querido que se apoye en consideraciones lógicas y racionales que conduzcan a la evidencia de la conclusión que se propone. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1926, marzo 12 de 1937). (1) .....

Págs.

362, 2ª, y 363, 1ª

DICTAMEN PERICIAL

- 123 -

El dictamen pericial, de acuerdo con el artículo 723 del C. J., se aprecia en la sentencia definitiva. (Auto, Sala Plena en lo Civil, XLV, Nº 1930, septiembre 14 de 1937). ..... 936, 1ª y 2ª

DICTAMEN PERICIAL

937, 1ª

- 124 -

Se objetaba que el sentenciador había estimado como prueba un dictamen pericial que no se había puesto en conocimiento de las partes.

"Igualmente es fundada la observación de que el Tribunal omitió poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial rendido durante la inspección ocular de la segunda instancia. Sin embargo de lo cual el Tribunal apreció dicho dictamen para deducir de allí que las mejoras compradas por Osorio son distintas de las demandadas. Indudablemente el Tribunal incurrió en yerro palpable
286, 1ª al darle mérito a aquel dictamen pericial incompleto, pues como dijo la Corte en casación de 14 de julio de 1928, citada por el recurrente: 'Siempre que en materia civil se exija la prueba de peritos ha de entenderse que ella ha de practicarse con el lleno de las formalidades legales, como lo es la de ordenar que el dictamen se ponga en conocimiento de las partes; y por consiguiente la omisión o incumplimiento de esta formalidad deja imperfecta la prueba, pues se arrebata el derecho que ellas tienen de que los peritos expliquen, amplíen o funden su dictamen'. (Casación, XLV, número 1925, junio 11 de 1937). 230, 2ª

(1) Concordancia: Nº 1810, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte.

(1) En esa sentencia salvó su voto el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán.

Págs.

DICTAMEN PERICIAL EN EL CASO DEL ARTICULO 524 DEL CODIGO JUDICIAL

- 125 -

Del dictamen pericial emitido en el caso del artículo 524 del Código Judicial debe darse traslado a las partes, pues la ley no hace excepción ni distinción al respecto. El traslado es la posibilidad de una criba y respaldo al juzgador, ya sea que trascurra sin objeción alguna de las partes, ya sea que por no prosperar las objeciones el dictamen quede indemne, o que por defectuoso o vicioso haya de reemplazársele según el artículo 720 en su inciso 3º (Auto, Sala de Casación Civil, XLV, número 1930, octubre 20 de 1937) .....

DOCUMENTO AUTENTICO

- 126 -

La señora Isidra Salas de Rivera se había declarado deudora de su sobrino, el doctor José Eustasio Rivera, por una suma de dinero, como valor de erogaciones hechas por éste para cumplir encargos secretos que ella le encomendó en su testamento, en el cual le legaba una casa situada en esta ciudad y le rogaba que cumpliese los encargos secretos encomendados. Otorgó después otro testamento que adicionó y reformó el anterior, manifestando que el legado de la casa quedaba revocado en atención a que su sobrino Rivera le había facilitado la manera de cumplir los encargos secretos a que el legado estaba destinado. El documento en que la testadora se reconoce deudora fue otorgado cuatro días antes del segundo testamento y en aquél declaró que su acreedor no quiso aceptar el legado dicho por razones de delicadeza personal, y que le advirtió que era excesivo para esos encargos, habiéndole facilitado los medios de cumplirlos. Fallecido el acreedor, su madre, señora Catalina Salas de Rivera, demandó a la sucesión de la señora Isidra Salas de Rivera para que se la condenase al pago de la suma de dinero que rezaba el documento. Opusiéronse a la demanda los herederos alegando que el documento no había sido reconocido por la señora Isidra. El Tribunal falló el pleito absolviendo a la sucesión demandada de los cargos de la demanda y citó los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, haciendo el siguiente contradictorio razonamiento: "Si en el caso de que nos ocupamos **el instrumento firmado por la señora Isidra**, según la ley procedimental, no tiene más valor que el de una confesión extrajudicial, y si según la ley positiva las obligaciones de más de quinientos pesos ($ 500) no se pueden probar en juicio con declaraciones de testigos, es claro que por más que el cotejo de firmas diera un resultado favorable al demandante y que en consecuencia haya de considerarse que el escrito del folio 1º de estos autos fue firmado por la señora Isidra, con él no se comprueba la obligación que ésta o sus herederos tengan de pagar la suma demandada, porque de ese modo se violaría la ley que ha querido que las obligaciones por más de quinientos pesos ($ 500) no se puedan probar con declaraciones de testigos, etc.". En casación se acusó la sentencia recurrida por violación de los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, por indebida aplicación al caso del pleito, y de los artículos 1759 y 1761 del Código Civil. Dijo la Corte:

Págs.

835, 1º

"Dentro del razonamiento hecho por el Tribunal, es innegable que resultan infringidos, por indebida aplicación, los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, y por omisión los artículos 1759 y 1761 del Código Civil, porque un documento suscrito por la persona que se obliga no es un principio de prueba sino una prueba acabada, puesto que a probar está destinada, y porque la escritura privada que se admite otorgada por la persona que aparece suscribiéndola u obligándose en ella, se eleva a la categoría de documento auténtico, y adquiere, como consecuencia jurídicamente necesaria, todo el valor concedido a los instrumentos públicos como medios de prueba entre las partes y respecto de las personas a quienes se han transferido las obligaciones y

Págs.

derechos de aquéllas, valor consistente en hacer plena fe en cuanto a la verdad de las declaraciones consignadas por los interesados. Tal es la doctrina de los artículos 1759 y 1761 del Código Civil. En consecuencia, el Tribunal incidió en error de derecho al apreciar el referido documento, por no darle la virtualidad de plena prueba. En tratándose de contratos que no requieren la solemnidad del otorgamiento de escritura pública, ésta no tiene más valor que la escritura privada, porque su diferencia en tales casos se reduce a que, faltándoles a los documentos privados la demostración de autenticidad y la certeza de su fecha que da a los públicos la intervención del notario, la ley, previniéndose contra la posibilidad de falsedad en ambos sentidos, exige como condición previa la demostración de autenticidad de las firmas de quienes los suscriben, y sujetando la certidumbre de su fecha, respecto de terceros, al fallecimiento de cualquiera de los que firman, o a la de su inscripción en un registro público, o a la de su entrega a un funcionario del Estado que por razón de su oficio haya tomado nota de ellos. Demostrada, pues, la autenticidad de un documento privado y aceptada su fecha como cierta, queda establecida la verdad de lo que se expresó en el escrito, con sus consecuencias necesarias, a menos que se pruebe la falsedad de la obligación que contiene el documento. Por lo expuesto, la Corte casará la sentencia recurrida". (Casación, XLV, número 1924, junio 19 de 1937) 142, 1ª

Salvaron su voto los Magistrados Miguel Moreno Jaramillo y Arturo Tapias Pilonieta. El primero expuso, en síntesis, lo siguiente: "El viejo código admitía cuatro clases de reconocimiento, a saber: el JURADO, el TACITO, el FICTO y el de INSCRIPCION. El código en vigencia creó un nuevo modo: el de ATESTACION. Ante el viejo código, el Tribunal apreció bien la actitud de los demandados, cuando no la tradujo como significativa de que reconocían el documento. Aunque jamás impugnaron éste redarguyéndolo de falso —pues

Págs.

se redujeron a decir que no fue reconocido por su causante, ni se halla registrado, ni tiene la fuerza de prueba sumaria por falta de testigos, y en fin, que su autenticidad no aparece demostrada— es claro que la respuesta al libelo de demanda echó sobre la actora el peso de la prueba e impidió se consumase el reconocimiento tácito. Ellos no desconocieron de modo preciso, expreso y específico el documento, de modo que envolviera una redargución de falsedad. Pero si lo objetaron, o por lo menos pusieron en duda su autenticidad, lo que bastaba para echar sobre la actora el peso de la prueba. El instrumento privado, a diferencia del público, no conlleva sello alguno de autenticidad, ni se presume otorgado por quien aparece suscribiéndolo. Salvo excepciones, como la consagrada por la Ley 46 de 1923, en su artículo 4º, ha de ser reconocido de manera expresa o tácita, judicial o extrajudicial, para que se le tenga como legítimo. La prueba resultante del cotejo es incompleta, pero constituye un indicio más o menos grave o vehemente. Es ineficaz, tomándolo aisladamente, para constituir plena prueba. Luego el fallador no podía afirmar, como afirmó, que por fuerza del cotejo debía captarse la autenticidad. Aunque la lógica le imponía tener por reconocido el documento, no puede decirse que la causal sea operante, porque acogiéndola se aceptaría que un solo indicio no necesario basta para demostrar la autenticidad. Puede haber otra prueba indirecta de autenticidad, pero ni el fallador la tuvo en cuenta ni el recurrente acusó por error de hecho o de derecho en la no apreciación de esa otra prueba. No creo que el concepto de autenticidad, mal fundado según lo expuesto, sea intocable en casación; era imposible que alguien intentara desvirtuarlo: no la demandante, a quien interesaba permaneciese intacto; no los demandados, que ganaron el pleito"..... 145, 1ª y 2ª

El doctor Tapias Pilonieta expuso: "El Tribunal con el dictamen uniforme de los peritos que practicaron el cotejo de firmas acepta que la que

Págs.

aparece en el documento materia del cobro es en realidad de la señora Isidra Salas de Rivera. Y en lugar de deducir de allí la tesis lógica de la autenticidad del documento, dióse a divagar con razonamientos contradictorios y confusos acerca del mérito del documento como prueba extrajudicial, o principio de prueba por escrito, habiendo llegado por último a absolver, fundado en que el documento no tiene más valor que el de una confesión extrajudicial, con cuyo razonamiento implícitamente destruyó o borró su primitiva afirmación respecto al comprobante emanado del cotejo. Esta afirmación no subsistió, pues, en el curso del fallo. Pero aun considerándola viva es lo cierto que, a mi parecer, en ella no puede descansar, a modo de columna inconmovible, el fallo de la Corte. Porque ese concepto u opinión del Tribunal, basado exclusivamente en el mérito probatorio del cotejo, sin buscar otros elementos de convicción, peca, como con innegable acierto asevéralo el otro magistrado disidente, doctor Moreno Jaramillo, contra la doctrina contenida en el artículo 656 del Código Judicial, a términos del cual la prueba aislada del cotejo es incompleta. Y porque fundada o no la apreciación del Tribunal, de todas maneras su intangibilidad resuélvese en detrimento de aquella parte que por no ser recurrente —y no podía serlo desde que la sentencia de instancia le fue íntegramente favorable— estuvo en imposibilidad de combatirla y de imponer ante la Corte su revisión, ora para obligar a rectificar el concepto o bien para que fuese confirmado" ..... 150, 1ª y 2ª

DOCUMENTO PRIVADO, BASE DE EJECUCION

- 127 -

En un juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coactiva se basó una excepción en que el documento de fianza no se había presentado original, sino en copia.

"El artículo 648 del C. J. establece que, en general, los documentos privados se presentan originales,, y sólo se admiten en copia que tenga el mismo valor, en los casos siguientes: 1º Cuando han sido protocolizados; 2º Cuando consistan en apuntes, o libros de cuentas, o que pertenezcan a terceros; pues en estos casos el Secretario saca copia, previa la exhibición; 3º Cuando se expida por orden del Juez; y 4º Cuando figuren ya en juicio y no se pueda o no convenga obtener el desglose. En el juicio que se estudia, no se contempla ninguno de los casos de excepción que enumera la disposición citada. El documento en que constan las obligaciones del fiador, ha debido agregarse original para que pudiera servir de base a un juicio ejecutivo. No hay ninguna disposición legal que permita a un recaudador acompañar en copia los documentos privados de fianza de los responsables del erario, para que sirvan de recaudo ejecutivo. Tales documentos deben presentarse originales, porque de lo contrario no hacen fe sobre su contenido. Conforme al artículo 1059 del C. J., las copias de los reconocimientos y de las resoluciones definitivas ejecutoriadas sobre multas, prestan mérito ejecutivo; pero los documentos privados en que se consignan obligaciones de particulares a favor de las entidades de derecho público, deben presentarse originales. De lo anterior se deduce que está probada la excepción de nulidad...." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1924, mayo 10 de 1937) ..... 191, 1ª y 2ª

DOCUMENTO PRIVADO SUPLIDO CON LA CONFESION DEL DEUDOR

- 128 -

El cesionario del cónyuge sobreviviente en cuanto a un crédito adquirido por el marido durante la sociedad conyugal lo cobró al deudor y éste alegaba en el recurso de casación que el Tribunal sentenciador había violado el artículo 1761 del Código Civil, en cuanto se había demandado en razón del documento privado base de la deuda y el Tribunal había condenado como si hubiese aparecido

Págs.

del proceso un documento que no se había presentado en él.

"El cargo es inadmisible. Es verdad que la demanda cita el documento; pero ella no pide por el documento en sí, pues lo que demanda es el cumplimiento de la obligación misma en él contenida. Ella es el fin, que no debe confundirse con el documento, simple medio probatorio cuya ausencia no obstó a la confesa, porque quedó suplido con la confesión del deudor. El Tribunal no se fundó en el documento, sino en la confesión. Por otra parte, sobre el hecho mismo de haberse otorgado aquél existe también la confesión clarísima de Carreño en diversos pasajes del expediente....". (Casación, XLV, número 1925, junio 25 de 1937) 251, 1ª

DOMINIO DEL ESTADO SOBRE LAS AGUAS DE USO PUBLICO

- 129 -

Véase: Aguas. (Casación del 10 de agosto de 1937, G. J., Nº 1927)..

E

EFECTO DECLARATIVO DE LA PARTICION ENTRE COASIGNATARIOS

- 130 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada: Partición de Bienes Sociales. (Casación, XLV, número 1923, marzo 5 de 1936) 20, 2ª

EJECUCION COACTIVA

- 131 -

El Juez ejecutor no está autorizado para rechazar como pago de deudas provenientes de impuestos nacionales créditos a cargo de personas naturales o jurídicas denunciados por el ejecutado. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, octubre 15 de 1937) 868, 2ª

Págs.

EMBRIAGUEZ

- 132 -

El artículo 80 del Código Penal considera que la embriaguez voluntaria no es excusa. (Casación, XLV, número 1926, agosto 6 de 1937) ... 346, 2ª

ENCARGOS SECRETOS DEL TESTADOR

- 133 -

Al fallar la Corte en instancia por haber de casar la sentencia recurrida en el pleito promovido por los herederos de la señora Catalina Salas de Rivera contra la sucesión de la señora Isidra Salas de Rivera, doctrina de casación que fue relatada en el punto titulado Documento Auténtico, dijo la Corte sobre encargos secretos lo siguiente:

"Aunque por el testamento disponga el testador de todo o de una parte de sus bienes para después de sus días, aunque el albacea es ejecutor testamentario y aunque el primero puede hacer encargos confidenciales para que ya muerto se inviertan en ellos algunos de sus bienes, no se opone a los principios de Derecho Civil el que una persona, anticipándose a lo que se cumpliría ocurrido su fallecimiento, dé a otra persona por acto entre vivos los mismos encargos secretos o unos distintos; o proceda directamente a cumplirlos como lo establecen los artículos 1198 y 1199 del Código Civil. Esto no se sale de los límites del mandato. Isidra Salas de Rivera rogó a José Eustasio en su primer testamento que cumpliera encargos secretos que le había encomendado. Dos años después declaró en escritura privada que ya José Eustasio había hecho las erogaciones necesarias para cumplir esos encargos testamentarios, y que la cantidad de cinco mil cuatrocientos treinta pesos ($ 5.430), empleados en su cumplimiento, se la pagarían al acreedor sus herederos, tres meses después de su muerte, al interés del uno por ciento mensual". (Casación, XLV, número 1924, junio 19 de 1937) 143, 1ª

Págs.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

- 134 -

En el mismo caso relatado en la doctrina titulada Contrato de Cambio ocurrió que el Banco demandado en virtud de la celebración de ese contrato no había entregado la suma de dinero consignada por el actor, en atención a que éste no había hecho los giros correspondientes a los marcos vendidos por el Banco. Consideró la Corte que debía casarse la sentencia recurrida por varias razones, y en los razonamientos de instancia expuso la siguiente doctrina sobre enriquecimiento injusto:

"En la vida de los negocios se observa con frecuencia que uno de los contratantes se enriquece a costa del otro y de ahí que el acrecimiento de un patrimonio implica normalmente la disminución correlativa de otro patrimonio; pero este fenómeno se justifica tanto en derecho como en equidad, cuando hay un fundamento, una causa legítima procedente de un acto jurídico. Mas algunas veces existe o se presenta un desplazamiento o disminución de un patrimonio independientemente de toda causa jurídica, como cuando una persona hace un pago a que no está obligada o en algunos casos de accesión. El equilibrio en casos como los apuntados, entre los dos patrimonios, queda roto y entonces el remedio para restablecerlo es dar al enriquecedor una acción contra el enriquecido. Esta doctrina que tiene en la legislación colombiana apoyos tan fundamentales como las normas contenidas en el capítulo 2º del título 38 del libro IV del C. C., pago de lo no debido y artículo 1524 de la misma obra, no puede aplicarse sino con ciertas restricciones y limitaciones que en síntesis son las siguientes y que dan el fundamento para establecer la acción de IN REM VERSO: A) Es necesario que haya habido un enriquecimiento; B) Un empobrecimiento correlativo; C) Es preciso que ese enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción puesto que la acción de IN REM VERSO tiene un carácter esencialmente subsidiario, y

Págs.

E) Por último, esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley. El enriquecimiento sin justa causa es la condición jurídica esencial que da a la teoría y a la doctrina su verdadera fisonomía, y que demarca los límites necesarios de ella; en principio puede haber enriquecimiento a expensas de otro, pero con la condición de que exista una verdadera causa; sólo cuando ésta no existe tiene lugar la aplicación de la teoría precitada que consagra de una manera expresa el código alemán en su artículo 812 y el código federal suizo en su artículo 62, la doctrina y la jurisprudencia francesas y también la jurisprudencia colombiana basada en los textos de que se ha hecho mérito. (Sentencias de fechas 6 de septiembre de 1935, 19 de noviembre de 1936 y 19 de agosto de 1935, dictadas por la Corte)". (Casación, XLV, número 1923, abril 14 de 1937) ..... 29, 1ª y 2ª

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

- 135 -

"El fenómeno jurídico del enriquecimiento sin causa, está constituído por los siguientes elementos: a) que por una parte haya habido un enriquecimiento; b) que por la otra haya habido un empobrecimiento, y c) que ello haya sido sin causa legítima. En otros términos, en la figura del enriquecimiento sin causa existe un desplazamiento de riqueza a cargo del que se presenta como acreedor y en favor del que ha recibido sin que tal desplazamiento esté apoyado en una causa. Es entonces, según los tratadistas, el principio de equidad el que viene a restablecer el equilibrio entre los dos patrimonios, mediante el ejercicio de la acción denominada IN REM VERSO. Esta acción no procede siempre, tiene el carácter de subsidiaria, de modo que no puede emplearse sino cuando el que ha pagado sin causa carece de todo otro recurso legal para obtener la prestación o el reembolso. Además del carácter de subsidiaria, esta acción no se ejercita cuando existe en un caso especial un texto legal que

impida proponerla. Por donde se ve que hay estos otros dos elementos como complemento necesario de los otros tres ya relatados. Tanto por la naturaleza de esa acción como por asumir quien la ejercita el carácter de actor, corresponde a éste la carga de la prueba, la demostración de la falta de causa en el pago que hizo a quien creyó su acreedor. Como lo ha dicho la Corte, el ejercicio de esta acción se presenta en la legislación colombiana más facil y expedita que en la francesa, por tener aquélla ciertos textos más expresos que ésta. No obstante, los Tribunales franceses han elevado a la categoría de doctrina la teoría de que se ha hecho mérito. La acción de repetición, por el pago de lo no debido es, como lo observan Josserand y Ripert, una especie del género de enriquecimiento sin causa, especie condicionada y limitada tanto en el C. C. francés como en el C. C. colombiano, de modo que el ejercicio de esta acción específica sólo puede desarrollarse dentro de los términos limitativos que señala la ley y consagrados en el capítulo 2º del Título 33 del C. C. colombiano. El ejercicio de esa acción de repetición presupone la falta de causa proveniente de un error que puede ser hasta de derecho. En otros términos, un pago a que no estaba obligado quien lo hizo y con el cual se empobreció éste y enriqueció a quien juzgó como su acreedor. Pero no es sólo esto, sino que la falta de causa no la considera el legislador en cuanto no ha habido una obligación civil, sino que es necesario que tampoco haya existido una obligación natural. La causa se presume siempre, aun cuando no se exprese, y la simple liberalidad es causa. Son éstos los principios fundamentales de esa acción de repetición consagrados en los artículos 2313 y 2317 del C. C. La acción de repetición por el pago de lo no debido no es otra cosa sino la acción de in rem verso en el enriquecimiento sin causa pero limitada y conformada a la naturaleza legal de aquella acción. El fundamento de ambas es el mismo: el enriquecimiento sin causa, y la posición del demandante también es la misma, lo que quiere decir que a éste incumbe la carga de la prueba y quizá de una manera más severa en la acción por el pago de lo no debido desde luego que se presume que el que da lo que no debe lo dona, y esa presunción favorece a quien recibió el pago. Debe, pues, el demandante demostrar el error y la falta de causa en el pago, para que pueda prosperar su intención." (Casación, XLIV, Nº 1930, octubre 6 de 1937) ..... 803, 1ª y 2ª, y 804, 1ª

Págs.

Págs.

ENVENENAMIENTO

- 136 -

No estando demostrada la dosis de veneno con la cual pudo o debió de causarse la muerte de una persona, ni comprobada, mediante un examen químico, la existencia inequívoca del veneno, no está comprobado el cuerpo del delito de envenenamiento y debe absolverse al procesado. Si en tales circunstancias se condena, es casable la sentencia por la causal 3ª (Casación, XLV, Nº 1923, abril 20 de 1937) 67, 1ª

ERROR ARITMETICO

- 137 -

El error aritmético se refiere a las operaciones realizadas para obtener la suma materia de la condena, pero en ningún caso a la apreciación de pruebas para variar el resultado final de la controversia. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, diciembre 16 de 1937) 933, 2ª

ERROR DE HECHO

- 138 -

"Para que en casación prospere el cargo de violación de la ley por apreciación errónea de una prueba es necesario, como lo dice la ley, que el error de hecho aparezca de modo manifiesto en los autos y que ese error incida en la parte resolutiva de la sentencia". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 11 de 1937) 231, 2ª

Págs.

ESTADO CIVIL Y PRUEBA SUPLETORIA

- 139 -

"La ley admite la prueba supletoria para probar el estado civil de las personas, artículos 395, 396, 397, 398 y 399 del C. C.; pero esa prueba no es AD LIBITUM, como lo dijo la Corte, en sentencia de 20 de septiembre de 1925, sino que es indispensable que se compruebe la falta de las respectivas partidas civiles o eclesiásticas en el registro del estado civil. En virtud del artículo 22 de la Ley 57 de 1887, las partidas de origen eclesiástico, debidamente expedidas, respecto de nacimientos o matrimonios o defunciones de personas bautizadas o casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil. Según esa norma, desde la expedición de la precitada ley, son dos las pruebas principales del estado civil de las personas, las de origen eclesiástico, emanadas de los respectivos curas párrocos, y las de origen civil, emanadas de los notarios, y no sólo esto, sino que respecto de los matrimonios católicos y por disposición del artículo 79 de la Ley 153 de 1887, se tendrán como pruebas principales las de origen eclesiástico para los matrimonios celebrados en cualquier tiempo, por lo que un acto de esa clase celebrado antes de la expedición de la Ley 57 de 1887, puede demostrarse, y así lo ha establecido la doctrina, fundada en una disposición clara, con el acta del matrimonio. Siendo de la misma categoría probatoria, pruebas principales del estado civil, las actas notariales y las eclesiásticas, la falta de esos documentos puede suplirse por otros documentos auténticos o por declaraciones de testigos que hayan presenciado el acto o por la notoria posesión del estado civil, de modo que el artículo 395 del C. C., en virtud de la reforma de las Leyes 57 y 153 de 1887, comprende y abarca no sólo los documentos de origen notarial, sino también a los de origen eclesiástico. Si pues no aparece la partida eclesiástica del nacimiento de un individuo y el respectivo párroco expide la certificación sobre ese hecho, es entonces pertinente la prueba supletoria, de la misma manera que cuando un notario certifica sobre la falta del acta de nacimiento de una persona. Expedida la certificación, sea por el cura párroco o por el notario respectivo, la prueba supletoria en ese caso está sometida en cuanto a su producción y eficacia legal, a las mismas condiciones y reglamentación, lo cual quiere decir que, ya provenga la certificación del cura o del notario, la producción de la prueba supletoria se hace siempre del mismo modo; en otros términos: las dos pruebas principales del estado civil tienen el mismo valor y cuando no existen, la demostración supletoria de ese estado se hace del mismo modo. El actor presentó la demostración de la falta de prueba principal con el certificado expedido por el cura párroco de Ocaña, del cual aparece que no se encontró la partida de bautizo del demandante en el libro correspondiente. Ahora bien, no basta este solo hecho, o sea la presentación de un certificado de origen eclesiástico o civil sobre la no existencia de la partida de bautizo de un individuo, para establecer la falta de la prueba principal, sino que es necesaria la demostración del nacimiento de ese individuo en el lugar donde se expide el certificado sobre la falta de la prueba principal o por lo menos la prueba de que tal individuo ha vivido siempre en ese lugar. Para esto, para esta demostración, son adecuadas no sólo las declaraciones de testigos, sino toda clase de documentos". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937)

Págs. 261, 1ª y 2ª

ESTAMPILLAS

- 140 -

"Sobre la sanción por la falta de estampillas en la diligencia de avalúo, de acuerdo con el artículo 6º del decreto número 92 de 1932, la Corte ha resuelto que se debe previamente disponer lo conducente a la revalidación fiscal, de conformidad con el artículo 13 de ese mismo decreto, por-

que no es jurídico decretar las sanciones del artículo 6º sino ante la renuencia del interesado a efectuar la revalidación fiscal del documento. (Sentencia de 9 de julio de 1936, Gaceta Judicial, números 1914 y 1915, página 80)". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1925, mayo 18 de 1937) ..... Págs. 286, 1ª

ESTAMPILLAS

- 141 -

Se había cedido el derecho a un seguro colectivo obligatorio por la muerte de un empleado que trabajaba como guardián de una colonia penal, y se objetaba que el documento de cesión no era válido.

"El señor Procurador dice que el documento de cesión no es válido, 'ni puede ser admitido ni tenido como prueba', al tenor del numeral 6º del artículo 1º del decreto número 92 de 1932, que reza: 'Todo documento privado de deber sobre contratos de cualquier clase, fianzas, arrendamientos o negociaciones de todo género, $ 0.05 por cada cien pesos o fracción de cien pesos de su valor'. Pero el numeral 9º ibidem expresa: 'Las cesiones de documentos privados y las que se hagan por simple nota de traspaso en las escrituras públicas, a razón de $ 0.01 por cada cien pesos o fracción de cien pesos de su valor'. El documento de cesión no es un documento de deber propiamente hablando; pero si se arguye que en él debe expresarse la suma que se adeuda y que por ello ha de pagarse el impuesto fiscal, conforme al numeral 6º transcrito, se observa: La deuda cedida no proviene de un contrato sino de la ley y la ordenanza en virtud del ejercicio de un empleo público. Las relaciones entre el empleado y el empleador público no son propiamente contractuales. Fuera de esto, el numeral 9º transcrito es el que ha aplicado la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, como puede verse en la liquidación del impuesto al documento de cesión de Eustacio de la Torre Sánchez a favor de María Cleofe Ramírez, asunto que estuvo en casación ante la Corte. Allí se aplicó el numeral 9º para la liquidación, en atención sin duda a que los depósitos cedidos se habían confeccionado con todas las formalidades legales. Lo mismo ocurre en el actual asunto, pues la ordenanza y la ley y el ejercicio del empleo no son estampillables. La Sala encuentra bien estampillada la cesión, y por eso no ordena que se revalide, que sería lo que correspondería hacer en caso de faltar estampillas, y no desestimar el documento como prueba, como lo pide el señor Procurador. La Sala de Casación Civil, en sentencia de 9 de julio de 1936 (Gaceta Judicial, números 1914 y 1915, página 80) estableció esta doctrina: '.... para desestimar como prueba un documento mal estampillado o sin estampillar, aplicando el artículo 6º del decreto legislativo número 92 de 1932, se debe previamente disponer lo conducente a su revalidación fiscal, de acuerdo con el artículo 13 de ese mismo decreto. De modo, pues, que no es jurídico decretar las sanciones del artículo 6º sino ante la renuencia del interesado a efectuar la revalidación fiscal del documento'." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1926, febrero 12 de 1937) ..... Págs. 388, 1ª y 2ª

EXCEPCION

- 142 -

El demandado, o sea la Nación, en un juicio sobre pago de perjuicios por el siniestro en que perecieron varias personas que viajaban en un automóvil que fue destrozado por una de las locomotoras del Ferrocarril del Norte, oponía la excepción de petición de modo indebido que hacía consistir en que la acción judicial se había entablado antes de estar fallada la acción administrativa, de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 27 de la Ley 76 de 1920.

"La Corte ha sostenido en diversos fallos que el derecho de los damnificados por siniestros ferroviarios para intentar las acciones judiciales sobre reparación de los daños, derecho que deja a salvo la Ley 76 de 1920, no puede subordinarse a la ac-

Págs.

ción administrativa señalada por el artículo 27 de la ley citada. No hay razones fundadas para variar esta doctrina, y por tanto, no puede estimarse comprobada la excepción de petición antes de tiempo o de modo indebido". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1926, marzo 12 de 1937) (1). 370, 1ª

EXCEPCIONES

- 143 -

En rigor, dado nuestro Código Judicial, la excepción de incapacidad procesal, en cuanto hace al ordinal 2º del artículo 332 de esa obra, sólo puede proponerse como dilatoria. La nulidad procesal proveniente de la falta de ese presupuesto es allanable de acuerdo con el artículo 450 ibídem. (Casación, XLV, Nº 1929, septiembre 28 de 1937) 761, 1ª

EXCEPCIONES

- 144 -

Habiéndose dictado una resolución sobre pago de impuestos mientras se hallaba pendiente su reclamo, la ejecución se adelantó cuando la reclamación estaba aún **sub judice**, lo que quiere decir que aún no estaba en firme, por lo que la excepción de petición antes de tiempo debe prosperar, teniéndose en cuenta, eso sí, que esta excepción es únicamente temporal, esto es, que ella mata el presente juicio, pero no la acción, que puede volverse a ejercitar con la resolución definitiva." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1924, abril 15 de 1937) 178, 1ª

EXCEPCIONES

- 145 -

En un juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coactiva se opuso la excepción de ilegitimidad de la personería de la sociedad ejecutada porque no estaba comprobada la existencia legal de ésta.

"..... La persona ejecutada no tiene personería en este juicio, como pasa a verse. En cuanto a la primera excepción, debe considerarse que en el expediente no existe la escritura ni el extracto de ella, que demuestre que la sociedad ejecutada se formó, requisito indispensable, de conformidad con el artículo 465 del Código de Comercio. Y no existiendo esta prueba, menos puede decirse que el intimado Alarcón es el representante de una sociedad cuya existencia se ignora. También esta excepción de ilegitimidad de personería está comprobada, y debe declararse". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1924, abril 13 de 1937) 176, 2ª

EXCEPCIONES

- 146 -

Las excepciones en los juicios ejecutivos deben basarse en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la obligación o la declaran extinguida; de donde se desprende que el deudor debe preocuparse por formular los hechos antes que dar denominación jurídica a las excepciones. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1924, abril 27 de 1937) (1) 183, 2ª

EXCEPCIONES

- 147 -

Considerando el Tribunal sentenciador en un juicio de reivindicación que los actores demandaban lotes de terreno absolutamente distintos, acumulando acciones que no tenían por qué seguirse por una sola cuerda, dedujo la excepción perentoria de petición de un modo indebido, y así absolvió a los demandados. En casación dijo la Corte, refiriéndose a la excepción reconocida por el sentenciador:

"Dentro de la noción de las defensas de carácter perentorio debe ha-

(1) Concordancia: cita la Corte la sentencia de fecha 22 de febrero de 1935, G J., números 1901 y 1902.

(1) Concordancia. Véase la sentencia, de la misma Sala, de fecha 26 de marzo de 1936.

cerse una clasificación en dos grupos: ciertas excepciones perentorias, las de petición de un modo indebido y falta de jurisdicción, impiden entrar en el fondo del asunto, porque para la decisión de un litigio, para el estudio de todos los extremos de éste y de las pretensiones de las partes, es preciso como cuestión previa y fundamental, que se llenen los siguientes requisitos: a) Competencia del juzgador; b) Súplica del actor en la forma prevenida por el Código de Procedimiento Civil; y c) Que el derecho radique en el actor, o sea que éste tenga la personería sustantiva. De otro modo, es decir, cuando no se llenan las condiciones de que se acaba de hacer mérito, el estudio del fondo del asunto es inoficioso, porque no puede llegarse a una solución de fondo sino sobre la base de la existencia de los tres postulados de que se ha hecho mención. Cuando esto sucede, la defensa no se contrapone al derecho alegado para decidir si lo ha extinguido, porque esa contraposición sólo tiene cabida cuando el derecho alegado por el actor ha podido considerarse previamente a la luz del proceso, lo cual no es procedente sino cuando el juzgador tiene modo legal de hacerlo, por estar la petición ajustada a la ley, por ser competente y por radicar en cabeza del demandante el derecho que pretende hacer efectivo ante el Poder Judicial. Estas excepciones constituyen la primera categoría. Dentro de la segunda pueden señalarse aquellas defensas, como son las extintivas de la obligación, cuyo estudio no procede sino cuando se ha deducido o establecido en el fallo el derecho del actor, porque entonces habiéndose estudiado el fondo del asunto y establecido el derecho que la parte actora invoca, es necesario, de oficio algunas veces, a petición del demandado otras, artículos 344 y 341 del C. J., confrontar el derecho con la defensa, para resolver si ésta lo extinguió. Por eso, cuando la sentencia es absolutoria, es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir, el derecho a que haya que oponerse la defensa". (Casación, XLV, Nº 1924, abril 30 de 1937) ..... Págs. 114, 1ª y 2ª

EXCEPCIONES

-148

Aunque lo esencial en las excepciones son los hechos básicos de ellas, también es importante la denominación que en concepto del excepcionante debe dáseles. De otro modo, queda al arbitrio del juzgador desecharlas, si en su sentir los hechos no revelan de manera precisa la existencia de una excepción que aniquile o enerve la acción o el instrumento ejecutivo. Puede asimismo el juzgador agrupar, relacionar y estudiar varios de los fundamentos conjuntamente, estimando que son todos ellos y no uno solo las bases aducidas por el excepcionante para una excepción determinada. En esas condiciones, el arbitrio judicial tiene campo más expedito que cuando la excepción se denomina y se fundamenta en determinado o determinados hechos. Tal arbitrio puede en ocasiones chocar abiertamente contra el pensar del excepcionante que juzgó que tales hechos eran el soporte de una excepción muy distinta de la que al través de ellos analizó el juzgador. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, septiembre 7 de 1937) Págs. 886, 2ª

EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DEL DEMANDADO

- 149 -

Demandado el Departamento de Cundinamarca por el Banco de Bogotá para el pago de una suma de dinero proveniente de un pagaré que a favor de éste firmaron el Secretario de Hacienda y el Gerente o Administrador General de Rentas, opuso el Departamento la excepción de ilegitimidad de su personería sustantiva.

"Esta excepción no la fundamenta el demandado en que no existe la obligación, pues si así fuera, sería improcedente, ya que en tal evento la

absolución se impondría como el resultado de falta de prueba de la obligación, cuyo cumplimiento se pretendiese hacer efectivo, y no en virtud de un hecho que destruyera o enervara la acción. En el fondo sería: o bien la carencia de acción del demandante, o bien la ausencia de pruebas que la demostrasen. Es muy distinto el caso: se alega que se ha demandado al Departamento, cuando él no ha celebrado el contrato, pues es otra persona distinta la que lo ha verificado. Vistas así las cosas, se diría que se ha demandado a una persona diversa de la obligada a responder, lo que constituiría la base para una excepción de ineptitud sustantiva de la demanda. También se podría considerar que al afirmarse que el Departamento no estaba obligado, se le negaba la habilidad sustantiva para responder en el juicio. En este sentido ha dicho la Corte: 'Hay ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado cuando el demandante dirige contra el heredero, en su carácter personal, acción reivindicatoria de una finca poseída por el DE CUJUS, en vez de haberla dirigido contra la sucesión, aún ilíquida, representada por el heredero'. Siendo que al Departamento se le ha demandado por una obligación que pudo emanar de uno de sus agentes, la excepción de ilegitimidad de su personería sustantiva no puede declararse, pues ella no puede resultar del fondo del derecho que se litiga, del fondo de la acción, o sea, SINE ACTIONE AGIS, porque esto dice relación directa con el derecho invocado, que es lo que conviene ver si existe o nó". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, junio 7 de 1937) ..... 532, 2ª, y 533, 1ª

EXCEPCION DE PLEITO PENDIENTE

- 150 -

Manuel Llanes Fornaris había demandado en un juicio posesorio a la United Fruit Company para que se la obligase a cesar en los actos de perturbación que ésta había ejercido, y en ese mismo juicio pidió el pago de perjuicios. Ordenó el juez la destrucción de las obras perjudiciales al actor, y en cuanto a perjuicios que ese punto se discutiese en juicio pleno. Entre tanto había entablado Llanes este juicio ordinario contra la compañía, la cual, aduciendo la demanda del juicio posesorio, a la sazón en curso, opuso con éxito la excepción dilatoria de pleito pendiente. Propuso después el actor nueva demanda por perjuicios que terminó con la declaración, por el Juzgado, de prescripción invocada por la parte demandada. Revocada esa sentencia y en casación interpuesta por la Compañía, se alegaba que habiendo prosperado la excepción contra la primera demanda ordinaria de perjuicios, no podía considerarse interrumpida la prescripción invocada. Dijo la Corte sobre el punto de la excepción:

"Cuál es el resultado de la prosperidad de esta excepción? Dada su naturaleza y los referidos fines de esta clase de excepciones, ocurre distinguir dos casos: que en el pleito pendiente cuya existencia justificó la excepción se haya decidido sobre la acción respectiva y que no se haya decidido sobre ésta. Si lo primero, como ya de paso aquí se observó, no cabe suscitar la cuestión de nuevo ante los jueces, o si llega a suscitarse, se yergue en contrario la fuerza de la cosa juzgada. Si lo segundo, no hay escollo para que aquélla sea presentada a los jueces para que al fin se la decida, puesto que el derecho a obtener decisión no se ha satisfecho con la sentencia que se abstuvo cabalmente de pronunciarla. En este caso, que es el del presente pleito, se ofrece la duda de si el demandante puede y debe reanudar la actuación anterior que al solo comienzo quedó suspendida, o si debe incoar nueva y separada demanda. Uno u otro camino no podía tomarlo mientras ese pleito no quedase definitivamente decidido, pues sólo al no hallarse ya pendiente cesaba la suspensión determinada por la acogida de la excepción ya dicha, nacida precisamente de estar pendiente ese primer pleito. Llanes optó por formular nuevamen-

Págs.

de su demanda de perjuicios. Esta circunstancia meramente material de no haber tomado la senda de la reanudación de la aludida actuación iniciada y suspendida en 1932, no introduce alteración alguna de fondo en su interés económico, ni en su interés jurídico, ni aún en la faz procesal del caso, ya que para verse en el de contestar la demanda a la compañía tanto se le da que el traslado se le confiriera sobre la de entonces, como que se lo haya conferido sobre la que efectivamente vino a recibirlo. Ello es que el traslado se le confirió cuando por haberse fallado el primer pleito, o sea, el posesorio, ya no había excepción dilatoria de pleito pendiente que proponer". (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 4 de 1937) (1) 414, 2ª, y 415, 1ª

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

- 151 -

El fallo que decide sobre las excepciones propuestas en un juicio ejecutivo es una verdadera sentencia y no es, por tanto, susceptible de reposición. Así se ha estimado por la Corte, aun antes de dictarse las nuevas disposiciones sobre procedimiento, cuando era más explicable una interpretación contraria en vista de que las palabras auto y sentencia tenían una misma significación y de que las normas que reglamentaban lo relativo a excepciones eran también distintas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1928, julio 13 de 1937) (2) ..... 680, 1ª y 2ª

(1) Concluye la Corte diciendo que el hecho de acoger una excepción dilatoria es cosa distinta de una sentencia absolutoria y que la interrupción de la prescripción alegada se produjo y obró sus efectos, por lo cual no violó el Tribunal sentenciador los artículos 29, 2524 y 2539 del C. C., acusados.

(2) Cita la Corte la sentencia de fecha 14 de marzo de 1934, publicada en el número 1895-A de la Gaceta Judicial, página 240, en que se sentó la misma doctrina.

Págs.

EXCEPCION PERENTORIA

- 152 -

Es obligación del juzgador en instancia negarse a fallar de fondo cuando, buscando oficiosamente, como es su deber, los presupuestos procesales, halla que se ha pedido indebidamente por no haberse demandado también a una de las personas que en su concepto debió ser parte en el juicio. (Casación XLV, Nº 1930, noviembre 18 de 1938) 845, 1ª

EXPENSAS COBRADAS INDEBIDAMENTE POR EMPLEADOS JUDICIALES

- 153 -

Véase: Magistrados o Jueces que cobran o reciben indebidamente emolumentos por las diligencias en que intervienen. (Auto de la Sala de Casación en lo Criminal, de fecha 28 de mayo de 1937, G. J., Nº 1924).

EXPENSAS O GASTOS

- 154 -

El gasto que ocasione toda prueba conducente en un juicio interesa a ambas partes, porque ellas deben estar igualmente interesadas en el esclarecimiento de las cuestiones de hecho que sean dudosas; pero desde que la ley hace la distinción indicada en el artículo 562 del C. J. es porque aquella regla no indica el criterio que deba seguirse en el particular. Los gastos serán comunes cuando se trata de una prueba decretada en auto para mejor proveer, cuando ha sido pedida por ambas partes, o cuando el dictamen pericial deba versar también sobre cuestiones solicitadas por la contraparte, ajenas a las propuestas por la parte que pidió la prueba. Y conforme al artículo 562 hay gastos que deben ser hechos por una sola de las partes y otros que deben serlo por ambas, a prorrata. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1928, junio 7 de 1937) 871, 2ª

Págs.

EXPROPIACIONES

- 155 -

Se había seguido un juicio contra la Nación para que se la condenase a pagarle al actor una suma de dinero como valor de unos objetos que le fueron expropiados durante la última guerra civil.

"Puede, en verdad, pensarse que desde el instante en que se verifica una expropiación, nace el derecho a indemnización; que en caso de guerra, la expropiación se verifica primeramente y luégo se paga el derecho; que el reconocimiento es cosa distinta, pues no es sino el acto por el cual el obligado declara que no está sometido a una obligación previamente contraída. En tales circunstancias debería estudiarse si la acción de que trata esta demanda ha prescrito según las disposiciones generales del Código Civil; pero tal estudio no sería oportuno, porque la expropiación es una manifestación del Estado como entidad de derecho público y consiguientemente debe regirse por las disposiciones especiales establecidas al respecto, siendo en semejantes casos de aplicación subsidiaria el Código Civil. Existía en otro tiempo la comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones a la que competía el conocimiento de las reclamaciones de nacionales, conforme a la Ley 163 de 1896, al Decreto Legislativo número 104 de 1903, y al artículo 7º de la Ley 47 de 1905. En la actualidad la competencia sobre esta materia incumbe privativamente al Consejo de Estado. El Decreto 638 de 1º de junio de 1903, que en el cuerpo del fallo apelado aparece transcrito, fue publicado en el Diario Oficial del 9 del mismo mes. El término de dos años fue prorrogado por seis meses, de tal suerte que el derecho a reclamar indemnización expiró el 9 de diciembre de 1905. Si la comisión de suministro o el Consejo de Estado hacían la declaración de estar prescrita la acción, o no reconocían el derecho deducido por el demandante, podía éste acudir al Poder Judicial dentro del término de noventa días contados desde el día siguiente a la notificación judicial. La misión de la justicia ordinaria quedaba entonces reducida a considerar si debía o no reparar el agravio que el demandante creía encontrar en el fallo administrativo. Quiere decir que el artículo 39 de la Ley 163 de 1896 establecía una jurisdicción especial. Las disposiciones sobre suministros, empréstitos y expropiaciones han sometido los juicios correspondientes a normas precisas tanto en lo referente a pruebas como al tiempo en que las demandas debían presentarse. Pasado el término perentorio, 'quedará prescrito todo derecho contra la Nación', dice el artículo 12 del Decreto número 104 de 1903, y por consiguiente la Nación quedaba libre de las deudas provenientes de esta clase de reclamaciones. El artículo 5º de la Ley 52 de 1909, al hacer referencia a reclamaciones sobre suministros o expropiaciones no revivió el derecho para intentarlas, pues del contexto de la disposición, que hace parte de una ley sobre personal, sueldos, asignaciones y funciones de la sección de suministros, no se puede deducir que el pensamiento del legislador hubiera sido revivir un término expirado, pues si esa hubiera sido su intención, lo habría expresado clara y categóricamente". (Sentencia, Sala de Negocios Generales. XLV, número 1923, diciembre 5 de 1936) ..... 82, 2ª, y 83, 1ª

Págs.

F

FACULTAD JUDICIAL DE CALIFICAR LOS CONTRATOS

- 156 -

Véase la doctrina titulada: CALIFICACION DEL CONTRATO.

FENECIMIENTO

- 157 -

Aun cuando constituya una irregularidad el hecho de venir el fenecimiento de un Administrador de Hacienda sin su firma manuscrita, ella no sirve para declarar probada la excepción de ineficacia del título

Págs.

ejecutivo cuando éste se ha basado en el fenecimiento definitivo de la Contraloría que subsanó o corrigió la primitiva resolución. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1929, agosto 20 de 1937)... 769, 2ª

FIANZA

- 158 -

Unas son las disposiciones fiscales sobre prestación de fianzas, que exigen ciertas formalidades, y otras las reglas del Código Civil referentes a la misma materia. Las primeras que tienen por objeto obtener para el fisco la mayor seguridad, y que exigen escritura pública para el otorgamiento de cauciones de determinada cuantía, no derogan las normas de la ley civil que regulan el contrato de fianza. Así, una garantía concedida a favor del Estado, puede no reunir todos los requisitos de las leyes fiscales, y ser, sin embargo, eficazmente obligatoria para quienes la otorgan. El contrato de fianza es consensual, se perfecciona por el solo consentimiento; su prueba requiere tan sólo, cuando la caución excede de quinientos pesos, y por aplicación de una regla general sobre prueba de las obligaciones, que conste por escrito. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, noviembre 22 de 1937).... 906, 2ª

FIANZA

- 159 -

Aunque es cierto que la fianza no se presume ni puede extenderse a más del tenor de lo expreso (art. 2373 del C. C.), si ella se constituye por hipoteca en que se declare cancelada una que existía por prenda, declarando al fiador que ésta queda subrogada por aquélla, es evidente que el cauclonante hipotecario se hace cargo de las obligaciones del fiador prendario, las que quedan extinguidas en virtud de la subrogación. La hipoteca de fianza constituída así no queda limitada al tiempo de su inscripción, sino que abarca el período anterior caucionado por la fianza prendaria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, julio 7 de 1937)..... 529, 2ª

FIANZA

- 160 -

Obligado un fiador a responder por todas las obligaciones contraídas por su fiado en el manejo de dineros públicos, en cuanto al ejercicio del empleo de éste y en cuanto a otro cualquiera a que fuere promovido, la responsabilidad del fiador cesa si, destituído el fiado de su primer empleo, es nombrado para otro diferente, pues entonces no hay promoción sino un nombramiento para distinto empleo. El artículo 2373 del C. C. establece que "la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que al tenor de lo expreso." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, noviembre 19 de 1937).. 901, 1ª y 2ª

FIANZA DE CARCEL

- 161 -

Decía el apoderado de un fiador de cárcel que revocada la calificación que el inferior había hecho del delito en el auto de proceder, era aplicable el artículo 8º de la Ley 39 de 1921, y que, en consecuencia, la fianza no era eficaz y había quedado sin valor.

"La disposición citada se refiere a los juicios civiles y no es aplicable por analogía a los procesos criminales. Por el hecho de que el superior cambie la denominación que le ha dado el inferior al delito, no puede considerarse que queda sin valor una obligación de fianza, que se ha otorgado para asegurar la comparencia del acusado a responder del hecho que se investiga, cualquiera que sea la denominación que en definitiva le corresponda conforme a la ley."

Agregaba el excepcionante de nulidad de la fianza que por el hecho de no haberse extendido en el expediente diligencia alguna en que constara la fianza hipotecaria, la obligación

Págs.

era nula. A lo cual contestó la Corte:

"Efectivamente, en el expediente no se sentó diligencia alguna especial de fianza; pero esta circunstancia no es motivo de nulidad de la obligación, porque se trata de una caución hipotecaria, para la cual establece la ley la manera como debe otorgarse, sin que sea necesaria la diligencia que se requiere para la fianza prendaria o para la personal. El artículo 8º de la Ley 52 de 1918, dice lo siguiente: '....Si la ley establece de manera expresa que la copia de la escritura de hipoteca con el requerimiento correspondiente prestan mérito ejecutivo, sin exigir la copia de la diligencia, es obvio que la omisión de ésta en el expediente no puede considerarse como motivo de nulidad de la obligación. Otra cosa sería que se hubiera omitido alguna de las firmas del empleado respectivo, del agraciado o del fiador, que exige el artículo 14 de la Ley 83 de 1915, porque podría considerarse que estas formalidades son esenciales para la validez de la fianza de cárcel, que es un contrato solemne, sujeto a determinados requisitos señalados en la ley." Y sobre la alegación de que se había ejecutado a los fiadores antes de tiempo, porque de la escritura de constitución de la fianza se deducía que ellos se obligaron a presentar a su fiado cuando para ello fueran requeridos, dijo:

"No habiendo sido requerido el procesado en los términos de la cláusula expresada, no estaban los fiadores en mora de cumplir su obligación de presentarlo, y por tanto, no podían ser condenados al pago de la multa. El fiador no está obligado sino a lo que conste en el documento de fianza. Si allí no hay constancia expresa de la obligación de presentar al fiado cada vez que al fiador se le exija, quiere decir que la fianza se constituyó de un modo que no puede ser eficaz. Por la manera como la fianza se constituye, es convencional, legal o judicial. La fianza legal y la judicial se sujetan a las mismas reglas que la convencional, salvo en cuanto la ley que la exige o el Código Judicial dispongan otra cosa. Art. 2362 del C. C.). A la fianza de cárcel se aplica la disposición del art. 2373 del C. C., que dice que la fianza no se presume ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso. La ley no exceptúa de este precepto la fianza de cárcel; por el contrario, ordena consignar por escrito la obligación del fiador... La fianza de cárcel es una obligación accesoria a la principal del reo de presentarse cada vez que sea requerido. Por medio de ella se asegura el cumplimiento de un hecho ajeno. Sólo que su incumplimiento, en vez de acarrear la indemnización, acarrea una multa. Esta modalidad la establece la ley, porque la indemnización extinguiría la obligación mientras que la multa deja al reo la obligación de presentarse." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1923, junio 30 de 1937)..... 677, 2ª, 678, 1ª y 2ª

FIJACION EN LISTA

- 162 -

El término de la fijación en lista es para alegar y no para presentar pruebas. En las apelaciones de autos interlocutorios no hay término de prueba. (Art. 502 del C. J.). (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1929, agosto 16 de 1937)..... 766, 1ª

FUGA Y NO DESERCION

- 163 -

"El quince de agosto se escapó Manuel Antonio Giraldo y fue capturado por la policía de Sevilla, a distancia mayor de 40 kilómetros del cuartel; luégo, ya en condición de detenido como desertor y mientras se le seguía el juicio correspondiente, se evadió nuevamente el día ocho de septiembre siguiente. Hay en esto dos delitos de deserción? No lo estima así la Corte, porque jurídicamente en la segunda evasión, cuando el soldado ya se encontraba privado de su libertad, al escaparse del lugar en donde se le mantenía detenido, lo que hubo no fue deserción de las filas, sino fuga, hecho que está específicamente contemplado por

Págs.

el art. 284 del Código Penal." (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLV, Nº 1923, mayo 19 de 1937) 73, 1ª y 2ª

FUERZA HIDRAULICA. CONCEPTO SOCIAL SOBRE USO DE LA FUERZA HIDRAULICA

- 164 -

Véase: AGUAS. (Casación del 10 de agosto de 1937, G. J. Nº 1927).

FUERZA Y VIOLENCIA

- 165 -

Aun cuando sea contranatural el abuso deshonesto consumado en una impúber, y cualquiera que sea la tesis médico-legal que se profese acerca de los elementos constitutivos de los delitos contra la integridad sexual, aquel abuso constituye delito de fuerza y violencia, punible con la pena de que trata el art. 683 del Código, en armonía con el inciso final del art. 429. (Casación, XLV, número 1927, septiembre 28 de 1937).... 509, 1º y 2ª

FUERZA Y VIOLENCIA—DETERMINACION DEL CONCEPTO DE IMPUBERTAD EN ESTOS DELITOS

- 166 -

"Se ha debatido en este proceso como cuestión primordial, la de si la calidad de impúber aludida en el art. 683 del Código Penal consiste en la ineptitud fisiológica del menor para las funciones de la generación, o si el juzgador para calificar de púber o de impúber a una persona debe atenerse a que haya o no cumplido la edad prevista por la ley. Estima la Corte que existiendo en el derecho colombiano un precepto tan claro como el art. 34 del Código Civil, no puede el intérprete desatender la perentoria regla allí fijada, en los términos siguientes: 'Llámase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber...'" (Casación, XLV, Nº 1924, febrero 10 de 1937)..... 151, 2ª

Págs.

G

GARANTIA CONSTITUCIONAL DE OBSERVAR LAS FORMAS PROPIAS DE CADA JUICIO

- 167 -

Véase lo que sobre este punto contiene la sentencia de la Sala Plena de la Corte, del 18 de octubre de 1937, bajo el mote: Ley 21 de 1937, acusada, por la cual se decreta la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares.

GOBERNADOR Y ASAMBLEA

- 168 -

Véase: Representantes del Departamento. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, junio 7 de 1937).

H

HECHOS NUEVOS EN CASACION

- 169 -

Los hechos nuevos son inadmisibles en casación e incapaces, por tanto, de fundamentar conclusiones distintas de las que se dedujeron en los grados del juicio. (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 29 de 1937) (1).. 832, 1ª

HERIDAS

- 170 -

El Tribunal sentenciador había aplicado al reo de un delito de heridas el artículo 645 en vez del 647 del Código Penal, por haber acogido cier-

(1) Es jurisprudencia constante de la Corte, como puede verse de las doctrinas de casación que contienen los Nos. 497, 591, 587, tomo 1º, Jurisprudencia de la Corte; 256, 282, 283, 287, 291, tomo 2º, y 445 556, 544, tomo 3º. Esa jurisprudencia ha sido apenas modificada por la Corte en algunas doctrinas.

Págs.

to dictamen médico y no el de la oficina central de medicina legal. Por la causal 1ª fue acusada la sentencia en casación. Dijo la Corte:

"Lo importante, en tratándose de estos dictámenes contradictorios, es averiguar si la falta de flexión del miembro herido dependió directamente de la lesión misma o de otra causa. Que en el primer caso el responsable carga con las consecuencias de su acto IN INTEGRUM, y en el segundo sólo su responsabilidad se extiende a los efectos directos de la lesión. Los de causas extrañas a ella no le son imputables y en ese evento, dado el sistema punitivo del Código en materia de heridas, por razón de las consecuencias posteriores, no emanadas de la herida misma, no pueden sancionarse en otra forma que dentro de la incapacidad proveniente del acto. Hubo descuido en el tratamiento de Ramírez y por eso se le infectaron las heridas. Con tratamiento adecuado, y sin descuido, su incapacidad se calculó en cuarenta y cinco días, sin consecuencias posteriores. En estas condiciones, el artículo aplicable al caso es el 647 del Código Penal. El Tribunal aplicó el 645. La penalidad impuesta fue la de seis años de presidio. Debió ser la de tres años de la misma pena principal, considerando la delincuencia, como lo hizo el Tribunal, en mínimo grado... Lo dicho significa que la causal 1ª prospera y por ello se casa la sentencia recurrida." (Casación, XLV, Nº 1926, agosto 3 de 1937) ... 344, 2ª

HIPOTECA

- 171 -

En un juicio en que el acreedor hipotecario pedía el pago de su crédito contra el último adquirente de la finca vendida por su deudor, alegaba en casación la poseedora del inmueble contra la cual se había dirigido la acción real, que habiéndola condenado el Tribunal sentenciador en su mera condición de simple poseedora de la finca hipotecada, había violado los arts. 2422, 2448, 2452 del Código Civil y 34 de la Ley 57 de 1887. Dijo la Corte:

Págs.

"La hipoteca es indivisible (art. 2473 del C. C.) y da al acreedor el derecho de perseguir la finca, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido (art. 2452 ibídem). El actor ejercitó la acción base de este pleito en cuanto la demandada es poseedora del inmueble y ésta fue condenada a pagar el valor de la hipoteca, no en el concepto de deudora personal del señor José María Machado, demandante, sino en el concepto de que es poseedora del inmueble hipotecado y por eso la acción que se le reconoce a Machado en el numeral 3º de la sentencia no es la personal, sino la real, lo cual es obvio porque la demandada no ha sido deudora personal del demandante, ni éste lo ha afirmado, ni sobre este punto versa la litis. Quiere decir entonces, según los términos de la condenación, que la demandada paga con el valor de la casa y puede hasta abandonarla en favor del acreedor hipotecario, pero no significa esa condenación que si la casa fuera rematada en menos de los mil doscientos pesos y sus accesorios, la demandante tuviera que cubrir el exceso, como tampoco significa que el demandante pueda ejercitar contra la demandada una simple acción personal para el pago del crédito hipotecario. Si el acreedor hipotecario tiene, al hacerse pagar, sobre la cosa hipotecada los mismos derechos que el acreedor prendario sobre la prenda (artículo 2448 del C. C.), y si la hipoteca es un derecho de prenda, que produce acción real, y si el acreedor hipotecario puede perseguir la finca hipotecada, sea quien sea el que la posea, es claro que no se violaron las disposiciones que el recurrente cita como infringidas en el capítulo que se estudia, porque, como se ha dicho, la sentencia sólo reconoce la acción real a favor de Machado y condena a la demandante al pago del valor de la hipoteca en cuanto es poseedora del inmueble afecto al pago. La hipoteca, como la prenda, son obligaciones accesorias; cuando el que se constituye deudor garantiza su obligación con hipoteca, el acreedor tiene contra él dos acciones: la personal por el

contrato principal, la real por el contrato de hipoteca. Enajenado el bien hipotecado, éste queda siempre bajo el imperio de una acción real; el acreedor conserva su acción personal contra el deudor, la real contra el inmueble hipotecado; pero es claro que la acción personal no puede recaer sobre el adquirente de la finca hipotecada, que la recibió con ese gravamen, porque él no está ligado con ninguna relación personal con el acreedor en un caso como el del presente pleito, y así lo entendió el fallador. No sobrará recordar que conforme al artículo 1583 del C. C., no es preciso ser poseedor de todo y basta serlo de una parte del inmueble hipotecado para poder ser demandado con acción real. Se rechazan, pues, los cargos." (Casación, XLV, Nº 1927, septiembre 3 de 1937)

Págs. 489, 1ª y 2ª

HIPOTECA

- 172 -

Es cierto que no puede constituir hipoteca sobre sus bienes sino la persona que sea capaz de enajenarlos y también es cierto que el gravamen se extingue por la resolución del derecho del que lo constituyó cuando la condición constaba en el título (art. 1548); pero no lo es menos que aun cuando simulados los contratos de compraventa y, entre vendedor y comprador, ineficaces las tradiciones, quien de buena fe contrata con el seudo-comprador y seudo-adquirente está amparado por el art. 1766 del Código Civil. (Casación, XLV, Nº 1927, julio 28 de 1937) .....

Págs. 402, 2ª

HOMICIDIO (ASESINATO) EJECUTADO POR DOS INDIVIDUOS EN CONCURSO RECIPROCO

- 173 -

Habiéndosele preguntado a un Jurado si los dos acusados eran responsables de haberle dado muerte a N. con premeditación y en circunstancias constitutivas de asesinato, así lo declaró. El Procurador alegaba en casación que siendo cierto que la víctima había muerto de un solo disparo de revólver era imposible que los acusados fuesen reputados ambos como autores del delito. Dijo la Corte:

"El señor Procurador Delegado en lo Penal, en la casación de Santos y Celestino Hernández, sostuvo la tesis del veredicto contradictorio, por cuanto las heridas del occiso habían sido causadas con revólver, y sólo uno de los acusados disparó con arma de esa clase; de donde dedujo allí el señor Procurador que el otro procesado únicamente podía reputársele cómplice. La Corte, en proveído de 14 de julio de 1937, casó la sentencia recurrida, pero los razonamientos en que ella entonces hubo de basarse, constituyen la mejor refutación a los motivos que para el proceso actual aduce la Procuraduría, dada la manera como los cuestionarios se formularon para Alejandro y Celiano Bermúdez. En el caso de que ahora se trata, el Juez no preguntó al Jurado, como lo hizo para los Hernández, si cada uno de los acusados era responsable de haber causado materialmente la herida mortal. La pregunta, tanto respecto de Alejandro como de Celiano Bermúdez, se enderezaba a la cuestión de si 'es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Pedro Alcántara Méndez'. Y en la sentencia de los Hernández se dijo: 'La Corte estima que para llegar a la conclusión de que el veredicto es contradictorio, no es necesario entrar en el estudio de la tesis que formula el señor Procurador acerca de complicidad, pues la contradicción existe, sea que se considere que uno de los reos apenas tuvo participación accesoria, ya se les mire a ambos como coautores de la muerte de José Correa. La contradicción no estriba propiamente en el concepto mismo del grado de responsabilidad que se atribuye a cada uno de los reos; proviene de un defecto de forma, por la manera como se redactaron los cuestionarios sometidos a la consideración del Jurado. El Juez hubiera podido formular los cuestionarios, de acuerdo con el auto de proceder, preguntando al Jurado so-

Págs.

bre la responsabilidad de Santos y Celestino Hernández en la muerte de Correa, pero sin predicar respecto de uno y otro de los Hernández el hecho de haber causado materialmente las heridas que a aquél se le infirieron, por ser incompatible con la realidad de los acontecimientos que los dos hubieran producido el único disparo mortal. Los cuestionarios así redactados hubieran llevado implícitamente en este caso, la figura jurídica del concurso recíproco, dados los cargos de premeditación y asechanza que se dedujeron en el auto de proceder'. El auto de proceder formuló a los Bermúdez el cargo de premeditación y consideró que uno y otro fueron autores del delito en concurso recíproco. Al efecto, en aquella pieza se dice lo siguiente: 'No se sabe cuál de los dos Bermúdez haría el disparo mortal, o si acaso ambos dispararon.....' Colocados ahí los dos Bermúdez, es claro que deben responder por un homicidio en las más graves condiciones, o sea con premeditación y alevosía, por cuanto para matar así se necesita la previa deliberación en lo que se ha de hacer y en el modo como se hará, y porque ellos mataron a traición, sorprendiendo a la víctima desapercibida y sin darle lugar a su defensa. Al contestar, pues, el Jurado afirmativamente los cuestionarios que se le propusieron, declaró responsables como autores del delito a los dos procesados, sin que ella implique contradicción alguna, tanto más cuanto que según el ordinal 1º del artículo 22 del Código Penal, son autores del delito, 'los que lo cometan estantáneamente, ya solos y aisladamente, ya en concurso recíproco entre dos o más'. En estas condiciones, si se estimara que a uno de los dos acusados no le incumbe responsabilidad principal sino accesoria, la tacha contra la sentencia, podría derivar más bien de la injusticia del veredicto, que no de contradicción; y la causal 5ª no se ha invocado". (Casación, XLV, número 1927, septiembre 21 de 1937). .... 515, 2ª, y 516, 1ª y 2ª

Págs.

HONORARIOS PERICIALES

- 174 -

El valor de la acción no puede ser el criterio para fijar los honorarios de los peritos, porque en muchos casos ocurre que asuntos de relativo interés pecuniario presentan problemas de difícil solución que requieren un estudio detenido y complicado. Por eso el artículo 568 del C. J. señala como únicos factores que deben apreciarse para elevar la asignación debida a los peritos 'la importancia del trabajo y la categoría de los expertos'. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1928, junio 7 de 1937). 671, 1ª

HONRADEZ PARA EL DESEMPEÑO DE CARGOS PUBLICOS

- 175 -

La honradez y la consagración en el desempeño de cargos públicos se puede comprobar de una manera general y no especialmente para cada puesto, porque además de que la prueba resultaría extremadamente difícil para el demandante, la honradez debe presumirse. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1928, agosto 12 de 1937).. 685, 2ª

IMPEDIMENTOS

- 176 -

Se tachaba de nulo un juicio criminal por haber intervenido como Fiscal en la diligencia de sorteo de Jurados el que antes había dictado como Juez Superior el auto de enjuiciamiento.

"Tratándose de funcionarios impedidos, sólo su actuación posterior a la declaratoria de impedimento puede ser susceptible de nulidad; pero la anterior es válida, ya que el funcionario únicamente queda separado del conocimiento del negocio por virtud de la calificación que se haga de la existencia del impedimen-

Págs.

to". (Casación, XLV, número 1924, mayo 14 de 1937). 162, 1ª

IMPEDIMENTOS

- 177 -

Tratándose de funcionarios impedidos, sólo su actuación posterior a la declaratoria de impedimento puede ser susceptible de nulidad; pero la anterior es válida, ya que el funcionario únicamente queda separado del conocimiento del negocio por virtud de la calificación que se haga de la existencia del impedimento. (Casación, XLV, número 1927, julio 23 de 1937). 504, 1ª

IMPEDIMENTOS

- 178 -

"En cuanto a la causal 2ª, es decir la nulidad pedida por el Procurador, ocurre que, según lo ha dicho ya la Corte, aun prescindiendo de entrar en el examen de si el doctor Leonardo Martínez Collazos, Fiscal 2º Superior de Bucaramanga, estaba o no impedido para actuar en el proceso con tal carácter, resulta de autos que no se surtió en las instancias incidente alguno sobre impedimento o recusación del doctor Martínez Collazos; y por consiguiente, aquel empleado tenía que intervenir en lo atañedero al Ministerio Público. Tratándose de funcionarios impedidos, sólo su actuación posterior a la declaratoria de impedimento puede ser susceptible de nulidad, pero la anterior es válida, ya que el funcionario únicamente queda separado del conocimiento del negocio por virtud de la calificación que se haga de la existencia del impedimento". (Casación, XLV, número 1925, mayo 29 de 1937). 283, 1ª

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

- 179 -

El hecho de estar el ejecutado sujeto al pago de otros impuestos no es motivo para relevarlo del correspondiente a la renta, pues no hay disposición alguna que consagre esa excepción. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1923, septiembre 29 de 1936). 76, 2ª

IMPUESTO DE PEAJE O PISADURA

- 180 -

El artículo 16 de la Ley 71 de 1916 prohibe todo impuesto de peaje o pisadura respecto de las personas que conduzcan a las espaldas artículos de cualquier naturaleza y de peso no limitado. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLV, número 1927, marzo 17 de 1937). 530, 1ª

IMPUESTO DE VALORIZACION

- 181 -

Véase: LEY ACUSADA (artículo 4º de la Ley 107 de 1936), SOBRE IMPUESTO DE VALORIZACION. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, diciembre 3 de 1937, XLV, número 1930, G. J. ..... 794 y siguientes.

IMPUESTOS. REINTEGRO Y DEVOLUCION DE IMPUESTOS

- 182 -

El Poder Judicial no es competente para conocer de las demandas sobre reintegro o devolución de impuestos, sino los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con los artículos 39, 19, 89 y 90 de la Ley 130 de 1913 y con el 5º de la 45 de 1931. Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1927, mayo 28 de 1937) ..... 547, 2º, y 548, 1ª

INCONGRUENCIA

- 183 -

La causal de casación consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones del libelo (1) no prospera cuando ella ha

(1) Numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial.

Págs.

sido plenamente absolutoria, pues en tal evento no puede entenderse que quedara sin decidir ningún extremo de la litis, ni aparecería que se hupiese interpretado equivocadamente la demanda o condenado en más o en menos, o deducido una acción distinta de la ejercitada (1). (Casación, XLV, número 1930, noviembre 3 de 1937). 838, 2ª

INCONGRUENCIA

- 184 -

En juicio sobre nulidad de un testamento se hacía el cargo en casación de que la sentencia no estaba en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

"Esa falta no puede consistir—y esto lo ha conceptuado sostenida y uniformemente la Corte—en que el Tribunal haya considerado las cosas de modo diferente a como las considera tal o cual de las partes litigantes o en que se haya abstenido de decidir en consonancia con los deseos o puntos de vista de tal o cual de ellas. El cargo es procedente cuando se ha dejado de decidir sobre puntos puestos SUB JUDICE por demanda y respuesta, en caso de ésta, desoyendo los artículos 471 y 481 del C. J., o cuando se decide sobre algo no sometido al litigio, fallando así EXTRA o ULTRA PETITA". (Casación, XLV, número 1927, agosto 16 de 1937) (2) 430, 1ª

(1) Es ésta una jurisprudencia reiterada y constante de la Corte, como puede verse de las doctrinas de casación que contienen los números 1912, tomo 1o. Jurisprudencia de la Corte; 1164, 1169, 1185, 1196, 1199, tomo 2o y 1955, tomo 3o. Tal principio jurisprudencial sólo sufre excepción cuando el sentenciador deja de considerar alguna de las cuestiones propuestas en la demanda, aun cuando el fallo sea absolutorio. (Doctrina número 1975 del tomo 3o. Jurisprudencia de la Corte).

(2) Concordancia: véanse las doctrinas que contienen los números 1911, 1913, tomo 1o. Jurisprudencia de la Corte, 1935, tomo 3o. La sentencia en el caso de autos había sido totalmente absolutoria del demandado.

Págs.

INEXEQUIBILIDAD

- 185 -

Son inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º (ordinales marcados con las letras a, b y c), 4º y 5º de la Ley 21 de 1937, por la cual se decreta la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares (1). (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, número 1928, octubre 18 de 1937). ..... 600 y siguientes.

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- 186 -

La Corte había hallado atendibles los razonamientos del Procurador sobre la notoria injusticia del veredicto en un proceso por fuerza y violencia, cuestión que, por otra parte, había sido debatida en las instancias del juicio. Agregó:

"Pero, como en ocasiones análogas lo ha dicho la Sala, el hecho de aceptar como válido el recurso de casación por la causal 5ª, no implica dictamen de la Corte sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del reo; porque la decisión de ese punto corresponde siempre al Jurado, y la declaratoria de injusticia del veredicto es apenas un trance del juicio en el cual, respetando la convicción con que obraron los jueces de conciencia, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros jurados verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado". (Casación, XLV, Nº 1926, agosto 17 de 1937) 350, 1ª

(1) Lo conducente puede verse en el punto titulado LEY 21 DE 1937, ACUSADA, POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES.

Págs.

INJUSTICIA NOTORIA DE UN VEREDICTO, NO POR DUDA RESPECTO DE LA IMPUTABILIDAD, SINO DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO

- 187 -

Cierto individuo confesó haber matado a su legítima esposa, pero decía que mientras él había salido de su dormitorio hacia el solar de su casa, acompañado de su esposa, ésta se había devuelto y que al regresar él había observado que un amigo que le había pedido posada en la casa salía precipitadamente del aposento donde se hallaba la esposa. Se atacaba el fallo condenatorio por la causal 5ª. Dijo la Corte:

"En tales condiciones se abre este interrogante: ¿Torres mató a su esposa impulsado por la realidad, o por sospecha más o menos fundada, de haber sorprendido a Correa en momentos en que salía de la alcoba de ella? Cabe anotar que el mismo auto de enjuiciamiento deja traslucir esta situación de duda... En los juicios por jurado, cuando el juzgador de derecho se encuentra ya en la última etapa del proceso, es decir, en el momento de aplicar la ley penal, tiene que contemplar la posible injusticia del veredicto, injusticia que puede surgir ora del error en cuanto a la imputación del hecho criminoso a determinado agente, bien de un equivocado criterio acerca de las causas de justificación o de excusa que puedan eliminar o disminuír la responsabilidad del sindicado. Tan injusto es condenar a una persona por un hecho delictuoso que no haya cometido, como condenarla por un hecho que sí ha ejecutado, pero que no revista las condiciones de criminoso y punible conforme a la ley. En el actual proceso, y según se vio al confrontar la decisión del jurado con los datos del expediente, la posible injusticia del veredicto no emana del factor imputabilidad, puesto que el mismo Tomás Torres conviene en que él fue el autor de la muerte de su mujer legítima María de la Cruz Gómez; radica el problema en la apreciación del veredicto ante el concepto de absoluta inculpabilidad que en algunos casos de exoricidio deriva del artículo 591 (numeral 9º) del Código Penal, o ante el de responsabilidad atenuada que contempla el artículo 608 ibídem. Tratándose de declaración de injusticia notoria de un veredicto por el aspecto de la imputabilidad, varias veces ha dicho la Corte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado. (Casación de Arturo Nova, 15 de octubre de 1936, GACETA JUDICIAL, números 1911 y 1912). ¿Por qué no obrar con igual criterio — agrega hoy la Corte— cuando ocurre inquietante duda, no ya sobre la ejecución material del hecho criminoso, pero sí acerca de las causas eximentes o modificadoras de la responsabilidad? Y la circunstancia de que la declaratoria de injusticia no implica la absolución del reo, demuestra que no es una certidumbre contraria al veredicto, sino la duda grave, lo que inspira aquel trance del proceso." (Casación, XLV, Nº 1923, mayo 24 de 1937).....

Págs.
69, 2ª, y 70, 1ª y 2ª

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO POR CONTRAEVIDENTE

- 188 -

Debe estimarse contradictorio el veredicto del Jurado simplemente afirmativo respecto de dos acusados a quienes los cuestionarios atribuyen la ejecución del mismo hecho y con idénticas circunstancias, cuando tal hecho y en esas circunstancias no ha podido ser ejecutado sino por uno de ellos. En casos como éste la contraevidencia del veredicto (causal 6ª de casación), reclama una de-

Págs.

claración de notoria injusticia, que hace incidir la casación en la causal 5ª y trae como consecuencia la convocación de un nuevo Jurado, al cual deberán someterse cuestionarios, nuevos también, que no den origen a contradicción en el veredicto. (Casación, XLV, Nº 1927, julio 14 de 1937) (1) ..... 498, 1ª y 2ª

INSPECCION OCULAR

- 189 -

"La prueba de inspección ocular destinada a examinar y reconocer, para juzgar con más acierto, las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate, consta de dos partes cuando intervienen peritos: las investigaciones y comprobaciones mismas practicadas personalmente por el Juez sobre los hechos que aparecen y que no exigen conocimientos especiales, sino que por estar sometidos a los sentidos son susceptibles de ser percibidos por personas de recto criterio y cultura común; y el juicio de los peritos sobre cuestiones técnicas o que requieran conocimientos especiales. La segunda parte, cuando ocurre, se regula íntegramente por las normas referentes a la prueba pericial, que son distintas de los preceptos concernientes a la prueba de inspección, pues una y otra sólo tienen de común que aquella se practica con ocasión y a propósito de ésta. Son pues dos pruebas distintas cuyo valor probatorio se determina así según el art. 730 del Código Judicial: el acta de la inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez; y en cuanto a los puntos materia del examen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos. Leyendo la inspección ocular de segunda instancia se observa que ella versó sobre hechos propios del conocimiento general, ya que únicamente buscaba la localización en el terreno de los linderos.... Por lo tanto no era de rigor que en la dicha inspección ocular intervinieran peritos. Hubieran bastado testigos actuarios. Con todo, el que se hubiera practicado con asistencia de aquellos no hace cambiar el carácter y la naturaleza de los hechos observados susceptibles de ser apreciados directamente por el juzgador. El juzgador al dar cuenta de esos hechos en el acta misma de la inspección, y sin contradicción de las partes, merece pleno crédito, porque son hechos que, además de que pudieron ser percibidos por él, la ley los estima bien demostrados con su solo testimonio, según viose citando el artículo 730 del Código Judicial." (Casación, XLV, Nº 1925, junio 11 de 1937)..... 231, 1ª y 2ª

INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN

- 190 -

Véase: **Decreto acusado Nº 685 del 4 de abril de 1934, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común.**

INTERDICCION POR DEMENCIA

- 191 -

En un juicio sobre nulidad de un testamento se hacía en casación el cargo de violación del artículo 8º de la Ley 95 de 1890.

"La Corte considera desde luego que disponiendo el art. 8º de la citada Ley 95 que un adulto en estado de demencia debe ser privado de la administración de sus bienes, no se advierte cómo quepa violar esta disposición con sentenciar que un testador no estaba demente cuando testó. Otras serán las disposiciones violadas en su caso. Adviértese que esa disposición mira a la interdicción, esto es, que establece el deber de proveer a ella y se encamina a que el demente, el imbécil, el idiota, sean puestos bajo ella y no carezcan del

(1) Concordancia: cita la Corte la sentencia de casación de Aureliano y Alejandro Vega, Gaceta Judicial Nos. 1901 y 1902.

Págs.

consiguiente amparo. Cabría el cargo, por ejemplo, si tratándose del juicio mismo de interdicción y comprobada la demencia, idiotez o imbecilidad, se negase aquélla dejando de aplicar ese art. 9º, o si, por el contrario, se le aplicase decretándola, sin estar acreditada la demencia, imbecilidad o idiotez que la fundaran." (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 16 de 1937) ..... 430, 1ª y 2ª

INTERPRETOCION DE LOS CONTRATOS

- 192 -

"El art. 1618, al dar prevalencia a la intención sobre las palabras, parte del supuesto de un conflicto entre unas y otras, no meramente imaginado, sino firmemente establecido con la demostración clara de aquella y su discrepancia con éstas. De ahí que comience en estos términos: 'Conocida claramente la intención de los contratantes....' Así, quien acusa por violación de esta disposición legal en razón de haberse sobrepuesto las palabras a una intención traicionada por ellas, lo primero que debe hacer es demostrar esa intención claramente." (Casación, XLV, número 1924, junio 5 de 1937) 134, 1ª

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- 193 -

Véase: Demanda y su interpretación. (Casación del 3 de septiembre de 1937, G. J. Nº 1927, 488, 1ª).

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- 194 -

"La demanda no ha de considerarse, como lo tiene establecido la Corte, en relación exclusivamente con los términos o vocablos más o menos adecuados que se escribieron en la parte petitoria, sino que ha de ser interpretada globalmente y en correspondencia con los fundamentos de hecho y de derecho en que se haya hecho reposar." (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 29 de 1937) 833, 2ª

J

JUBILACION DE EMPLEADOS Y OBREROS FERROVIARIOS

- 195 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada: Ley 10 de 1934 y Decreto Nº 652 de 1935, acusados como inconstitucionales, aquélla en cuanto al inciso c) y éste en cuanto al parágrafo del artículo 24. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, Nº 1929, noviembre 12 de 1937) ..... 699, 2ª y sgtes.

JUICIO DE CUENTAS ANTE LA CONTRALORIA

- 196 -

La prórroga del término que autoriza el artículo 16 de la Ley 42 de 1923, es potestativa de la Contraloría de suerte que la no concesión de dicha prórroga no arrebata derecho alguno al responsable en el juicio de cuentas.

Si para deducir un alcance no hubo juicio de cuentas, se violan las garantías y formalidades con que la ley ha querido rodear su confección. En tal evento, por violación de esas formalidades, se arrebata un derecho al responsable, y el fenecimiento es ilegal, por lo que no es base para un juicio ejecutivo; y si éste se adelanta deben prosperar las excepciones correspondientes.

Es válido el auto de observaciones proferido por la Contraloría sobre la revisión de las cuentas de un responsable verificada por una persona independiente de esa entidad, ya por contrato o sin él, si encuentra seria esa revisión.

Las omisiones que puedan constituir una informalidad sustancial en un juicio de cuentas, deben ser alegadas en la segunda instancia ante el Consejo de Estado, y no ante la

Págs.

Corte, cuya misión no es rever ese juicio, ya que esa función legal le corresponde a aquella entidad. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, julio 7 de 1937).... 528, 1ª y 2ª, y 529, 1ª

JURADOS

- 197 -

Para sustentar la causal 2ª de casación se alegaba que había habido equivocación en el sorteo de Jurados, por cuanto había sido el defensor quien hizo la recusación y no el acusado.

"A este respecto, la Corte ha dicho en varias sentencias, que es al acusado a quien compete recusar, estando presente, y no a su defensor. Ello no se opone, sin embargo, a que el defensor pueda hacer la recusación cuando el acusado delega ese derecho en aquél. Lo esencial es establecer entonces la delegación, que por otra parte no está prohibida, como lo anota acertadamente el Procurador, y sí autorizada, ya que todos los derechos conferidos por las leyes son renunciables, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y que no esté prohibida la renuncia. (Artículo 15 del Código Civil)." (Casación, XLV, Nº 1926, agosto 6 de 1937)..... 346, 1ª

JURADOS

- 198 -

No hay nulidad de procedimiento cuando el derecho de recusación de Jurados se haya ejercitado por el curador de un menor, pues en el campo penal, tanto el mayor como el menor pueden ser sujetos (agentes) de delito, sin que ello sea óbice para que la capacidad del menor esté formalmente mermada en relación con su presencia en la litis. (Casación, XLV, Nº 1926, agosto 17 de 1937). 348, 2ª, y 349, 1ª

Págs.

JURISDICCION ORDINARIA Y JURISDICCCION ADMINISTRATIVA

- 199 -

Dentro del actual sistema legal se presentan para el particular interesado dos vías de defensa para la revisión o declaratoria de inexistencia de los recaudos fiscales que él considere se le exigen indebidamente. Con anterioridad al cobro ejecutivo, el particular puede acudir a los Tribunales Administrativos, a fin de obtener la revisión de la respectiva providencia de las autoridades fiscales. Sobre los mismos puntos materia de la decisión de aquéllos no puede el particular proponer excepciones en el juicio que como consecuencia de la sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa se le siga por los funcionarios recaudadores, pues ello implicaría una manifiesta violación del artículo 93 de la ley orgánica de lo contencioso administrativo (Ley 130 de 1913), ya que esta disposición establece que las sentencias definitivas proferidas por tales Tribunales no están sujetas a revisión por parte de la justicia ordinaria. Pero si el particular interesado no hizo uso del trámite administrativo, bien puede, en cuanto ello no choque con las atribuciones privativas de las oficinas fiscales, ejercitar ante la jurisdicción común, con posterioridad a la iniciación del juicio ejecutivo, los medios de defensa que sean conducentes. Aun si se ha hecho uso del recurso administrativo, y luégo de la decisión de éste se presentan durante la ejecución defensas basadas en hechos o en motivos distintos de los que fueron considerados por los Tribunales Administrativos, la justicia ordinaria puede conocer y decidir de ellos, sin que esto implique revisión de las providencias administrativas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, diciembre 9 de 1937)..... 913, 1ª y 2ª

Págs.

JURISDICCION COACTIVA

- 200 -

Presta mérito ejecutivo la copia de una Resolución Ministerial que impone una multa al responsable por infracción de las disposiciones relativas al impuesto de timbre nacional, y el hecho de que la Recaudación de Hacienda Nacional respectiva proceda a formar un reconocimiento basado en aquella Resolución no es causa suficiente para viciar la providencia ejecutiva, pues si bien es cierto que los reconocimientos tienen por objeto establecer la exigibilidad de deudas fiscales de origen tributario, es meramente accidental el hecho de que exista en la ejecución uno de tales documentos, porque el verdadero fundamento de la orden de pago es la Resolución del Ministerio. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, octubre 16 de 1937). 870, 1ª

JURISDICCION COACTIVA

- 201 -

Constituye suficiente título ejecutivo la Resolución Ministerial que impuso una multa al responsable, sin que haya necesidad de un reconocimiento posterior por parte del empleado recaudador de hacienda. En caso de que el recaudador haya hecho un reconocimiento basado en la Resolución Ministerial eso apenas constituye una abundancia de formalidades que no vicia la providencia ejecutiva. (Auto, Sala de Negocios Generlaes, XLV, número 1930, octubre 27 de 1937). 879, 2ª

JURISDICCION Y COMPETENCIA

- 202 -

"Jurisdicción es la facultad de administrar justicia. Competencia es la facultad de los jueces de administrar justicia en ciertos asuntos. Un Juez sin jurisdicción es nada: pero, aun gozando de ésta, puede carecer de competencia para determinados negocios. Cuando en las actuaciones judiciales hay una irregularidad sustancial que dé por resultado el dejar el juicio sin juez, por concurrir en él incompetencia, existe una causal de nulidad, que el artículo 448 del Código Judicial denomina con toda propiedad incompetencia de jurisdicción. La jurisdicción viene de la ley, y es prorrogable o improrrogable; pero tanto la una como la otra parten del principio de que en el juez conociente haya alguna jurisdicción. La improrrogable no lo es tanto como parece, porque puede prorrogarse retroactivamente, revalidando o ratificando lo actuado. Los juzgadores están investidos de jurisdicción, pero su ejercicio está reguiado por las leyes, lo que significa que éste no depende de su propio arbitrio". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1927, junio 15 de 1937). 550, 1ª

JUSTICIA SOCIAL

- 203 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina titulada: Ley 10 de 1934 y Decreto número 852 de 1935, acusados como inconstitucionales, aquélla en cuanto al inciso C) y éste en cuanto al parágrafo del artículo 24. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, número 1929, noviembre 12 de 1937). ..... 699, 2ª y siguientes.

L

LETRAS PERJUDICADAS

- 204 -

Gustavo Leo Chanange, ciudadano alemán domiciliado en el Ecuador, como girador de la letra contra Rumié Hermanos, había demandado al Banco de Colombia de Cali para que se le condenase al pago de la suma de $ 9,955.20 dólares, valor de aquel instrumento, y a pagarle también los perjuicios consiguientes que se comprobasen durante el juicio. Aquella letra por ese valor había si-

Págs. Pág.

do girada por Chanange en Guayaquil, a sesenta días vista, a la orden del Molino Nacional C. A. y a cargo de Rumié Hermanos, de Cali, quienes la aceptaron el 20 de marzo de 1930, con nota de haber sido excusados el protesto, el aviso del rechazo y la presentación para el pago. El instrumento vencía el 19 de mayo de ese año. El 17 de marzo de 1930, el Molino Nacional endosó la letra de cambio, por valor recibido, al Banco Central del Ecuador y éste, por valor en cuenta, al de Colombia en Cali, el cual, en vez de hacer protestar la letra por falta de pago, dentro del término legal, aceptó en pago otra de los girados, a cargo de la oficina de éstos en Nueva York, a tres días vista, por $ 10,004.98 dólares, a favor del National City Bank of New York, corresponsal del de Colombia, la cual fue protestada por falta de pago. El 23 de julio de 1930 el Banco de Colombia hizo protestar la letra por falta de pago, y en la diligencia correspondiente se hizo constar por el Notario lo tardío de ella. El instrumento negociable así perjudicado fue devuelto, con endoso calificado, por el demandado al Banco Central del Ecuador, el cual no aceptó el proceder del de Colombia. Chanange honró su firma pagando el valor de esa letra de cambio y se subrogó en los derechos del Banco del Ecuador provenientes de los perjuicios por la negligencia del reo. Absuelto éste de los cargos de la demanda, recurrió en casación acusando el fallo del Tribunal de Cali por violación de varios artículos de los Códigos de Comercio y Civil. Dijo la Corte:

"Chanange ha ejercitado dos acciones de responsabilidad diferentes por su naturaleza, por su objeto y por su fin, las cuales son acumulables. La primera es contractual y la segunda delictual (extracontractual, antiguamente), pero ambas basadas en la culpa cometida por el Banco de Colombia en la ejecución del mandato que le confirió el Central de Guayaquil, para el cobro de una letra de cambio. La demanda es defectuosa porque en ella no aparecen clasificadas con claridad esas dos acciones. En la primera de las acciones dichas, Chanange obra en su calidad de sucesor, a título singular, del Banco Central de Guayaquil, en virtud de la cesión que de sus derechos provenientes del perjuicio causado por la culpa contractual del demandado, hizo aquél al actor. La acción de responsabilidad, como elemento del patrimonio de su titular, es en nuestro derecho cesible al mismo título que lo son las demás acciones susceptibles de ello. De hecho, tanto por el demandado como por el Tribunal, la Corte considera pertinente observar que una interpretación de la demanda en el sentido de que Chanange acciona como simple girador de la letra de cambio hubiera sido errónea, desde luego que habría conducido al desconocimiento de su verdadera legitimación en causa. En efecto, no existe la acción de responsabilidad en cabeza del actor cuando el perjuicio que éste alega consiste en el cumplimiento de su obligación como deudor, nacida del contrato celebrado por él. El pago que hizo Chanange de la letra de cambio, produjo los efectos del art. 123 de la Ley 46 de 1923, a saber: no descargó el instrumento; liberó a las demás partes secundariamente obligadas a la prestación principal, y perdió su calidad de negociable. Se operó, pues, una subrogación de los derechos del tenedor en favor del demandante. La subrogación traspasa los derechos accesorios y secundarios del crédito en los términos del art. 1760 del C. C. La doctrina predominante afirma que la pretensión de responsabilidad se transfiere por medio de la subrogación del crédito principal, cuando aquélla es un derecho accesorio de éste, siempre que desde el punto de vista económico constituya esa pretensión de responsabilidad un todo con el crédito principal. Contemplando el asunto por otro aspecto, si se considera que es Chanange un tercero en la letra de cambio, a causa de que quedó liberado de su obligación como resultado de la falta del oportuno protesto de ella, el endoso que le hizo al respaldo del instrumento negociable el Banco Central del Ecuador, no tendría el carácter de tal por haber sido efectuado después

Págs.

del vencimiento (ordinal 2º del art. 55 de la citada Ley 16). En este supuesto, se verificó una simple cesión y Chanange adquirió solamente el título y el derecho del cedente. La cesión de un crédito comprende las cualidades, ventajas y vicios que éste tenga, y, por consiguiente, también sus derechos accesorios y secundarios (art. 254 del C. de Comercio, 1669 y 1964 del C. C.). De ahí que para la cesión del crédito de responsabilidad, cuando aparece como accesorio del principal, sea pertinente una consideración igual a la anterior. En este pleito aparece probado con las declaraciones hechas en escritura pública por el gerente en Guayaquil del Banco Central del Ecuador, que Chanange quedó subrogado convencionalmente, cuando pagó la letra de cambio, en el crédito accesorio de responsabilidad que se había fijado en cabeza de aquel establecimiento bancario. Por último, la acción de responsabilidad, en este caso, es cambiaria, puesto que sanciona una culpa que no se origina sino como resultado de una contravención al ordenamiento jurídico sobre instrumentos negociables. Es, por lo tanto, manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal, al prescindir, como lo hizo, de la prueba de la cesión, con el título principal, del crédito de responsabilidad, ya que el problema acerca de la subrogación en los derechos accesorios no se suscita cuando la voluntad de las partes es clara al respecto. De acuerdo con el ord. 2º del art. 39 de la Ley 46 de 1923, el endoso restrictivo de la letra de cambio hecho por el Banco Central del Ecuador en Guayaquil al de Colombia, constituyó a éste en agente de aquél, con los derechos a que se refiere el art. 46 de la misma ley y dentro de los límites de las instrucciones dadas por el endosante al comisionista en carta del 17 de abril de 1930. Por el hecho de la cesión del crédito de responsabilidad, Chanange ocupa el lugar del Banco Central de Guayaquil en el primitivo negocio jurídico. Puede, por lo tanto, hacer efectivo el resarcimiento de los daños causados a su cedente por la violación del contrato,

Págs.

de mandato, invocando éste; y debe, a su turno, sufrir las consecuencias de la defensa que, con base en este mismo pacto, presente el Banco de Colombia. De ahí que el Tribunal violara el art. 374 del C. de C. cuando se basó en éste para negar a Chanange la procedencia de la acción que se analiza, puesto que implícitamente negó la posibilidad de que el comitente ceda sus acciones contra el comisionista por inejecución de las órdenes e instrucciones a éste. El actor, a quien correspondía, probó la inexistencia de la obligación del Banco de Colombia, la cual era de contenido determinado, y alegó la inejecución de ella por parte del reo. El contenido determinado de esta obligación, corroborado por las aludidas instrucciones escritas, consistía en lo siguiente: a) presentar la letra de cambio para su aceptación, conforme a lo dispuesto en el art. 146 de la citada ley; b) para los efectos del art. 1º de la Ley 8ª de 1925, protestar la letra, por falta de aceptación o de pago, dentro del plazo previsto en el artículo 2º ibidem; c) dar el aviso a que se refiere el art. 91 de la mencionada Ley 46. El Banco de Colombia, en la ejecución de su comisión, incurrió en una culpa profesional, entendiendo por tal la falta a los deberes especiales que le impone toda profesión a quien la ejerce. Esa negligencia culposa consistió en no haber efectuado oportunamente la diligencia de protesto, por falta de pago, de la letra de cambio. A causa de que Rumié Hermanos, cuando aceptaron la letra de cambio, exoneraron la presentación para el pago, el aviso de rechazo y el protesto, el plazo para efectuar este último, por falta de pago, empezó a correr al día siguiente de vencido el instrumento negociable (art. 85 de la Ley 46 de 1923). No justificó el Banco su demora en realizar el protesto según el artículo 160 de la misma Ley 46. Además, por ser la obligación del reo de contenido determinado, no le era suficiente ceñirse a la regla general de prudencia y diligencia en su conducta observada. La falta de provisión de fondos alegada por el Banco de Colombia no lo exonera de res-

Págs.

ponsabilidad, porque tácitamente aceptó la comisión, desde luego que presentó a Rumié Hermanos la letra de cambio para su aceptación y porque esa circunstancia condiciona la suspensión de la ejecución del mandato a lo dispuesto en el ordinal 2º del artículo 344 del C. de C. Además, no está acreditada la exigencia que al respecto hubiera hecho al Central de Guayaquil el demandado. El daño causado por el Banco de Colombia consistió en dejar libres al girador y endosantes de su obligación de pagar la letra de cambio al Banco Central del Ecuador (artículo 1º de la Ley 8ª de 1925). Para determinar la naturaleza y la cuantía del perjuicio causado por la culpa del reo, es necesario tener en cuenta que la falta del protesto oportuno, por falta de pago de una letra de cambio, no modifica la obligación del girado que la aceptó incondicionalmente, obligación cuyo contenido es el previsto por el artículo 134 de la Ley 46. Por regla general sólo la prescripción ordinaria de la acción extingue la obligación del aceptante general de la letra de cambio. Por consiguiente, la negligencia del Banco de Colombia en protestar la letra de cambio por falta de pago, causó un daño que no se refiere a la circunstancia de que Rumié Hermanos no descargara el instrumento negociable. En efecto, al tenor de los artículos 62, 63 y 69 de la citada Ley 46, tanto el girador Chanange como el beneficiario endosante Molino Nacional C. A., contrajeron la obligación de pagar al Banco Central del Ecuador la suma de la letra de cambio en el caso de que ésta fuera protestada y se practicaran las debidas diligencias de protesto por falta de aceptación o de pago. La culpa, pues, del Banco de Colombia liberó de su obligación a las mencionadas partes de esa letra de cambio. La liberación del actor de su obligación como parte en la letra de cambio perjudicada, tiene por resultado el de que su calidad de cesionario del Banco Central de Guayaquil en el crédito de responsabilidad sea jurídicamente perfecta, esto es, no se modifique por la circunstancia de haber sido otorgante del instrumento negociable, ni tampoco por la de que el móvil que la determinó a adquirir el crédito de responsabilidad hubiera sido el de conservar al mismo tiempo su buena reputación comercial, haciendo honor a su firma". Termina la Corte casando la sentencia recurrida, condenando al Banco al pago del valor de la letra y absolviéndolo por los perjuicios demandados. (Casación, XLV, número 1923, abril 30 de 1937)..... 42, 1ª y 2ª, 43, 1ª y 2ª, y 44, 1ª

Salvó su voto el Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo, expresando entre otros pensamientos, los siguientes: "Si la insolvencia del girado no es imputable al tenedor ni a su comisionista, porque con protesto o sin protesto dicho girado no se hallaba en capacidad de pagar, me parece claro que el girador tenía la obligación natural de recembolsar al tenedor el importe de la letra. Si el girador cumplió esa obligación natural, creyendo erróneamente que según la ley subsistía su responsabilidad, no obstante la culpa del comisionista, hecho el reembolso podía el endosatario comitente retener lo que se pagó. Cuando el girador, obrando como tal, paga el valor de la letra perjudicada, porque voluntariamente quiere pagarlo, o por error de derecho, o por cualquier otro motivo, aunque supiera que no tenía obligación civil de pagar y aunque pensara que tampoco tenía obligación natural, se borra la noción de perjuicio en cabeza del tenedor. Queda en su plata. Creo que cuando el girador, renunciando a su excepción, paga al tenedor el valor de la letra perjudicada, se subroga en los derechos de éste contra el girador, pero no en la acción de perjuicios del comitente contra el comisionista que dejó perjudicar la letra".

LEY 28 DE 1932 SOBRE REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO

- 205 -

Véase: Régimen patrimonial en el

	Págs.
matrimonio según la Ley 28 de 1932. (Casación, XLV, número 1928, octubre 20 de 1937).	633, 2ª y 634 y siguientes.

LEY ACUSADA

- 206 -

Acusado como inconstitucional el artículo 5º de la Ley 64 de 1936, sobre elecciones de concejeros municipales en Florencia, dijo la Corte:

"..... Ni la reforma constitucional de 1936, ni el Acto Legislativo número 3 de 1910, ni la Constitución de 1886, hablaron de círculos electorales municipales, porque se ha tenido siempre en nuestra historia constitucional como un principio el siguiente: cada municipio es, por sí, una circunscripción electoral para la elección de su Concejo. Por eso ni la Constitución ni la ley han hablado nunca de circunscripciones electorales para la elección de Concejeros Municipales, ni menos han hablado de tal circunscripción formada por varios municipios. La garantía constitucional que ampara a los municipios y protege su autonomía, impide la formación de círculos electorales de más de un municipio para las elecciones de Concejeros Municipales..... Considerando que el núcleo de población llamado Distrito, no forma sino una circunscripción electoral para la elección de su cuerpo representativo, se concluye que la ley que establezca circunscripciones electorales para la elección de concejeros municipales, por la agregación de territorios que no pertenecen al núcleo, centro o municipio respectivo, desconoce el principio democrático y representativo, que informa la declaración política que respecto de elecciones contiene la Carta Fundamental y pugna con el espíritu que informa los artículos ya mencionados. Además, viola el artículo 194 de la Constitución, por cuanto éste preceptúa que en cada distrito municipal habrá una corporación de elección popular designada con el nombre de Concejo Municipal, y es obvio por lo ya expresado, que

	Págs.
son los ciudadanos vecinos del distrito los que tienen derecho a intervenir en la formación de los concejos respectivos, por cuanto éstos, en virtud del régimen representativo, constituyen la representación de los vecinos de los distritos y el legislador definió en el artículo 140 del Código Político y Municipal lo que se entiende por Distritos, o sea el territorio sometido a la jurisdicción del alcalde con sus habitantes ..... Dada la organización actual del núcleo de población existente en Florencia, éste está regido para los asuntos concernientes a su administración propia de la misma manera como se rigen los demás municipios, por un Concejo Municipal de elección popular, por un alcalde jefe de la administración y por los demás funcionarios, como personero, juez y tesorero municipales, con las mismas facultades que tienen éstos en los demás distritos. Pero no es sólo esto, sino que existen en Florencia las mismas cargas y contribuciones que forman las rentas de todos los presupuestos municipales y son los vecinos de Florencia los que viven dentro del territorio demarcado por el Gobierno, los que contribuyen a las cargas de esa administración y los que están ligados por las reglas normativas expresadas en los acuerdos municipales de Florencia dictados por su Concejo Municipal. Si, pues, se concede el derecho de que habitantes de otro territorio o de otras regiones, que escapan a la jurisdicción municipal de Florencia, intervengan en la formación del Concejo Municipal de ésta, se violan y desconocen los principios fundamentales de la Constitución de que se ha hecho mérito en este fallo. Desarrollándose la administración propia de Florencia al igual de la de los municipios, mientras ese estado legal subsista deben aplicarse los mismos principios que para esa administración amparan a los demás distritos, especialmente en su régimen electoral", (Sentencia, Sala Plena, XLV, número 1927, septiembre 10 de 1937).	397, 2ª, 398, 1ª y 2ª, y 399, 1º

Págs.

LEY 10 DE 1934 Y DECRETO NUMERO 652 DE 1935, ACUSADOS COMO INCONSTITUCIONALES, AQUELLA EN CUANTO AL INCISO C) Y ESTE EN CUANTO AL PARAGRAFO DEL ARTICULO 24

- 207 -

El fundamento de la acusación de inconstitucionalidad se refería al principio de no retroactividad de las leyes que reconoce la Constitución, pues consideraba el actor que los artículos acusados tienen carácter retroactivo y que, por consiguiente, violan derechos adquiridos. Dijo la Corte:

"LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS. — La Constitución Nacional garantiza la irretroactividad de las leyes. Este precepto está reglamentado en los artículos 18 a 47 de la Ley 153 de 1887. El carácter retroactivo de una ley consiste en vulnerar derechos adquiridos. Las disposiciones acusadas no tienen efecto retroactivo. El inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 establece el derecho a indemnización en el caso de que se realice un hecho posterior a la expedición de dicha ley; el despido de un empleado, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato. Es obvio que tal disposición no puede tener efecto retroactivo cuando el derecho que consagra nace de un hecho futuro. El parágrafo del artículo 24 del Decreto 652 de 1935, que reglamenta la materia, ciñéndose al espíritu de la ley, tampoco es retroactivo por las mismas causas. La disposición mencionada de la Ley 10 y el precepto reglamentario del Decreto 652 señalan el tiempo que el empleado sirvió con anterioridad a la expedición de la ley, como justo factor para graduar el monto de la indemnización. No puede esta circunstancia considerarse como motivo de irretroactividad, porque el hecho de entrar en el cómputo de la indemnización todo el tiempo de servicios del empleado, sea anterior o posterior a la ley, sólo significa que se utiliza ese factor para señalar la cuantía de la indemnización en una forma que consulte la equidad y la justicia. El doctor Manuel J. Angarita, eminente abogado, al comentar las disposiciones de la Ley 153 de 1887, dice que hay leyes que se refieren al pasado sin vulnerar ningún derecho adquirido. Agrega que esas leyes no tienen carácter retroactivo y deben considerarse únicamente 'retrospectivas'. Esta doctrina la coge el señor Procurador General de la Nación en su importante estudio y la sustenta con opiniones de modernos expositores de derecho, para aplicarla como pertinente al caso que se estudia. En la legislación colombiana hay numerosos antecedentes en que se ha tenido en cuenta el tiempo de servicios anterior a la expedición de las leyes para regular la cuantía de las pensiones y las recompensas. Pudiera argumentarse que se trata de cargas del Estado y que éste tiene libertad para resolver lo relativo al pago de las gracias que concede a sus servidores. Pero también el legislador ha reglamentado en la misma forma las pensiones y recompensas que deben pagar empresas o instituciones privadas o distintas de las nacionales, como ocurre con la Ley 1ª de 1932 sobre pensiones de los empleados ferroviarios, de la cual se hablará más adelante, y con los sueldos de retiro de los militares y pensiones que se pagan con fondos de cajas que no pertenecen al Tesoro Nacional. El medio establecido por el legislador colombiano para determinar la cuantía de la indemnización en los casos de despido, no puede considerarse como caprichoso o arbitrario, sino que responde a un alto ideal de humanidad y de justicia social, que mira al reconocimiento de los esfuerzos del empleado que ha dedicado sus capacidades al servicio de una empresa, con honradez y decisión. No es justo que al empleado, después de un servicio prolongado y eficiente, que muchas veces agota sus energías y lo imposibilita para otras actividades, se le despida sin derecho a una recompensa equitativa que lo libre siquiera en parte de los rigores de

Págs.

Págs.

una cesantía injustificada. La Corte ha dicho que la noción de derecho adquirido estriba en las relaciones de derecho que producen los hechos legalmente consumados, como que aquéllos hacen parte de nuestro patrimonio. Agrega que los derechos adquiridos quedan comprendidos en la idea de propiedad considerada en toda su amplitud y en todas sus manifestaciones. (Sentencia de 2 de marzo de 1918). Fiore dice que el derecho adquirido en atención a la ley nueva, es el DERECHO PERFECTO, aquel que se debe tener por nacido por el ejercicio integralmente realizado o por haberse íntegramente verificado todas las circunstancias del acto idóneo, según la ley en vigor para atribuir dicho derecho. Dice el mismo autor que 'lo pasado, que queda fuera de la ley, es el derecho individualmente ya adquirido, en virtud de una disposición de la antigua ley antes vigente.' Siguiendo este orden de ideas en el estudio del problema que se debate, se llega a la conclusión de que no hay para los patronos el derecho adquirido de que se habla para no pagar al empleado la indemnización, en caso de despido que no sea originado por mala conducta ni por impedimento del contrato, porque jamás ha existido una ley que los exima de esa obligación, ni podría haberla, porque con ella se habría consagrado una injusticia notoria. En cambio, si existen textos de la ley civil que en ciertos casos daban al empleado despedido el derecho de reclamar en la forma ordinaria indemnización por los perjuicios ocasionados. La Ley 10 no hizo otra cosa que fijar las normas para el ejercicio del derecho a la indemnización, siguiendo los dictados de la justicia social. Las disposiciones acusadas no quebrantan ninguna situación jurídica concreta establecida en favor de los patronos, que los eximiera de la obligación de indemnizar a los empleados cesantes. No son, por consiguiente, tales disposiciones violatorias de derechos adquiridos. La Constitución, en su artículo 40 establece que el trabajo goza de la especial protección del Estado. Las leyes que reglamentan lo relativo al

Págs.

contrato de trabajo, son de interés social. Así lo consideró la Corte en sentencia de fecha 25 de mayo de 1936, en la cual dijo lo siguiente: 'El contrato de trabajo del que vive la mayoría de los hombres forma la base de la organización actual, económica e industrial y presentado como un hecho social, tanto por su magnitud como por su trascendencia, da lugar a un derecho indiscutible 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.' Si se estudiara lo relativo a la indemnización de los empleados despedidos solamente a la luz de las disposiciones rígidas del Código Civil y del Código de Comercio, posiblemente encontrarían asidero los argumentos de los que sostienen la tesis de la retroactividad de las disposiciones acusadas. Pero la importante cuestión que se comenta no debe contemplarse a través de los mandatos de los textos expresados, sino de acuerdo con los principios que informan la justicia social, como lo ha entendido y practicado la Corte. Además de los cánones escritos de las constituciones y de las leyes, están ciertos principios de humanidad, que no deben desatenderse cuando se trata de buscar la armonía social. La legislación colombiana así lo establece, cuando dice en el artículo 4º de la Ley 153 de 1887 que los principios del derecho natural servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. Un eminente autor comenta una disposición similar del Código chileno, así: 'El DERECHO NATURAL no sólo es fuente sino complemento de la legislación, porque en los casos impre-

Págs.

vistos o no resueltos claramente por la ley positiva, la solución dependerá muchas veces de la justa aplicación de la ley natural.'—LA JURISPRUDENCIA. La Corte, en sentencia de siete de noviembre de mil novecientos treinta y tres, declaró que no son inexequibles los artículos 1º de la Ley 1ª de 1932 y 4º del decreto 1471 del mismo año, acusados como inconstitucionales por los doctores Pedro M. Carreño y Eduardo Rodríguez Piñeres. Los textos referidos son los siguientes: Artículo 1º de la Ley 1ª de 1932: 'Todo empleado u obrero de edad no inferior a cincuenta y cinco años, que haya servido por espacio de veinte años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación, según la escala siguiente: ..... Las disposiciones de este artículo se hacen extensivas a los empleados y obreros de las condiciones antedichas que hubieren sido despedidos o se hubieren retirado de las empresas ferroviarias nacionales durante el año anterior a la fecha de la vigencia de la presente ley'. El artículo 4º del Decreto número 1471 de 1932, dice así: 'Los empleados y obreros tendrán derecho de que el tiempo de servicio prestado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1ª de 1932, se acumule al tiempo que sirvan durante tal vigencia. Pero los empleados y obreros de empresas ferroviarias de propiedad de los Departamentos, de los Municipios y de los particulares, que se hayan retirado del servicio o que hayan sido suspendidos con anterioridad a la vigencia de la mencionada ley, no tendrán derecho a la pensión aun cuando hubieren cumplido veinte años de servicios y tengan la edad requerida. Los empleados y obreros de las empresas ferroviarias de la Nación solamente carecerán del derecho a la pensión si su retiro o su despido se hubiere efectuado con anterioridad al día 16 de julio de 1931'. Como fundamento principal la Corte dijo lo siguiente: 'Las pensiones (las de la Ley 1ª de 1932) no tienen el carácter de sueldos ni de salarios, pues al paso que los dos últimos miran al interés privado, las pensiones son instituciones establecidas por motivos de interés general, que hacen parte de lo que se conoce con el nombre de 'previsión social' y que tienen por finalidad atender a la subsistencia de aquellas personas que por razón de su edad y estado de pobreza no pueden subvenir a sus más apremiantes necesidades, después de haber consumido su energía y su edad útil en servicio de una empresa o entidad. La sociedad está interesada en que dichas personas no carezcan de lo necesario para su sostenimiento, y por este motivo procura que disfruten de una asignación que las coloque en circunstancias de no perecer de inanición'. La Corte declaró que las disposiciones mencionadas no son inexequibles, en el concepto en que fueron acusadas. Si se comparan los motivos de la acusación, se ve que son iguales a los que se adujeron como fundamento de la demanda que hoy se estudia. La Corte sintetiza así los argumentos expuestos por los doctores Carreño y Rodríguez Piñeres: 'Que el artículo 1º transcrito, o sea el de la Ley 1ª de 1932, en cuanto se refiere a servicios prestados con anterioridad a la vigencia de dicha ley, lesiona derechos adquiridos de las empresas particulares de transportes, por cuanto la remuneración correspondiente a esos servicios quedó regulada por los contratos celebrados conforme a la legislación entonces vigente, entre los empleados y obreros y las empresas, las cuales al pactar tales estipendios tuvieron en cuenta los cálculos de sus respectivos negocios y sobre dichos cálculos liquidaron y repartieron las utilidades obtenidas en los años o semestres correspondientes; por lo cual, agregan, al establecer la ley la obligación para las empresas, de reconocer y pagar pensiones por razón de tales servicios, se afecta una situación jurídica creada y amparada por la legislación anterior.' Este antecedente de la jurisprudencia de la Corte tiene especial importancia para el estudio de la demanda contra la Ley 10 de 1934 y el decreto reglamentario, por

Págs.

tratarse de disposiciones similares a las que hoy se analizan. LAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS Y LA INDEMNIZACION POR EL DESPIDO SIN CAUSA. Observa la Revista Internacional del Trabajo, entrega correspondiente a abril de 1937, que los riesgos de despido con todas sus consecuencias, han aumentado en los últimos años para los empleados por diversas causas, entre las cuales se anotan la disminución del comercio internacional, el peso de la ley de la oferta y la demanda sobre la remuneración y la escogencia del empleado, la plétora de candidatos y la competencia que hacen las mujeres, que trabajan por un salario reducido. Por este motivo las organizaciones de las diversas tendencias y los distintos países han manifestado sus aspiraciones en esta materia que se han cristalizado en los dos puntos siguientes: 1º Que ningún contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios sea terminado sin un aviso anticipado suficiente. 2º Que la terminación del contrato de trabajo sin que haya falta personal del empleado, deba comportar para este último el derecho a una indemnización. La Asociación Internacional para el progreso social ha recomendado a su vez que la indemnización de licenciamiento sea proporcionada a la duración del servicio. En estos fines humanitarios se inspiran las nuevas legislaciones del mundo. La revista mencionada, en sus números de abril, mayo y junio de este año, publica el extracto de la legislación de varios países." Continúa la Corte su exposición trascribiendo interesantes datos sobre la legislación en ese punto de Alemania, Austria, Italia y Chile, para concluir declarando que son exequibles los artículos acusados. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, número 1929, noviembre 12 de 1937).. Págs. 699, 2ª, 700, 1ª y 2ª, 701, 1ª y 2ª, 702, 1ª y 2ª

Salvaron su voto a esta sentencia los Magistrados doctores Liborio Escallón, Aníbal Cardoso Gaitán, Hernán Salamanca, Eleuterio Serna R. y Arturo Tapias Pilonieta y el Conjuez doctor Carlos Bravo, en una extensa exposición de la cual extractamos solamente lo más esencial, que dice así: Págs.

"ES RETROACTIVA LA LEY 10? — A veces ciertas conveniencias de convivencia social parecen requerir que las leyes extiendan sus efectos más allá de su entrada en vigor; pero en una sociedad organizada dentro del Derecho, las personas no deben estar sometidas a los vaivenes de la legislación, pues éstas necesitan alguna seguridad en sus negocios, los cuales serían siempre un mero albur, si las leyes de mañana pudieran arrebatar los derechos conseguidos hoy al amparo de determinadas leyes. Contra tal sistema escollarían todos los medios de la previsión humana. Si el numeral C del artículo 14 de la Ley 10, apenas diera al Juez las normaciones para regular un derecho anteriormente adquirido, podría decirse que la retroactividad era en tal evento un espejismo ilusorio. Mas tal cosa sería apenas la conclusión de esta premisa: la duración en el empleo o sea la antigüedad generó para el empleado un derecho de indemnización por el desgaste de sus energías, o una retribución por el mismo concepto. Ello no sería, en el fondo, sino el derecho a una participación pecuniaria, conquistada por el trabajo, no pagada por el empleador, y reservada por él para entregarla al empleado, en el momento del despido. Si realmente se tratase de un derecho adquirido en la forma enunciada, la susodicha reserva debería devolverse al empleado, aunque se le hubiera despedido por motivos justificativos. Nada dicen tampoco, sobre este punto, las leyes antecedentes, y en consecuencia, es lógica la afirmación de que ese derecho no estaba consagrado en disposiciones positivas anteriores a la Ley que se discute. Si se arguye que tal derecho estaba fundado en principios de equidad, habría que contestar que también es de simple equidad no deducir responsabilidades, no previstas en las convenciones ni expresadas en la estructuración legal de los contratos. El

Págs.

criterio de equidad, aplicado de semejante modo, a favor de una de las partes contratantes y en perjuicio de la otra, presupondría que la duración de los empleos dependió siempre del mérito del empleado, cuando, en muchas ocasiones, fue una resultante de la buena voluntad del empleador. Y cuando la atención se fija, no en el empresario de fuerte capital, sino en los empleadores de escasa fortuna — y ellos, entre nosotros, forman legión — entonces no aparece muy evidente la equidad, al imponer estos gravámenes no prescritos en la época en que transcurrieran sin ellos años de servicio de los empleados. Si el auxilio de cesantía se hubiera extendido a los empleados despedidos antes de la vigencia de la ley, este efecto sería retroactivo? El doctor Luis Felipe Latorre, cuyo concepto ha sido remitido a la Corte y ha pasado por disposición de la Presidencia al magistrado que elabora el proyecto, escribió lo que se transcribe: 'Si ésta (la ley 10) hubiera dado a los empleados despedidos antes el derecho de reclamar indemnización, el efecto retroactivo sería incuestionable; pero desde el momento en que el auxilio de cesantía tiene que derivarse de un despido posterior a la vigencia de la ley, que en todo caso es un acto voluntario del patrón 'que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato por parte del empleado', la pretendida violación de derechos adquiridos del patrón carece de fundamento jurídico y la tacha de inconstitucionalidad de la ley no resiste examen serio.' A esta opinión, que en parte es rigurosamente jurídica, se observa: Si la aplicación de la ley a despidos anteriores implica retroactividad, no la implicaría también el querer derivar de servicios ya cancelados y pagados, nuevas obligaciones, cuando antes de la Ley 10 no había leyes que originaran créditos al respecto? Situaciones jurídicas tan semejantes claman que se les aplique el mismo criterio, para no incidir en una antilogia. El expositor Roubier, a quien con tanta razón se ha aludido en el debate sobre esta ley, escribió en su obra 'Los conflictos de las Leyes en el tiempo' lo que sigue: 'Por ejemplo, una ley nueva estatuye que 'la muerte del arrendatario pondrá fin al contrato de arrendamiento; la ley se aplicaría retroactivamente, si se aplica a una muerte sobrevenida antes de ella entrar en vigor; en efecto, un hecho que bajo la ley del día en que se produjo no daba nacimiento a situación jurídica alguna; no puede, en virtud de una ley posterior, haber producido efectos jurídicos, sin retroactividad'. No es éste el caso de la antigüedad en los servicios, antes de la vigencia de la Ley 10 de 1934? El numeral c) del artículo 14 de la susodicha Ley 10 contempla el caso del auxilio o indemnización de cesantía para los empleados despedidos después de la vigencia de ella. Si la cesantía es una mera facultad del empleador, la cual no constituye para él un derecho adquirido, sino al ejercitarse, querrá decir que al aplicar la ley nueva a semejantes hechos, no se tropezaría con obstáculos. Si se estima que dicha facultad, en los contratos en curso, no es otra cosa que la de terminar el contrato, podría surgir en la aplicación de la ley el problema referente a cuál de las leyes debe sujetarse la terminación de las convenciones a término fijo, nacidas anteladamente a la ley prenombrada. Esta cuestión, así planteada, obliga a pregonar la tesis de que en estos eventos, hay que atender, no tanto a la noción de pasado en sentido material, cuanto a lo que se entiende por pasado, jurídicamente hablando. Estas dos realidades no siempre coinciden, pues cuando una relación contractual jurídica aparece, puede contener en sí consecuencias que deben considerarse pertenecientes al pasado jurídico que las fecunda, y no al porvenir, que es el imperio de las nuevas leyes. Al presentarse una situación conflictiva de hecho, en esas condiciones, toca al juzgador en el caso concreto deslindar los campos para la aplicación de las normas antiguas o las nuevas. Por otra parte, el parágrafo del mismo numeral es el que se refiere de manera especial a los contratos a plazo fijo de duración.

Págs.

Como el numeral c) del artículo mencionado se refiere a los despidos que jurídicamente pueden considerarse como futuros, es palmario que en esta parte no existe la retroactividad que se alega. Frera de estas reflexiones, en los contratos a plazo indeterminado, la Ley 10, al regir, se les incorpora, sin que por ello se violen derechos adquiridos. Otro punto que contempla el numeral c) es el criterio adoptado por el legislador para fijar la cuantía de la indemnización o auxilio de cesantía. No se ha dejado esta fijación al arbitrio judicial ni se ha señalado al juzgador un cartabón amplio, como lo sería indicarle que tuviese en cuenta, para el monto de la indemnización, las condiciones de edad del empleado, el sueldo, la pobreza, o el número de personas a quienes con su trabajo sostenga. Se ha escogido un criterio matemático, preciso, consistente en gravar con suma determinada cada año de servicio. Mientras la aplicación de este criterio queda dentro del radio comprendido entre la vigencia de la ley y el despido, no se puede aseverar que haya retroactividad. Otra es la cuestión, cuando se abarcan años de servicios ya cancelados y se reabre una situación definitivamente cerrada, irrenunciables otras prescripciones legales o contractuales distintas de los ordenamientos de la Ley 10. Empero, se opina por algunos que la retroactividad es aparente, porque antaño tanto la legislación civil como la comercial imponían al deber al patrón de dar aviso previo sin lo cual el empleado tenía derecho a ser indemnizado. De ahí infieren que esa indemnización y la de la Ley 10 no se diferencian sustancialmente, y que las disposiciones de la última sólo se contraen a estatuir normas para la evaluación del daño, las cuales vagamente existían antes en el libre arbitrio del juez. Esto no es así, porque una cosa es el aviso previo para el despido, y otra el despido efectuado contra expresas determinaciones legales, por lo cual las reparaciones debidas en cada una de estas circunstancias son dispares. Una ruptura brusca del contrato puede ser

Págs.

por motivos legales, y puede no existir reparación por falta de preaviso, y con todo violarse la ley reglamentaria de la terminación del contrato. Consiguientemente, el argumento construído con tales fundamentos es deleznable, porque se cimienta en la confusión de dos distintas posiciones jurídicas. Arguyen otros que con anterioridad a la Ley 10 preexistía la indemnización, por el abuso del derecho, y que el auxilio de cesantía no tiene con ella diferencias esenciales. El abuso del derecho es el uso egoísta de éste sin consideración a los intereses antagónicos de la colectividad; es el uso irregular. En cambio, el despido efectuado fuera de las causas expresadas en la Ley 10, relieva el desencadenamiento de una voluntad que actúa sin derecho y contra el derecho de la otra parte contratante. En consecuencia, las reparaciones basadas en la discutida figura jurídica 'del abuso del derecho' y las debidas por quebrantamiento de disposiciones legales explícitas tampoco pueden confundirse. Para otros, no hay retroactividad, porque suponen que la Ley 10 apenas ha establecido una sanción para hechos que en la conciencia jurídica colectiva violaban la justicia natural, de donde deducen que nada nuevo se ha traído al Derecho con la dicha ley. Teoría seductora es ella, en verdad, pero no tiene firmeza y consistencia, porque también se atiende a un ideal de justicia al no deducir responsabilidades por hechos que no estaban previstos en las leyes. En el Código del Trabajo, de Chile, la indemnización de cesantía se computa por cada año de servicio desde que el empleado entra a la empresa hasta el día en que cesen sus labores. Y una autoridad en estas materias, el profesor Arturo Alessandri, escribe: 'Recientemente se han dictado dos leyes retroactivas: la ley de empleados particulares, que en su artículo 59 establece una indemnización de desahucio proporcional a los años de servicio, y éstos se cuentan desde que el empleado haya sido contratado, aunque este contrato se haya realizado con anterioridad a la vigencia de la ley. Dentro

Págs.

del concepto de la retroactividad de las leyes no tendría derecho a esta indemnización el empleado que hubiera sido contratado antes de la ley, porque en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, y en ellas no se establecía esta indemnización'. Lo que consagra el numeral c) multicitado, es una indemnización especial que acrece en proporción a los años de servicio. No es una simple medida para la cuantía, porque al tomarse la duración del contrato en función matemática se toma un efecto de éste y se le hace producir consecuencias no previstas en la convención, contra el otro contratante. Por el contrato realizado de acuerdo con las leyes civiles, los celebrantes adquieren con justo título derecho a todos los efectos naturales de él, explícitos e implícitos. El nacimiento del hecho o sea la duración del empleo ha surgido antes de la nueva ley; el contrato estaba consumado de acuerdo con las leyes civiles vigentes, y esa antigüedad en el servicio no producía efecto alguno hasta que la Ley 10 modificó y adulteró semejante situación. Y así como hay retroactividad, cuando se borran los efectos producidos en el pasado contractual por un hecho, la hay también cuando a otro hecho se le hacen producir efectos que no existían. Ocurre que en esas condiciones servicios prestados con antelación a la Ley 10 se estiman con basamento para imponer al empleador responsabilidades pecuniarias, cuando éste, en la época en que el servicio se prestó, tenía derecho a no pagar más de lo que se le podía exigir por obra de las cláusulas expresas del contrato de las provenientes de las leyes civiles incorporadas a él. Pagado el sueldo y terminado el contrato, o mejor, una etapa de él, lo que acontece en los que por no tener plazo se van renovando continua y sucesivamente, ningún efecto nuevo podía surgir antes de la ley por razón de antigüedad o duración de los servicios, porque esto es una situación jurídica dependiente de la voluntad del empleador y del empleado, los cuales tienen en el contrato su régimen leal. Fue esta seguridad la que guió a los empleadores, cuando hacían los balances o establecían los fondos de reserva. Por ningún motivo el despido, que no es sino la terminación del contrato, puede producir consecuencias que vayan, por benéficas que sean, a vulnerar situaciones concretas en que se amparen derechos adquiridos por uno de los contratantes. La antigüedad en el servicio prestado antes del advenimiento de la ley, no producía los efectos que ésta le señala. Luego—conviene repetirlo — pretender exigir una indemnización en función de esa antigüedad, contra uno de los contratantes, es violar el derecho que éste había adquirido, de acuerdo con las leyes imperantes entonces, a que no se le exigiesen más prestaciones, por el otro contratante, que las que constaran en la convención, ora expresamente o ya en virtud de las leyes que suplían el silencio de las partes. Dice Fiore, al estudiar la retroactividad, en materia de contratos: 'La ley nueva que se hallare en vigor al tiempo de deducirse dichos efectos, del mismo modo que no puede cambiar las relaciones contractuales, no puede tampoco alterar el derecho adquirido de que todos los efectos directos de dichas relaciones sean determinados y regidos por la ley, vigente al celebrarse el contrato'. Pero, no obstante lo expuesto, podría argüirse que la Ley 10, como se infiere del artículo 19 de ella, es de orden público, y que no hay derechos adquiridos contra el orden público. A este reparo es fácil responder que dicha ley es de orden público a partir de su vigencia hacia el futuro, pero que esa condición no significa que ella pueda crear derechos antes no existentes con violación de derechos adquiridos, que en la ley suprema son derechos constitucionales. Ello sería como admitir que hay orden público contra el orden público, cuando una de las columnas graníticas de éste es la irretroactividad de las leyes.....

Contra todo lo expuesto se arguye que el auxilio de cesantía se origina de una ley que impone prestaciones al empleador, sin que las convencio-

Págs.

nes se afecten, como quiera que tales imposiciones, nacidas de la intervención del Estado que regula la justicia social, son obligaciones extracontractuales, cuyo cumplimiento no vulnera por tanto derechos adquiridos por acuerdo de voluntades. El desempleo y la cesantía provienen, según la Ley 10, de un acto del empleador, o sea de la terminación del contrato, la cual es un efecto de éste, siendo consiguientemente la indemnización un concepto que se relaciona directamente con el régimen convencional entre empleadores y empleados. Cierto es que el Estado puede intervenir reglamentando la libertad y el derecho de contratar, pero el intervencionismo normal no puede ir hasta sacrificar, sin indemnización, derechos legítimamente adquiridos de acuerdo con las leyes civiles, pues si esto se permitiera, la ley suprema sería incongruente, ya que en unos artículos colocaba el elemento destructor de garantías en otros consagradas. La intervención del Estado en el contrato de empleo la impone el orden social y la justicia, pues no se trata en él de un simple cambio de mercancía, sino ante todo, de la actividad humana puesta al servicio de otras personas, de lo cual debe inferirse que en este contrato hay particularismos que lo diferencian de los que tienen por objeto las cosas. Tal intervención estatal se realiza ora imponiendo obligaciones patrimoniales que han de hacer parte del contrato, ora prohibiendo ciertos actos que vayan en desmedro de la dignidad, la salud y la vida misma de los empleados. La democracia, para establecer el imperio de la justicia social, en la cual los intereses desiguales deben equilibrarse jurídicamente, acude con medidas protectoras en defensa de las clases más débiles para que no sucumban en la batalla cuotidiana. Todo ello es muy razonable. Ya la Corte, en famosa sentencia, dijo, hablando de esta materia: "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'. Esta doctrina discreta y humanizadora del Derecho, en marcha hacia el futuro irá transformando la legislación individualista, para colocar en un plano de armonía el capital y el trabajo. Pero si esas transformaciones, al ponerse en práctica, tropiezan con la justicia legal en que se amparan los derechos adquiridos en el pasado, es preciso levantar el límite. De otro modo bajo el nombre de interés social se cohonestaría el holocausto de todo derecho, y así la zona de actividad individual, que el código fundamental protege, se derrumbaría. La destrucción de esa garantía constitucional perjudicaría a todos: al empleado en la vía de su liberación, y a los industriales y comerciantes en pequeño, que no pertenecen a la burguesía capitalista sino también a la clase media." Siguen otras consideraciones de suma importancia, cuya extensión no nos permite insertarlas, y las adiciones, también interesantes, al salvamento de voto conjunto, hechas por los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Hernán Salamanca. .... 703 y siguientes

LEY ACUSADA (ARTICULO 4º DE LA LEY 107 DE 1936, SOBRE IMPUESTO DE VALORIZACION

- 208 -

Se demandó la inconstitucionalidad del artículo 4º de la Ley 107 de 1936, pero limitada a "que se declare inexequible dicho artículo en cuanto incluye como parte del impuesto directo de valorización un treinta por ciento del beneficio que los terrenos desecados o regados recibieron una vez construídas dichas obras." Afirmó el demandante que la parte de la ley acusada era violatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional, correspondiente al título "De los derechos civiles y garantías". Dijo la Corte:

Págs. Págs.

"Todas las consideraciones de la demanda se encaminan a demostrar que el "impuesto de valorización', en la forma en que está establecido en la ley acusada, no consulta la esencia misma de tal gravamen a la luz de la definición que dan insignes profesores de la ciencia fiscal, ni la manera como ha sido implantado en otras partes, ni los principios fundamentales de la justicia tributaria, y de ahí deduce que tal tributo, en cuanto excede del exacto valor de las obras de beneficio ejecutadas por el Estado, constituye un acto de expropiación o un acto confiscatorio que pugna con los preceptos constitucionales que amparan el derecho de propiedad privada. En síntesis, las alegaciones del demandante se reducen a afirmar que el gravamen denominado 'impuesto de valorización' es, de acuerdo con la definición del profesor Edwin R. A. Seligman, 'contribución obligatoria impuesta para atender el gasto que demandan determinadas propiedades raíces'; que en esta definición está determinada con absoluta claridad la esencia misma del gravamen; que la Ley 25 de 1921, que creó el impuesto entre nosotros, se conforma con esta naturaleza esencial del gravamen, pues en su artículo 3° se estatuyó que la contribución está 'destinada exclusivamente a atender a los gastos que demanden dichas obras', y que este mismo concepto fue reproducido y ratificado en el artículo 4° de la Ley 51 de 1926. Apoyado en la definición de Seligman y en los antecedentes legales de que se acaba de hacer mención, asevera el doctor Jaramillo 'que el impuesto de valorización sólo se justifica como un medio de reembolsarle al Estado los fondos invertidos por él en la ejecución de las obras que han de beneficiar determinadas propiedades. Pero hacerlo aplicable a la adquisición por el Estado de una parte de aquellos beneficios, es desvirtuar la esencia misma del impuesto convirtiéndolo en máquina de expropiación sin indemnización alguna, es decir, en elemento de confiscación, violando así la disposición constitucional que garantiza la propiedad privada.' No data solamente del año de 1921 el establecimiento de esta especie de imposición para el reembolso de los fondos públicos que el Estado gaste en obras destinadas por su propia naturaleza a beneficiar determinadas propiedades inmuebles; en el año de 1887 el Consejo Nacional Legislativo dictó la Ley número 23, reformada en el año siguiente por la número 137, en que se autorizó al Gobierno para ejecutar las obras destinadas a impedir o disminuír las inundaciones de los ríos, previo examen y determinación de las obras por medio de ingenieros competentes y estableció la obligación para los dueños de los terrenos beneficiados por esas obras de pagarlas a prorrata del valor de su propiedad inundable, invistiendo al empleado encargado del recaudo de la jurisdicción que concede la ley a los empleados que tienen a su cargo el cobro de las rentas y contribuciones nacionales. El Decreto Legislativo número 40 de 1905, ratificado con el carácter de ley, por medio de la número 6 de ese mismo año, dictada por la Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa, estableció también a cargo de los propietarios de terrenos colindantes beneficiados por las obras públicas para desecación de lagunas, ciénagas y pantanos la obligación de pagar a la persona o entidad que ejecutara la obra, la diferencia entre los avalúos que se practicaran antes de ejecutarla y después de su terminación. (La Corte Suprema de Justicia declaró inexequible estos dos actos en sentencia de fecha 21 de noviembre de 1912, por considerar que no se establecía una verdadera imposición fiscal, puesto que al ordenar que la diferencia de avalúos se entregara a la persona que había ejecutado la obra, no ingresaba tal suma al tesoro público, como debe ocurrir indispensablemente con todas las contribuciones fiscales). Pero fue la ley número 25 de 1921 la que estableció el gravamen dándole la denominación técnica que le corresponde, al decir en su artículo 3°: 'Establécese el impuesto de valorización, consistente en una contribución sobre las propiedades raíces que

Págs. Págs.

se beneficien con la ejecución de obras de interés público local, como limpia y canalización de ríos, construcción de diques para evitar inundaciones, desecación de lagos, pantanos y tierras anegadizas, regadíos y otras análogas, contribución destinada exclusivamente a atender los gastos que demanden dichas obras.' El impuesto así establecido debía tasarse por juntas especiales sobre catastros de las fincas beneficiadas y en proporción al valor del inmueble, al beneficio reportado con la construcción de las obras y al costo de éstas, durante el tiempo necesario para que con el producto del impuesto pudieran realizarse totalmente las obras materia de su creación. La Ley 51 de 1926 reformó la anterior, y conservando el principio de la destinación del impuesto para reembolsar los fondos que hayan servido para la ejecución de las obras, estableció que el monto del tributo es el costo total de ellas, más un diez por ciento (10 por 100), como remuneración al Gobierno. A esta ley sobrevino la número 107 de 30 de abril de 1936, de la que hace parte la disposición acusada, y la cual, en síntesis, dispone en lo pertinente: Los dos primeros artículos autorizan al Gobierno Nacional para verificar estudios técnicos sobre las zonas del país susceptibles de ser regadas o desecadas económicamente y para ejecutar las obras necesarias de regadío o desecación en los casos en que tales estudios demuestren que se justifican social y comercialmente. El artículo 5º dispone que la tasación del impuesto se hará sobre catastros especiales de las propiedades que han de beneficiarse con las obras, teniendo en cuenta su valor antes de la ejecución y el mayor valor que reporten de las susodichas obras. De acuerdo con el artículo 7º, el Gobierno no puede proceder a cobrar el impuesto de valorización sino después de que se ejecuten las obras y se haga notorio el beneficio. Es sobre este beneficio, consistente en el aumento de valor del inmueble representado en la diferencia de los avalúos catastrales, sobre lo que se deduce el porcentaje del impuesto que establece el artículo 4º acusado, además del valor de las obras repartido a prorrata entre los dueños beneficiarios. La erogación que el artículo 3º de la Ley 25 de 1931 impuso a los dueños de las propiedades raíces especialmente beneficiadas por la ejecución de obras públicas de interés local, consistente en una contribución a prorrata del beneficio y hasta concurrencia del valor de las obras, no constituye propiamente, de acuerdo con los principios que reglan la ciencia tributaria, un impuesto, un gravamen que implica el desprendimiento de una parte de la riqueza particular en favor del erario público sin un sentido de equivalencia ni de compensación. Es más bien que un fenómeno de tributación fiscal, una asociación impuesta, un consorcio obligatorio, como lo llaman algunos tratadistas, para la realización de obras como saneamientos, irrigaciones, desecaciones y otros trabajos públicos en que a la vez que se benefician algunos particulares se obtiene también un beneficio general indirecto para la comunidad. No sugiera esta interpretación con la definición del profesor Seligman, traída por el demandante y que habla de contribución obligatoria impuesta para atender al gasto que demanden obras de interés público, pero que sólo benefician directamente determinadas propiedades raíces. Se justifica que la Ley 25 en referencia, hubiera usado el calificativo inmerecido de impuesto para denominar la contribución obligatoria bajo un régimen constitucional que consagraba un concepto restringido para el ejercicio del derecho de propiedad. Si la obligación de los dueños beneficiados por las obras públicas ejecutadas por el Estado se reducía a reembolsarle al tesoro fiscal el exacto monto de lo gastado por él en su ejecución, es evidente que sólo tenía lugar una benévola intervención estatal en provecho particular, pero en manera alguna la exacción de un gravamen fiscal. Fue la Ley 51 de 1926, reformatoria de la número 25 de 1921, la que comenzó a dar realidad fiscal al hasta entonces mal llamado impuesto de valorización, al

Págs.

establecer en su artículo 6º que los interesados beneficiados con obras que a juicio de la Sociedad Colombiana de Ingenieros fueran de 'manifiesta utilidad pública, por producir beneficio local de cuantía superior al impuesto de valorización que haya de cubrir el monto total de costo de las obras, más un diez por ciento como remuneración al Gobierno', estatuyó un impuesto, un arbitrio rentístico sobre un aumento de riqueza determinado por una acción oficial, que tiene amplia justificación y un fundamento jurídico indiscutible, porque, como lo dice el demandante en su tratado sobre Hacienda Pública, 'si se han de construír obras que, aunque convenientes para todos, producen como resultado inmediato un beneficio y una valorización para determinadas propiedades, nada más justo que los dueños de éstas contribuyan con todo o parte del costo de tales obras, y que no se grave, para llevarlas a cabo, a todos los contribuyentes, muchos de los cuales poco o ningún provecho reportarán de ellas. Estas obras consisten generalmente en mejoras locales que tienden a elevar el precio de las propiedades, tales como pavimentación, ensanche y arreglo de calles, servicios de aguas, alumbrado, ornamentación y embellecimiento, desecación de pantanos, regadíos, canalización de ríos y otras semejantes.' Sólo en la medida que el gravamen exceda el reembolso al Estado de lo que éste haya gastado en la ejecución de las obras de beneficio, es en lo que tiene realidad el impuesto; lo demás es una simple devolución de dineros públicos empleados en obras de beneficio particular que no tienen por qué pesar sobre el común de los contribuyentes. Las obras que dan ocasión y fundamento al gravamen de valorización, son generalmente las que por su naturaleza y magnitud y por comprender numerosos propietarios en común desacuerdo e imposibilidad financiera de realizarlas, necesitan de un empresario poderoso como el Estado con capacidad coercitiva y posibilidades muy grandes para su planeamiento y realización adecuada.

Págs.

Esta sola circunstancia justifica sobradamente desde todos los puntos de consideración, que el Estado no se limita al reembolso de sus dineros gastados sino que toma una parte del aumento del valor consecuencial de las obras realizadas por iniciativa, bajo la dirección y control de funcionarios públicos y con dineros del erario. Sea en concepto de remuneración a un servicio del Estado o de tributo que se impone en ejercicio de la potestad soberana sobre un incremento de valor de los inmuebles beneficiados, el impuesto de valorización es justo y no pugna con ningún principio de la ciencia fiscal que enseña que la norma verdadera de todo sistema tributario es la capacidad económica de los contribuyentes. Al principio fundamental de que los ciudadanos deben contribuir en la medida de su capacidad económica, puede añadirse en este caso que la medida del beneficio que reporten de una gestión estatal determinada. 'El gravamen de valorización se estableció únicamente sobre los propietarios de fincas raíces para la ejecución de obras públicas que redundan directamente en beneficio de ellos, de suerte que hay en este tributo una idea clara de remuneración por el servicio que el Estado presta a los dueños que lo pagan'. (Hacienda Pública. Jaramillo). Si no está mal avenido el impuesto de valorización con los principios y normas de la ciencia fiscal, menos lo está con los preceptos de la Constitución Nacional que consagran el poder impositivo del Estado en sus artículos 29 y 69. La Carta no contiene texto alguno que prohiba el establecimiento de impuestos como el de valorización, ni condiciona tampoco el poder de imposición que corresponde al legislador con límites ni tasas. No está dentro de la órbita de las atribuciones de la Corte la determinación del punto hasta donde pueda ir el ejercicio de las facultades del legislador en relación con la cuantía de las contribuciones. Este límite en la calificación constitucional de los impuestos no puede resultar sino relacionado el poder soberano del Estado de imponer contribu-

Págs.

ciones con el amparo constitucional debido a la propiedad privada, cuando la cuantía del impuesto sea en tal forma exorbitante que abarque casi totalmente el valor de lo gravado, porque exigiéndosele así al contribuyente el importe de su propiedad o reduciéndosela a la completa improducción, llegaría a atentarse contra las garantías de ese derecho. Sólo en este caso de absorción por el impuesto de la cosa gravada o de impedimento de su uso y goce puede tener ocurrencia el acto confiscatorio o de expropiación incompatible con el derecho de propiedad que garantiza la Constitución de la República. Fuera de este caso, surge la idea de impuesto anticientífico, o de impuesto inconveniente, o simplemente de gravamen alto, pero no de contribución inconstitucional. 'Las leyes sobre impuesto — como lo ha dicho la Corte — en sí mismas y en la manera de hacerlas efectivas, imponen por su naturaleza ciertas limitaciones a la actividad civil y comercial, y aun privan en parte de la propiedad privada, como necesaria retribución del servicio de la seguridad pública que el Estado presta y da. No es dable concebir leyes de impuestos exentas de semejantes efectos, pero no por eso se puede sacar la conclusión de que el legislador viola con ellas, cada vez que las expide, las garantías constitucionales de la propiedad'. (Gaceta Judicial, Nº 1800). Después de advertir el demandante que esto de obligar a los propietarios a que cubran los gastos que demande la desecación de pantanos, como sucede en los valles de Ubaté y de Chiquinquirá, y al mismo tiempo arrebatarles una gran parte del beneficio que reciben con tales obras, es cosa que no puede tolerar ni el más avanzado régimen constitucional de tendencias socialistas, expresa el temor de 'que el costo de las obras sumado al treinta por ciento del beneficio o valorización, puede absorber la totalidad de dicho beneficio y aun dejar un déficit a cargo del propietario'. Además de que no se justifica bien que una demanda de acusación contra una ley se funde en una situación de mera hipótesis, en una eventualidad que no corresponde a la realidad operante y ordinaria del ordenamiento, se observa en este caso que la disposición acusada no da base a la situación imaginada por el demandante, porque, según se vio al hacer la síntesis de los artículos pertinentes de la Ley 107 de 1936, las obras de interés público local que dan ocasión al impuesto de valorización no pueden ejecutarse sino después de que el Gobierno haya hecho estudiar las zonas del país susceptibles de ser regadas o desecadas económicamente, y después de que el Ejecutivo Nacional, sobre el mérito de estos estudios técnicos, encuentre que tales obras se justifican social y comercialmente. Estas previas condiciones legales de seguridad excluyen la posibilidad de que el Estado imponga un negocio ruinoso a determinados propietarios, única manera de que se presente la situación ideada en la demanda de acusación..... No pugna la Ley 107 de 1936, en la parte en que ha sido acusada, con ninguno de los preceptos de la Constitución Nacional, y armoniza muy bien, por el contrario, con el espíritu de la reforma que en materia de propiedad estatuyó el constituyente de 1936 al consagrar en el artículo 10 del Acto Legislativo número 1º, reformatorio de la Carta, que la propiedad es una función social que impone obligaciones. Se inspiró sin duda esta reforma en el concepto moderno que enseña que la propiedad, desde el punto de vista económico, es un medio de producción que interesa no solamente a su titular y beneficiario, sino a la sociedad entera, cuya vida contribuye a alimentar. Con este criterio fundado en el doble interés, social e individual, las leyes imponen cada día nuevos límites facionales al ejercicio arbitrario del derecho absoluto de dominio tal como venía establecido en la vieja definición del Código Civil, y de esta manera es posible obligar al dueño de las tierras a ponerlas en cultivo porque el título de propietario lleva implícita la obligación de darle a su derecho una actividad social dentro de un sentido de solidaridad que con-

Págs.

Págs.

duzca al acrecimiento de la riqueza general y del bienestar común". (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, número 1930, diciembre 3 de 1937). ..... 794, 2ª, 795, 1ª y 2ª, y siguientes.

A esta sentencia le hizo ciertas salvedades el Magistrado Miguel Moreno Jaramillo, contenidas en los siguientes apartes: "Partidario de Hauriou en su concepto de que aun las leyes constitucionales están sometidas al control de los jueces, me alarma el principio de que hasta por leyes ordinarias se pueda ejercitar la facultad impositiva sin que el Congreso esté condicionado por la Carta 'con límites ni tasas.' Si bien la Constitución no trae ningún texto que encierre dentro de términos exactos el ejercicio de la potestad impositiva correspondiente al legislador, tengo como norma segura en derecho constitucional y en hacienda pública, la de que serían inexequibles aquellas leyes que, a pretexto de establecer impuestos, quebrantaran algún derecho civil o desguarnecieran alguna garantía social. El legislador no puede hacer fraude a la Constitución de la República." Y el Magistrado doctor Juan Francisco Mújica salvó su voto porque el criterio de la sentencia se inspiró en una teoría distinta de la del autor del salvamento en punto de Derecho Constitucional. La interesante disertación académica del Magistrado doctor Mújica puede leerse en las páginas 800 y 801 del número 1930 de la Gaceta Judicial a que nos hemos referido.

LEY 21 DE 1937, ACUSADA. POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES

- 209 -

Acusados como inconstitucionales varios artículos de la Ley 21 de 1937, sobre revisión de los juicios referentes a sueldos de retiro y pensiones militares, dijo la Corte:

Págs.

"LA REVISION ORDENADA POR LA LEY 21 DE 1937. — Puesto que esta ley establece la revisión para todas las prestaciones otorgadas en favor de los miembros del Ejército, esa formalidad abarca lo siguiente: Las recompensas, los sueldos de retiro; las pensiones decretadas en sentencias de la Corte, y las concedidas antes y después del 23 de noviembre de 1927. Y en lo que toca con las pensiones decretadas por leyes especiales, a pesar de que la ley en estudio habla de revisión de los juicios y en esas pensiones no hay tramitación propiamente dicha que anteceda a su otorgamiento, dado que el legislador de 1928 consideró necesario excluirlas de la revisión prescrita en la Ley 72 de 1917, podría pensarse que también ellas quedaron incluídas en el estatuto de 1937. Estima la Corte que debe analizarse por separado el contenido de la Ley 21 de 1937, en relación con cada uno de los grupos indicados. RECOMPENSAS. La trajinada discusión acerca de si las pensiones son o no derechos adquiridos de los que se mencionan en el artículo 26 de la Constitución (31 de la de 1886), cobra un aspecto muy distinto en materia de recompensas, las cuales, según atrás se vio, son cantidades de dinero concedidas por una sola vez a los militares o a miembros de sus familias, en premio de ciertos actos meritorios. Estas sumas, ya se considere que tienen su origen en leyes de naturaleza civil, en leyes administrativas o de cualquier otra índole, tan pronto como se otorgan entran al patrimonio particular de la persona favorecida y en ese patrimonio se incorporan. Ahora bien: Según el artículo 22 de la Constitución actual (26 de la Carta de 1886), disposición citada por el acusador, '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.' La Corte, en sentencias antiguas y recientes de la Sala de Casación en negocios civiles, ha admitido la universalidad de este principio y su repercusión en materias que no pertenecen al ramo penal. En el fallo de

Págs.

casación pronunciado el 15 de diciembre de 1930, en el juicio civil ordinario de Fergusson, Noguera & Cª contra los herederos del general Antonio B. Cuervo por suma de pesos, corren los aparte que siguen: 'Y la violación se hace consistir en que 'la sentencia no consideró, en cuanto a los demandados señores Angel y Rufino Cuervo, si existe o no, y si se extinguió o no la obligación que se les demanda, limitándose a declarar en la parte motiva, que la sentencia no les aprovecha ni les perjudica, y decidiendo en la parte resolutiva que quedan absueltos de la demanda.' Esta superioridad no acepta la teoría en que apoyan los recurrentes la infracción de los artículos copiados, según la cual toda absolución implica el reconocimiento de que las obligaciones del demandado se extinguieron, y que si la absolución se decreta sin que en autos se haya demostrado que las obligaciones se extinguieron, el fallo es contrario a los mencionados artículos 1494 y 1625; y no la acepta, porque aun existiendo las obligaciones en el demandado, éste no puede ser condenado a cumplirlas si no ha sido oído y vencido en juicio, conforme a leyes preexistentes al hecho materia de la obligación, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.' (GACETA JUDICIAL Nos. 748 y 749, página 128). Por sentencia fechada el 9 de octubre de 1935 la Corte invalidó el fallo del Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Bensmann & Uirzen & Cía. S. A. (después el Banco de Londres y América del Sud), contra el señor Miguel Angel Muñoz, y la Sala de Casación Civil en uno de sus considerandos, dijo: 'Establece el artículo 26 de la Constitución Nacional que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En vista de que no incluye el caso el artículo 381 del C. J., siendo la doctrina constitucional, en su caso, norma para interpretar las leyes, y disponiendo el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, en este caso concreto la Corte considera que debe procederse conforme al artículo 540 del C. J., a fin de que las partes tengan oportunidad de obtener sentencia sobre lo principal del pleito, para lo cual se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de su origen entidad a la cual incumbe resolver lo que haya lugar sobre el fallo de primera instancia, de acuerdo con la doctrina expresada por la Corte, y decidir además sobre lo principal del pleito.' (GACETA JUDICIAL, Tomo XLIII, pág. 333). A la luz del precepto constitucional transcrito resulta obvia que si en determinada circunstancia, cuando se otorga una prestación de la clase de la recompensa militar, ocurre algún vicio que afecte la concesión, como error, fuerza, dolo, las acciones del Estado para recuperar lo indebidamente pagado —tomando la palabra acción en el sentido de derecho de exigir alguna cosa— no pueden ser otras que las civiles ordinarias o las de naturaleza penal, preexistentes a la adquisición del beneficio. La ley 21 de 1937 no se limita a crear un simple procedimiento o ritualidad para ejercitar aquellas acciones; sino que invirtiendo normas universales sobre libertad civil, carga de la prueba, etc., y mudando la índole propia del recurso ordinario de revisión, puede llegar hasta afectar patrimonios particulares, por encima de resoluciones judiciales o administrativas todavía vigentes. Importa recordar que el legislador tiene potestad para organizar los distintos trámites que por razón de la naturaleza de los juicios deban seguirse en orden a obtener el fin del proceso; regula el modo como han de ventilarse y resolverse los asuntos cuyo conocimiento corresponde al órgano judicial de poder y a otras dependencias encargadas también de administrar justicia, pero tal poderío no lo autoriza para obrar soberanamente en la fijación de las formas de cada juicio. Esas formas deben ser las PROPIAS, o sea, las que ha-

Págs.

Págs.

gan efectivos los derechos y garantías que la Constitución protege, dentro de ciertos cánones incontestables en ciencia procesal y en lógica probatoria, ajustando sus reglas de procedimiento a los principios fundamentales y al espíritu que los informa. Así podría pensarse, por ejemplo, en la inconstitucionalidad de una ley que eliminara de los juicios el derecho de defensa. La Ley 21 de 1937 impone al beneficiario de una recompensa la obligación de demandar contra su propio interés jurídico y económico; invierte los términos de la presunción de inocencia o buena fe, y delega en una entidad administrativa como el Consejo de Estado la facultad de señalar los trámites de la llamada revisión. Se ha dicho, y se repite, que el Estado puede promover acciones civiles y penales contra quienes hayan cobrado indebidamente recompensas, con infracción de las leyes o al margen de la ley; pero es claro que el ejercicio de esas acciones debe surtirse en un todo con arreglo a derecho. En lo concerniente a este punto constitucional relacionado con las formas propias de cada juicio, oportuno es transcribir aquí el siguiente pasaje de la providencia dictada por la Corte Plena en la acusación contra la Ley 45 de 1923 'sobre establecimientos bancarios'; y que lleva fecha 12 de diciembre de 1925: 'En el grupo de las disposiciones últimamente mencionadas figura el artículo 73, el cual en su inciso 2º establece que las resoluciones del Superintendente son en determinados casos apelables ante la Junta de Revisión, pero que si ésta no falla el recurso dentro de los diez días siguientes a la fecha de la apelación, se entenderá que la Resolución del Superintendente ha sido aprobada', y se hará efectiva. El demandante califica esta disposición de absurda y de opuesta al artículo 26 de la Constitución, que establece que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. La palabra PROPIAS, de que hace uso el texto constitucional transcrito, significa, según los Diccionarios de la lengua, no sólo PERTENECIENTES, sino también CONVENIENTES, APTAS para un fin determinado. La Corte encuentra fundado el cargo, porque reconocida por la ley misma la conveniencia de que las resoluciones del Superintendente sean revisadas por la Junta creada al efecto, lo cual se encuentra por otra parte ajustado a las normas jurídicas, las cuales exigen como garantía del derecho que las decisiones de las autoridades tengan algún recurso, la solución adoptada para ponerle fin a la apelación en caso de que la Junta no profiera su decisión en el perentorio término de diez días, lejos de ser una fórmula propia para el fin que se persigue con la apelación, que es la salvaguardia de los derechos de los Bancos contra las decisiones ilegales del Superintendente, constituye una verdadera arbitrariedad, puesto que la simple demora de la Junta en proferir su decisión sacrifica el derecho del recurrente.' (GACETA JUDICIAL, Tomo XXXII, página 172). Bastan estas reflexiones para concluir que la Ley 21 de 1937 es inexequible, por violación del artículo 22 de la Carta, en cuanto se refiere a la revisión de los juicios sobre recompensas en favor de los miembros de la institución armada. SUELDOS DE RETIRO. Esta prestación, que consiste en mesadas pagaderas a los oficiales y suboficiales del Ejército, fue creada por las leyes 75 de 1925 para los oficiales, y 104 de 1927 para los suboficiales. El sueldo de retiro de los oficiales, en virtud del artículo 10 de la Ley 75 de 1925, se decretaba por la Corte Suprema de Justicia hasta que entró en vigencia la Ley 113 de 1928 que en su artículo 9º adscribió esa facultad al Consejo de Estado; y el de los suboficiales se reconoce por la Comisión de sueldos de retiro de oficiales, conforme al artículo 22 de la Ley 104 de 1927. De las leyes mencionadas, es del caso copiar las disposiciones siguientes: LEY 75 DE 1925.—Artículo 7º... Artículo 8º... Parágrafo... Artículo 9º..... LEY 104 DE 1927.—Artículo 19.... Artículo 20... Si, pues, los sueldos de retiro

Págs.

de los militares emanan de cooperativas o cajas de ahorro para los miembros del Ejército, o sea de fondos especiales destinados a tal objeto, los mismos razonamientos que atrás se adujeron sobre violación del artículo 22 de la Carta en tratándose de recompensas, obran respecto de las prestaciones de esta clase, ya reconocidas, al pretender someterlas a un insólito proceso de revisión administrativa como el que fija la ley de 1937. A lo expuesto se agrega que hasta el 1º de enero de 1929, día en que comenzó a regir la Ley 115 de 1928, correspondió a la Corte Suprema decretar las sueldos de retiro de los oficiales, asunto que se relaciona con otro motivo de inconstitucionalidad de la Ley 21 de 1937, como se verá adelante. — PENSIONES DECRETADAS POR LEY O EN SENTENCIAS DE LA CORTE. Respecto de las primeras, y en el supuesto de que estén comprendidas en la revisión preceptuada por la Ley 21 de 1937, es flagrante la violación del artículo 69, numeral 1º, de la Carta. En esta ley se confiere al Consejo de Estado la facultad de suspender el pago de pensiones como consecuencia de un fallo de revisión, lo que sin duda equivale a derogar el mandato legal respectivo, cuando la pensión se ha decretado en ley especial, es decir, en favor de persona determinada; y es atribución propia del Congreso, al tenor de aquella disposición constitucional derogar las leyes. En cuanto a las segundas, las decretadas por la Corte Suprema de Justicia, ésta halla muy pertinentes los argumentos que sobre el particular formula el señor acusador. Las providencias de la Corte Suprema son emanaciones de una de los tres poderes del Estado, hoy órganos del poder público, que según el artículo 52 de la Constitución son limitados y tienen funciones separadas. No puede el legislador, sin quebrantar el espíritu en que se informa este principio tutelar de las instituciones del país, someter los pronunciamientos de la Corte a la revisión de otras dependencias del Consejo de Estado; y ello es tan notorio, que la capacidad de las entidades de la rama contencioso-administrativa para conocer de cuestiones litigiosas ocasionadas por las providencias del Ejecutivo no se origina en la ley, sino en el estatuto constitucional, a través de los artículos 164 de la Carta de 1886, 42 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, 6º numeral 3º) de la reforma de 1914 y 163 de la Constitución actual. Y en relación con la Corte, corrobora lo dicho que el propio legislador, al proferir la Ley 130 de 1913 sobre jurisdicción de lo contencioso-administrativo en desarrollo del artículo 42 del Acto Nº 3 de 1910, puso de presente que en caso de competencia entre el Tribunal Supremo de lo contencioso —hoy Consejo de Estado— y la Corte, la insistencia de la última prevalece. La tesis en cuestión no alcanza a desvirtuarse con el argumento del señor Procurador de que las providencias de la Corte Suprema de Justicia en materias como de la que se trata son simples actuaciones de carácter administrativo. La Ley 21 de 1937 no consagró al respecto distinción alguna; y es lo cierto que de esta corporación han dimanado también pensiones a cargo del Tesoro Público, reclamadas por la vía judicial y en juicio controvertido —primera instancia en los Tribunales y segunda ante la Corte— en fuerza de la prohibición sobre reconocimiento administrativo de pensiones consignada en el artículo 7º de la Ley 80 de 1916.—PENSIONES ANTERIORES Y POSTERIORES AL 23 DE NOVIEMBRE DE 1927. Según atrás se dijo, el artículo 2º de la Ley 116 de 1928 que amplió el plazo para presentar las demandas de revisión en armonía con la Ley 72 de 1917, además de excluir las pensiones concedidas por leyes especiales o en sentencias de la Corte, circunscribió ese requisito a las pensiones decretadas con anterioridad al 23 de noviembre de 1927, día en que entró a regir la Ley 102 de ese año. En obedecimiento a la Ley de 1917, el Consejo de Estado revisó todas las pensiones militares otorgadas por el mismo antes de la fecha que acaba de mencionarse, las decretadas por la sección de justicia y recompensas del Ministerio de Guerra, y

Págs.

por la comisión de suministros, empréstitos y expropiaciones del Ministerio del Tesoro con la aprobación posterior del Ministro. Respecto de estas pensiones la Ley 21 de 1937 establece, pues, una segunda revisión. Del 23 de noviembre de 1927 para acá se han decretado pensiones militares por la Corte Suprema de Justicia al tenor de las leyes 149 de 1896 y 71 de 1915, y por el Consejo de Estado, corporación a la cual el artículo 7º de la Ley 71 de 1931 asignó todo lo relativo a este asunto. Estudiado ya el problema referente a la inexequibilidad de la Ley 21 de 1937 con relación a las pensiones decretadas por la Corte, queda por analizar el contenido de esta ley en cuanto a aquellas pensiones revisadas y a las concedidas por el Consejo de Estado después del 23 de noviembre de 1927. No obstante que al primer golpe de vista se advierte algo como de injurídico o peregrino en eso de la doble revisión, atentatorio de la estabilidad que debe rodear las determinaciones provenientes de los poderes del Estado, el reparo no alcanza por sí solo a convertirse en un motivo para declarar la inconstitucionalidad de la ley que en tal sentido preceptúa. Pero es que en concepto de la Corte y sin que esto se relacione con la tesis de los derechos adquiridos, para todas las pensiones que comprende este capítulo vale también el argumento expuesto cuando se habló de la inexequibilidad de la Ley 21 de 1937 enfrente de las recompensas militares, sobre violación del artículo 22 de la Constitución. Según el referido mandato de la Carta, en ningún proceso tendiente a la imposición de sanciones puede darse cabida a ley sustancial que no sea preexistente al acto que se impute; y así, de tratarse de la cesación del beneficio por acaecimiento de una de esas circunstancias que a manera de condición resolutoria fijan las leyes, son éstas y no otras las que deben aplicarse. Y si es que en ocasiones determinadas, igual que en las recompensas, existieren serias sospechas acerca de algún vicio que afecte la concesión en punto a su otorgamiento, el Estado encuentra

Págs.

en las leyes preexistentes los recursos civiles o de índole penal para perseguir ese fraude a sus intereses. De idéntica manera, el legislador tendría facultad para fijar nuevos sistemas procedimentales tendientes a la averiguación de tales fraudes, pero sin desatender, como arriba se vio, los cánones de la ciencia procesal y la lógica probatoria; en una palabra: sus mandatos han de acomodarse a las formas propias de cada juicio. — ASPECTO GENERAL DE LA CUESTION. Para la Corte no es válido el argumento del señor Procurador de que esta revisión ordenada por la Ley 21 de 1937 para las prestaciones del Estado respecto de los militares equivale al recurso común de revisión de las sentencias ejecutoriadas de la Corte Suprema y de los Tribunales Superiores, estatuida por las leyes de procedimiento. Basta confrontar las causales que tanto en el antiguo como en el nuevo Código Judicial se establecen para la revisión ordinaria con los puntos sobre los cuales debe versar la revisión especial de que habla la Ley de 1937, para llegar a la conclusión de que difieren sustancialmente. El primero es un recurso que se otorga al perjudicado por una sentencia, con término fijo que lo extingue, para los casos concretos en que hayan ocurrido circunstancias de carácter extrínseco capaces de minar por su base el fallo pronunciado, v. g., piezas detenidas por fuerza mayor u obra de la parte favorecida; documentos falsos; declaraciones que motivaron condenación por perjurio; injusticia de la sentencia en virtud de cohecho, violencia o fraude. La revisión consignada en el artículo 1º de la Ley 21 de 1937 constituye una formalidad ulterior — obligatoria y general — a que se sujeta el goce de la prestación ya decretada, con un plazo fatal que lejos de consolidar el derecho, deja sin valor el del beneficiado con ella, incidente en donde tiene cabida, entre otras cosas, el análisis 'sobre la estricta aplicación de las disposiciones legales que rigen la materia'; es decir, la concesión queda al arbitrio de nuevos puntos de vista en la interpretación de las le-

Págs.

yes. En el sistema de la ley que se comenta, la revisión debe demandarse por el agraciado con la providencia que ha de ser objeto del recurso, lo cual resulta no sólo extraordinario, sino que hace pensar en alguna repercusión sobre el artículo 21 de la Carta a cuyo tenor, en materia penal nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo. Con la circunstancia de que según los antecedentes de la Ley de 1937 citados por el señor Procurador, el origen de esta medida no fue otro que el 'haber sido descubiertos en el Ministerio de Guerra verdaderos hechos criminosos que sirvieron de base para obtener algunas pensiones o sueldos de retiro'. Precisamente que otros habrían sido los conceptos de la Corte si se tratara de un verdadero proceso de impugnación de las providencias relativas a prestaciones en favor de los militares, cuya iniciación corriera a cargo del Estado por medio de los agentes del Ministerio Público y en los casos de duda acerca del derecho del favorecido; pero sin exponer ese derecho a nuevos criterios interpretativos, ni menoscabar la autonomía de los órganos estatales. En una palabra, la revisión para esta clase de beneficios, a semejanza de la que consagran las leyes de procedimiento en relación con los intereses entre particulares y atendida su naturaleza. — LAS VARIAS PROVIDENCIAS DE LA CORTE. Quiere la Corte hacer notar que no hay contraposición alguna entre su pronunciamiento de hoy y los anteriores de que se ha hecho mérito. La presente decisión ha puesto de lado, en materia de prestaciones a favor de los militares, todo lo relativo a la tesis pura y simple de los derechos adquiridos conforme a las leyes civiles, base única en que se informó el proveído de 10 de diciembre de 1915. El argumento que sirvió a la Corte en su providencia de 6 de junio de 1916 para rechazar el cargo formulado contra los artículos 4º y 5º de la Ley 87 de 1915 sobre rebaja de pensiones, por violatorios del artículo 26 de la Constitución de 1886 (22 de la actual) refuerza los considerandos de hoy

Págs.

acerca del proceso de revisión a la faz de ese mandato. Allí dijo la Corte que el Congreso al decretar directamente y en forma general aquella rebaja, ejercitó funciones que le son propias, sin constituirse en Tribunal, ni dictar sentencia contra determinada persona. También expresó la Corte en la providencia de 1916, que es sólo mediante el concurso de todas las circunstancias previstas en leyes en donde se enumeran los motivos que acarrean la pérdida de una pensión, como los militares pueden ser privados de las suyas. Y si en el proveído de 28 de julio de 1932 se admitió como exequible el proceso de revisión, necesario es tener en cuenta lo que atrás se dijo respecto de las prestaciones que en ese trámite no quedaron incluídas, y que la Corte hubo de circunscribirse entonces a la confrontación de preceptos constitucionales distintos de los que ahora le fueron señalados. Por otra parte, para esa época imperaba en la Corte la teoría de que en las acusaciones contra leyes y decretos, de modo análogo a lo que ocurre en casación civil acerca de los artículos legales que el recurrente cita como infringidos, ella debía ceñirse estrictamente a los textos constitucionales que se le anotaran como violados; en tanto que la doctrina actual de la Corte es la de que al ejercitar la función que le asigna el artículo 149 de la Constitución sobre actos de la naturaleza expresada, sus facultades no se hallan ya reducidas a los aspectos de inconstitucionalidad que indique el acusador. En esta doctrina se inspiró la Ley 96 de 1936 (artículo 2º) — LA DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD. En algunas de las disposiciones de la Ley 21 de 1937 impugnadas por el acusador hay pasajes cuyo contenido — considerado aisladamente — entraña incompatibilidad directa con los principios de la Constitución; v. gr., los ordinales b) y c) del artículo 3º sobre autenticidad de documentos y efectividad de la invalidez del militar; el artículo 4º, en cuanto prescribe que el Consejo de Estado dará aviso a los Ministerios de Hacienda y de Guerra

Págs.

de los fallos que dicte; y el artículo 5º, en la parte en que determina pasar copias de lo conducente, cuando sea del caso, a las autoridades del crimen. Pero su declaratoria de inexequibilidad — lo que vale decir que no pueden llevarse a efecto — se impone por la necesaria subordinación de esos mandatos al ordenamiento principal de la ley acusada, que sí es opuesto a las normas constitucionales: el que establece un proceso de revisión de la índole, forma y términos del que se ha estudiado en la presente providencia. Y porque sería impracticable aislar las locuciones contrarias a la Constitución que se encuentran en varios de aquellos lugares de la ley, dejando subsistentes las otras, sin alterar el sentido de los conceptos allí expresados; lo cual no obsta para que los pasajes no contrarios a la Carta Fundamental pudieran incorporarse por el legislador en una ley sobre revisión técnicamente elaborada. Con respecto a los dos parágrafos del artículo 3º y al artículo 6º, que hablan de la clase de papel para las demandas de revisión, de la oportunidad en que ha de pronunciarse el fallo por el Consejo de Estado y de la vigencia de la Ley 21 de 1937, a pesar de que por virtud de la inexequibilidad que se profiere sobre el resto de la ley esos textos quedan inoperantes, la Corte no considera que deban declararse inexequibles, desde el momento en que no fueron atacados en forma expresa por el acusador". (Sentencia de la Corte Plena, XLV, número 1928, octubre 18 de 1937).. 623, 1ª y 2ª, 624, 1ª y 2ª, 625, 1ª y 2ª, 626, 1ª y 2ª, 627, 1ª y 2ª, y 628, 1ª y 2ª

LEYES SOBRE DEUDAS

- 210 -

Las leyes y decretos de 1932 a 1933 gravaron los intereses de deudas entre particulares, en cuanto excedieran de cierto límite, imponiéndoles un tributo equivalente al exceso. No tiene eso el carácter de un impuesto, y así lo reconoció la Corte en su sentencia de exequibilidad pronunciada el 25 de febrero de 1937; pero no porque sea otra su índole puede negarse que el legislador y el jefe del ejecutivo, por disposiciones declaradas ya exequibles, decretaron, con el impropio nombre de "impuesto", un beneficio en provecho de los deudores y a cargo de los acreedores. (Casación, XLV, número 1929, septiembre 24 de 1937).... 753, 2ª, 754, 1ª y 2ª

LIBROS DE COMERCIO

- 211 -

En un juicio sobre pago de una suma de dinero sostenía el actor recurrente que el Tribunal sentenciador había violado el artículo 43 del Código de Comercio.

"Consiste el argumento del recurrente en que los libros de comercio de la compañía, estando llevados en forma regular, según lo afirmó el Juez que practicó la diligencia de inventarios, y de donde fueron tomadas las partidas del activo y del pasivo, constituyen la prueba que el Tribunal echó de menos para respaldar la realidad del crédito a que la hijuela de deudas se refiere. Y que los libros de comercio, en tales condiciones, prueban a favor de la compañía. El cargo es preciso desecharlo, porque los libros de comercio no han sido exhibidos en el presente juicio como elemento probatorio. Sabido es que la forma como se acreditan en un juicio los cargos o descargos resultantes de los libros de comercio es de una de dos maneras: O mediante su exhibición general, en cualquiera de los cuatro casos que enumera el artículo 56 del Código de Comercio, entre los cuales está el de liquidación de las sociedades legales o convencionales, y por tanto los debates a que esas liquidaciones den lugar; o por exhibición parcial en las ocasiones que contempla el artículo 57 del mismo código. La fe indivisible que merecen los libros y la complejidad de concordancia de sus asientos, hace necesaria la exhibi-

Págs.

ción ante el Juez de la causa, en el litigio en que a ello se acude, en una de las dos formas dichas, y casi siempre con asistencia de expertos que en esa labor de verificación auxilian al juez, a fin de que la prueba resultante de la exhibición dé lugar, como toda prueba, a ser contradicha y analizada. No fue así como se procedió en este caso. ..... El Código Civil sienta en el artículo 1773 la regla de que los asientos, registros y papeles domésticos, hacen fe contra el que los ha escrito o firmado, por regla general y en las condiciones que dicho artículo prevé. Los libros de comercio pertenecen a esta categoría de pruebas y según el código del ramo siempre prueban en contra del comerciante que los lleva, regular o irregularmente. Pero la ley establece una particularidad que hace excepción a la regla ya mencionada, y es la de que, en determinados casos, los libros de comercio prueben también a favor del comerciante no obstante ser éste el autor de sus asientos, en forma que viene a crearse él mismo una prueba a su favor. Pero para que llegue este caso el código del ramo exige determinados requisitos. Tales requisitos son los del artículo 43, a saber: que se trate de un litigio entre comerciantes, que obedezca a una causa mercantil, y que estén regular y legalmente llevados..... No tratándose de un negocio mercantil ni por tanto de un litigio entre comerciantes, no cabe la invocación del artículo, que sólo podría hacerlo la Compañía en el supuesto de que fuera comerciante". (Casación, XLV, número 1923, marzo 5 de 1936) .. 19, 1ª y 2ª

LIQUIDADORES

- 212 -

Nuestra legislación mercantil no ha erigido a los administradores de las sociedades colectivas en liquidadores de derecho. El derecho de liquidar (artículo 586 del C. Co.) se halla incluído implícitamente en el derecho propio del socio. (Casación, XLV, número 1929, septiembre 28 de 1937). 761, 2ª

M

MAGISTRADOS O JUECES QUE COBRAN O RECIBEN INDEBIDAMENTE EMOLUMENTOS POR LAS DILIGENCIAS EN QUE INTERVIENEN

-213 -

"A juicio de la Corte, esta disposición (1) tiene un doble aspecto: el relativo a los empleados subalternos de los juzgados y tribunales, de libre nombramiento y remoción, y el referente a los Magistrados y Jueces, cuyo período es fijo, y que no pueden ser privados de sus cargos sino en los casos que se contemplan en el artículo 13 del mismo Código. Bien está, por consiguiente, que a uno de aquellos empleados inferiores lo remueva de plano su respectivo superior al incurrir en la falta prevista en el citado artículo 573; pero tratándose de jueces o magistrados, a quienes se sindique de tolerar los abusos de sus subalternos, ese precepto asume la categoría de disposición penal, y requiere, en tal virtud, que para aplicarlo se surtan las fórmulas del juicio correspondiente. De donde se concluye que sí tiene competencia la Corte para pronunciarse acerca del sobreseimiento consultado. Examinado el cargo mismo que se formula contra el Juez Dr. Tafur, halla la Corte que en realidad el secretario del Juzgado 2º del Circuito de Popayán obró indebidamente al cobrar o aceptar emolumentos o derechos por la nota de presentación personal de un escrito dirigido a otra oficina pública, so pretexto de haber empleado en esa nota la palabra certificación. Son éstas, por desgracia, corruptelas generalizadas y contra las cuales deberían reaccionar siempre los interesados. Pero en el caso estudiado, lo que ocurre es que no sólo el secretario Palomino, sino el Juez doctor Tafur, interpretaron en el mismo sentido, equivocado por cierto, las disposiciones

(1) El artículo 573 del Código Judicial.

Págs.

referentes a cobro de derechos por intervención extrajudicial de los secretarios; y en esas condiciones es inasible el elemento a sabiendas que exige la parte final del artículo 573 de la Ley 105 de 1931." (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLV, número 1924, mayo 28 de 1937) ... 165, 2ª, 166, 1ª y 2ª

MANDATO SIN REPRESENTACION

- 214 -

Alfonso Delgado L. demandó a Luis Eduardo Betancourt y Emma Delgado, cónyuges, y a Jesús Ernesto Aulestia, entre otras cosas, para que se declarase resuelto un contrato. Negó el Tribunal las peticiones de la demanda reconociendo probada la excepción perentoria de falta de personería del actor, porque no vio la existencia de un mandato conferido por Delgado a los cónyuges Betancourt y Delgado al encargarles a éstos, como su acreedor, la dación en pago a Aulestia de una cosa que a ellos les pertenecía. Habiendo recurrido en casación el actor dijo la Corte:

"Según el Código de Napoleón, artículo 1984, el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre. La doctrina francesa ha hallado incompleta esta definición, que no separa los actos jurídicos de los materiales y ve siempre en el mandato algo representativo. Dos graves glosas al concepto del Código francés. Planiol y Ripert proponen sea definido como convención por la cual una persona, llamada mandante, da a otra, llamada mandatario, poder de ejecutar, en su nombre y lugar, uno o varios actos jurídicos. Pero el mandato, tal como lo comprende y organiza el Código de Francia, implica representación. Es imposible, observa Josserand, ver en él no representativo un verdadero mandato; 'expurgada de su característica natural no es más que la sombra de sí mismo'. Descartando esa noción, admiten los expositores franceses que las partes puedan asumir dos actitudes. Una ostensible, como el comisionista declarado, porque quienes contratan con él saben que detrás de su personalidad existe la del comitente, aunque no les importe saberlo porque es la solvencia de aquél, no la de éste, lo que ellos toman en cuenta. Otra secreta, como el testaferro que presta su nombre para un negocio en realidad de tercero. 'Organo pero no representante jurídico del comitente'.... Más comprensivo el Código de Colombia, define el mandato diciendo ser un contrato mediante el cual 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. No lo confunde con la procuración. Lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos habla de negocios. Distingue la representación del interés, al no exigir que el mandatario actúe en nombre del mandante sino apenas por cuenta y riesgo del último. Si en la ley francesa el apoderado no es sino la imagen del comitente, hasta el punto de que, según la expresión del jurisconsulto Tarrible, aquél desaparece como un andamio después de concluido el edificio, en la colombiana puede contratar en su cabeza, como si el asunto le afectase a él solo. Así lo enseñan el artículo 2146, cuando dice que el negocio puede interesar al mandatario únicamente, y el artículo 2177, cuando dice que el apoderado puede contratar a su propio nombre. Por tanto, en Colombia el mandato no es esencialmente representativo. En su estructura caben el comisionista ostensible y el secreto; el testaferro; la interposición en todas sus formas lícitas; y aun el acto jurídico del mandatario como único interesado, siempre que el procurador (*) tenga voluntad de obligarse. En la ocurrencia de autos hubo un mandato sin representación. Alfonso Delga-

(*) Compréndese que se dijo "procurador" en vez de "comitente", por un simple lapsus. (Nota del Relator).

do L., acreedor de los cónyuges Betancourt y Delgado, y deudor de Jesús Ernesto Aulestia, por su cuenta y riesgo encargó a los primeros que hiciesen al último dación en pago de cosa cuyo dominio radicaba en cabeza de aquéllos. El acto jurídico no podía ser ejecutado por el comitente en persona ni por los mandatarios como representantes del comitente, porque cuando se da en pago, a diferencia de lo que ocurre cuando se vende, el pagador ha de ser dueño de la cosa pagada u obrar con el consentimiento del dueño (artículos 1633 y 1871 del C. C.) Por eso los cónyuges obraron a sus propios nombres en el ejercicio de su cargo (artículo 2177 del C. C.) El negocio interesaba juntamente a Delgado L. que hizo el encargo, y a los cónyuges Betancourt y Delgado, que lo aceptaron (artículo 2146 del C. C.). Al mandante, porque la dación se imputaba a la deuda que él tenía en favor de Aulestia. A los mandatarios, porque pagando obtenían que su acreedor Delgado L. les hiciera imputación al pago de lo que ellos le debían.

Pero el interés de Delgado L. en la dación no le hizo parte en ella. Las únicas partes en este acto jurídico fueron los dadores y el recibidor. Nadie más. Los interesados fueron las mismas partes y también Delgado L., como acreedor y deudor, y quizá los menores Aulestias, como coacreedores. No sería jurídico sostener que los hermanos de Jesús Ernesto fueron partes, a pesar de que se ha afirmado tenían interés de coacreedores, como no ha sido jurídico decir que Delgado L. es parte, aunque su interés resulta manifiesto. Si el acto fue de compraventa más bien que de dación en pago, era natural que el comprador exigiera la comparecencia de los cónyuges para que la tradición subsiguiente fuese válida. Hubo mandato sin representación, y el Tribunal erró negando que lo hubiese; pero su error no incide en la sentencia, porque cabalmente la falta de esa representación justifica el que se negara al demandante personería sustantiva para atacar en juicio un contrato en que él no fue parte." (Casación, XLV, Nº 1924, junio 17 de 1937)..... Págs. 138, 2ª, y 139, 1ª y 2ª

MEDIOS NUEVOS EN CASACION

- 215 -

Los medios nuevos son inadmisibles en casación, salvo que ellos contemplen cuestiones referentes al orden público, porque este recurso sólo tiene por objeto revisar el juicio del juzgador acerca de los extremos deducidos por las partes y que han sido materia de controversia durante el proceso. (Casación, XLV, Nº 1925, junio 11 de 1937) (1)..... Págs. 227, 1ª

MINAS

- 216 -

Los cesionarios a título singular de Joaquín Rojas demandaron a Justo P. Rojas para la entrega de unos materiales de minas. Absuelto el demandado en primera instancia, el Tribunal condenó a la restitución al demandado considerándole poseedor de buena fe. Recurrió en casación el demandado acusando el fallo por violación de los artículos 752 y 1871 del Código Civil, aquel porque atribuyó a las escrituras presentadas por los actores el valor de plena prueba de que carecen, en el sentido de que ellas comprueban la trasmisión del dominio de las minas a los actores como cesionarios de Rojas, y el último porque si la cosa ajena comprada se posee durante el tiempo legal, el hecho de la usucapión es lo que viene a extinguir el dominio del verdadero dueño, pero no la venta misma de la cosa efectuada por persona distinta de él. Decía, además, el recurrente, que el sentenciador le había negado el derecho de añadir su

(1) Es doctrina constante de la Corte, la cual, en sentencia de fecha 2 de septiembre de 1936, G. J. Nos. 1914 y 1915, definió lo que se entiende por motivo nuevo en casación.

Págs.

posesión a las de sus causantes o antecesores. Dijo la Corte:

"La acción para hacer efectiva la posesión de una mina, que es la ejercitada aquí bajo el nombre de reivindicatoria y por la vía ordinaria, pudiendo, en principio, ser breve y sumaria (art. 413 ib.), requiere dos condiciones en el actor: que sea poseedor regular y que no se ejercite contra otro poseedor regular que la ocupe con título anterior al del demandante (arts. 323 y 419 del C. de M.). Pues está escrito que ella procede contra el que haya adquirido sobre la mina del demandante posesión ordinaria, o violenta, o clandestina (art. 323), o posesión también regular cuando el ocupante tenga título posterior al del actor (artículo 420). La POSESION REGULAR, que es la primera condición anotada —según se infiere inicialmente del art. 291 del Código de Minas y de la construcción jurídica creada por los concordantes del mismo código, a saber: 4°, 70, 94, inciso 2° (entendido que la nulidad por falta de registro es suspensiva simplemente), 303, 309, 321 y 323— implica necesariamente dos elementos axiológicos: a) el dominio emanado por adjudicación administrativa del Estado, que pone el mineral en el comercio de los hombres, sin la cual adjudicación no es susceptible de dominio entre particulares; es entendido que la tradición la hace el Estado materialmente con la entrega y por el modo de la inscripción competente (arts. 44 y siguientes, 94, ordinal 2°, 98, 99 y 100 ibídem), y b) el pago oportuno del impuesto (arts. 291, 309, antes del Decreto Legislativo N° 233 de 1932), que mira a conservar la posesión. .....El titular y poseedor regular Lopera Berrío vendió el mineral adjudicado a Manuela Ortiz de Rojas en 1878, y aún no se había desmembrado la titulación por los excesos. Según los artículos 4°, 70 y 303 del código del ramo, la titulación puede ser trasladada, no creada o constituída; el primitivo adjudicatario, a quien el Estado le haya expedido el correspondiente título, y el adquirente o los sucesivos adquirentes del adjudicatario, ya conforme al derecho común, pueden valerse de medios traslativos de dominio para enajenar, siempre que al primitivo enajenante se le haya expedido el correspondiente título, dice el artículo 4°, o que éste se obtenga conforme a las disposiciones del capítulo 7° del Código de Minas, pues los arts. 78 a 88 de este capítulo regular la manera como el poseedor con título distinto del verdadero justo título traslativo de dominio transforma su posesión ordinaria en regular." Sobre el cargo de violación del artículo 1871 del Código Civil, dice la Corte: "Pero el fallo trae otro fundamento. Y como en él se apoyaría, preciso es el estudio del cargo que tiende a quebrarlo. En efecto, el Tribunal considera también que aún sobre la base de que Lopera Berrío y Joaquín P. Berrío no transfirieran su dominio a Joaquín Rojas, la venta que hizo éste a los González habría sido de cosa ajena, la cual es válida según el art. 1871 del C. C.; que entonces quienes podrían reclamar serían aquellos, Lopera Berrío y Joaquín P. Berrío, pero no Justo P. Rojas, el demandado, porque como éste recibió de Joaquín P. Berrío el dominio por escritura mal registrada, esta tradición no produjo efecto alguno ante la ley. El recurrente ataca esas afirmaciones del sentenciador de varias maneras, pero las principales se resumen así: Que el art. 1871 del C. C. fue aplicado en sentido inverso, porque la venta de cosa ajena es válida entre las partes, pero no afecta los derechos de terceros, visto que el art. 752 ib. regula los efectos de la tradición hecha por quien no tiene el dominio sobre la cosa; y que el Tribunal invirtió los principios que regulan la carga de la prueba, porque sin fijarse en la titulación de los demandantes, le bastó, para condenar, el defectuoso registro del título del demandado, de modo que exoneró a aquellos de la carga de probar sus asertos. También acoge la Corte las dos fases de este ataque. La posesión regular del titular de mina titulada (adjudicable), inherente al que pretende hacer efectiva la posesión de ella, no se menoscaba sino

Págs.

Págs.

ante otro poseedor regular de título anterior al del demandante (artículos 323, 419, 420 del Código de Minas). A falta de título traslativo de derecho común entre Manuela Ortiz de Rojas y Joaquín Rojas, que es el supuesto del Tribunal que ahora se estrella, el Tribunal ve en la venta de lo ajeno hecha por Rojas a los González, una manera jurídica de obligar a Justo P. Rojas a la entrega de las minas, o de acciones de ellas, por lo previsto en el art. 1871 del C. C. Pero aun dentro del derecho común, la validez de la venta de cosa ajena en el sistema colombiano debe entenderse, y así se ha entendido siempre, como generadora de obligaciones del vendedor al comprador, entre las cuales está la de entregar la cosa, pero ese derecho a la cosa es personal del comprador contra el vendedor, y no real del comprador contra terceros, y mucho menos, como lo dice la ley, contra el verdadero dueño, es decir, que sólo genera obligaciones que si no se cumplen por el vendedor se cambian por equivalencias con acción personal, como son los perjuicios. El Tribunal estimó que con la venta Rojas-González no se perjudicaban los titulares Lopera y Berrío, lo que es cierto en todo caso; pero en vez de deducir la consecuencia a favor de la línea de titularión de Joaquín P. Berrío, concluyó que el cesionario de éste y demandado en el juicio, Justo P. Rojas, resultaba ser el perjudicado por la venta de lo ajeno, con la única consideración de que su título de compra directa a Berrío adolecía de un mal registro. De manera que, según el Tribunal, un defecto en la titulación del demandado vino a legitimar la causa o titulación del demandante, lo cual es inadmisible. Para el Tribunal, el derecho a la cosa, exigible de Joaquín Rojas, vino a ser exigible de Justo P. Rojas, extraño a tal venta. Se justifica, pues, el cargo de violación del art. 1871 del C. C., por mala aplicación, previa una interpretación indebida. Además, recuérdese que el derecho minero prevé la figura jurídica de que sobre una mina puede haber varios poseedores de una misma clase, en el art. 308, y una propiedad entre dos o más poseedores regulares, por razón de antigüedad, en el artículo 325. Como Joaquín P. Berrío, poseedor regular de ciertos excesos ocupados por el demandado —posesión regular afirmada por los mismos actores y demostrada sobre todo en juicio— tiene una titulación no trasmitida a Joaquín Rojas, la venta que hizo éste no puede afectar la posesión regular de esos excesos que el Estado le garantiza al titular que los conserve, mientras no los abandone (artículo 127 ib.). La venta de Joaquín Rojas a los demandantes no puede afectar ante el derecho común, ni menos ante el de minas, a quien no ha hecho tradición de su posesión regular al demandante, ni abandonado la mina. Tal proceder del Tribunal implica también, a juicio de la Corte, una inversión de la carga de la prueba. Si ante el derecho común impera la norma de que el actor —que es quien pretende modificar una situación jurídica creada— ha de probar los hechos conducentes de su demanda, en cuanto a su existencia y verdad, en forma plena y completa según la ley (arts. 1757 del C. C. y 593 del C. J.), tal principio es de mayor rigor y gravedad tratándose de mudar la explotación de minas a otras manos, que pretenden ocuparla, atendidos los ingentes valores de la explotación en pocas horas, lo alcatorio de los yacimientos, etc. Quien como poseedor regular pretenda la entrega material de la mina ha de probar ante todo titularidad, registro y conservación, tanto con respecto al Estado, prueba administrativa que tiene su ocasión, como respecto a un particular que posteriormente pretende sufrir un gravamen a su derecho contra la entrega pedida judicialmente y siendo ya parte en el juicio sumario u ordinario. Entre tales pruebas las hay comunes para el Estado, y para el particular, como son las que se refieren a la titulación y a la conservación de una posesión regular. Haya o no haya contradictor, tales pruebas han de darse por el poseedor que tal acción ejercite, antes que las del demandado ocupante. Ellas son propias

Págs.

de la calidad que asume en el debate. Y dado el texto —y la razón de ser— de los arts. 4º y 70 del Código de Minas, ante este derecho no es suficiente que el demandante con acción de hacer efectiva la posesión acredite que él o sus autores poseyeron con anterioridad al demandado, sino que debe probar el estado continuativo de su propiedad, a partir del título original, y considerarse éste administrativo y contractual. La posesión regular implica —por lo que mira a las relaciones del titular con el Estado— la prueba llamada diabólica, o su posesión deja de ser regular, y como entre los eslabones posteriores de esa cadena están los traslativos del derecho común, a partir del primer enajenante, no puede excusarse al fallador de tenerlos en cuenta ni allanar sus vacíos con presunciones." (Casación, XLV, número 1923, abril 23 de 1937) ..... Págs. 35, 2ª, 36, 1ª, 37, 1ª y 2ª, y 38, 1ª

MINAS

- 217 -

En un juicio sobre declaración de que determinada mina era de antiguo descubrimiento y estaba abandonada, y sobre declaración de mejor derecho a su propiedad y posesión, el demandado recurrente de la sentencia proferida de acuerdo con las pretensiones del actor sostenía en casación que la sentencia violaba el art. 23 de la Ley 292 de 1875 y otros del Código de Minas.

"Es bien sabido que en derecho minero la POSESION REGULAR que es la que tiene el dueño de una mina titulada, se conservaba por el pago del impuesto respectivo. Que según el art. 148 del Código de Minas 'los dueños de minas cuyos títulos señalen la extensión de ellas, tendrán que pagar el derecho que corresponda según dicha extensión, para conservar su derecho a la referida mina.' Que el artículo 341 reputa abandonadas o desiertas las minas por las cuales no se paga el impuesto. Y que conforme al art. 343 'el abandono de una mina surte el efecto de poderse denunciar por otra persona en los términos y con las formalidades señaladas en el capítulo 21.' En presencia de estas prescripciones que hacían tan esencial el pago del impuesto respectivo en orden a la conservación del derecho de propiedad sobre una mina, para determinar si el pago que se hizo del impuesto en veinte años en mira a obtener la redención de la mina 'Angostura', 'Paja' o 'Bodega', fue o no suficiente, hay que establecer si el impuesto que debió anticiparse era el correspondiente a las dos PERTENENCIAS, con que fue adjudicada, o solamente a una pertenencia, como lo asegura la parte recurrente en casación. Para la Corte es evidente que cada pertenencia debe estar circunscrita dentro de las dimensiones establecidas al efecto por el código, es decir, que el rectángulo de 600 metros de longitud por 240 de latitud, medidos sobre la superficie del terreno (art. 25), marca una figura geométrica invariable, que no se puede alargar a costa de la disminución de la latitud, como tampoco ésta se podría ampliar tratando de disminuír la longitud, porque entonces dejaría ya de ser el rectángulo de líneas fijas determinadas expresamente. La unidad de medida de la pertenencia es la figura geométrica prevista, mas no el número de hectáreas precisamente encerradas por aquella figura; la ley le presta más atención al rumbo y mensura de las líneas, que a la extensión territorial que allí pueda encontrarse. Porque si hubiese tenido como factor predominante este último, era obvio que en vez de un rectángulo invariable habría fijado por cabida la unidad de medida de la pertenencia, y porque la misma redacción del art. 23 así lo persuade cuando no permite el ensanche de la base de 240 metros en caso de que se tenga derecho a más de una pertenencia, pues en este caso sólo se entregan las demás pertenencias alargando las líneas longitudinales de la primera en la proporción correspondiente. Esta interpretación de la Corte la refuerza el decreto

Págs.

ejecutivo Nº 761 de 1887, que en sus arts. 7º, 12 y 13, entre los pertinentes al caso, reglamentando la manera de dar posesión de una mina de veta, disponen que la base y la altura de las pertenencias serán siempre las indicadas en la ley, y que cuando al dar posesión de una mina tropezare alguna de las líneas de la base o de los costados del rectángulo con las pertenencias de otra, se consumará siempre la entrega por las líneas del rectángulo, haciendo constar solamente que éste queda afectado en su forma y extensión con la supresión de la porción ajena; y que cuando sea imposible conseguir por la interposición de otras minas, que la base del rectángulo tenga sobre el terreno los 240 metros, no podrá aumentarse con este pretexto la altura en compensación de la menor base.... El pago oportuno del tributo era lo primordial hasta la expedición del decreto legislativo Nº 223 de 1932 para la conservación del derecho de propiedad sobre las minas, y para recuperarlo bastaba cubrir las cuotas respectivas íntegramente y los intereses moratorios, sin los cuales el pago era completamente ineficaz, al tenor del art. 163 del código. De aquí se infiere que para redimir una mina a perpetuidad se requería que el pago hubiera amparado todas las porciones que integraban la mina, conforme a la extensión determinada en el título.... Todas estas consideraciones patentizan de modo claro que el Tribunal estuvo lejos de violar el art. 23 de la Ley 292 de 1875, ni mucho menos los arts. 23 y 143 del Código de Minas, ya que, como se ha visto, obró acertadamente al resolver que la mina no se había redimido por haber sido insuficiente el pago con que se pretendió obtener la redención, como quiera que el tributo que correspondía sufragar era por dos pertenencias de las actuales, en razón de la excedencia de longitud que imponía aplicar al hacer el pago el art. 144 citado antes. Por esta misma razón el Tribunal aplicó bien el art. 45 de la Ley 292 de 1875 al partir de la base de que la mina no estaba amparada a perpetuidad por deficiencia de pago, como quiera que correspondiéndole a la compañía amparar dos pertenencias sólo amparó una, con lo cual dio campo a la presunción de abandono de acuerdo con el art. 341 del Código de Minas; y al derecho para los terceros de poderla denunciar como mina desierta o abandonada, según el art. 343 ibídem. Tampoco está demostrada la infracción del art. 148 del mismo código. Al contrario, el Tribunal sentó una premisa cierta cuando con apoyo en la extensión de la mina señalada en el título de adjudicación, y en la circunstancia de que al tenor del art. 24 de la Ley 292 de 1875 el pago por una pertenencia efectuado en 1901 no podía reputarse como abandono de la excedencia, que para los efectos del impuesto equivalía a otra pertenencia, dedujo que el pago del tributo, como si la mina tuviera la extensión de una pertenencia, no se ajustaba a las prescripciones legales. Tal disposición prescribe que 'el dueño de una mina cualquiera puede abandonar una parte determinada de ella, fijando con precisión la parte que quiere conservar al tiempo de pagar el impuesto; y en este caso puede pagar sólo el impuesto que corresponda a esta parte, a la cual conservará pleno derecho.' Además, cuando se quiere abandonar parte de una mina hay que llenar también los requisitos dispuestos en los arts. 155 y 156 del Código de Minas, es decir, detallar a tiempo de hacer el pago la situación, linderos y extensión de la mina y el nombre con el cual se la distingue de las demás, remitiendo esta manifestación al poder ejecutivo. Estos requisitos se explican, para que los terceros sepan a qué atenerse respecto de nuevos descubrimientos y en atención a que el Estado tiene derecho a saber qué parte de una mina titulada se conserva y cuál se abandona por el no pago del impuesto. Es doctrina aceptada por esta Corte, que carece de valor el pago del impuesto por pertenencias indeterminadas. Y a tal equivale el pago por una pertenencia con el ánimo de amparar otras porciones, que de acuerdo con la ley y para los efectos del tributo, se computan como

Págs

Págs.

equivalentes a una nueva pertenencia." (Casación, XLV, N° 1925, junio 24 de 1937) ..... 243, 1ª y 2ª, 244, 1ª y 2ª, y 245, 1ª

MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

- 218 -

La demanda de reconvención opuesta en el juicio seguido por el Banco de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca para el pago de una suma de dinero, afirmaba que al pagar las Rentas de Cundinamarca la obligación contraída en francos con el Banco, había entregado una cantidad mayor de la debida, ya se tuviera en cuenta el cambio vigente en la fecha del pagaré, o el que regía tiempo después. Pedía, pues, restitución del exceso. Dijo la Corte:

"El Tribunal, al estudiar si es o no aplicable la Ley 46 de 1933, se decide por la negativa en atención a que si dicha ley comprendiera contratos celebrados antes de su vigencia, se violarían derechos adquiridos amparados por la Constitución. La ley citada comprende tres cosas en su artículo 2°: 1° Estipulación en monedas o divisas extranjeras; 2° Estipulación en oro colombiano amonedado; 3° Estipulación en moneda extranjera, de oro. Acerca de la doctrina jurisprudencial que el Tribunal tuvo en cuenta, es necesario recordar los conceptos emitidos por la Corte Plena en la sentencia de 25 de febrero de este año, al decidir la demanda de inexequibilidad sobre los artículos 1°, 2° y 7° de la Ley 46 de 1933. Dijo así: 'El sistema monetario de un país pertenece a su derecho público. Este, en su aplicación y sus consecuencias, se rige entre nosotros con el criterio de la primacía incondicional de lo público sobre lo privado, por ser ello característico de la democracia. La atribución concedida privativamente por el ordinal 15 del artículo 76 de la Constitución al Congreso, produce la consecuencia de que en la creación del signo monetario, como medio de pago, sea un simple acto de ejecución que por lo tanto no hace parte del contrato. Esto es así, porque la ley procedente que faculta a los contratantes para establecer libremente determinadas normas reguladoras de su conducta, no tiene como elemento de su contenido, el poder de crear la vinculación de las partes en lo relativo a fijar la diferencia de valor entre los distintos signos monetarios de igual poder liberatorio. Para que pudiera existir formación contractual de derecho respecto de las cláusulas convencionales sobre estipulación de determinado signo monetario, y por lo tanto hubiera lugar a la concreción del principio de la norma abstracta referente a la irretroactividad de la ley, sería necesario que el artículo constitucional citado impidiera modificar el estatuto monetario, esto es, permitiera el Congreso su fijación por una sola y única vez, o que por disposición expresa de la constitución de la ley monetaria tuviera carácter atributivo.....' En síntesis: la Sala Plena ha reafirmado el principio de que una cláusula contractual no puede comprometer las prerrogativas que corresponden a los poderes públicos por ministerio de la ley suprema, pues una pretensión de tal clase sería vana, y por tanto no podría constituir derechos adquiridos. Ello sería una aparente situación jurídica, cuyo desconocimiento no sería técnicamente la privación de un derecho adquirido. La Sala de Casación Civil, en sentencia de 28 de abril de 1937 (ponencia del Magistrado doctor Hinestrosa Daza) expresa lo siguiente: 'Esa sentencia de la Sala Plena, pronunciada el 25 de febrero del año en curso, negó la inexequibilidad demandada, por los múltiples fundamentos que detenidamente expuso. En lo que respecta a la moneda optó por el sistema nominalista, en cuanto habla que el valor de ella se determina en cada Estado por las disposiciones de este Estado, y no por el precio comercial del metal contenido en cada pieza. Allí se ve también cómo las disposiciones de esta categoría son de interés general, no infirmables, por

tanto, por convención particular' En cuanto a la conversión de la moneda, debe tenerse en cuenta: El primer inciso del artículo 2º de la Ley 46 de 1933, dice: 'Las obligaciones originariamente contraídas en moneda nacional colombiana, a la cotización que las respectivas monedas extranjeras hayan tenido en la fecha en que se contrajo la obligación; a menos que tales obligaciones provengan de transacciones en el comercio de importación, o de contratos de compraventa de productos destinados a la exportación'. El segundo miembro de este inciso primero establece una excepción para las obligaciones que provengan de transacciones en el comercio de importación. Es necesario analizar, pues, si la negociación del Banco de Bogotá y la Administración de las Rentas tuvo ese objeto, y por tanto, si la obligación contraída en francos franceses debe pagarse en moneda colombiana al tipo del cambio que regía en la fecha del otorgamiento de la obligación o el día en que debía hacerse el pago..... c) Que el Banco de Bogotá hizo el pago a la Maison Egrot en francos franceses. Aparece esto demostrado en la siguiente forma:..... Segundo. Con lo que resulta de los términos literales del pagaré primitivo (de 1º de agosto de 1933), como también de los asientos que aparecen en los libros del Banco, según quedó establecido en la inspección ocular, y, además, de los detalles y pormenores de la correspondencia del Banco, que obra en el cuaderno de pruebas del Departamento. De todo esto se deduce claramente que se hizo un préstamo en francos franceses; que ese préstamo se usó en pagar una compra de elementos cuyo valor se cubrió en francos franceses por el Banco; que éste adquirió por compra al Banco de la República la moneda extranjera respectiva..... Es indudable que si la operación verificada se hubiera hecho en moneda colombiana, sobrarían todos los asientos hechos con imputación a cambio (como se desprende de la diligencia de inspección), porque no sucede en materia de contabilidad bancaria que un simple préstamo en moneda colombiana afecte las cuentas propias de las operaciones realizadas en monedas extranjeras. Y si la contabilización se hizo previa reducción a moneda colombiana, ello resulta del cumplimiento de una obligación impuesta a los Bancos por la Superintendencia Bancaria, pero no de que el préstamo se verificara en moneda nacional; pues lo que decide de si una operación bancaria se ha realizado en moneda extranjera o colombiana, es el mismo texto de la obligación y la razón de los asientos de contabilidad respectivos, porque, obedeciendo a las normas de la Superintendencia Bancaria, el Banco no podía hacer la contabilización sin reducir las monedas extranjeras a pesos colombianos, y, por tanto, sin tener en cuenta el tipo del cambio. Ahora: como la moneda debe pagarse al tipo del cambio que tenga el día del pago, el cual debió verificarse por la Administración de las Rentas el 1º de febrero de 1934, habiéndose realizado la reducción el día catorce de ese mismo mes de febrero, podría pensarse que la reducción hecha ese día fue más gravosa que la que correspondía al día primero del mismo mes. Pero aun cuando ello hubiera sucedido así, nada puede declararse, porque en la demanda no se ha hecho esta solicitud, y porque, aunque la demanda admitiera una interpretación extensiva, nada se ha probado sobre que el tipo del cambio fuera menor el día primero de febrero que el catorce de ese mes." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, junio 7 de 1937)..... | Págs. 539, 1º y 2ª, 540, 1ª, 541, 1ª y 2ª

MORA

- 219 -

Cuando hay mora en el pago de deuda de dinero, el deudor debe los intereses convencionales, o, en su defecto, los legales, salvo los casos especiales en que la ley establezca los

Págs.

corrientes. (Casación, XLV, Nº 1925, junio 14 de 1937) (1).....

M O R A

- 220 -

No puede afirmarse que por el hecho de estar un deudor en alguno de los eventos señalados por el artículo 1608 del Código Civil sea declarado como moroso de manera definitiva. Bien puede suceder que a pesar de que aparente y virtualmente el deudor se considere por ministerio de la ley constituído en mora, haya circunstancias que desvirtúen tal apreciación; en efecto, el deudor puede comprobar que realmente, y no obstante la situación aparente de mora que le desfavorece, no tenía por qué satisfacer esa obligación. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1927, junio 17 de 1937).....

MORA EN LA OBLIGACION DE PAGAR CANTIDADES DE DINERO

- 221 -

"...Según el artículo 1617 del Código Civil, cuando se debe una cantidad de dinero, la indemnización por la mora está sujeta a varias reglas, entre las cuales se cuenta la de que se siguen debiendo los intereses convencionales si se ha pactado un interés superior al legal. Véase: En el título sobre efecto de las obligaciones, principia el Código Civil por sentar la norma de que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes. Consagra aquí la teoría romana de la autonomía de la voluntad, sustentada por Domat y Pothier y acogida por el Código de Napoleón. Dispone luégo que las convenciones se ejecuten de buena fe. Señala en seguida los casos en que el deudor es responsable de la culpa lata, de la leve, de la levísima y aun de caso fortuito. Regula después el peso de la prueba referente al cuidado y a la fuerza mayor. Preceptúa, por fin, que la medida de la responsabilidad y la incumbencia probatoria se entienden sin perjuicio de leyes especiales y de estipulaciones expresas. Formado este primer cuadro, señala el contenido de las obligaciones de dar, de conservar, de hacer, de contratar y de no hacer, entreverando los conceptos de riesgo y mora. En otro cuadro coloca la indemnización de perjuicios en sus fases de daño emergente y lucro cesante, distinguiendo en cuanto al tiempo la obligación de no hacer de los otros tipos de obligaciones, y fijando las consecuencias del dolo y de la fuerza mayor. También aquí advierte que los contratantes pueden modificar las reglas legales por medio de sus propios convenios. Y cuando, en el remate del título, llega a la obligación de pagar una cantidad de dinero, da para la indemnización de perjuicios por la mora un estatuto especialísimo, imposible de ser colocado en los tres cuadros de que se ha hecho mérito. Es así como las reglas sobre ejecución de los contratos sufren excepciones cuando se debe dinero. La indemnización en esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos: a) Sólo procede la MORATORIA, o sea la que se puede exigir cuando el deudor no cumple a su tiempo. Nunca la COMPENSATORIA, o sea el dinero que se tiene derecho a exigir cuando el deudor no cumple o cumple parcialmente. La razón de ello es clara. Debiéndose dinero, los daños por la inejecución no pueden pagarse como compensatorios, porque éstos consisten en trasformar la obligación inicial en la de satisfacer dinero, lo cual supone que aquella no tuviese por objeto ese bien. Desde que nace el contrato se sabe cuál es la cantidad que ha de pagarse. La ley no habla sino de perjuicio que resulta del RETARDO en la ejecución, mientras que en las otras obligaciones prevé también perjuicios que resultan de la inejecución. b) No hay necesidad de probar la existencia de perjuicios. Basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse. La ley los presume, suponiendo que todo capital en dine-

Págs.

238, 2ª

545, 2ª

(1) Artículo 1617 del Código Civil.

Págs.

no gana intereses y que el solo hecho de que el acreedor no lo recibiera oportunamente, le ha privado de inversiones lucrativas. Tampoco el deudor es oído si pretende probar que su mora no ha perjudicado al acreedor o le ha traído beneficio. Esta derogación del derecho común se explica por la dificultad de avaluar el daño imputable a la tardanza. Cómo habría empleado su dinero el acreedor si lo hubiese recibido oportunamente? Cuáles habrían sido los productos del nuevo empleo? Imposible saberlo con exactitud. Por eso los intereses se deben sin tener en cuenta el daño emergente, ni el lucro cesante. Basta la mora. Tampoco se exigen demanda ni requerimiento. c) El avalúo de perjuicios no está sometido al criterio del juez. De antemano lo hace la ley rígidamente. Avalúo anticipado, de origen legal. Hay un punto máximo de avaluación, más allá de cuyos límites no se puede llegar. He aquí la consecuencia de ser el derecho a cobrar perjuicios independientemente de la prueba de los mismos. Si la ley presume su existencia, también tiene derecho a presumir su monto. ch) El pago de intereses constituye la única indemnización. No puede pedirse otra adicional. Tampoco está al arbitrio del acreedor demandar o la indemnización avaluada o el interés convenido. Alessandri Rodríguez, en desacuerdo con la opinión expuesta por Barros Errázuriz, dice que el artículo 1559 del Código chileno, cuya doctrina es igual a la de nuestro artículo 1617, no rechaza la solución de que el acreedor pueda cobrar otros perjuicios además de los intereses. Apóyase en que la regla 2ª del artículo dice que 'el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses', de donde parece deducirse que puede pedir varios perjuicios y que sólo cuando los reduzca a intereses no necesita probarlos. Observa cómo pudiéndose asimilar la indemnización compensatoria a la moratoria, única a que se refiere el artículo 1559, no se ve razón para que el acreedor deba abstenerse de cobrar daños. Dice que es esta la solución unánime aceptada por la doctrina francesa y que fueron tales los antecedentes que el señor Bello tuvo en vista al redactar el precepto. Y así, tomando como ejemplo un negocio fallado por los Tribunales de Francia, anota que si el deudor de dinero incurre en mora está obligado a indemnizar los perjuicios previstos y aún los imprevistos. Si el acreedor, añade, pensaba comprar acciones con dinero que el deudor debió pagarle, y no las compró por causa de la mora, tendría derecho a cobrar los perjuicios sufridos por haberse privado de tales acciones, y más todavía, si a consecuencia del incumplimiento el acreedor fuera declarado en quiebra, tendría el deudor que indemnizarle los perjuicios de la declaración. Como Alessandri Rodríguez alude a Francia, procede hacer memoria de algunos antecedentes ocurridos en el país: El artículo 1153 del Código Francés decía: 'Artículo 1153 En las obligaciones que se limitan al pago de cierta suma, los daños e intereses que resultan del retardo en la ejecución no consisten jamás sino en la condena a los intereses fijados por la ley; salvo las reglas particulares en el comercio y en la caución. 'Estos daños e intereses son debidos sin que el acreedor tenga que justificar pérdida alguna.' 'No son debidos sino desde el día de la demanda, excepto en los casos en que la ley los haga correr de pleno derecho.' Una ley de 7 de abril de 1900 sustituyó así el artículo 1153: 'En las obligaciones que se limitan al pago de cierta suma, los daños e intereses que resultan del retardo en la ejecución no consisten jamás sino en la condena a los intereses fijados por la ley; salvo las reglas particulares en el comercio y en la caución.' 'Estos daños e intereses son debidos sin que el acreedor tenga que justificar pérdida alguna.' 'No son debidos sino desde el día del requerimiento para el pago, excepto en los casos en que la ley los hace correr de pleno derecho. 'El acreedor a quien el deudor en mora le ha causado, POR SU MALA FE, un perjuicio independiente de este retardo, puede obtener daños e intereses distintos de los intereses moratorios del crédito.' Como puede observarse, el ar-

Págs.

ticulo 1553 francés y la ley francesa de 1900 son más explícitos que los artículos 1559 chileno y 1617 colombiano. Enseñan aquellos, sin lugar a duda, que en las obligaciones de pagar cantidades de dinero, los perjuicios no consisten sino en la condena a interés, excepto ciertas reglas particulares y el caso especial de mala fe en el deudor. En este último evento, según la citada ley, puede cobrar perjuicios distintos de los intereses moratorios. Pasando de la legislación francesa al derecho jurisprudencial francés, basta recordar que en repetidos fallos se resolvió desde antes de ser expedida la ley de 1900, que el artículo 1553 no se oponía a que el acreedor pudiese, conforme al derecho común, obtener remuneración suplemental por causa de perjuicios resultantes de un motivo distinto del simple retardo, pues en el monto de la reparación no debería limitarse a los intereses moratorios sino cuando el deudor no había perjudicado al acreedor por actos de mala fe o de culpa lata equivalente al dolo. La ley de 1900, dice Baudry-Lacantinerie, consagró expresamente esta interpretación jurisprudencial. Es verdad que Laurent, con anterioridad a esta ley, afirmó que del artículo 1553 no podía concluírse que jamás hubiera perjuicios distintos de los intereses moratorios, puesto que ese artículo prevé el retardo que no excluye los daños reales sufridos por el acreedor. Mas ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia citada por dicho autor, según la cual fueron autorizados perjuicios distintos de los intereses moratorios ya pagados, se refiere a daño proveniente de un delito, caso en el cual, lo dice el mismo Laurent, se obró en virtud del artículo 1382 (semejante a nuestro artículo 2341), y no del 1153 (semejante a nuestro artículo 1617). (G. Baudry-Lacantinerie, tomo II, página 83. F. Laurent, tomo III, página 415). Y pasando de la ley y de la jurisprudencia francesa a la doctrina expuesta por los expositores franceses, se observa cómo éstos afirman que los perjuicios no consisten sino en los intereses, salvo excepciones como en el caso de mala fe. Véase a Josserand, Crémieux y otros. En el proyecto del Código Civil elaborado por don Andrés Bello en 1853, dice lo siguiente la regla 1ª del artículo 1708, que llegó a ser con modificaciones el 1559 del Código chileno y el 1617 del Código colombiano, muy semejantes los dos últimos: '1ª Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se han pactado intereses, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario, quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen UNA PLENA INDEMNIZACION en ciertos casos.' Lo de 'una indemnización' quedó borrado en el texto definitivo de los códigos chileno y colombiano, y en algunos otros particulares cambiada esa regla 1ª. Como en el presente negocio no se ha alegado ni probado intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad del acreedor, sino apenas los daños de la desvalorización del franco ocurrida durante la mora del deudor, no hay necesidad de decidir si en Colombia puede condenarse a perjuicios distintos de los intereses moratorios cuando la tardanza obedece a dolo del deudor. No procede, pues, la cita de los preceptos citados por el recurrente en este capítulo de su demanda, ni es el caso de estudiar los artículos 2109 y 2395 del Código Civil y 496 del Código de Comercio, que aquél no citó ni tenía por qué citar." (Casación, XLV, Nº 1929, septiembre 24 de 1937) ..... 755, 1ª y 2ª, 756, 1ª y 2ª, y 757, 1ª

MULTAS POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 222 -

"....Los particulares que contratan administrativamente con el Estado y que se comprometen a satisfacer una multa en el evento de que incumplan algunas de sus obligaciones, en el momento de contratar entienden que llegado el caso, la enti-

dad pública con quien contratan puede decretarles por sí misma la multa, y a ello se someten, otorgando ampliamente su consentimiento." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, N° 1923, marzo 8 de 1937) . . .

N

NACIONALIDAD COLOMBIANA

- 223 -

Guillermo Sundheim, hijo de padre colombiano y madre española, nació en Barcelona en 1900 y sus padres se radicaron el año de 1901 en Barranquilla, donde el padre desempeñó el cargo de Magistrado del Tribunal Superior. Algunos años después Guillermo, con el propósito de perfeccionar sus estudios de arquitectura, se dirigió a España y se naturalizó en esa nación en la creencia de que ese acto no le acarreaba la pérdida de la nacionalidad de origen. Regresó más tarde a Colombia y ante el Poder Judicial renunció repetidas veces su carácter de ciudadano español. Sobre la demanda en que solicitó se declarase que ha recobrado la calidad de ciudadano colombiano, dijo la Corte:

"La Constitución establece lo siguiente: 'Artículo 7°..... Artículo 8°.....' Conforme al artículo 8°, para perder la calidad de nacional colombiano se necesitan dos condiciones: adquirir carta de naturalización en país extranjero y fijar el domicilio en el Exterior. De manera que cuando se fija de nuevo el domicilio en el país de origen, desaparece una de las condiciones exigidas por el artículo mencionado, y si a esto se agrega la manifestación expresa del interesado de renunciar a la nacionalidad del país de adopción para readquirir la calidad de nacional en el país de origen, es indudable que se define la situación jurídica de la nacionalidad. Conforme al artículo 76 del C. C., el domicilio consiste en la residencia acompañada real y presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella. Y el artículo 333 del

Págs. 88, 1ª

C. P. y M. establece que es vecino de un Municipio para los efectos políticos 'el que ejerza alguna profesión o dirija algún establecimiento de cualquier clase, siempre que por las circunstancias sea de presumir su ánimo de permanecer en el Municipio por tiempo largo o indefinido' y 'el que manifieste su ánimo de avecindarse, ante el alcalde'. El artículo 82 del C. C. dice que se presume también el domicilio de la manifestación que se haga ante el respectivo prefecto o corregidor del ánimo de avecindarse en un determinado distrito. El señor Guillermo Sundheim vive en Barranquilla desde 1934. Allí fijó su residencia, con ánimo de permanecer en dicha ciudad, pues está al frente de los negocios de la firma social 'Viuda e Hijo de A. Sundheim'. Por otra parte, el 23 de junio pasado hizo ante el Gobernador del Atlántico manifestación expresa de su deseo de volver a la nacionalidad y ciudadanía colombianas, y dicho funcionario certifica que el domicilio del señor Sundheim es la ciudad de Barranquilla, donde tiene el asiento de sus negocios. Es indudable, por tanto, que el peticionario goza de la situación legal de nacional y ciudadano colombiano. Sus vínculos con el país en el cual se naturalizó han desaparecido por su expresa voluntad, la cual es factor reconocido por el derecho universal para determinar la elección de la nacionalidad. El señor Marco Fidel Suárez, eminente internacionalista, decía que 'el domicilio nativo, por lo mismo que es un hecho natural, reaparece fácilmente desde que deja de existir el de elección, que es un hecho adventicio y artificial; y tan absoluto es el fundamento de esta doctrina, que los Jueces de los Estados Unidos han resuelto que el domicilio originario reaparece desde que una persona se pone en camino para su patria con ánimo de abandonar su domicilio en la Unión Americana'. Establecido que el señor Sundheim tiene la calidad de nacional, es preciso determinar si la Corte tiene la facultad de hacer la correspondiente declaración. El señor Procurador concep-

Págs.

túa que el asunto es de competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores y que esta Sala no tiene la jurisdicción requerida para dictar la resolución, si es que ella es indispensable para la determinación de la condición legal en que se encuentra el peticionario. Se considera: El artículo 36, numeral 4º, del C. J., dice que la Sala de Negocios Generales conoce privativamente 'de los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía, en los casos enumerados en los ordinales 1º, 2º y 5º del artículo 16 (hoy 13) de la Constitución, o sobre el hecho de haberse perdido o recobrado la calidad de colombiano'. Esta disposición señala la jurisdicción de la Sala de Negocios Generales, pero no quiere decir que en todos los casos de pérdida o recuperación de la nacionalidad, sea necesaria la decisión de la Sala. Es preciso armonizar este artículo con las demás disposiciones legales que rigen la materia. El artículo 1922 del C. J. dice que corresponde a la Corte Suprema declarar quiénes han perdido el carácter de colombianos, en los casos de los artículos 22 y 88 de la Constitución (9º y 16 de la Constitución de 1886 y 8º y 13 de la actual). En estos casos procede a virtud de pedimento del Procurador o de cualquier ciudadano. Conforme al artículo 1998 del mismo texto, los colombianos que hubieren perdido el carácter de tales 'en virtud de resolución de la Corte Suprema' dictada en cumplimiento del artículo 1992, pueden pedir que la Corte declare que el solicitante ha recobrado la calidad de colombiano, con audiencia del Procurador. A este caso es al que se refiere la jurisdicción de la Corte, es decir, cuando dicha entidad ha dictado resolución sobre pérdida de la nacionalidad y el interesado quiere recobrarla, por haber llenado los requisitos legales. Pero cuando no ha mediado decisión alguna de la Corte sobre pérdida de la calidad de colombiano, esta entidad no tiene competencia para declarar que se ha readquirido. Por estas razones, la Sala estima que no tiene jurisdicción para hacer las declaraciones pedidas por el señor Sundheim". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1929, septiembre 17 de 1937)... Págs. 780, 2ª, y 781, 1ª y 2ª

NOTIFICACION DE AUTOS DE IMPEDIMENTO EN JUICIOS CRIMINALES

- 224 -

"Respecto del motivo de nulidad que sugiere el señor Procurador sobre notificación irregular de un impedimento, observa la Corte que no obstante la conveniencia de dar a conocer personalmente a los interesados providencias de esa clase, ellas no están incluídas entre las que requieren la notificación personal, so pena de las nulidades de que habla el artículo 264 de la Ley 57 de 1887". (Casación, XLV, número 1924, junio 25 de 1937)..... Págs. 173, 2ª

NOTIFICACION DEL TITULO EJECUTIVO A LOS HEREDEROS DEL EJECUTADO

- 225 -

Cuando los herederos en un juicio ejecutivo se han hecho sabedores de la existencia de los títulos ejecutivos contra el causante, no es necesaria la notificación que ordena el artículo 1434 del Código Civil. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, octubre 19 de 1937).... Págs. 874, 1ª

NULIDAD

- 226 -

En un juicio sobre simulación en que la actora pedía también la restitución de la finca vendida simuladamente, sostenía en casación el comprador de la finca vendida que ésta había pasado a un tercero, quien debió ser llamado al juicio, y que como se omitió proceder de conformidad con el artículo 215 del Código Judicial se había incurrido en la causal de nulidad prevista en el ordinal 3º del artículo 448 del mismo Código.

"Se observa: La causal es infundada. Conforme afirmalo el recurrente, el demandado en las dos con-

Págs.

testaciones que dióle a la demanda, informó que la finca materia del contrato de compraventa 'es del señor Jesús Rodríguez Medina, quien en consecuencia debía ser llamado al juicio'. Pero de que al señor Rodríguez Medina se le dejara de llamar no se infiere ninguna causal de nulidad procesal, como va a verse. Por lo que hace a la acción principal de simulación, que es personal, está bien dirigida contra el señor Ángel Alberto Rodríguez, porque siendo éste una de las partes que intervinieron en el contrato de compraventa, a él corresponde, y no a otra persona, la defensa del acto acusado. Y en lo concerniente a la petición consecuencial de restitución de la finca materia del contrato simulado, finca de la que afírmase no estar hoy en poder del demandado, sino de un tercero, afirmación de la cual infiere el recurrente que debió aplicarse el artículo 215 relativo a la acción real de reivindicación, se tiene lo siguiente: Nuestro Código de Procedimiento Civil, siguiendo en materia de nulidades adjetivas el principio procesal que informa la legislación francesa, de que ninguna diligencia ni acto de procedimiento podrá ser declarado nulo, si la nulidad no está formalmente establecida en la ley, principio contrapuesto al llamado inquisitivo de la legislación alemana, de la libertad del juez para ordenar de oficio la práctica de las medidas que crea necesarias a juzgar con más acierto y guardar las garantías debidas a las partes en el juicio, abandonando por consiguiente a la apreciación de los tribunales las consecuencias de los vicios de forma, anulando o declarando válidos los actos de la relación procesal; somete el juicio únicamente a tres causales de nulidad, según que el juez que esté conociendo del negocio carezca de jurisdicción improrrogable, sea ilegítima la personería de alguna de las partes, o esté quebrantando aquel principio tutelar de que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido previamente citada a discutir la condena. A este último principio tutelar obedece la causal tercera de las previstas en el artículo 448 del Código Judicial, como suficiente a invalidar la actuación, y que dispone que también es causal de nulidad en todos los juicios: 'La falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio'. (Subraya la Sala). Por consiguiente, la omisión del traslado de la demanda, conforme lo previene el artículo 199; el emplazamiento del demandado, en forma contraria a lo preceptuado en el artículo 317; el hecho de proseguir el juicio después de la muerte de uno de los litigantes, sin cumplir previamente con la obligación de llamar a los respectivos herederos para que intervengan en el debate en sustitución del muerto, artículo 370, ordinal 2º, cuando éste no ha dejado mandatario judicial según el artículo 264, constituyen hechos irregulares capaces de generar otras tantas causales concretas de nulidad procesal. No así la falta de aplicación en un juicio del artículo 215, cuandoquiera que el poseedor formule la manifestación de que carece del carácter de poseedor. Ese precepto tiende a que antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto del demandado, a quien se le atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encauce regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda. De manera que el artículo 214 implica una garantía para las partes en este sentido del demandado, por cuanto probando en el incidente respectivo que es otro el poseedor 'queda exento de la demanda'; y del demandante, por cuanto definido el hecho de que la posesión la tiene ciertamente el demandado, la acción en caso de prosperar obligalo necesariamente a la restitución, sin el peligro de que el pleito resulte baldío en cuanto a esa prestación, por no haberse seguido contra el verdadero poseedor. Ahora, si bien es cierto que de acuerdo con el artículo 348 del mismo Código, el Juez está obli-

Págs.

gado a impulsar por sí mismo el pleito, dándole curso a la actuación mediante las ritualidades por la ley prescritas, y que por esta razón el Juez de la causa estuvo obligado a decretar oficiosamente la apertura del incidente previsto en el artículo 214, con el fin de ofrecerle oportunidad a las partes de obtener la garantía que ese artículo les reporta, según lo expresado; también lo es que no por eso las partes estuvieron libres del deber de estimular la actividad judicial y de cooperar con el juez a la mejor salvaguarda de las garantías procedimentales, mediante solicitudes oportunas encaminadas a enderezar la actuación o a recordar la aplicación de preceptos momentáneamente olvidados. Ese abandono de los colaterales imperativos de las partes en ocasiones tiene el significado de una renuncia de la respectiva ritualidad procesal. Sobre todo cuando el abandono concierne a disposiciones normativas protectoras de derechos secundarios encaminadas a asegurar con mejor éxito la investigación del derecho controvertido y en su caso, la eficacia de su reconocimiento. Tal acontece con la aplicación del artículo 215. La continuación del procedimiento desentendiéndose tanto el juez como las partes de la aplicación de esa norma, invocada en la demanda, — el caso de este pleito—, entraña una renuncia fácita a provocar el incidente dilatorio de ineptitud de la demanda, incidente que, como se dejó dicho, redunda en beneficio exclusivo de las partes, y en manera alguna de terceras personas, para quienes las resoluciones dictadas en los juicios a que son extraños, son res inter alios judicata. En consecuencia, no se recibe este cargo". (Casación, XLV, número 1928, octubre 20 de 1937) .. 645, 2ª y 646, 1ª y 2ª

NULIDAD

- 227 -

Las acciones de nulidad pueden prosperar ante el Juez competente, después de dictada la sentencia de pregón y remate, a pesar de los términos del artículo 456 del C. J., cuando todavía no se ha hecho el pago al acreedor, porque el ejecutivo, más que un juicio, es un conjunto de actuaciones que se encamina a la recaudación de deudas acreditadas por fallos definitivos o títulos equiparables a éstos. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, mayo 11 de 1937). 881, 2ª

NULIDADES

- 228 -

La omisión en el acta de intimación del mandamiento ejecutivo de la oferta de bienes hecha por el ejecutado para el pago no es motivo de nulidad del juicio ejecutivo ni la del acta de intimación del mandamiento, pues el ejecutado puede relacionar en cualquier época los bienes que a bien tenga. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, octubre 15 de 1937). 868, 1ª

NULIDADES

- 229 -

No es motivo de nulidad en el juicio ejecutivo la demora en conceder la apelación del auto ejecutivo, pues la Corte ha sostenido que cuando la informalidad que se presenta como causal de nulidad puede subsanarse dentro del mismo juicio, no hay razón para hacer una declaratoria de tal naturaleza, que sólo debe prosperar cuando la irregularidad que se alega implique la violación de las normas básicas del procedimiento y entrañe por tal motivo un claro desconocimiento de los derechos ciudadanos. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, octubre 16 de 1937). 870, 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 230 -

"Está en lo cierto el señor Procurador al sostener que la sentencia del Tribunal de Bucaramanga debe infirmarse por la causal 2ª, en aten-

Págs.

ción a las irregularidades de que adolece el sorteo parcial de jurados que obra al folio....., ya que allí se insacularon seis balotas para reemplazar a dos jurados, a pesar de que en los sorteos parciales no hay lugar a recusación, como lo dijo la Corte en sentencia de catorce de julio del corriente año (casación de Alfonso Quijano). La Corte en el fallo mencionado expresó cómo la insaculación de un número mayor de balotas al de los jurados que se trate de reemplazar en los sorteos parciales, viene a introducir un factor de incertidumbre acerca de la persona o personas que debían desempeñar el cargo de jurados. Y según lo ha dicho también la Corte, en caso de declararse una nulidad de esta clase, forzoso es repetir la actuación desde el sorteo general de jurados, de conformidad con el numeral 5º, artículo 243 de la Ley 57 de 1887". (Casación, XLV, número 1927, julio 23 de 1937). ..... 503, 2ª y 504, 1ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 231 -

Constituye nulidad en el proceso criminal el hecho de figurar como Jurado un empleado del Poder Judicial, de conformidad con los artículos 72 de la Ley 100 de 1892 y 265 de la Ley 57 de 1887. (Casación, XLV, número 1927, agosto 24 de 1937). .... 511, 2ª y 512, 1ª y 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 232 -

La falta de identidad de los jueces de conciencia que deciden sobre la responsabilidad del acusado constituye motivo de nulidad del proceso, de conformidad con el artículo 265 de la Ley 57 de 1887, numeral 3º (Casación, XLV, número 1927, junio 12 de 1937). (1). ..... 496, 1ª y 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 233 -

Como el defensor del acusado no puede recusar en el sorteo de jurados sin delegación especial de su defendido, la recusación hecha sin esa autorización constituye nulidad en el proceso criminal, de conformidad con el numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887. Pero, al paso que el defensor no puede recusar sin delegación especial del procesado, el curador no necesita de tal delegación, y es él cabalmente quien debe ejercitar ese derecho por su representado incapaz. Esto último lo decidió la Corte en la sentencia de casación de Jesús Quintero, fechada el 15 de mayo de 1937. (Casación, mayo 15 de 1937, XLV, número 1925, G. J.) 278, 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 234 -

Constituye nulidad sustancial la prevista en el numeral 4º del artículo 246 de la Ley 57 de 1887, por no haberse notificado al Ministerio Público autos tan importantes como el de apertura de la causa a pruebas ni ninguno de los demás recaídos en la causa, con lo cual el Ministerio Público no tuvo intervención en el juicio. (Casación, XLV, número 1925, mayo 15 de 1937) (2)..... 277, 1ª

---

(1) Concordancia: cita la Corte la sentencia de casación proferida en el juicio contra Segundo Barrera, fechada el 22 de septiembre de 1936, Gaceta Judicial, número 1918.

(2) Concordancia: véase el fallo de casación del 17 de noviembre de 1936, publicado en el No 1917 de la Gaceta Judicial.

Págs.

NULIDAD EN MATERIA CRIMINAL

- 235 -

Constituye nulidad en el proceso criminal el hecho de recusar el defensor no facultado por el reo. (Casación, XLV, número 1924, junio 14 de 1937) 172, 1ª

NULIDAD EN MATERIA CRIMINAL

- 236 -

Se basaba la alegación de nulidad de un proceso criminal en qua la defensa había solicitado al Juez de la causa que hiciera comparecer a un testigo que ya había declarado a la audiencia y que el Juez se había limitado a dirigir un telegrama al alcalde de la residencia del testigo, en términos tan poco apremiantes que la prueba no pudo verificarse.

"Sin duda existe una irregularidad criticable en el hecho apuntado por el recurrente. El Juzgado Superior no debió emplear un término facultativo, sino un término imperativo de comparecencia de Sebastián Prada. Debió conminar. Pero esta irregularidad no está erigida en nulidad sustancial porque no se trata del auto que abría la causa a prueba ni de denegación directa de una prueba que parece, según el contexto, el reparo que se iba a hacer valer en la audiencia. Las nulidades están indicadas taxativamente en los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887. Y fuera de los casos previstos en esos dos artículos no cabe reposición del proceso cualesquiera que sean las omisiones o irregularidades que en él se anoten. De otro lado el vicio de nulidad ha de ser sustancial, evidentemente contrario a la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 del Estatuto." (Casación, XLV, número 1923, abril 14 de 1937). 64, 2ª

Págs.

NULIDAD EN EL PROCESO CRIMINAL

- 237 -

Había desempeñado el cargo de Jurado un individuo que tenía la calidad de empleado del Poder Judicial.

"El artículo 72 de la Ley 100 de 1892 prohíbe a los empleados del Poder Judicial desempeñar el cargo de Jurados. Al respecto el mandato es imperativo. La ley citada dice: 'Están impedidos en todo caso para desempeñar el cargo de jurados..... d) Los empleados del Poder Judicial'. Considerados estos hechos y considerada la disposición legal antes citada, el punto de vista del señor Procurador delegado no es atendible. Es que unos son los efectos del hecho previsto como generador de nulidad por el numeral 3º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, y otros son los efectos del numeral 2º del mismo artículo de la citada ley. En un caso, la ausencia de reclamación puede subsanar el vicio; en el otro no hay saneamiento posible porque no hubo capacidad para encarnar la jurisdicción". (Casación, XLV, número 1928, septiembre 23 de 1937). 648, 2ª

NULIDAD POR INCOMPENCIA DE JURISDICCION

- 238 -

La interpretación lógica del artículo 455 del C. J. debe ser la de que no es necesario que en la instancia correspondiente se hayan agotado todos los trámites de ella hasta dejar el juicio en estado de sentencia, para poner en conocimiento de las partes las nulidades existentes,, sino que debe poderse hacer esto en cualquier etapa de la tramitación, que es lo racional, ya que sería inútil adelantar un procedimiento que iría a quedar afectado de nulidad. De conformidad con los artículso 73 y 74 del Código Fiscal, el Tribunal sólo es competente para conocer en primera instancia de un juicio sobre baldíos cuando el Agente del Ministerio Público se ha opuesto a la adjudicación. Si conoce

el Tribunal en el caso en que no haya habido oposición por parte del Ministerio Público, se produce la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, octubre 16 de 1937).....

Págs. 871, 1ª y 2ª, 872, 1ª y 2ª.

NULIDAD POR SIMULACION

- 239 -

El hijo legítimo de quien había vendido unos bienes raíces simuladamente inició, muerto su parte, juicio de nulidad por simulación, de acuerdo con la anterior doctrina de la Corte sobre ese punto, contra el comprador y ganó el pleito. En casación se desconocía la personería del actor para la prosecución del juicio.

"Esta personería le da acción para entablar el presente juicio y su posición es la de un tercero porque no ejercita la acción derivada de su causante sino otra en nombre propio y que proviene del desconocimiento de su derecho a la herencia de su padre y siendo esto así, el demandante heredero puede acudir a toda clase de pruebas, especialmente a la indicial, a la testimonial, a la de presunciones, que en las acciones por simulación juegan un papel importante, pudiéndose decir que el éxito de esas acciones rueda sobre esa clase de pruebas." (1). (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937).....

263, 1ª

NULIDAD RELATIVA

- 240 -

"El plazo de cuatro años que establece el artículo 1750 del C. C. para demandar la declaración de nulidad relativa cuando ésta proviene de incapacidad legal de uno de los contratantes, tiene su punto de partida, no en la fecha del contrato sino en el día que haya cesado esta incapacidad." (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 29 de 1937).....

Págs. 828, 2ª

NULIDAD SUSTANTIVA DEL PROCESO POR PRETERMISION DE UNA INSTANCIA

- 241 -

El Tribunal sentenciador en un proceso criminal, en vez de devolverlo al Juzgado de origen al no aceptar la injusticia notoria del veredicto, entró inmediatamente a proferir el fallo. Se invocó en casación la segunda causal. Dijo la Corte:

"Sin duda que el procedimiento adoptado por el Tribunal de Bucaramanga, no sólo fue errado sino que creó una nulidad. Violóse con el procedimiento criticado el artículo 50 de la Ley 169 de 1896 y se pretermitió la segunda instancia, ya que, declarado injusto el veredicto, procedió a dictar fallo de fondo condenatorio, cuando su facultad legal iba sólo hasta resolver lo referente a la consulta del auto de injusticia notoria. Resuelto éste, debía devolverse al Juzgado de origen el proceso, cualquiera que fuese la resolución del Tribunal, así confirmase o así improbase la declaratoria de injusticia notoria. Y como tal tramitación dio por resultado la eliminación de la segunda instancia la nulidad resulta sustantiva como violatoria del artículo 26 de la Constitución, que estatuye que en todo juicio, y para ser condenado, es de rigor observar las fórmulas propias de cada proceso." (1). (Casación, XLV, Nº 1926, agosto 23 de 1937).....

352, 2ª

NULIDADES SUSTANTIVAS Y ADJETIVAS

- 242 -

"Una cosa son las nulidades de carácter sustantivo a que se refieren las disposiciones contenidas en el título 20 del C. C. y otras las de carácter adjetivo consagradas en el capí-

(1) Concordancias: números 2687 y 2841, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte.

(1) Concordancia: cita la Corte igual doctrina expuesta en sentencia de fecha 25 de octubre de 1935, Gaceta Judicial, Nº 1900.

Págs. Págs.

tulo 7º del título 12 del C. J. Las primeras miran a los actos y declaraciones de voluntad, en cuanto éstos carezcan 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. Lo anterior ha sido la doctrina de la Corte que se expresó así en sentencia de 2 de marzo de 1931: 'Al decir el artículo 1740 del Código Civil que es nulo todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para su valor, según su especie y la calidad o estado de las partes, se refiere a los actos o contratos civiles celebrados entre las partes de su libre voluntad, entre los cuales no quedan incluídas las sentencias o providencias judiciales. (1) Las nulidades en la secuela del juicio o nulidades de procedimiento, deben proponerse en el mismo juicio en que se incurrió en ellas.' Esta doctrina acaba de ser confirmada por la Corte en sentencia de fecha septiembre 8 de 1937." (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 27 de 1937) .....

NULIDAD Y EFECTOS DE SU DECLARACION

- 243 -

Pedida la declaración de nulidad relativa de un contrato de venta por haberse verificado sin licencia judicial para la enajenación de una finca raíz de una mujer casada cuando estaba vigente el régimen anterior a la Ley 28 de 1932, y declarada la rescisión por el Tribunal sentenciador, los demandados recurrieron en casación demostrando en ésta que se había violado el artículo 1747 del Código Civil, pues por razón del contrato anulado la demandante había acrecido su patrimonio particular en virtud de una permuta verificada y ese acrecimiento no lo había tenido en cuenta el sentenciador para las recíprocas prestaciones que ordena la ley. Prosperó el cargo en casación y dijo la Corte:

"Efecto natural y lógico de la declaración de nulidad de un contrato es el derecho de las partes para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo, mediante las restituciones recíprocas que deben decretarse por el Juez oficiosamente en la sentencia que reconoce y declara la nulidad (art. 1746). Esta regla general, fuera de lo estatuído sobre objeto o causa ilícita, tiene su excepción en el caso de que se haya contratado con una persona incapaz sin los requisitos establecidos por la ley en razón de tal incapacidad, porque entonces, aniquilado el contrato por sentencia judicial, no puede pedírsele restitución o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato. Pero esta excepción no es absoluta. La prohibición de pedir al contratante
820, 2ª, incapaz lo que recibió como presta-
y 821, 1ª ción del contrato anulado deja de existir en cuanto se probare haberse hecho por esa causa más rica la persona incapaz (artículo 1747). Este caso excepcional tiene su fundamento en el principio general de equidad que prohibe el enriquecimiento sin causa y se ilustra con los ejemplos del código sobre el modo como ha de entenderse el enriquecimiento'. Halló la Corte comprobado el cargo de violación del artículo 1747 del Código Civil. (Casación, XLV, número 1930, octubre 29 de 1937). 831, 1ª

(1) Se había pedido en el juicio que se declarase la nulidad del juicio ejecutivo por vicios de procedimiento y el Tribunal sentenciador había negado esa declaración.

Págs.

NULIDAD Y RESTITUCION DE BIENES COMO CONSECUENCIA DE AQUELLA DECLARACION

- 244 -

"El Tribunal derivó la acción restitutoria del artículo 1746 del C. C., la cual a juicio de la Corte es procedente y lógica por lo mismo que fue declarada la nulidad de los contratos acusados. No vale el argumento del recurrente que consiste en sostener 'que no ha habido sentencia ejecutoriada, declaratoria de nulidad de esos contratos, de donde haya nacido el derecho a la restitución de que habla el artículo', porque es obvio que declarada en este juicio la nulidad viene como consecuencia la acción restitutoria y esas dos declaraciones integran el mismo cuerpo de la sentencia, sin que la ley disponga que primero debe obtenerse un fallo declaratorio de nulidad y después haya necesidad de otro juicio ordinario para impetrar la restitución". (Casación, XLV, número 1925, junio 25 de 1937). ....

NULIDAD Y REVISION DE SENTENCIAS

- 245 -

"No acepta la Corte la doctrina del Tribunal sentenciador según la cual es posible declarar nula una sentencia de pregón y remate por la sola circunstancia de que ventilado de nuevo en juicio ordinario el asunto materia de aquel fallo pueda decidirse en el sentido de una reforma total de éste. Son instituciones jurídicas distintas la nulidad procesal de una sentencia y su infirmación o reforma, no obstante que ambas cuestiones sean susceptibles de obtenerse cuando la ley lo permite. El criterio científico a este respecto es el del Juez de primera instancia, 4º del Circuito de Bogotá, según el cual 'para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el inciso 2º del artículo 473 del C. J., un asunto que ha sido decidido en juicio en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la sentencia que le puso fin, ni esa declaratoria procede porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que la revisión plantea el examen de hechos generantes de derechos sustantivos, o ventila el derecho mismo; la nulidad ataca el acto judicial mismo, la revisión a sus consecuencias; la nulidad mira a la causa que es la sentencia, la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada decide sobre la obligación declarada, la que habrá de controvertirse nuevamente, mientras esto sucede, se restablecen las cosas al estado anterior; la revisión fija definitivamente la obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella". (Casación, XLV, número 1930, octubre 8 de 1937). (1)..... 811, 1ª

Págs.

267, 1ª

OBLIGACIONES DE VECINDAD. INCRUSTACIONES EN LA PARED DIVISORIA

- 246 -

"Es principio de derecho civil consagrado en Colombia por los artículos 2341, 2356 y 2359 del código sobre la materia, que toda persona que en el ejercicio de su actividad causa daño a otra por imprudencia o negligencia, debe reparar el daño causado. De esta regla no se escapa el propietario, quien, aun cuando en desarrollo del jus utendi puede usar su propiedad del modo que mejor le convenga, tal facultad ha de entenderse así en tanto que se mantenga también dentro de la obligación correlativa de no irrogar perjuicio a terceros, entre quienes están los vecinos, con las cuales esa obligación asume caracteres de mayor rigor. La jurisprudencia francesa ha declarado que los propietarios están obligados a em-

(1) Se trataba de un juicio en que el actor había pedido la nulidad de la sentencia de excepciones proferida en juicio ejecutivo.

Págs.

plear en el ejercicio de sus derechos de tales ciertos miramientos con sus vecinos, ciertas precauciones, cuyo conjunto constituye, según una expresión en Francia corriente, las obligaciones de vecindad. Dícese que el ejercicio legítimo del derecho de propiedad termina en donde empieza la culpa; y que para determinar si el propietario ha incurrido en culpa hay que atender más que al acto en sí mismo, a la conducta de su autor. Para regular esta conducta se toma como tipo ejemplar la de un buen padre de familia. Se elige en abstracto ese ideal de propietario que logra conciliar su interés individual con el interés de sus vecinos. La culpa entonces consiste en el acto que no cometería un propietario cuidadoso y diligente. Este criterio de la culpa algunos autores hánlo encontrado insuficiente para explicar la necesidad de ciertas reparaciones por razones de vecindad, y entonces lo combinan con la teoría del abuso de los derechos (Colin y Capitant, obra citada), o con la teoría del riesgo creado (Josserand, De l'abus des droits, página 82). La teoría del riesgo creado estima como una culpa del propietario el hecho de imponer a sus vecinos molestias excepcionales sin reparar el perjuicio que ello les causa. 'El derecho de propiedad no podrá ejercitarse sin reparar el daño causado'. De acuerdo con esta idea, el acto sigue siendo un acto permitido puesto que es socialmente útil, pero como trae por consecuencia una especie de expropiación del derecho ajeno, origina por sí mismo la obligación de reparar. La jurisprudencia francesa, en ausencia de un mandato positivo, como el de los artículos 906 del Código Civil alemán y 684 y 685 del Código Civil suizo, se vale de la siguiente fórmula para regular las obligaciones del propietario en relación con los fundos vecinos, fórmula citada por los más modernos autores, y que es más o menos: 'aquel que cause a sus vecinos un perjuicio que exceda de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad, comete una falta que le hace responsable, y debe ser condenado a pagar daños y perjuicios'. La disposición del estatuto alemán dice: 'El propietario de un fundo no puede oponerse a la entrada de gases, vapores, olores, humos, hollín, calor, ruidos, trepidaciones y otras reacciones procedentes de otros fundos cuando no perjudican nada o no perjudican de un modo esencial al uso de su fundo, o cuando procedan del uso del otro fundo si este uso es normal, según las circunstancias locales, en los fundos que se encuentran en la misma situación.' El Código Civil suizo subordina la responsabilidad que impone a los propietarios a la prueba de un abuso del derecho 'que exceda los límites de la tolerancia que se deben los vecinos, teniendo en cuenta los usos locales y la situación y naturaleza de los inmuebles' (art. 684); y el artículo siguiente dispone: 'El propietario que hace excavaciones o construcciones, no debe perjudicar a sus vecinos removiendo su terreno, exponiéndolo a un daño o comprometiendo las construcciones que se encuentren en él.' La doctrina francesa, siguiendo la regulación helvética, empléase cuandoquiera que se trata de aplicar a la culpa originada por la violación de las obligaciones de vecindad el art. 1382, que en el Código Civil francés sienta, como entre nosotros el artículo 2341, el principio general de la responsabilidad por delitos y cuasi delitos. Esa doctrina reconoce el derecho de reclamar indemnización 'si el propietario de un edificio del cual salen humos, usa inmoderadamente su derecho, o si en lugar de una vivienda ordinaria, fomenta un establecimiento que por su explotación produce humos perjudiciales para la finca vecina'; o si se producen olores que hacen fastidiosas las habitaciones vecinas. Naturalmente la misma doctrina tiene en cuenta que la 'vecindad produce inconvenientes habituales, inevitables', de manera que mientras el propietario no exceda de esa molestias comunes los vecinos no pueden quejarse. Así, en un barrio ya ocupado por fábricas y hornos, no podrá un propietario hacer construír una lujosa vivienda y quejarse más tarde de los inconvenientes de su vecindario. Al contrario, hay derecho a indemnización contra el industrial

Págs.

Págs.

que se instala en un barrio tranquilo donde su fábrica viene a suscitar incomodidades graves a sus vecinos por el hollín, el humo, el ruido o los olores. En tales casos se concede indemnización considerando que se ha cometido UN ABUSO DEL DERECHO DE PROPIEDAD." (Casación, XLV, Nº 1930, noviembre 26 de 1937) (1). 855, 2ª, y 856, 1ª y 2ª

P

PAGO.—IMPUTACION Y PRUEBA DEL PAGO

- 247 -

La afirmación hecha por el deudor cuando dijo que "A cuenta" del crédito había cubierto varias partidas, no puede tomarse como prueba de que el cómputo de los abonos parciales no formara el pago total. De ahí que no estuviese inhibido para alegar y probar ese pago. No siempre se habla en la vida ordinaria de manera rigurosamente jurídica ni con la más ceñida filosofía del lenguaje. En sentido estricto, cuando alguien dice que ha pagado varias partidas "a cuenta" de su deuda, entiéndese que todavía no la ha satisfecho en su integridad. Pero bien puede emplear esas mismas palabras u otras por el estilo —como "por razón de ", "con motivo de", "con imputación a"— un deudor que, o no mide con exactitud su alcance, o no tiene a mano los comprobantes necesarios para justificar el aserto de pago completo, o recuerda que solucionado el capital aún debe intereses. Cuando el demandado confiesa expresamente no haber satisfecho la deuda o haberla satisfecho apenas en parte, si su confesión obedeció a un error de hecho admite prueba en contrario, según los arts. 1769 del Código Civil y 606 del Código Judicial. Nadie está obligado a lo imposible. Si el deudor no conservaba las cartas de pago expedidas por su acreedor, era natural que acudiese a los cheques bancarios para justificar con ellos sus abonos. (Casación, XLV, Nº 1930, octubre 26 de 1937). 817, 1ª y 2ª

PARRICIDIO (UXORICIDIO)

- 248 -

En un proceso en que se condenó a la pena de veinte años de presidio al individuo que mató a su legítima esposa, alegaba el recurrente en casación que la sentencia había aplicado indebidamente la ley penal porque habiendo negado el Jurado las circunstancias de asesinato que contemplaba el segundo cuestionario, el hecho debía sancionarse, de acuerdo con el artículo 593 del C. P., como homicidio voluntario simplemente o como homicidio premeditado, toda vez que al parricidio son extensivas las calificaciones de premeditado, asesinato, simplemente voluntario e involuntario. Dijo la Corte:

"Ciertamente en abstracto, en doctrina, si cupiese interpretación contra texto expreso, la argumentación es inobjetable. Pero hay texto expreso. Ese texto es posterior al artículo citado. Ese texto posterior es el del artículo 615 que considera como casos graves, castigados con la pena de muerte, el parricidio: el voluntario, el premeditado y el asesinato, cometidos en la persona de los ascendientes o del cónyuge. Cuándo podrá haber entonces, dentro de nuestro sistema actual, una aplicación o una coordinación en su aplicación, y por ello un caso interpretativo del inciso 2º del artículo 593, que estableee calificaciones en el parricidio, para considerarlo como asesinato, simplemente voluntario e involuntario dadas al homicidio común? Sólo podrá establecerse esa correlación y hacerse esa graduación de penas, teniendo en mente las clasificaciones dadas al homicidio común, en tratándose de los artículos 616, 617 y 618, o sea en los casos no previstos especialmente para esta clase de homicidio especial que es el parricidio. Así debe entenderse cuando ocurra el caso de la

(1) Lo expuesto con consideraciones que hace la Corte en instancia por haber estimado que debía casarse el fallo recurrido.

Págs.

muerte de un infante (menos de tres días), o cuando la muerte es causada al excederse en el castigo a hijos o nietos o en algún caso similar, con el cónyuge, por ejemplo, o cuando la muerte de estas personas que unidas por los vínculos de parentesco y con la circunstancia de EL A SABIENDAS que requiere el Código, mueren por efecto de heridas o maltratamientos dentro de los sesenta días siguientes al de la perpetración del delito o de la culpa. El caso en estudio no es de esta clase. Es precisamente uno de disposición especial expresa, en texto legal tan claro que todo intento interpretativo es contrario a la ley y a la jurisprudencia. Escolar es responsable de la muerte de su esposa legítima. Pudo hacerlo con premeditación o sin ella. El Jurado dijo que no ejecutó el hecho con circunstancias de asesinato, ya que a eso equivale la negación de esas circunstancias en el veredicto. Pero voluntario o premeditado, mató a su mujer legítima a sabiendas de la existencia de ese vínculo. Entonces la sanción que le acarrea su hecho es la del artículo 615, sustituído hoy por el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que establece veinte años de presidio para el caso. No puede prosperar entonces la causal alegada." (Casación, XLV, número 1928, octubre 23 de 1937) ..... 653, 2ª y 654, 1ª

PARTICION DE BIENES SOCIALES

- 249 -

En un juicio sobre pago de una suma de dinero decía el recurrente cesionario de un crédito contra una sociedad, que el artículo 254 de la Ley 105 de 1890 no daba derecho a los socios que objetaron una liquidación para oponerse a la inclusión de créditos en el inventario de los bienes de la sociedad.

"En cuanto a la aplicabilidad a la liquidación y partición de sociedades de las normas legales sobre liquidación y partición de bienes de sucesión, y por tanto a la inaplicabilidad del art. 254 de la Ley 105 de 1890, la Corte considera: Es verdad que existen diferencias entre una sociedad disuelta y en liquidación y una sucesión ilíquida, ya motivadas por la personalidad jurídica que la doctrina y la jurisprudencia ven en las primeras, ya por el fin económico de una y otra, pues la comunidad hereneial ha de liquidarse en especie y la masa social requiere la conclusión activa de los negocios pendientes con el fin principal de repartir entre los asociados el activo neto, en lo posible reducido a dinero. Empero, no obstante esas diferencias, es lo cierto que un precepto expreso de la ley, el del artículo 2141 del C. C. dispone que las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios, y a las obligaciones entre los coherederos, se aplican a la división del caudal social, y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta, salvo en cuanto se opongan a las disposiciones del título 28 del libro cuarto del Código Civil. El Tribunal no desconoce esas semejanzas ni esas diferencias y ninguna censura merece su consideración fundamental de que las hijuelas formadas en la partición de sociedades tienen, como las formadas en juicios mortuorios, un efecto declarativo de dominio entre los coasignatarios, de lo cual deduce rectamente el Tribunal, y ya se vio que en este mismo sentido se ha pronunciado la Corte, que la sola hijuela sin la comprobación que para cada caso requiere la ley no sirve para demostrar la propiedad del crédito a que la hijuela se refiere. La doctrina francesa que al respecto acoge el Tribunal es aceptable en ese caso entre nosotros, porque al artículo 1401 del C. C. colombiano, que en su primera parte consagra dicho efecto declarativo de dominio entre coasignatarios, corresponde a igual precepto el artículo 883 del Código Civil francés; porque la aplicabilidad de las normas de liquidación de sucesiones a la partición de bienes sociales que contiene nuestro artículo 2141 del C. C., corresponde al 1872 del francés; y porque tanto nuestro Código de Comercio como el francés autorizan, en sus artículos 1º y 28, respectivamente, la aplicación de esas reglas a la liquidación de

las sociedades comerciales." (Casación, XLV, Nº 1923, marzo 5 de 1936)

Sintetiza así la Corte la sentencia del Tribunal sobre el punto aludido: "En virtud de lo dispuesto en el art. 2141 del C. C., la liquidación y partición de los bienes sociales debe ajustarse a las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos, reglas que atañen, principalmente: 1º A la acción misma, que pertenece a todos y a cada uno de los coasignatarios y se considera de orden público; 2º Al objeto de la partición o sea a la masa de bienes sobre que recae; 3º A las formas de partición; y 4º A su naturaleza y efectos, entre los cuales interesa examinar el efecto declarativo de la partición. Atendido el texto del artículo 1401 del C. C., la partición no puede tener —entre socios o entre herederos— el efecto traslaticio o atributivo de propiedad que la caracterizó ante el derecho romano sino uno declarativo de dominio y de consecuencias retroactivas. Efectivamente, el acto de partición según lo explican los autores franceses, como Josserand (Derecho Civil Positivo, Tomo II, Nº 1186), concepto que prohijá el Tribunal, no desplaza ni trasfiere nada; su papel, de orden distributivo, consiste en situar, en localizar derechos preexistentes, en sustituír cosas a cuotas. Verificada la partición, los copartícipes no son más ricos que antes pero sus derechos se presentan en forma concreta y exclusiva; se han materializado en determinados bienes: **suum quique recipit**, cada uno ha recibido lo que le correspondía... Por consiguiente, y puesto que la partición nada trasfiere, los copartícipes no son derechohabientes unos de otros; es directamente del difunto de donde derivan sus derechos; se reputa que cada uno de ellos ha tenido la propiedad exclusiva, desde el día de la apertura de la sucesión, es decir, retroactivamente, de los bienes que forman su hijuela, y, en compensación, no haber tenido nunca parte alguna en los demas.... 'Conforme a esa doctrina, la liquidación de una sociedad, que tiene por objeto solamente finalizar los asuntos pendientes y

Págs.	
20, 2º	distribuír entre los socios los bienes comunes y las utilidades alcanzadas, pone fin al estado de indivisión anterior de los bienes sociales y, con la sentencia aprobatoria de la partición, localiza, sitúa y distribuye en cada adjudicatario los derechos preexistentes del mismo sobre la masa común, en relación con el activo, pero no tiene por sí sola la virtud de crear ni atribuír derechos: declara simplemente, en forma concreta y exclusiva, que al partícipe corresponde el sitio del causante sobre determinados bienes o derechos, corporales o incorporales. De la misma manera como las deudas se dividen entre los socios a prorrata de sus respectivos aportes, de pleno derecho, la partición concreta ipso facto el pasivo de la sociedad y lo fracciona entre los socios continuadores de la personalidad social, en la misma proporción, pero no crea ese pasivo ni le da existencia por sí misma. Luego, si el adjudicatario de créditos sucede directamente a la sociedad y no a los socios, se deduce que es en el patrimonio de ese causante (sociedad) donde debe primero haberse radicado el derecho o carga que se trasmite por la adjudicación: **nemo dat quod non habet**, principio aplicable tanto a los créditos activos como a los pasivos. Consecuencia rigurosa de tal principio es la de que el título del crédito que relaciona un inventario de bienes sociales debe ser anterior a esta diligencia y existir en el patrimonio de la compañía, trátese de créditos activos o de créditos pasivos...	Págs. 15, 2ª

PARTIDAS DE ESTADO CIVIL

- 250 -

"Las partidas de origen eclesiástica, extendidas en la forma prescrita por la ley canónica, son documentos legalmente aptos para demostrar el estado civil de las personas, ya en virtud de los arts. 22 y 79 citados (1), ya en virtud de un pacto bilate-

(1) Artículos 22 y 79 de las leyes 57 y 153 de 1887, respectivamente.

Págs.

cal con la Santa Sede. Tales documentos deben ser expedidos con las formalidades requeridas para que sirvan como prueba y están sujetos a ser rechazados o redargüidos en los mismos casos y términos en que lo estarían las actas del estado civil procedentes de los funcionarios civiles. En la formación y expedición de las actas de origen eclesiástico, referentes al estado civil de las personas, se presume que el acto a que ellas se refieren, especialmente al matrimonio, se han celebrado con las formalidades canónicas indispensables para la validez del acto. Por eso en sentencia de 8 de marzo de 1933 dijo la Corte: 'no les es permitido a los funcionarios del orden judicial, entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque eso sería invadir jurisdicción ajena, ni menos si un matrimonio ha sido celebrado con el lleno de las formalidades canónicas, porque ambas legislaciones, la civil y la eclesiástica, son independientes, constitucionalmente hablando, y la una no puede inmiscuírse en el círculo de la otra.' El artículo 22 de la Ley 57 de 1887 habla de las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales.....
Ante la legislación civil, una partida en esa forma, es también por imperio de los arts. 22 y 79, prueba principal de la celebración del matrimonio, porque los funcionarios del orden judicial, como lo dijo la Corte, no pueden inmiscuírse en lo relativo a si una partida de origen eclesiástico ha sido o no extendida de acuerdo con la ley canónica. No quiere decir lo anterior que los jueces tengan que cerrar los ojos ante una partida de origen eclesiástico y atenerse irrestrictamente a lo que en ella se expresa, porque esas partidas, como las actas de origen civil, del estado civil de las personas, están en el mismo pie de igualdad, no sólo desde el punto de vista probatorio, sino también desde el extremo en que puedan ser atacadas, redargüidas de falsas o suplidas, art. 22 de la Ley 57 de 1887." (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937) (1) 259, 1ª y 2ª

PATENTES

- 251 -

"La Ley 94 de 1931 dice en el inciso 1º de su art. 1º que 'podrá oponerse a la expedición de una patente o solicitar su cancelación, si ya hubiere sido otorgada, quien alegare ser el autor o propietario del invento para el cual se solicita el privilegio'; y en su inciso final dispone que 'en estos casos se procederá en igual forma a la dispuesta en esta ley para las oposiciones al registro de marcas.' Esto último significa, según el art. 6º de la misma ley, que del Ministerio respectivo se enviará la oposición o solicitud con los antecedentes del negocio al reparto de los Jueces civiles del Circuito de Bogotá para que ello se resuelva allí mediante el juicio establecido por la Ley 31 de 1925 en su art. 38..... Cuando las leyes sobre patentes por excepción hallan necesario aquel juicio (2), así lo disponen en texto expreso, de que es ejemplo el art. 59 de la de 1925 tantas veces citada aquí. Además, el art. 734 del mismo Código, que inicia el Título XVIII sobre juicio ordinario dice que el procedimiento de que éste trata 'es el que se sigue para ventilar y decidir cualquier controversia judicial, cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales o no autorice un procedimiento sumario.' Y aunque es verdad que el citado art. 1206 habla de que los juicios sobre patentes se sustancian sumariamente, no es menos cierto que esta clase de juicios, como ya se ha dicho, está establecida como juicio especial en la agrupación a que ese art. 1206 corresponde y que las disposiciones expresas de las leyes sobre patentes miran hacia este juicio en forma, por decirlo así, exclusiva, al punto de es-

(1) Concordancias: Nos. 2832, 2833 y 2836, tomo 3º, Jurisprudencia de la Corte.

(2) El ordinario.

Págs.

tablecer juicio ordinario, como se ha observado, sólo excepcionalmente y, sobre todo, de darles a las sentencias dictadas en el especial el alcance definitivo que se observa, por ejemplo, en los arts. 40 a 42 de la citada ley de 1925 y de pronunciar la precisa locución cosa juzgada esta misma ley por ejemplo, en sus arts. 27 y 55." (Casación, XLV, Nº 1929, septiembre 10 de 1937) ..... 737, 1ª, y 738, 1ª

PENSIONES

- 252 -

El artículo 6º de la Ley 102 de 1927, parágrafo único, les da a las viudas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores que hubieren servido por más de veinte años en el ramo judicial, el derecho a disfrutar de una pensión mensual de cien pesos, con las limitaciones y requisitos establecidos por la ley. El artículo 5º de la Ley 116 de 1928, permite computar también para los efectos de la pensión, el servicio prestado como Fiscal del Juzgado Superior, de Tribunal de Distrito o como Procurador General de la Nación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1929, agosto 13 de 1937) 764, 1º

PENSIONES CIVILES

- 253 -

De conformidad con el artículo 8º de la Ley 102 de 1927, la Corte sólo conoce en única instancia de las pensiones de jubilación de los Magistrados de los Tribunales y Jueces de Circuito, por tiempo de servicio; en cuanto a las pensiones referentes a empleados subalternos del Organo Judicial conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito, pues esos empleados quedan comprendidos en la categoría general para reclamar la gracia respectiva. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1929, agosto 16 de 1937) 768, 2ª

Págs.

PENSIONES CIVILES

- 254 -

Es doctrina establecida por la Corte en varios fallos la de que como la Ley 29 de 1905 reconoce un derecho a favor de los empleados públicos que han servido treinta años y no hay entidad especialmente encargada de decretar las pesiones, éstas pueden reclamarse por la vía ordinaria.

Cuando se trata de pensiones por servicios civiles la ley establece la manera como han de recibirse las declaraciones, y por tanto, no es necesaria la ratificación, ya que una disposición especial determina las formalidades a que deben sujetarse los testimonios. La ratificación tiene por objeto dar ocasión a que la parte contraria pueda ejercitar su derecho de repreguntar a los testigos; la necesidad del cumplimiento de esta formalidad desaparece tratándose de pensiones civiles, desde el momento en que se establece como requisito indispensable la citación del Agente del Ministerio Público, que representa a la Nación, que es la contraparte en tales juicios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1928, agosto 12 de 1937) ..... 683, 2º, y 684, 2ª

PENSIONES CIVILES

- 255 -

El hecho de desempeñar un cargo público remunerado la persona que pide una pensión del Tesoro por razón de servicios prestados por el tiempo que las leyes requieren, no es motivo para negársela, toda vez que el beneficiado no puede empezar a cobrarla sino a partir del día en que haya hecho dejación del cargo, pues sólo desde tal época se considera que aquélla carece de recursos para vivir. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1928, agosto 25 de 1937) 688, 2ª

Págs.

PERJUICIOS

- 256 -

Había sido condenada la Nación al pago de perjuicios a favor de los herederos del que perdió la vida en un accidente y los peritos tasaron tanto los materiales como los morales, por lo cual fue tachado el dictamen pericial por error grave, pues se afirmaba que ellos debieron avaluar únicamente los materiales.

"A los expertos se les dijo que avaluaran los perjuicios, y ellos tasaron tanto los materiales como los morales. Si estos últimos no están comprendidos en la sentencia de la Corte, es ello un asunto de fondo, es una cuestión jurídica que no puede decidirse en el incidente sobre objeciones por error grave en la tasación pericial". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1927, junio 2 de 1937). 525, 1ª

PERJUICIOS
EN MATERIA CRIMINAL

- 257 -

La condenación oficiosa al pago de perjuicios, aunque irregular, no constituye motivo de casación, según lo ha dicho la Corte en varios fallos. (Casación, XLV, número 1923, abril 29 de 1937). ..... 59, 1ª y 2ª

PERJUICIOS
EN MATERIA CRIMINAL

- 258 -

La condenación oficiosa al pago de perjuicios no constituye motivo de casación. (Casación, XLV, número 1925, mayo 24 de 1937). 281, 1ª

PERJUICIOS
MATERIALES Y MORALES

- 259 -

"Se sabe que en materia de responsabilidad el daño material no es sólo el corporal susceptible de apreciarse por los sentidos. En el daño moral puede existir igualmente el elemento corporal; v. gr., la herida que desfigura. El criterio empleado en derecho para distinguir las dos categorías de daño consiste en referir el juicio material al patrimonial y el moral al extrapatrimonial o no económico. Ese criterio corresponde a la división de los derechos en patrimoniales: reales y de crédito, y extrapatrimoniales: de la personalidad, de la familia. Ante todo es de observarse que, en la mayor parte de los casos, el perjuicio moral causa un daño patrimonial: por ejemplo, el ataque a la probidad de un comerciante puede ocasionar la ruina de su negocio. Por lo tanto, a consecuencia de ello los daños morales se subdividen en dos categorías: 1ª los que perjudican la parte social del patrimonio moral: honor, consideración, reputación, etc.; 2ª los que menoscaban la parte afectiva del patrimonio moral: sentimientos, afectos, pensamientos, etc. Tanto en el perjuicio moral como en el material se requiere como elemento esencial para su reparación el de ser cierto,....." (Casación, XLV, Nº 1929, septiembre 28 de 1937). (1) 762, 1ª y 2ª

PERITOS

- 260 -

"Una prueba pericial que se ha practicado sin citación de la parte contraria o sin llenarse las formalidades legales sobre peritos, no puede estimarse en la sentencia. Se funda esta doctrina en que si se dejan de cumplir las formalidades señaladas por la ley para el nombramiento, posesión y oportunidad para tachar los peritos, se omiten requisitos esenciales y se arrebata un derecho a las partes en el juicio". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1925, mayo 18 de 1937) 286, 1ª

PERJUICIOS

- 261 -

"Ni la Nación ni los Departamentos están obligados a indemnizar per-

(1) Consideraciones de instancia por haberse casado la sentencia recurrida.

Págs.

juicios por causa de las investigaciones que se adelanten de acuerdo con los requisitos legales con relación a infracciones de la ley. Los órganos del poder público tienen la atribución de investigar los delitos y contravenciones a la ley, en defensa de los intereses sociales y para asegurar el orden en el país y la seguridad de los asociados. Ninguna responsabilidad civil puede caberles por razón de perjuicios ocasionados a los particulares en ejercicio del derecho de investigar y sancionar los quebrantos de la ley". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1925, mayo 18 de 1937). ....

PERJUICIOS MORALES

- 262 -

Como por motivo de un choque violento de un automóvil con la locomotora de un ferrocarril resultasen muertas casi todas las personas que viajaban en aquél, se demandó a la Nación para el pago de perjuicios materiales y morales. Sobre este último punto se expresó así la Corte:

"El daño se divide en patrimonial y moral. Existe el primero cuando hay una disminución del patrimonio. El daño moral proviene de un hecho ilícito que ofenda, no los derechos patrimoniales ni la persona física, sino la personalidad moral del damnificado. La reparación pecuniaria por el daño moral, se ha aceptado por la mayor parte de las legislaciones, no obstante las opiniones de eminentes tratadistas que se oponen a que se aprecie en dinero el daño moral. La Corte, en la sentencia a que hace referencia el Tribunal y en la de fecha 22 de agosto de 1924, sentó la doctrina de la reparación del daño moral. Para sustentar en este caso la reparación en dinero, la Corte acogió las siguientes opiniones del profesor Nicolesco: 'Hoy el dinero constituye casi el único medio de reparación. Pero si bien es cierto que tiene siempre por objeto procurar al lesionado una satisfacción, su acción no es la misma en todos los casos. Al lado de la penal, de la cual no se trata aquí por ser del dominio del derecho público, el dinero llena otras dos funciones en el dominio del derecho civil: una función de equivalencia (verum praetium, rei estimatio, quanti ea res est, id quod interest) cuando se trata de reconstruir un patrimonio menoscabado, y una función puramente satisfactoria, cuando se trata de un perjuicio no patrimonial. Cómo llenará esta última función.? Bien entendido que no será reemplazando el dolor experimentado, los afectos perdidos, pero sí, haciéndolos menos sensibles, borrando, si ello es posible, las consecuencias de esas sensaciones; no colocando al damnificado en condiciones de rehacerse de los bienes que ha perdido, pero sí, abriéndole una nueva fuente de alivio y de bienestar. Gracias al dinero podrá procurarse sensaciones agradables que vendrán a contrarrestar, a compensar las sensaciones dolorosas o desagradables que ha experimentado. En la vida ordinaria también el dinero tiene no solamente la función de proveer a las necesidades materiales del hombre, sino que con él se satisfacen también las necesidades morales, intelectuales y artísticas'. Pero la reparación de los perjuicios morales no debe ser ilimitada ni puede aceptarse como una regla general para todos los casos de indemnización por daños civiles. El caso estudiado por la Corte era especialísimo y peculiar para sentar la doctrina de la reparación de los perjuicios morales, porque en él no se contemplaba un hecho de daño patrimonial..... Algunas legislaciones tienen disposiciones claras y terminantes sobre la reparación de los perjuicios morales. La de Suiza dice en el artículo 49 del Código de las obligaciones: 'El que sufre un atentado ilícito en sus intereses personales puede reclamar en caso de culpa (delictual o cuasidelictual) daños y perjuicios y además una suma de dinero a título de reparación moral cuando ésta se justifique por la gravedad del perjuicio sufrido y de la culpa'. En el derecho polaco el artículo 166 del Código respectivo establece: 'En caso de muerte de la víctima por consecuencia de lesión corporal o de turbaciones de la salud,

Págs.

286, 2ª

el tribunal puede conceder una suma conveniente a los miembros de la familia más próximos del difunto o la institución por ellos designada, a título de satisfacción por el perjuicio moral que hayan sufrido'. En nuestra legislación, como en la francesa, no existe un texto preciso que consagre de una manera real e inequívoca el carácter de la acción en lo relativo a la reparación de los daños morales. Ha correspondido a la jurisprudencia la determinación del alcance que tienen los preceptos del Código Civil. La doctrina de la Corte que se ha citado, se ha tomado como la base del reconocimiento de los perjuicios morales; pero esa doctrina tiene, como se ha visto, su limitación, por cuanto sólo se refiere a los casos en que no es posible la apreciación de los perjuiciso patrimoniales. Cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe de acuerdo con los preceptos de nuestra legislación, hacer una apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material, envuelve en sí misma una satisfacción por los perjuicios morales. En los casos en que no ha podido hacerse una apreciación del daño patrimonial y son evidentes los perjuicios de carácter moral, es procedente la estimación de éstos en dinero, siguiendo la doctrina sentada por la Corte, que tiene su apoyo en las opiniones de eminentes tratadistas y en los principios consagrados en otras legislaciones. En el caso que se estudia se apreciaron los perjuicios patrimoniales ocasionados por la muerte de Luis Olarte de Castro, Julia Olarte de Castro y Rosa Borda de Olarte. Por tanto, no es procedente la estimación en dinero de los daños morales". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1926, marzo 12 de 1937)... Págs. 367, 1ª y 2ª; 368, 1ª y 2ª

Salvó su voto el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán en una interesante exposición que puede leerse a los folios 371 a 385 de la Gaceta Judicial, número 1926, en la cual acepta unos puntos y contradice otros. La extensión de tan importante salvamento veda trascribirlo aquí, siquiera sea en parte.

PERSONAS MORALES DE DERECHO PRIVADO

- 263 -

Véase lo que sobre este punto contiene la sentencia de la Corte Plena relatada en el punto titulado: **Decreto acusado número 685 del 4 de abril de 1934, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común.**

PERSONERIA DEL DEMANDADO

- 264 -

En los juicios ejecutivos, en los cuales se ejecuta una obligación que debe ser clara para que el Juez la decrete, la prueba acerca de la personería del demandado ha de producirse con anterioridad a la demanda y aducirse con ella; por eso el artículo 232 del C. J. no es aplicable a esta clase de juicios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, octubre 27 de 1937)..... Págs. 892, 2ª

PETROLEOS

- 265 -

Lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936, sobre tarifa de pruebas para comprobar el dominio privado en asuntos de petróleos, no es aplicable a los juicios ante la Corte, como que ésta decide las pruebas aducidas con entera amplitud, sin sujetarse a la tarifa legal, la cual obliga solamente al Ministerio y no a la Corte. Por no ser aplicable en el juicio sumario ante la Corte el sistema especial de comprobación de la propiedad privada del petróleo, rigen en tales juicios las reglas generales sobre pruebas del dominio, tomando como base la norma del artículo 10 de la Ley 160 de 1936. En el artículo 112 de la Ley 110 de 1912 consagró el legislador la definición de lo

Págs.

que debe entenderse por petróleo de propiedad privada. 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. Al decir ese artículo legalmente, 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 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 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 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 otros medios legales. 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.

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 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. En cada caso debe estudiarse la cuestión. 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. 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 del poder público no los adjudica, ellos no pasan al dominio de particulares. Están, pues, los baldíos formando parte de un patrimonio que no es 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.

Aunque el dominio que la Nación tiene sobre los baldíos no es ciertamente el dominio privado, sí es dominio, y siéndolo, no es ilógico que se diga que los baldíos pasan del poder del Estado al de los particulares. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1927, julio 15 de 1937). ....

563, 1ª y 2ª, 564, 1ª y 2ª, 565, 1ª, 566, 1ª y 2ª, y 567, 1ª y 2ª

POSESION — COPOSESION

- 266 -

"La acción real es distinta del derecho absoluto a que inhiere. La es-

Págs.

fera que forma el sistema de los derechos absolutos, se mide por un círculo tan grande, que ellos son oponibles, en su ocasión, a todo el mundo; en tanto que la acción real sólo se dirige contra el infractor. Igualmente, el contenido de uno y otra es idéntico; el derecho real lo ejercita su titular directamente sobre la cosa, sin intervención de nadie; y esto se concibe sin necesidad de preestablecer la existencia de una red obligatoria permanente y negativa en el sentido de una prohibición contra todos frente a tal derecho. La acción real, en cambio, obliga a un acto positivo porque vincula al poseedor a la entrega. De ahí que ésta, desde el punto de vista de su ejercicio, no nace con el derecho real, sino que brota de la conducta de la persona que viola el contenido de ese derecho. Débese a Ihering, quien modeló sobre el de la propiedad el concepto de la posesión, el hacerse inteligible la existencia de la coposesión, allí donde la ley permite la comunión del dominio. Según ese autor, el animus, que sólo es la voluntad encaminada a un fin de señoría, permite concebir la del coposeedor de poseer con sus copartícipes, en tanto que el corpus continúa siendo idéntico al del ocupante único. La coposesión, por lo tanto, no es una pluralidad de posesiones individuales, en el sentido de que aquélla aparezca como una división cuantitativa de éstas, sino que la diferencia entre la posesión única y la coposesión es cualitativa. La coposesión, pues, se modela de acuerdo con los diversos regímenes de la propiedad, como que la posesión es la manifestación concreta del dominio. La posesión hereditaria tiene de característico — que la distingue de las otras posesiones — la singularidad de que se confiere automáticamente al heredero en el momento de deferirse la herencia y sin ninguna aprehensión material (artículo 757 del C. C.) El coheredero, a título exclusivamente de tal, viene a tener una coposesión ficticia, porque la posesión material puede estar de hecho en uno solo de los cosucesores. Posesiones equívocas, por consiguiente, pero no viciosas. El equívoco consiste en

Págs.

que el coheredero que posee materialmente un objeto de la sucesión contradice la ficción legal, porque no obstante este hecho, sus copartícipes a título universal poseen al mismo tiempo que él, en virtud de la ley. Sin embargo, este equívoco no está tachado de precariedad, porque no existe a cargo de los cosucesores ninguna obligación convencional de devolución. Esta posesión equívoca desaparece tan pronto como se inscriba el decreto sobre posesión efectiva de la herencia, el cual extingue la comunidad hereditaria en los inmuebles, y da nacimiento al mismo tiempo a la comunidad ordinaria en éstos. En esta nueva comunidad, a causa de que el comunero debe sufrir la partición, su posesión, en cuanto sea exclusiva, tiene el carácter de precaria ante los otros comuneros. La posesión equívoca, propia únicamente de la comunidad hereditaria, además de ser susceptible de transformarse en posesión ordinaria por una intervención de hecho del título, tiene distintos efectos respecto de terceros, a saber: a) El coheredero, poseedor material, puede traspasar válidamente esta posesión a un tercero; b) El coheredero que sólo tiene la posesión legal reúne en su cabeza los presupuestos procesales para demandar en reivindicación a favor de la sucesión; c) El tercero demandará precisamente, en reivindicación, al heredero o herederos poseedores de hecho de la cosa, si lo hace antes de la inscripción del decreto sobre posesión efectiva de la herencia, lo cual no obsta para que pueda extender su demanda al mismo tiempo contra todos los demás sucesores del poseedor difunto; d) Si la demanda reivindicatoria es posterior al referido decreto inscrito, debe dirigirse contra todos los comuneros comprendidos en él y en los que lo hayan adicionado. En efecto, ya se dijo cómo nace la pretensión reivindicatoria que inhiere al derecho de dominio. Por consiguiente, la simple ficción de posesión legal, originada por la muerte del de cujus, no implica la expresión de una conducta posesoria violadora del dominio. El heredero que, antes del registro del citado de-

Págs.

creto, sea perseguido por el todo en razón de la tenencia efectiva de la cosa, no puede substraerse a la condena de ese todo, por el hecho de poner en causa a sus coherederos, lo cual no es obstáculo para que oportunamente les denuncie el pleito. Ello débese también a la naturaleza indivisible de la pretensión reivindicatoria. Esta no se configura como una acción procesal declarativa de reconocimiento del título de dominio, sino que es de condena, y tiene por fin único la restitución de la posesión del objeto que se reivindica. Se infiere de lo dicho que la herencia, salvo la yacente, no es poseedor material." (Casación, XLV, Nº 1926, julio 23 de 1937) (1) .....

POSESION DEL DERECHO DE DOMINIO

- 267 -

En un juicio sobre nulidad de unos contratos de compraventa por causa de simulación, decía el recurrente que el comprador ficticio que hipotecó después las fincas adquiridas simuladamente mal podía hipotecarlas, pues no había tenido jamás la posesión de los inmuebles hipotecados.

"Toma el recurrente la locución 'bienes raíces que SE POSEAN en propiedad', empleada por el art. 2443, y sostiene que como el hipotecante no tuvo jamás la posesión del inmueble hipotecado, según aparece de autos, violó el fallador ese artículo admitiendo la validez del gravamen. Efectivamente, Bravo no ha poseído materialmente la finca hipotecada a Tafero; pero, bien interpretado el art. 2443, tal falta de posesión no fue obstáculo para constituír sobre ese predio el derecho real de hipoteca. Esta objeción del recurrente proviene quizá de no haber hecho él una clara diferencia entre dominio, cosa incorporal, y finca raíz, cosa corporal. Como es sabido, los bienes consisten en cosas corporales e incorporales, según tengan ser real y puedan percibirse por los sentidos, o estriben apenas en meros derechos. Una finca es ejemplo de cosa corporal; el dominio lo es de cosa incorporal. Las cosas incorporalse, pueden ser objeto de posesión con las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales, según lo enseña el artículo 776 del Código Civil. Luego es científico decir que el dueño posee su derecho de dominio, y que puede hipotecar este derecho cuando lo ejerce sobre un inmueble, aun cuando no esté en posesión material de la finca misma. Lo que el código autoriza es la hipoteca del derecho de propiedad, que puede ser plena o nuda, absoluta o fiduciaria. Luego no ha infringido el fallador ese artículo 2443, admitiendo que Bravo posee la propiedad del inmueble hipotecado aunque jamás se le haya hecho entrega de la cosa." (Casación, XLV, Nº 1927, julio 28 de 1937) .....

Págs.

322, 2ª, y 323, 1ª y 2ª

404, 2º, y 405, 1ª

Sobre este punto salvó su voto en la sentencia el Magistrado Dr. Juan Francisco Mújica con argumentos, de los cuales se trascriben estos principales: "Sería simplista afirmar, con base en el art. 762 del C. C., que siendo el derecho una cosa puede poseerse. Este criterio conduciría a demostrar la inutilidad del art 776 ibídem, cuya existencia es, sin embargo, esencial para poder efectuar aquel razonamiento. Además, con semejante método pueril de interpretación, se elimina la teoría de los derechos sobre los derechos, grávida de consecuencias trascendentales. La propiedad es el señorío jurídico sobre una cosa, mientras que la posesión es ese mismo señorío, pero simplemente de hecho. El concepto de posesión que se deduce de los arts. 762 y 775 del C. C., supone una relación de ejercicio estable y de hecho y, por consiguiente, su disfrute por una persona. De ahí que un derecho que no tenga por objeto una cosa material no pueda ser susceptible de posesión. Sostener lo contrario, es hacer de la idea la sola realidad de las cosas y relegar la apariencia sensible de éstas al segundo plano, en donde sólo constitu-

(1) La parte de la sentencia referente a la reivindicación está relatada en el punto así titulado.

yan el elemento secundario y contingente. Esta teoría, fundada por un filósofo helénico, es incapaz de influenciar el criterio de ningún jurista contemporáneo."

POSESION DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

- 268 -

Véase: SERVIDUMBRE. (Casación del 30 de junio de 1937, 302, 1ª y 2ª, y 303, 1ª y 2ª)

POSESION PARA LA PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA

- 269 -

Ismael Alberto Noguera y otros demandaron en juicio de reivindicación de una finca raíz a Florentino Rodríguez, el cual había invocado antes del juicio el título de colono o cultivador de predios baldíos, y en el proceso la excepción perentoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio que no halló probado el Tribunal sentenciador porque estimó que no habiendo tenido el demandado ni ninguno de sus antecesores títulos inscritos de dominio sobre la finca reivindicada, el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva de bienes raíces no había empezado a correr. Recurrió en casación el demandado alegando violación del artículo 2531 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Finalmente, objeta la parte opositora que no se ha establecido la existencia de los títulos en virtud de los cuales la posesión de la finca reivindicada se ha transmitido sucesivamente de unas personas a otras hasta llegar a Rodríguez N. A este respecto está comprobado que no existe solución de continuidad entre los diferentes sucesores de la posesión. La posesión puede transmitirse, sea mediante una convención o bien por medio de una entrega real o simbólica de la cosa. Se trata en este último caso de un simple acto real que no tiene los supuestos de un acto jurídico bilateral. En tal hipótesis

Págs. 407, 1ª y 2ª

es indiferente que el poseedor anterior, para los efectos de la sucesión jurídica, entregue la cosa o solamente permita o acepte que su sucesor la ocupe. En ese acto real de la trasmisión de la posesión no hay lugar a nulidad por vicios de la voluntad: el niño puede entregar al niño. No debe confundirse la transferencia de la propiedad por medio de la tradición, con la transmisión de la posesión por medio de la entrega real o simbólica de la cosa, porque la primera se refiere al derecho de dominio, y la segunda al hecho de la posesión. Nadie pone en duda que la entrega de una cosa puede producir el traslado de la propiedad, o el traspaso de la posesión, o ninguno de estos efectos, según sea el propósito y las declaraciones de las partes o las circunstancias del caso. De ahí que establecida la continuidad en las posesiones, se presume, con presunción de hombre, la sucesión de ellas. Como el Tribunal a causa de lo expuesto, procedió jurídicamente estimando la evidencia de la posesión material, durante más de treinta años, por el demandado y sus antecesores, violó el artículo 2531 del C. C., según el cual para la usucación extraordinaria no es necesario título alguno. La Corte a este último respecto mantiene su jurisprudencia, con tanto mayor razón cuanto el legislador en la Ley 200 de 1936 ha solucionado el conflicto doctrinario entre las teorías de las posesiones inscrita y material sobre bienes raíces rurales, en el sentido de la prevalencia de esta última. El sistema de nuestro Código Civil para la posesión, es el mismo explicado en la doctrina por R. von Ihering. De acuerdo con ella, de los dos elementos externos constitutivos de la relación posesoria, cuerpo y voluntad, esta última no es cualificada sino que tan sólo debe dirigirse hacia su fin, el cual consiste en el señorío físico sobre la cosa. Por consiguiente, para los efectos de la prueba de la posesión, una vez comprobada la existencia por quien la afirma, de los dos elementos dichos, corresponde a la otra parte que pretende desvirtuarla, acreditar la presencia de un factor que excluya la eficacia legal

de las condiciones jurídicas de ella. Los actores no probaron la existencia de la aludida circunstancia. El artículo 79 de la Ley 110 de 1912 añade al colono un elemento positivo que aumenta legalmente la naturaleza jurídica de su posesión. De lo dicho se infiere que Rodríguez, al cambiar su posición jurídica en la defensa, colocándose frente a los actores en este juicio ordinario, no ya como colono sino como poseedor del terreno que se reivindica, conserva, sin embargo, esta última calidad". (Casación, XLV, número 1926, julio 24 de 1937). ..... Págs. 329, 2ª, y 330, 1ª

Salvaron su voto en esta sentencia los Magistrados Liborio Escallón y Miguel Moreno J. El primero expuso lo siguiente: "Estoy de acuerdo en cuanto al numeral 1º de la parte resolutiva de dicho fallo y en las bases de la parte motiva que lo sustentan, pero estimo que no ha debido deducirse la excepción de prescripción a favor de Florentino Rodríguez N. y por lo tanto, no ha debido casarse la sentencia, por las siguientes razones: a) Porque para prescribir, y esa es la doctrina que se deduce de los artículos 762, 2512 y 2518 del C. C. se necesita, como elemento esencial, el animus prescribendi por todo el lapso que señala la ley; b) Porque el demandado Florentino Rodríguez ha tenido, en mi concepto, ese ANIMUS durante el lapso legal de treinta años, puesto que él, lo mismo que sus antecesores, entraron al lote en el concepto de que era baldío y sólo después de iniciado este juicio, Rodríguez alegó la prescripción contra el demandante Noguera, de lo cual se concluye que el lapso para prescribir, no se ha cumplido; c) Porque cuando un individuo entra a un baldío, y hace trabajos en él, adquiere su condición de colono, la cual lo habilita para que luégo la Nación le haga la adjudicación del lote. El colono no entra, pues, a un baldío con el ANIMUS PRESCRIBENDI, porque contra la Nación no se puede prescribir, sino entra para habilitarse con su trabajo y fundaciones, a fin de que la Nación, en virtud de ese trabajo, le trasfiera el dominio del lote, en virtud de la adjudicación. El colono no viene a ser dueño del lote, sino en virtud de la adjudicación que le haga la Nación; d) Porque cuando se entra a un fundo con el ANIMUS PRESCRIBENDI, quien se halla en esas circunstancias no espera que el antiguo dueño le reconozca el dominio, sino que espera a que por ministerio de la ley, independientemente del antiguo dueño, se consume la prescripción." El Magistrado Moreno J. expuso: "..... Aceptó el fallador que con prueba testimonial fueron acreditados los hechos básicos de la prescripción extraordinaria, y sin embargo se abstuvo de declarar ésta invocando los arts. 787, 788, 2526 y 2531 del Código Civil, y diciendo que era imposible reconocer la usucapión porque mientras los actores exhibieron títulos inscritos de propiedad, los poseedores del lote no presentaron prueba de posesión inscrita oponible a la de aquellos, por lo cual ni ha finalizado la posesión existente ni ha empezado a correr el tiempo necesario para usucapir. He aquí un grave error del Tribunal, procedente de haber confundido la posesión del dominio, cosa incorporal, con la posesión de la finca, cosa corporal. Las cosas incorporales pueden ser objeto de posesión, con las mismas calidades y vicios que la posesión de cosas corporales (art. 776). Luego es científico decir que el dueño posee su derecho de dominio. Cuando se afirma que 'Pedro es propietario inscrito de la finca en donde trabaja', se descubren ahí dos posesiones: la del dominio sobre la finca y la de la finca misma. El dominio se REPUTA inmueble; la finca es INMUEBLE. La posesión del derecho se adquiere por el registro; la posesión de la finca se adquiere materialmente. La posesión del dominio se conserva manteniendo vivo el registro; la posesión de la finca se conserva ejecutando en ella actos de señorío... La posesión del derecho se establece por el registro, y mientras éste subsista no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarlo. La posesión del suelo se establece por hechos positivos, como los de rozar,

quemar, barbechar, sembrar, aporcar y segar. Ajustando los artículos 2526 y 2531 del Código Civil, fluye esta doctrina: la prescripción extraordinaria, para la cual no es necesario título alguno debe obrar imperiosamente contra un título inscrito, y la prescripción del usucapiente extraordinario empieza a correr desde que principia la tenencia de una cosa corporal con ánimo de señor. No lo entendió así el Tribunal, y por no entenderlo interpretó erróneamente, en mi sentir, los artículos 787, 789, 2526 y 2531, citados en su fallo. Empero, me atrevo a pensar que la Corte no puede admitir la causal consistente en quebrantamiento de ley sustantiva por error de derecho al apreciar varios testimonios, pues si colocándose dentro de la norma seguida por el fallador, que prestó mérito a declaraciones dadas dentro de la inspección ocular, estimara que con ellas se acreditaron los fundamentos de una prescripción extraordinaria, tendría luégo al punto que desandar lo andado, porque tal vez no sea razonable estimar tales pruebas. En efecto:"..... (Aquí entra el análisis de los testimonios).

PRELACION DE CREDITOS

- 270 -

En un juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coactiva contra una sociedad, el Juez ejecutor ordenó entregar el remanente a que ascendía el remate de bienes embargados a uno de los que hicieron tercería en ese juicio profiriendo para ello una sentencia de prelación de créditos. Dijo la Corte:

"Consta de autos que el señor Bohmer presentó una demanda de tercería y desistió de ella, y que la actuación respectiva se siguió ilegalmente en el Juzgado. Posteriormente, siendo un extraño en el juicio, se ordenó en su favor y en el de los otros acreedores que tenían el mismo carácter, la entrega del remanente, en una sentencia de prelación de créditos, ajena a las atribuciones y a la jurisdicción del Juez de Ejecuciones." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1928, julio 14 de 1937) ..... Págs. 681, 2ª, y 682, 1ª

PREMEDITACION

- 271 -

La premeditación no hace parte del delito; la premeditación es un factor subjetivo acerca de la intensidad del dolo, y por lo mismo, hace parte propiamente de la responsabilidad del agente. (Casación, XLV, número 1928, septiembre 23 de 1937). Págs. 649, 2ª

PREEXISTENCIA DE LA COSA HURTADA O ROBADA

- 272 -

En un proceso por robo y por suposición de títulos y facultades que no se tenían acogió la Corte el concepto del Procurador que criticaba el de los recurrentes que habían atacado la sentencia condenatoria por estimar que con declaraciones del ofendido y de sus parientes no se puede probar la preexistencia de la cosa hurtada o robada. Dice así el concepto acogido por la Corte:

"Para destruír semejante afirmación basta transcribir lo que sabiamente ha previsto el legislador a ese respecto en el artículo 1529 del Código Judicial, concebido así: 'Para acreditar en los delitos de robo y hurto la preexistencia de la cosa hurtada o robada, se admitirá la deposición del interesado, y las de su consorte, hijos y domésticos, los cuales harán fe sobre esto, en defecto de otros testigos extraños.' Esta disposición es de la más alta conveniencia social, porque quienes están capacitados para saber el monto o cuantía de sus intereses, son los propios dueños y sus familiares o domésticos. De lo contrario, en los delitos contra la propiedad mueble, reinaría la más absoluta impunidad, pues nadie anda buscando testigos de la calle para enterarlos de los propios caudales o intereses " (Casación, XLV, número 1923, abril 29 de 1937) ..... Págs. 57, 2ª

Págs.

PRESCRIPCION ADQUISITIVA ALEGADA EN UN JUICIO DE OPOSICION A UN DESLINDE

- 273 -

Véase: DESLINDE. (Casación de 25 de mayo de 1937, G. J., número 1924, 1ª y 2ª)

PRESCRIPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO

- 274 -

Antes del 1° de septiembre de 1923 no prosperaba contra los créditos del Estado sino la prescripción treintenaria; de esta fecha en adelante se inicia la prescripción extintiva ordinaria de diez años, en virtud de la derogación del artículo 257 del C. F., hecha por la Ley 42 de 1923. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, noviembre 22 de 1937). 907, 1ª

PRESCRIPCION CONTRA EL ESTADO

- 275 -

"Ya esta Sala ha sostenido en varios de sus fallos que desde la vigencia del artículo 81 de la Ley 42 de 1923, la prescripción extintiva de los créditos del Estado entró al régimen del derecho común, y que, por tanto, la acción ejecutiva se extingue por el transcurso de diez años, según el artículo 2336 del Código Civil, contados desde la fecha en que la obligación se hizo exigible". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1924, abril 13 de 1937) .... 176, 1ª y 2ª

PRESCRIPCION DE LA ACCION RESCISORIA

- 276 -

Véase: NULIDAD RELATIVA. (Casación del 29 de octubre de 1937. XLV, número 1930, página 828, 2ª)

Págs.

PRESCRIPCION DEL USO DE LAS AGUAS DE UN RIO

- 277 -

Véase: AGUAS. (Casación del 10 de agosto de 1937, G. J., número 1927).

PRESUNCION DE QUE UNA VENTA SE REPUTA DONACION PARA LOS EFECTOS FISCALES

- 278 -

Véase: VENTA QUE SE REPUTA DONACION PARA LOS EFECTOS FISCALES. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1925, mayo 20 de 1937) ..... 290, 1ª y 2ª

PROCEDIMIENTO CIVIL

- 279 -

"Como el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por las leyes sustantivas, según lo enseña el artículo 472 del Código Judicial, con este criterio no sólo han de interpretarse las normas procesales y probatorias conforme lo prescribe tal artículo, sino que también las súplicas del demandante y las defensas del demandado. Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que a lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender el tenor literal de aquellas piezas cuando traicionan la intención inequívoca de quienes litigan. Si no fuera así, un peligroso criterio textualista sacrificaría el espíritu a la letra y el derecho a la fórmula". (Casación, XLV, número 1930, noviembre 18 de 1937)..... 344, 1ª y 2ª

PROCESO

- 280 -

En un juicio de reivindicación que prosperó de acuerdo con las preten-

Págs.

siones del actor, el demandado recurrente acusaba el fallo por violación de los artículos 789, 1871 y 2531 del Código Civil, porque el Tribunal sentenciador había exigido títulos tratándose de una prescripción extraordinaria. Antes de entrar en la materia de la reivindicación expuso la Corte lo siguiente:

"El proceso es una lucha por el derecho. Este último, contemplado por su faz estática, regula las relaciones sociales como consecuencias jurídicamente necesarias de hechos realizados. En cambio, en el proceso, el derecho adopta una modalidad dinámica. La unidad procesal se da por su fin, que es el de obtener una sentencia definitiva, y por su objeto, el cual es el derecho sustantivo que se controvierte. (Sentencia del 22 de octubre de 1935, complementada por la del 17 de diciembre del mismo año (Gaceta Judicial, número doble, 1909 y 1910). Pero este objeto siempre es dudoso en su existencia, porque el litigio tiene como fin comprobar si el derecho material alegado existe o no. Por consiguiente, lo que se busca es la certeza sobre la existencia de tal derecho sustantivo, lo cual admite todos los grados susceptibles de establecerse entre los dos extremos de la falta absoluta de evidencia y de la convicción más completa. Esta consideración dinámica del derecho hace que las normas jurídicas adopten una función de medida, para que el juez juzgue el estado o la conducta de las partes. A ello débese que en el proceso las partes no se hallen vinculadas sino ligadas jurídicamente (sentencia del 30 de marzo de 1936. Gaceta Judicial, número doble, 1911 y 1912). Estos nexos jurídicos son propiamente situaciones procesales consistentes en la posibilidad más o menos probable de conseguir el derecho por medio de la sentencia favorable o de sufrir el riesgo de un fallo adverso, porque las normas legales en su función de medida de la conducta del juez, o lo que es lo mismo, de normas que deben ser aplicadas por él, revisten, respecto de las partes, la condición de buen o mal presagio de un determinado comportamiento de aquél. El contenido, pues, de la relación jurídica procesal (sentencia del 27 de agosto de 1935. Gaceta Judicial, número doble, 1901 y 1902), está integrado por expectativas, posibilidades y dispensas de cargas. Las expectativas de ventajas procesales se asemejan a los derechos personales, relativos o de crédito, en que el juez tiene la obligación de satisfacerlas, v. gr., para el demandante, la de que se le admita por el juez la demanda ordinaria cuando ella está ceñida a lo dispuesto en el artículo 737 del C. J. Para el demandado, la reconvención en el supuesto del artículo 742, ibidem. Las posibilidades permiten a la parte situarse en determinada posición procesal mediante la ejecución de un acto también procesal, motivo por el cual ellas participan exactamente de las mismas características de los derechos potestativos o constitutivos; por ejemplo, lo previsto en los artículos 208, 341, 456 y 459, ibídem. Las dispensas de cargas procesales se relacionan con los derechos absolutos o reales, porque la libertad de la parte interesada queda protegida; v. gr., artículo 626, ibídem; y las disposiciones referentes a las presunciones legales y de derecho. (Artículo 66 del C. C.) Las cargas procesales pueden compararse con las obligaciones que nacen de los actos jurídicos y consisten en la necesidad de obrar para evitar un perjuicio procesal. En el derecho procedimental no existen obligaciones ni deberes. Fundamentar la demanda, probar, comparecer, contestar, son simplemente cargas. Desde el punto de vista procesal, las partes no están obligadas a nada en el pleito. Su razón de ser jurídica consiste en que el Estado exige determinados actos de las partes como condición para que sus órganos actúen, a causa de lo cual es esencial al litigio la lucha de ellas. A las partes se les deja el ser o no activas en su propio interés, esto es, emplear los medios de ataque y de defensa. Esto no significa, sin embargo, que las partes no se vean en muchas ocasiones constreñidas a obrar para evitar el empeoramiento de su situación procesal, la disminu-

Págs.

ción o el aumento de las probabilidades de una sentencia desfavorable, por ejemplo, artículos 843, 617 y 618 del C. J. En el proceso rige el mismo principio cuyo valor es innegable en la vida, de que la omisión obliga. La más elemental conveniencia impide dejar pasar la oportunidad o coyuntura al objeto de prevenir su pérdida. A esto débese el que la posibilidad de evitar un perjuicio procesal o de obtener una sentencia favorable, mediante un acto de la parte, imponga a ésta, en su propio interés, la carga de realizarlo, aun en el supuesto de que el acto no prometa una ventaja con certidumbre bastante. Sólo cuando el juez actúa de oficio, como en los casos de los artículos 596 y 738 del C. J., no se requiere la realización previa de un acto por la parte interesada, para colocarse en una mejor situación procesal respecto de su adversario. Lo dicho no impide que el interés de la parte muchas veces radique en una omisión (por ejemplo, artículos 455 y 438), aun cuando el contenido normal de la carga procesal es una actividad. De ahí que la culpa se determine objetivamente en el proceso como un descuido, o sea el hecho de no liberarse de una carga. El más fecundo en consecuencias de los principios procesales que regulan nuestro procedimiento civil, es el conocido con los nombres de dispositivo, de contradicción o de controversia, según el cual corresponde a las partes impulsar el procedimiento, salvo excepciones, estimular la actividad judicial, proporcionar los fundamentos de la sentencia por medio de los actos que realizan y aportar los materiales del proceso. De esas consecuencias, además de las explicadas en los párrafos anteriores, es pertinente en este recurso la de que las partes pueden renunciar a sus derechos procesales. La singularidad de semejante renuncia consiste en que sólo por excepción se requiere una declaración de voluntad. La regla es la de que se efectúa tal renuncia por el simple hecho de que la parte interesada desaproveche sus posibilidades o ocasiones procesales, sin que por otro aspecto se requiera una voluntad de causar ese preciso efecto. Esta es la causa para que en nuestro proceso no se exija la prueba de la existencia de esa voluntad. (Arts. 153, 532, 353, 776 del C. J.) Al complejo de la relación jurídica procesal lo configuran los actos procesales. Estos se definen como 'aquellos actos de las partes y del juez que forman la situación procesal, es decir, que constituyen, modifican o extinguen expectativas, posibilidades, cargas procesales o dispensas de cargas'. Se distinguen los actos judiciales y los actos de las partes. Estos últimos se clasifican en dos grupos: a) Actos de obtención, o de postulación, o destinados a obtener una resolución judicial; y b) Actos de causación, o constitutivos, o generadores de situaciones procesales. (Sentencia del 25 de agosto de 1936. Gaceta Judicial, número 1917). Los primeros son por su naturaleza los verdaderos actos procesales de las partes, e integran el núcleo del proceso, a causa de que su fin inmediato es el de establecer la certidumbre de la existencia de un hecho. Se definen como aquellos que tienen 'por fin el conseguir una resolución judicial de determinado contenido, mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez'. Unicamente las peticiones, las afirmaciones y las aportaciones de prueba constituyen ese grupo a). Los actos jurídicos se encaminan a producir definitivamente el efecto querido por las partes, lo cual se tiene en cuenta para su valorización. No acontece lo mismo con los actos de obtención. En éstos, la voluntad del que los realiza muchas veces no se encuentra hacia ningún efecto. Por ejemplo, la relación de los hechos en la demanda, o sean las afirmaciones. Cuando la voluntad se revela en el acto de postulación, busca por lo general, producir el efecto de hecho consistente en una resolución favorable, la cual puede o no frustrarse, sin que por ello se alteren las condiciones esenciales de tal acto. Por consiguiente, para la valorización de los actos encaminados a obtener una providencia judicial, sólo es adecuado el criterio de su idoneidad o suficiencia, a saber:

Págs.

Págs.

que sea admisible, o conducente, y fundado, o procedente. Las condiciones de la conducencia son formales y las de la procedencia materiales. Por lo tanto, aquéllas se rigen por el derecho procesal y éstas por el sustantivo. Un acto de obtención es admisible o conducente 'si el juez tiene que admitirlo como medio para producir el cumplimiento de una promesa, o para prevenir la realización de una amenaza jurídica, es decir, si el juez ha de entrar en la averiguación de su contenido'. Un acto de postulación es fundado o procedente 'si por su contenido es apropiado para producir el cumplimiento de una promesa, o para prevenir la realización de una amenaza jurídica; en una palabra, si por su contenido es apropiado para conseguir su finalidad'. Como consecuencia de lo que antecede, las aportaciones de prueba que se definen como 'los actos de las partes, que tienen por fin convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho', se dividen en proposición y producción de las pruebas. La actividad del juez provocada por esa clase de actos de postulaciones, es esencialmente receptiva (artículo 745, ibídem). Este carácter no lo desvirtúa la circunstancia de que el juez realice el complejo de actos encaminados a practicar las pruebas, porque tal diligencia, obligatoria para él, sólo la verifica a causa de que el medio de prueba ha sido propuesto, solicitado o aducido por la parte. Es necesario observar que en la hipótesis del artículo 600 del C. J., y cuando en los supuestos de los artículos 719, inciso final, y 728, ibídem, el juez se entera de oficio, no se trata de actos de postulación sino del procedimiento de cognición, por medio del cual el juez, en su función oficial, busca la averiguación de la verdad para cumplir el fin que se le ha asignado por la ley de declarar qué es lo justo frente a él. Según el principio conocido con el nombre de eventualidad que regula nuestro sistema procedimental, principio opuesto al de concentración o de unidad de la vista, que es el adoptado por las legislaciones contemporáneas, el proceso se articula en secciones, de tal suerte que para la eficacia de los actos procesales, éstos deben ejecutarse dentro del término extativamente marcado para ellos en la ley rituaria. Al expirar el tiempo señalado para la actividad específica, ya no puede realizarse, esto es, surte efecto preclusivo. En virtud de la eventualidad, en los actos de obtención sobre aportaciones de pruebas, la conducencia ha de ser examinada y resuelta por el juez en un momento diferente al de la aducción de la prueba. (Artículos 596 y 746 del C. J.) Unicamente, pues, en la sentencia se decide respecto de la fundabilidad o procedencia de tal acto. Cuando los actos de aportaciones de prueba se verifican con motivo del artículo 728 del C. J., en donde no existe de hecho, por la naturaleza misma de la diligencia, solución de continuidad entre la solicitud y la práctica de la prueba, el juzgador, en la instancia correspondiente, deberá examinar también en la sentencia su admisibilidad o conducencia, pues tal es el sentido en que, para la especie, debe tomarse el ordinal 2º del artículo 597, ibídem. Pero como todo ello está subordinado a nuestro sistema de eventualidad, las partes tienen la posibilidad de provocar el análisis previo de la conducencia o admisibilidad de la prueba, por medio de los recursos de reposición y de alzada. (Artículos 487, 488, 490 y 491, ibídem). Además, debido a los artículos 709, 719 y 720, ibídem, en tratándose de dictámenes periciales, lo referente a la conducencia de la prueba queda definido cuando precluyen los términos allí previstos. Ahora bien, en virtud del artículo 598, ibídem, que consagra una atenuación del efecto preclusivo en nuestro sistema procesal de eventualidad, las aportaciones de pruebas distintas de las periciales atendidas por el juez en el momento a que alude el artículo 728 citado, deben ser consideradas por el superior únicamente en lo relativo a su procedencia o fundabilidad, siempre que no hayan sido materia de una decisión especial en sentido desfavorable a su admisibilidad o conducencia". (Casa-

Págs.

Págs.

ción, XLV, número 1926, julio 24 de 1937). .... 326, 2ª, 327, 1ª y 2ª, y 328, 1ª y 2ª

Salvaron su voto los Magistrados doctores Liborio Escallón y Miguel Moreno J. en cuanto al hecho de haberse casado la sentencia recurrida que no decretó la prescripción extraordinaria invocada por el demandado. Esos salvamentos pueden leerse en el punto referente a la Posesión para la prescripción extraordinaria, que trata la sentencia.

PRUEBA DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES Y ATENUANTES

- 281 -

Véase: Circunstancias agravantes y atenuantes. Casación del 24 de mayo de 1937, G. J., número 1925, página 281).

PRUEBA DE LA PREEXISTENCIA DE LA COSA HURTADA O ROBADA

- 282 -

Véase: Preexistencia de la cosa hurtada o robada. (Casación del 23 de abril de 1937, XLV, número 1923, 57, 2ª)

PRUEBA INDICIARIA QUE FUNDA EL VEREDICTO

- 283 -

Véase: Veredicto fundado sobre prueba indiciaria. (Casación, G. J., número 1927, septiembre 20 de 1937, página 508, 1ª)

PRUEBA SUPLETORIA DE ESTADO CIVIL

- 284 -

Vénse: Estado civil y prueba supletoria.

Págs.

PRUEBAS

- 285 -

"En la balanza, en la labor ponderativa a que lleva esta disposición legal (1) hay un margen incuestionable a lo que solía calificarse de soberanía del Tribunal para la apreciación de pruebas, y que aun descartado el vocablo 'soberanía' por el peligro de ser excesivo y reducir más allá de lo legal la esfera de acción de la Corte en casación, queda efectivamente dentro del fuero de conciencia que la ley concede al juzgador en instancia o en que descansa en esta conciencia o a ella defiere. Ese margen implica una valla a la revisión del Superior." (Casación, XLV, número 1927, agosto 16 de 1937)..... 431, 2ª

R

RATIFICACION DE PRUEBAS

- 286 -

"La mejor manera de rodear de garantías el testimonio humano es la ratificación, en la cual la prueba se puede controvertir, y así ella obtiene la publicidad necesaria que ampare el derecho de las personas contra quienes aquéllas se aducen. Por eso dice el artículo 693 del mismo Código: 'Salvo disposiciones especiales que permitan aducir meras declaraciones de nudo hecho, para apreciar los testimonios se requiere que éstos o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio.....' Además del artículo general 207, existe el numeral 1º del artículo 597, concebido así: 'Para estimar el mérito de las pruebas, éstas han de formar parte del proceso: 1º Por haberse acompañado a los escritos de demanda o de excepciones, o a las contestaciones respectivas'. Es

(1) Artículo 703 del C. J. La Corte ha modificado su antigua doctrina, según la cual, el sentenciador es soberano en la apreciación de las pruebas.

Págs.

de observar que el artículo general 207 habla de documentos, es decir, de pruebas literales, si se atiende a la significación que el vocablo documento tiene. El testimonio, en cambio, es una prueba personal en contraposición a la literal. Por otra parte, el artículo 597, numeral 1º, no amplía el sentido del artículo 207, para comprender toda clase de pruebas; pues dicho numeral apenas se concreta a indicar los momentos en que las pruebas pueden presentarse, sin que ello signifique que por una de las circunstancias enumeradas, puede el juez dar valor a una prueba que no esté confeccionada con la observancia de las formalidades legales". (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLV, número 1929, noviembre 20 de 1937). ..... 785, 2ª, y 786, 1ª

RECAUDADOR

- 287 -

Todo crédito que provenga del no pago de rentas o de alcances de los empleados encargados de la recaudación de ellos, puede ser cobrado coactivamente por el empleado encargado de la recaudación de rentas, de conformidad con el artículo 6º de la Ley 84 de 1915. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, noviembre 29 de 1937). 909, 1º

RECAUDADORES

- 288 -

Lo que de conformidad con el artículo 2º del Decreto número 1118 de 1932 da derecho al porcentaje como honorarios del Recaudador, es el recaudo de la renta. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1924, mayo 10 de 1937) 189, 2ª

RECIBO

- 289 -

Negaba el Tribunal sentenciador en un juicio sobre pago de un crédito cedido por la cónyuge sobreviviente a favor de quien lo cobró para la sociedad conyugal disuelta con la muerte del marido que lo adquirió durante ella, que se hubiese presentado la prueba auténtica del pago con el recibo original, pues se había presentado en copia. El demandado recurrente de la sentencia afirmaba en casación que los artículos del Código Judicial relativos a la prueba documental no eran pertinentes al caso porque no se trataba de un documento, sino de un recibo.

"Este reparo no es aceptable, pues los recibos tienen su puesto en la denominación genérica de documentos. El Código Civil en repetidas ocasiones los llama en términos precisos 'cartas de pago'. Y el Diccionario de la Academia al definir la palabra documento dice: 'Escritura, instrumento u otro papel autorizado, según los casos, con que se prueba, acredita o hace constar alguna cosa'." (Casación, XLV, número 1925, junio 25 de 1937) 254, 2ª

RECIBO

- 290 -

"Un recibo se da como garantía de que el pagador ha solucionado una deuda y debe aceptarse en los términos en que él está concebido, mientras el acreedor no demuestre claramente que lo extendió impelido por un error de hecho. El recibo garantiza un pago, y porque se trate de uno expedido por la Administración, no puede desconocérsele su valor legal por el solo hecho de que la Administración adelante ejecución por igual suma, o por una mayor o menor de la que en él se expresa. Si se aceptara la tesis contraria, de nada valdrían los recibos que presentaran los contribuyentes para demostrar el pago del impuesto". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1924, abril 15 de 1937). 179, 1ª

RECOMPENSAS A MAESTROS DE ESCUELA

- 291 -

La Ordenanza número 26 de 1926, del Departamento de Caldas, quedó

suspendida en lo relativo a los premios o recompensas a los maestros. Pero la Ordenanza número 43 de 1935, que empezó a regir desde su promulgación, o sea desde el 1° de agosto del mismo año, sustituyó los artículos 63, 64 y 67 de la Ordenanza número 26 de 1926 y levantó, por consiguiente, la suspensión relativa al reconocimiento de recompensas a los maestros, por cuanto reglamentó la materia y estableció para lo sucesivo normas distintas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, N° 1930, noviembre 22 de 1937).... Págs. 902, 2ª

RECONOCIMIENTOS

- 292 -

"El reconocimiento que forma una entidad de derecho autorizada para ello, lleva en sí una presunción de verdad en cuanto a la deuda que en él se declara, pero él es apenas el título externo de la obligación; de modo que aunque se haya formado regularmente, no por eso entraña la causa interna de la misma obligación, es decir, no puede por ello impedir que se hayan cumplido los motivos o razones por los cuales la ley permite la extinción de las obligaciones. Por tanto, si el título o reconocimiento se forma declarando una obligación que no ha podido nacer por falta de derecho en la entidad pública a favor de la cual se reconoce, o se crea cuando ya la obligación está extinguida por alguna o algunas de las causas que la ley determina para su extinción, él, como título externo que es, no puede ser obstáculo a que se declare que la obligación no ha nacido, o que, aunque tuvo causa justa, ella se ha extinguido. Ya esta Sala ha sostenido en varios de sus fallos que desde la vigencia del artículo 81 de la Ley 42 de 1923, la prescripción extintiva de los créditos del Estado entró al régimen del derecho común, y que, por tanto, la acción ejecutiva se extingue por el transcurso de diez años, según el artículo 2336 del Código Civil, contados desde la fecha en que la obligación se hizo exigible". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1924, abril 13 de 1937). ..... Págs. 176, 1ª y 2ª

RECONOCIMIENTOS
DE LOS RECAUDADORES

- 293 -

"..... La Sala observa que el reconocimiento que sirvió de base a la ejecución está firmado por una empleada de la oficina y no por el Recaudador, como ha debido hacerse, de conformidad con el artículo 1359, numeral 2° del C. J., porque los reconocimientos de los recaudadores son los que prestan mérito ejecutivo, y no los que hacen los empleados subalternos, como lo ha resuelto la Sala en casos análogos". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1923, octubre 17 de 1936).. 77, 1ª y 2ª

RECONOCIMIENTOS
DE LOS RECAUDADORES

- 294 -

No es motivo de invalidez del reconocimiento la falta de la firma del Secretario, porque la ley no exige esa formalidad para que el reconocimiento hecho por un Recaudador preste mérito ejecutivo. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, N° 1923, septiembre 29 de 1936). 76, 2ª

RECURSO DE CASACION

- 295 -

Decía el recurrente en un juicio de tercería que el sentenciador había violado el artículo 215 de la Ley 105 de 1890.

"El recurrente no expresa el concepto en que cree infringida tal disposición; si por violación directa, aplicación indebida o interpretación errónea. Cada uno de estos tres casos deriva de fuentes distintas, como quiera que el primero tiene lugar generalmente cuando se aplica una norma a un hecho inexistente o se niega a aplicarla a un hecho existente; el segundo caso, que es otra de

Págs.

las formas de violación de la ley ocurre cuando aún entendida rectamente una disposición o un principio legal, se le aplica a un hecho o a una situación no regulada por tal disposición o principio, o se le hace producir efectos distintos de los contemplados en la norma; y el tercer caso, menos complejo, lo produce la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular. De aquí pues la importancia en orden al mejor éxito de un recurso de casación que el recurrente concretamente exprese por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. El recurrente de este recurso omitió hacerlo. Pero interpretando, para no sacrificar el fondo del derecho, la demanda de casación, en lo cual la Corte siempre ha sido larga, es notorio que de su contexto destácase principalmente la idea de impugnar la sentencia por haber dejado de aplicar el mencionado art. 215 a la coadyuvancia, que de haberse aplicado otro hubiera sido el resultado del fallo, distinto del de desconocer la existencia del crédito en cobro. La primera causal de casación, muy de acuerdo con la índole y naturaleza de ese recurso, requiere que la violación de la ley recaiga sobre preceptos sustantivos. Estos preceptos que son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas, y que están consagrados indistintamente en los diferentes códigos de la Nación, y aun dentro del Código Judicial, son los únicos susceptibles de originar, cuando son violados por los tribunales, la casación. En cambio las leyes adjetivas o de mero procedimiento encaminadas a determinar los medios de hacer valer los derechos abstractos escapan a la revisión de la Corte. Ya lo dijo esta corporación en sentencia de 16 de junio de 1932, GACETA JUDICIAL, tomo 40, página 157, columna segunda: 'La violación de las disposiciones legales adjetivas o de mero procedimiento no dan lugar al recurso de casación.' " (Casación, XLV, Nº 1924, mayo 19 de 1937) (1) 119, 2ª, y 120, 1ª

RECURSO DE CASACION

- 295 -

El recurso de casación no está condicionado a la orden que debe dar todo Tribunal de que permanezca el negocio en la secretaría por el término de quince días, sino a lo que dispone el artículo 519 del C. J., o sea, que es la naturaleza del juicio y la cuantía de éste lo que determina por sí la admisión del recurso. Pero esa admisibilidad no es procedente sino cuando se solicita por parte legítima y esa solicitud está condicionada al término de los quince días de que trata el artículo 521 del C. J. Adicionada una sentencia en el sentido de que deben permanecer los autos en la secretaría por el término de quince días para la interposición del recurso de casación, la providencia posterior forma con la anterior una sola pieza y la fecha de la última es la que se toma como punto de partida para contar el término de ejecutoria. El término para interponer el recurso de casación empieza a correr entonces desde el día siguiente al de la notificación de la última providencia. (Auto, Sala de Casación en lo Civil, XLV, número 1927, agosto 16 de 1937) ..... 434, 1ª y 2ª

RECURSO DE CASACION

- 297 -

En un juicio mortuorio no ocurre la posibilidad del recurso de casación sino cuando el Tribunal ha pronunciado sentencia aprobatoria de la partición de los bienes y sólo esta sentencia da lugar o materia al efecto. La sentencia que, por acoger las objeciones a una partición, ordena re-

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 251, 273, 275, 295, como 2º, Jurisprudencia de la Corte, y 463, 472, 499, etc., tomo 3º.

hacerla, no es susceptible del recurso de casación. (Auto, Sala de Casación en lo Civil, XLV, Nº 1929, septiembre 15 de 1937) ..... Págs. 740, 1ª

RECURSO DE CASACION

- 298 -

La técnica del recurso de casación exige la ordenación lógica, clara y breve de los razonamientos, la indicación independiente de las causales, el concepto en que estímase haber sido violada la ley (cuando se invoca el motivo 1º del artículo 520 del Código Judicial), si por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea; que son tres casos diferentes e inconfundibles; o la demostración de haberse incurrido en error de derecho o en error de hecho manifiesto al través de la equivocada apreciación de una prueba o de su falta de apreciación, error que ha conducido a la violación de ley sustantiva. (Casación, XLV, Nº 1930, noviembre 26 de 1937) .....

RECURSO DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 299 -

El hecho de que la ley otorgue al Ministerio Público el recurso de casación no quiere decir que pueda concederse contra sentencias absolutorias o impositivas de pena inferior a seis años. La casación requiere un límite o cuantía en los asuntos que deban ser materia de él. Hay que buscar ese límite en la pena impuesta en las sentencias de los Tribunales y no en la escala de castigos del código. Gramaticalmente es claro el texto del art. 1º de la Ley 78 de 1923. La interpretación contraria conduciría a que también hubiera que dar por existente el recurso para el reo condenado a menos de seis años en delitos en donde cupiera una pena mayor, de conformidad con el código. La casación no tiene por finalidad dirimir el litigio en los negocios civiles, ni juzgar al reo en los procesos penales, sino confrontar la estricta aplicación que de la ley se haya hecho en las sentencias de los Tribunales. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLV, Nº 1928) ..... Págs. 665, 2º, 666, 1ª y 2ª, y 667, 1ª

RECURSO DE REVISION

- 300 -

Se había interpuesto recurso de revisión de una sentencia en un juicio sobre pago de una suma de dinero, pues decía el demandado recurrente que el sentenciador había apreciado mal su confesión de la deuda, como que no se le había admitido con sus modificaciones y explicaciones, sino que había situado el caso en la segunda parte del artículo 609 del Código Judicial. De ahí deducía el concepto de fraude a que alude el art. 542 en su última causal.

"La Corte encuentra que el error de apreciación de una prueba en su caso, no constituye el fraude a que se refiere esta disposición y que cuando efectivamente lo hay, determina la invalidación de la sentencia revisada y su reemplazo por la que juzgue arreglada a derecho, según las palabras del artículo 547 ibídem." Estudia la Corte en seguida la confesión del demandado, punto que está relatado en la doctrina titulada CONFESION, y agrega: "Cuando se yerra en la apreciación de una prueba y con ello se viola ley sustantiva, prospera el recurso de casación que en ello se funde. Claro es que aquí se alude a casos cuya cuantía permite este recurso y en que se le haya fundado oportuna y debidamente. Pero el recurso de revisión es muy distinto, tanto en tramitación como, sobre todo, en su alcance y en sus causales. Distinto es también, y apenas habrá para qué decirlo, de una instancia." (Sentencia, XLV, número 1923, marzo 9 de 1936) ..... Págs. 850, 2ª 23, 1ª y 24, 1ª

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CIVIL

- 301 -

Por haber sido antedatados unos documentos privados, y por causa de

Págs.

simulación de ellos se había iniciado ante la Corte la revisión de una sentencia de graduación de créditos.

"Entre las causales de revisión de una sentencia ejecutoriada proferida por la Corte o por un Tribunal Superior, el artículo 542 del Código Judicial dispone lo siguiente en su ordinal segundo: 'Si recayó en virtud de documentos que al tiempo de dictarse no eran conocidos como falsos por una de las partes, o cuya falsedad se ha reconocido o declarado después.' Refiriéndose la Corte al fundamento o alcance de las cuatro causales de revisión de sentencias, creadas por el artículo 542, dijo lo siguiente en sentencia de fecha diez de diciembre del año próximo pasado: 'Examinando las cuatro causales de revisión se concluye que ellas han sido establecidas y tienen eficacia en cuanto provengan no sólo de hechos culpables, sino de hechos delictuosos, emanados de una de las partes, ya directamente, como cuando retiene una prueba decisiva y que favorecía a la parte contraria, ya cuando ha aducido documentos y testigos falsos, o también cuando la injusticia del fallo proviene de un hecho delictuoso del juez juzgador. No ha querido el legislador que una sentencia dictada en alguna de estas condiciones vincule en derecho a las partes; pero si esto es así y tiende a destruír toda incidencia delictuosa en un proceso o en fallo, también es cierto que el recurso de revisión no puede considerarse como una tercera instancia donde puedan las partes producir nuevas pruebas, o mejorar o complementar las que produjeron en las instancias del juicio.' (GACETA JUDICIAL, números 1920 y 1921, pág. 653). El recurso extraordinario de revisión debe estar condicionado, según el expresado pensamiento de la Corte, a uno de estos dos hechos: que el vencimiento en el pleito de una de las partes haya sido determinado por la acción dolosa, directa o indirecta, de la otra, o por fuerza mayor que haya impedido a cualquiera de ellas exhibir documentos decisivos. De consiguiente, salvo en este último evento, en los demás, el móvil en que inspiróse la ley al dar ese recurso estriba en que ciertos hechos o circunstancias criminosas no pueden germinar, a pretexto de la cosa juzgada, situaciones de derecho estables y definitivas. En el presente recurso el hecho propuesto como fuente de la revisión y acreditado en el respectivo término consiste simplemente, y en definitiva, en que Manuel Suárez, deudor, y Joaquín Alvarez, acreedor, antedataron los dos documentos privados que el segundo presentóse a recaudar y cuyo recaudo está sentenciado en el juicio de concurso de acreedores sobre los primeros. De esta manera el autor del recurso intenta encasillar dentro del concepto de falsedad el hecho de simular el plazo y el día del otorgamiento de una obligación. Dado el fundamento científico del recurso de revisión expuesto antes, es natural que la causal segunda contemple, como dice Chiovenda, 'documentos falsos, esto es, debe tratarse de falsedad (material o intelectual), inherente a la prueba documental producida en juicio.' De consiguiente, la falsedad en su sentido general de mutación de la verdad, aplicada a la prueba documental, es inoperante en orden a producir la revisión de las sentencias. En ese sentido comprende en el campo jurídico la simulación, y ya se sabe que la simulación, en sí no es un acto ilícito..... La ley estuvo lejos de erigir entre las causales de revisión la simulación propiamente tal, en ninguna de sus formas. Ahora, en lo atinente a la cuestión de autos, el concierto de los otorgantes de los documentos, consumado con posterioridad al pronunciamiento de la providencia que decretó el concurso, dirigido a fingirlos de plazo vencido desde el año de 1925 —el auto de formación de concurso lleva fecha 24 de noviembre de 1930— aun cuando fraudulento en cuanto implica una simulación tendiente a aumentar el número de los créditos y a darles entrada en el juicio a supuestas deudas no exigibles todavía a tiempo de formalizarse el concurso, no es equivalente a aquel otro fraude fraguado por el falsario de un documento público o privado, constitutivo de un hecho criminoso, castigado por la ley

Págs.

penal. Es falsario quien pretendiendo introducir una antedata en un documento lo raspa, enmienda o altera materialmente con el objeto de oponerlo a quien suscribiólo con otra fecha. Como también serían falsarios el acreedor y el deudor que, con idéntico procedimiento, convienen en antedatar un documento privado que para terceros adquirió fecha cierta, impulsados aquéllos por el pensamiento de aprovechar la antedata en fraude y menoscabo del derecho de otros acreedores. Pero tal no es el caso de la falsedad invocada para franquear el camino de la revisión de la sentencia. Vicios de la naturaleza dicha, cuando no han sido conocidos por la parte agraviada durante el seguimiento del pleito, sino después de dictado el fallo, deben conducir a la revisión de éste, pues la víctima no ha podido defenderse eficazmente de un hecho doloso ignorado. Mas si el hecho pudo conocerlo, pero dejó de atacarlo oportunamente por negligencia o descuido, entonces es natural que carezca del derecho a la revisión del fallo, porque el vencimiento obedece a su propia y exclusiva culpa. De ahí que, con razón, el ordinal segundo exija que la falsedad no sea conocida al tiempo de dictarse la sentencia. Ahora sí podrá observarse cuán distante está el hecho propuesto como fundamento del presente recurso, de la causal invocada, falsedad conocida tardíamente. Y notaráse fácilmente que aquel hecho no es de los que son susceptibles de revivir la discusión en un pleito ya fenecido." (Sentencia, Sala de Casación en lo Civil, XLV, Nº 1929, septiembre 16 de 1937).....

Págs.

RECUSACION DE JURADOS

- 302 -

Véase: JURADOS. (Casación del 6 de agosto de 1937, G. J. Nº 1926, 346, 1ª).

Págs.

RECUSACION DE JURADOS HECHA POR EL CURADOR DEL MENOR

- 303 -

Véase: JURADOS. (Casación del 17 de agosto de 1937, G. J. Nº 1926, 348, 2ª, y 349, 1ª).

REGISTRO

- 304 -

"El registro o inscripción de los instrumentos públicos tiene principalmente tres objetos: servir de medio de tradición de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos; dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los bienes raíces o le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de éstos y dar mayores garantías de autenticidad y seguridad de los títulos, actos o documentos que deben registrarse (artículo 2637 del C. C.). Esta norma imperativa y además las contenidas en los artículos 2641, 2652 y 2653 de dicha obra cuando se incumplen hacen que el instrumento que, debiendo ser registrado, no lo haya sido, no presta fe ante ninguna autoridad. Por otra parte, y al tenor del artículo 756 ibidem, la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título en la competente oficina de registro de instrumentos públicos. Ahora bien: es necesario distinguir dos cosas, a saber: 1ª La inscripción propiamente dicha, y 2ª La referencia o nota de
743, inscripción que debe ponerse al pie
1ª y 2ª, del respectivo título. El modo de ha-
744, cer el registro o inscripción está re-
1ª y 2ª, glamentado de una manera general en el artículo 2659 del C. C., el cual exige los siguientes requisitos: fecha del día de la diligencia; naturaleza y fecha del título o documento; nombres, apellidos y domicilio de los que requieran el registro; designación de la cosa según aparezca del título o documento, oficina o archivo en que se guarde el título o documento, y la firma entera del registrador. Estas formalidades, como todas las

atañederas al registro y al modo de hacerlo, las ha establecido el legislador en guarda no sólo del derecho de las partes sino también de los terceros, quienes no tienen más fuente de información oficial y pública respecto del estado de un inmueble, en cuanto a su dueño y a las limitaciones del dominio, sino el informe o certificado que expidan los registradores de instrumentos públicos. No obstante los requisitos que la ley exige para el registro el legislador no ha ido tan lejos que haya sancionado con la nulidad del registro la omisión de alguna de esas formalidades, excepto el de la firma del registrador (art. 2664 del C. C.).... La nota de que habla el art. 2669, es decir, la nota puesta por el registrador al pie de los respectivos títulos que presentan los interesados para el registro y que el registrador le devuelve, no es la diligencia de inscripción o registro, sino una referencia sintética a tal inscripción o registro. De esto se deducen las siguientes conclusiones: a) Verificada debidamente la inscripción o registro, si en el título que presentan los interesados no se toma nota de ese registro, quiere decir que ese título no hace fe ante las autoridades, pero no significa que la inscripción o registro no se haya verificado; b) Si el registro o inscripción se ha hecho con las formalidades legales, la transferencia del dominio o las limitaciones o gravámenes de éste, quedan establecidas desde el momento de la inscripción, aun cuando en el título no conste la nota de que trata el artículo 2669; c) Si consta esa nota, pero el registro o no se ha verificado o la diligencia carece de la firma del registrador, cualquier nota que aparezca al pie del instrumento, no tiene ninguna validez, porque tal nota debe referirse directamente a un registro o inscripción competentemente verificada; d) Puede demostrarse con una inspección ocular practicada en la oficina del registrador de instrumentos públicos que un título está bien registrado y por el contrario puede demostrarse del mismo modo que la inscripción o no existe o es nula; e) La referencia equivocada de la nota puesta al pie de un título, sea por citar equivocadamente el número de la inscripción o la página donde ella consta, no anula ni invalida ni hace ineficaz el registro o inscripción, si por otra parte se demuestra que ese registro o inscripción están debidamente hechos. Esas irregularidades en la nota, son más bien de carácter accidental y no tienen la eficacia de destruir la diligencia de inscripción o registro ni por lo tanto de impedir que la tradición del inmueble se haya consumado o de que las limitaciones o gravámenes al dominio se hayan constituído. Las irregularidades que existan en el modo de llevar los libros, en cuanto a su paginación, índice, etc., imponen una sanción al registrador y lo hacen responsable no sólo ante el Estado, sino ante los particulares, y tal es el alcance de varias de las disposiciones de la Ley 40 de 1932, pero no pueden perjudicar a terceros, quienes por la fe que prestan al registrador y por no tener libre acceso a los libros de éste, tienen que atenerse a las notas y a los certificados que expidan esos funcionarios. De otra manera cualquier equivocación, error u omisión del registrador perjudicaría a quienes son extraños a ella y ya se ha visto que la única causal de nulidad de la inscripción o registro es, según el artículo 2664, la falta de firma del registrador." (Casación, XLV, Nº 1926, julio 28 de 1937)..... Págs. 336, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

- 305 -

Afirmaban los demandados en un juicio de reivindicación que, siendo los representantes de la sucesión de su causante, no eran ellos los poseedores sino la herencia, pues, como personas particulares no estaban en posesión de los terrenos que se reivindicaban. La Corte sienta doctrina sobre la posesión hereditaria, doctrina que se extractó y puede verse en el punto titulado POSESION, COPOSESION, y en lo referente a la reivindicación dijo lo siguiente:

"..... La simple ficción de po-

Págs.

sesión legal, originada por la muerte del de cujus, no implica la expresión de una conducta posesoria violadora del dominio. El heredero que, antes del registro del citado decreto, sea perseguido por el todo en razón de la tenencia efectiva de la cosa, no puede substraerse a la condena de ese todo, por el hecho de poner en causa a sus coherederos, lo cual no es obstáculo para que oportunamente les denuncie el pleito. Ello débese también a la naturaleza indivisible de la pretensión reivindicatoria. Esta no se configura como una acción procesal declarativa de reconocimiento del título de dominio, sino que es de condena, y tiene por fin único la restitución de la posesión del objeto que se reivindica. Se infiere de lo dicho que la herencia, salvo la yacente, no es poseedor material. En este pleito los demandados reúnen los presupuestos procesales porque se halla acreditada su calidad de coposeedores efectivos de los fundos que se reivindican. La defensa de éstos, basada en su carácter de sucesores a título universal de Buitrago en unión de otros que no fueron demandados, no es suficiente para paralizar la acción de la actora, dado que los reos no probaron, presentando el título inscrito del decreto sobre posesión efectiva de la herencia, que ellos ya eran comuneros ordinarios con las personas no demandadas. La pretensión del comprador para que el vendedor le entregue la cosa vendida es personal, y la del dueño reivindicante contra el tercero poseedor es real. En la hipótesis afirmada por el recurrente, se tendría que en cabeza de la actora se fijaron dos acciones distintas y extrañas entre sí: la primera, que es personal, nacida del contrato de compraventa, para obligar a su vendedor a cumplirlo entregándole las fincas; y la segunda, que es real, dirigida contra los poseedores de ellas, terceros en aquel contrato. Efectuada válidamente a favor de la actora la tradición del dominio sobre los fundos, ella, en su calidad de dueña, no necesitaba haberlos poseído para reivindicarlos de quienes los poseen". (Casación, XLV, Nº 1926, julio 23 de 1937) ... 323, 2ª

Págs.

REIVINDICACION

- 306 -

En un juicio sobre nulidad de un contrato por simulación que ganó el actor, alegaba en casación el demandado que la restitución de algunos de esos bienes, ordenada por el Tribunal sentenciador, era ilegal por haber ellos pasado a terceros.

"El recurrente señala como violado el artículo 952 del C. C. por cuanto afirma que dirigiéndose la acción contra el actual poseedor y estando comprobado en autos que varios de los bienes vendidos por Francisco a Fernando fueron traspasados por éste, no puede decretarse la restitución de tales bienes Sobre este particular el cargo es fundado por imperio del artículo 952 del C. C. y porque realmente está comprobado que Fernando enajenó varios inmuebles de los adquiridos por Francisco. Si en virtud de una sentencia que decreta la simulación queda destruído el vínculo ostensible que liga a las partes, las consecuencias del fallo no pueden repercutir sobre terceros, cuya buena fe se presume y que no tienen por qué sufrir las consecuencias de la invalidación de un acto anterior en el cual no intervinieron. Pero, se repite, esto no implica que cese la responsabilidad del comprador que adquirió simuladamente, puesto que no pudiendo devolver los bienes que adquirió existen contra él otras acciones, como la de perjuicios, por ejemplo, sin que esto signifique que no haya acción contra los terceros, si no los ampara esa buena fe que se les presume, si sus contratos no son efectivos, etc. Según el orden de ideas que acaba de expresarse, es preciso casar la sentencia parcialmente, con el objeto de excluir de la restitución los bienes que enajenó Fernando y de excluir también de la cancelación del registro de la sentencia lo referente a tales bienes". (Casación, XLV, número 1925, junio 25 de 1937). 268, 1º

Págs.

REIVINDICACION

- 307 -

Como lo sostienen los expositores, se puede hasta reivindicar un rebaño. (Casación, XLV, número 1926, julio 29 de 1937). 340, 1ª

REIVINDICACION DECRETADA EN UNA PARTE DE LO REIVINDICADO

- 308 -

Había negado el Tribunal sentenciador la restitución demandada porque estimó que no podía restringir la restitución a la parte de cuya posesión estaba privada la actora, porque ello equivalía, en su concepto, a variar el objeto de la demanda. Sobre interpretación de la demanda se relató lo tocante a este punto en la doctrina titulada Demanda. En cuanto a la reivindicación dijo la Corte, antes de casar la sentencia recurrida por la parte actora, lo siguiente:

"Antes de entrar en instancia, la Corte cree del caso hacer las siguientes observaciones: no se ve por qué pueda entenderse que hay cambio de objeto en reconocer menos de lo pedido, como cosa divisible, si el fallo recae únicamente sobre parte de lo pedido; el más o el menos no cambia el objeto en la sustancia sino en el CUANTUM. Es cierto que la Corte ha sostenido y sostiene que cuando se ejercita la acción reivindicatoria deben expresarse los linderos del inmueble que se demanda, pero esto no obsta para que si singularizado de esa manera el inmueble, el actor no demuestra la posesión de su demandado sino en una parte singular de él, se admita la acción. En este caso, sobre el inmueble delimitado se le reconoce el derecho al actor, según lo que haya demostrado. De otro lado y por vía de ejemplo, si se demanda por alguien la mitad proindiviso de una cosa singular (C. C., artículo 949), y el demandado no resulta poseedor sino de una quinta parte, esto no conducirá a total absolución, sino a reducir la condena a esta quinta, si es que el demandante demuestra su dominio. Y si se demandara un cuerpo cierto y el actor no demostrara ser dueño sino de una cuota, la absolución total se impondría porque condenar a la cuota sí sería cambiar el objeto de la demanda, lo mismo que si se demanda una cuota proindiviso de un cuerpo cierto y lo que se demuestra no es tener el dominio de esa cuota sino materialmente algo que de suyo es un cuerpo singular, la demanda de cuota no prospera, aunque en tiempo anterior éste hubiera hecho parte de aquello y aunque equivalga la cuota y la parte material de que acaba de hablarse. SENTENCIA DE INSTANCIA. Tres postulados configuran la acción reivindicatoria: a) Dominio por parte del demandante; b) posesión por parte del demandado, y c) cosa singular, derecho real o cuota determinada proindiviso de una cosa singular, siempre que la cosa sea materia de reivindicación (artículos 946, 947, 948, 949, 950 y 952 del C. C.). La posesión material es un estado de hecho generador de derechos concretos para el poseedor; la posesión material producto de una situación estable, por lo mismo que engendra en favor del poseedor la presunción de dueño, merece la protección de la ley Por eso al reivindicante, a quien corresponde demostrar su derecho de dominio, le compete hacerlo de tal manera que su título desvirtúe la presunción legal que favorece al poseedor y por eso tal título debe abarcar un período más amplio que el de la posesión. En lo que respecta a la cosa objeto de la reivindicación, puede ser raíz o mueble, individualizada, o una cuota determinada en una cosa singular. Cumplidos los postulados de que se ha hecho mérito, la acción reivindicatoria prospera, a menos que se le enfrenten y triunfen excepciones perentorias." (Casación, XLV, Nº 1926, julio 9 de 1937) . . . . 308, 1ª y 2ª

REIVINDICACION DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

- 309 -

Véase: SERVIDUMBRE. (Casación del 30 de junio de 1937, 302, 1ª y 2ª, y 303, 1ª y 2ª).

Págs.

REIVINDICACION DE MEJORAS EN PREDIOS BALDIOS

- 310 -

Un poseedor de mejoras en predios baldíos demandó a otro cultivador de los mismos para que se le condenase a la restitución de las mejoras puestas por aquél. Como prosperase la acción, en casación alegaba el demandado que no teniendo el actor título de adjudicación ni habiendo señalado los linderos de toda la porción de terreno que le pudiera corresponder en virtud de la adjudicación del Estado, no podía reivindicar. Dijo la Corte:

"....En la reclamación de mejoras puestas en baldíos carece de trascendencia fijar o no la extensión de lo ocupado en orden al éxito de la acción de propiedad entre particulares. La definición precisa del área interesa sólo al momento de pedir la adjudicación. De ahí por qué sea infundada la tesis propugnada por el recurrente al sostener que el colono sin título de adjudicación no puede reivindicar mejoras por linderos sino comprobando la cabida exacta de lo cultivado y de los tantos más a que la ley le confiere derecho, con el objeto de determinar si las mejoras abarcan extensiones a que no puede aspirar en adjudicación por exceder del número de hectáreas adjudicables." (Casación, XLV, Nº 1925, junio 11 de 1937).....

R E M A T E

- 311 -

"No tiene el carácter de irregularidad procedimental la fijación de los avisos o carteles de anuncio al público antes de la notificación del auto en que se señaló la fecha para el remate, como tuvo ocurrencia en el caso de estudio (el auto que señaló el nueve de diciembre para el remate se dictó el diez y siete de noviembre, y los carteles se fijaron, el del Juzgado el diez y ocho y los de los parajes públicos el diez y nueve del mismo mes). Pero esta circunstancia no debe ser en realidad punto de consideración, porque cualquier vicio en que haya incurrido el procedimiento en este particular, no constituye motivo legal de nulidad del remate. La irregularidad a que la ley ha dado esta categoría es la omisión de anuncio o el anuncio mal hecho por no haber permanecido fijados los carteles correspondientes por el término que señala la ley. El punto inicial para la computación de los veinte días es distinto e independiente de la notificación del auto en que se señala día para el remate, y no es otro que LA FECHA DEL ANUNCIO, según el texto expreso del art. 1037 del C. J. En ese término se incluyen los días de vacancia y se entiende formado de días judiciales que se cuentan de la misma manera que para los edictos y estados, sobre la duración de las horas de despacho u horas de trabajo (arts. 180 y 310 del C. J.)". (Casación, XLV, Nº 1929, septiembre 8 de 1937) .....

Págs.

732, 2ª, y 733, 1ª

REMATE SUSPENDIDO Y APELACION EN EL EFECTO DEVOLUTIVO

- 312 -

Véase: APELACION EN EFECTO DEVOLUTIVO Y SUSPENSION DEL REMATE. (Casación del 27 de octubre de 1937, G. J., Nº 1930, XLV, páginas 822 y siguientes).

229, 1ª

REMUNERACION DE LOS EMPLEADOS PUBLICOS

- 313 -

Se pidió el pago de una suma de dinero como remuneración de servicios prestados en calidad de miembro el actor de una Comisión constituída por Ordenanza de una Asamblea para representar al Departamento ante la comisión demarcadora de límites con otro. El Tribunal sentenciador correspondiente había negado el pago, so pretexto de que el nombramiento de los miembros de aquella comisión fue nulo.

"Una cuestión que se debe decidir es la siguiente: si con ocasión del re-

clamo de la remuneración debida a un empleado o funcionario, se puede atacar indirectamente el acto del nombramiento respectivo. La contestación negativa se impone. La ley concede un plazo dentro del cual se puede pedir la nulidad de los actos administrativos y ha dado a determinadas entidades la jurisdicción para resolver las controversias sobre el particular. Si se aceptara que dentro de un juicio en que se discute el pago de un sueldo devengado, se puede resolver sobre la validez del acto administrativo que dio origen al nombramiento del empleado, se invalidaría por las autoridades judiciales un campo reservado por la ley a otras entidades.... Pero aun admitiendo que se puede declarar indirectamente la nulidad de un nombramiento en un juicio de esta clase, la causa para reclamar el pago de la remuneración devengada no desaparece, porque se trata de servicios prestados a una entidad de derecho público que está en la obligación de pagarlos. Los funcionarios son de derecho y de hecho. Los primeros son los que tienen una investidura regular y los segundos los que tienen una investidura que adolece de irregularidades. Tanto los primeros como los segundos tienen derecho a remuneración por los servicios que prestan. Por tanto, aun considerando nulo el nombramiento del señor Carrasquilla, su remuneración no puede discutirse. El derecho a recibir remuneración por el desempeño de un empleo público, no es un derecho contractual, porque la relación del funcionario con el Estado o cualquiera otra entidad de derecho público, no es una relación contractual. Si existe el derecho a la retribución, no es a consecuencia de un contrato, o por virtud de un servicio hecho al Gobierno, sino porque la ley ha unido al cargo la dotación. De manera que a la ley hay que mirar para ver si un cargo lleva anexo un sueldo. En el caso que se estudia, la ordenanza señaló los emolumentos que debían recibir los miembros de la comisión, en concepto de viáticos y gastos de representación." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1924, abril 30 de 1937)..... Págs. 187, 2ª y 188, 1ª

RENTA

- 314 -

Es renta, al tenor del artículo 1º de la Ley 78 de 1935, los frutos de los bienes, los salarios y las adquisiciones a título gratuito, o cualquiera otra ganancia que encaje dentro de este concepto. La renta gravable de cada persona o entidad será determinada por el Recaudador sobre la base de la declaración del contribuyente y sobre toda otra información que pueda obtener y que haya sido plenamente comprobada, como lo dispone el artículo 12 de la Ley 81 de 1931. Un supuesto, una conjetura, una sospecha, que carecen de prueba, no pueden dar base para considerar existente un patrimonio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1930, noviembre 3 de 1937)..... Págs. 877, 2ª

REPRESENTANTE EN JUICIO DE LOS DEPARTAMENTOS

- 315 -

El Fiscal es el representante en juicio de los Departamentos, y no el Gobernador. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1926, febrero 25 de 1937)..... Págs. 354, 2ª

RESPONSABILIDAD

- 316 -

El caso de responsabilidad a que dio lugar que la Corte expusiese lo que seguidamente se copia, está relatado con amplitud en la doctrina titulada LETRAS PERJUDICADAS, a la cual remitimos al lector. Sobre el punto especial doctrinal de responsabilidad, expuso la Corte:

"El perjuicio causado a una persona da nacimiento a una relación de derecho entre la víctima y el autor del daño. Los elementos propios y conocidos de esta relación, son: un perjuicio, una culpa y un enlace de causalidad. Por consiguiente, el

Págs.

acreedor, o sea la víctima, puede ejercitar contra el deudor, o sea el autor del daño, la acción de responsabilidad, sin consideración a que la culpa del responsable sea contractual o delictual (extracontractual, si se atiende a la antigua clasificación de las fuentes de las obligaciones, hoy desechada por la doctrina contemporánea). Cuando la culpa que causa a una persona un daño, es fuente de nuevos perjuicios para otras, el daño que éstas sufren también debe ser reparado por su autor, siempre que ellas, por su parte, así lo exijan. De acuerdo con el principio fundamental que concede a toda persona lesionada la acción de responsabilidad, la jurisprudencia se ha visto en la necesidad de ensanchar sin cesar el círculo de aquella última, con la sola limitación de que se produzca en el juez la certidumbre de que ese perjuicio, aún alejado, sea el resultante de la culpa inicial, como su consecuencia lógica y cierta. Cuando el daño causado a un tercero proviene de la inejecución o ejecución defectuosa de un contrato, aquél tiene derecho al resarcimiento del perjuicio que ha sufrido, siempre que pruebe la realidad de éste y la legitimidad del interés lesionado." (Casación. XLV, Nº 1923, abril 30 de 1937) ....

RESPONSABILIDAD

- 317 -

Se había demandado a la Nación, para el pago de la indemnización del daño y perjuicios ocasionados a la familia de la señorita Carmen Emma Góngora con ocasión de la trágica muerte de ésta ocurrida en un siniestro automoviliario. Se comprobó que no había autorización para la conducción de pasajeros en los autocamiones conductores de carga y que si los choferes de esos vehículos acostumbraban llevar pasajeros lo hacían únicamente comprometiendo su responsabilidad personal, mas no la de la empresa de propiedad de la Nación.

"Conforme al artículo 2347 del C. C. toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del

Págs.

hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado, para el efecto de la indemnización del daño respectivo. Pero en el caso que se estudia, aun admitiendo comprobado el carácter de agentes de la Nación de los individuos que llevaban el vehículo, no existió relación de dependencia entre ellos y la Nación en el momento de aceptar pasajeros en el camión, porque se trata de un hecho prohibido expresamente por los reglamentos de tránsito y la Nación no puede considerarse obligada a responder de las consecuencias de un hecho ilícito ejecutado por sus agentes. Durante el término de prueba de la segunda instancia se comprobó que es costumbre de los choferes que manejan camiones en la carretera Ibagué-Armenia aceptar pasajeros en esos vehículos y no cobrarles el pasaje sino cuando llegan a su destino. Sobre el particular se observa que esta costumbre violatoria de las disposiciones reglamentarias del tráfico no establece vínculo jurídico entre el pasajero y la Nación, ya que ésta ha destinado los camiones para el servicio exclusivo del transporte de carga y si los conductores violan los mandatos que han recibido y les dan a los vehículos un destino distinto, sólo comprometen su responsabilidad personal." (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1923, abril 12 de 1937) 12, 1º

RESPONSABILIDAD CIVIL POR DENUNCIOS CRIMINALES, IMPRUDENTES O LIGEROS

- 318 -

Eulogio Castaño S. había comprado a Luis E. Franco una cigarrería. Como Luis Alberto Villamizar y Roberto Parra F. hubieran denunciado ante las autoridades del crimen a Franco como autor del delito de estafa y alzamiento y a Castaño como cómplice porque afirmaron que las mercancías compradas por éste les pertenecían y Franco era apenas un mero comisionista para venderlas, ocurrió que Castaño fue encarcelado por más de seis días, sellado su establecimiento y privado casi un año de

Págs.

94, 1º

Págs. Págs.

la administración de los bienes adquiridos. Habiendo sobrecido definitivamente los jueces del crimen en favor de Castaño, éste demandó a Villamizar para el pago de perjuicios, por concepto de responsabilidad civil. Como perdiese el pleito, recurrió en casación ante la Corte, la cual halló demostrado el cargo hecho, por las causales primera y segunda, de violación del artículo 2341 del Código Civil, y dijo:

"No es permitido ignorar hoy que el problema de la responsabilidad civil, cuyo planteamiento, desarrollo y solución son obra casi exclusiva de la jurisprudencia contemporánea, es el más importante de los factores que sirven de instrumento para la realización de un sistema jurídico armonioso, haciendo que el derecho, bajo una legislación inmóvil, evolucione en el sentido de eliminar, en lo posible, las contradicciones resultantes de la traducción directa de las relaciones económicas en proposiciones jurídicas. El fenómeno de la responsabilidad ha evolucionado en forma rápida y arrolladora, que con razón se ha llegado a decir que en esa materia la verdad de ayer no es ya la de hoy y ésta, a su turno, deberá ceder su puesto a la de mañana. El tema de la responsabilidad 'domina todo el derecho de las obligaciones, toda la vida en sociedad; tiende a ocupar el centro del derecho civil, por lo tanto, del derecho íntegramente; en cada materia, en todas las direcciones, se viene a parar en la responsabilidad, tanto en el derecho público como en el derecho privado, en el dominio de las personas o de la familia, como en el de los bienes; ese tema es de todos los instantes y de todas las situaciones; se ha convertido en el punto neurálgico común a todas nuestras instituciones'. Como fuentes de la responsabilidad civil, existen cuatro clases de actos genéricos: a) El ilegal, que es intrínsecamente incorrecto, puesto que viola un mandato o una prohibición del derecho. Constituye una intolerable intromisión en el derecho ajeno y acarrea, como consecuencia sustantiva, un deber de indemnizar; b) el abusivo. No es ilícito por el hecho de su ejercicio sino por la circunstancia del fin para el cual se realizó. Ese acto se presenta como la práctica de un derecho pero en manera alguna como la negación o extralimitación de éste. El ejercicio abusivo de un derecho, esto es, en un sentido contrario a su destinación económica y social, deriva una sanción por el daño causado siempre que aparezca netamente caracterizado por una culpa en la ejecución, o un error abusivo en la técnica, o un contrasentido jurídico cualquiera, mediante los cuales, sin necesidad de que hayan violado la letra misma de la ley, esos actos se revelen como constitutivos de un desvío del derecho que choca con su espíritu; c) El negativo (distinto en la ejecución en el acto ilegal). Consiste en la inejecución de ciertas obligaciones positivas impuestas en favor del público a determinadas personas o empresas, o bien en la omisión de un acto o en la falta de una intervención o de una iniciativa, cuando se les considera como deberes jurídicos positivos; d) El de riesgo o excesivo. Este se encamina a que responda del daño que traiga tras sí su acto el que lo haya ejecutado con la necesaria previsión y prudencia y sin posibilidad alguna de prever el resultado dañoso. Se sustituye completamente por el objetivo el criterio subjetivo. La reparación del daño se basa entonces en la idea de que quien crea un riesgo debe sufrir las consecuencias de su realización, cuando perjudican a otro, abstracción hecha de toda culpa cometida. Respecto del abuso del derecho, las legislaciones contemporáneas se dividen en tres grandes categorías: absolutistas, liberales y finalistas. Las primeras no dan pie para establecer la doctrina y las últimas disponen de textos legales especiales. Las segundas, aun cuando carecen de normas determinadas, permiten a su jurisprudencia, con apoyo en el derecho positivo general, estructurar la teoría del ejercicio anormal de los derechos. Nuestra legislación está condicionada conforme a ese segundo grupo. Es erróneo afirmar, como lo hace el tribunal, que el acto abusivo es simplemente una ex-

tralimitación del derecho que coloca a aquél bajo las apariencias de éste, porque no puede comprometer su responsabilidad quien usa de su derecho. Ya el profesor Josserand demostró que esa errónea conclusión no considera sino una sola de las facetas jurídicas del acto abusivo, el cual se coloca en su verdadero cuadro cuando el juzgador contempla la doble acepción del derecho, a saber: la de juricidad, o sea la de conjunto de reglas sociales; y la de prerrogativa determinada, esto es, la de poder o facultad que concede al individuo el ordenamiento jurídico como medio para la satisfacción de sus intereses humanos particulares. Colocándose uno en el vértice de ese ángulo, ve por qué un mismo acto puede a la vez ser conforme a un determinado derecho y contrario al derecho considerado en su generalidad y en su objetividad. 'El acto abusivo es sencillamente el que realizado en virtud de un derecho subjetivo, cuyos límites han sido respetados, es, sin embargo, considerado como cuerpo de reglas sociales obligatorias. Puede uno muy bien tener para sí tal derecho determinado y no obstante tener contra sí el derecho todo entero'. El artículo 2341 del C. C. no distingue si el hecho allí previsto haya sido realizado en virtud de la simple libertad o en el ejercicio de un derecho definido, porque la palabra culpa no supone necesariamente extralimitación de un derecho, ni el vocablo daño envuelve ausencia de derecho en quien lo causa. Afirmar lo contrario, es una petición de principio, desde luego que vendría a definir la culpa, que es la causa, por el daño que es el efecto, cuando lo hay, o viceversa. La noción de culpa, por lo tanto, no es el elemento diferenciador entre los actos ilegales y los abusivos. En éstos existe igualmente una culpa específica, sui generis, distinta de la de aquéllos y que consiste en la desviación dada a un derecho cuando se le utiliza en contradicción con su espíritu. La culpa en el abuso del derecho no admite la división en los tres grados clásicos de la otra: grave, leve y levísima. En este pleito, para infirmar la tesis del Tribunal, usa la Corte del criterio técnico, en virtud de que aquel órgano la formula sobre la circunstancia de que Villamizar ejercitó su derecho, sin extralimitarlo, de denunciar un delito para proteger al mismo tiempo sus propios intereses, cumpliendo así el mandato legal de informar respecto de una infracción penal a las autoridades del crimen. Descartando en el demandado la intención de dañar al actor, es lo cierto que Villamizar cometió un error de técnica en la elección de la vía penal, o error de conducta en que no hubiera incurrido una persona diligente colocada en las mismas circunstancias externas del denunciante. En efecto, la sentencia de sobreseimiento definitivo a favor del actor revela en la conducta del que ejerció el derecho de denunciarlo criminalmente la ausencia de las precauciones que la prudencia de un hombre atento y diligente hubiera adoptado..... Por lo expuesto, se deduce que el Tribunal dejó de aplicar, debiendo aplicarlo, el artículo 2341 del C. C., por cuanto desconoció la existencia de culpa en el ejercicio de denunciar criminalmente, y más concretamente, en la escogencia de la vía penal para proteger su derecho civil". Ya, en las consideraciones que hace la Corte para fallar en instancia, agrega lo siguiente: "No se pretende establecer jurisprudencia de que exista responsabilidad cuando no acompaña el buen éxito a quien ejercitó una acción, desde luego que ello equivaldría a consagrar el absurdo de que quien pierde el pleito incurre en culpa mecánicamente. Pero cuando el error técnico del actor se halla evidentemente caracterizado, su culpa sí existe". (Casación, XLV, número 1927, agosto 5 de 1937)..... 420, 1ª y 2ª, y 421, 1ª y 2ª

Págs. Págs

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS POR DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS O A LAS PROPIEDADES

- 319 -

Las disposiciones de la Ley 76 de 1920, en cuanto establecen medidas

de precaución para que el funcionamiento de una empresa ferroviaria no cause perjuicio al público, son medidas que obligan a toda empresa dueña de ferrocarriles, precisamente porque están instituídas para salvaguardiar o precaver perjuicios que se le pudieran seguir al público por razón de su explotación (1). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1926, marzo 12 de 1937). . . . . .

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE LA ADMINISTRACION

- 320 -

Para que exista responsabilidad por parte del Estado por los actos de la administración, es necesario que concurran estos requisitos: 1º La existencia de un perjuicio material cierto, que se haya causado por el hecho de un agente público en ejercicio de sus funciones. 2º Que ese hecho o acción constituya culpa de parte de la administración. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, diciembre 10 de 1937).

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE SUS AGENTES

- 321 -

"En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir, la Nación, los Departamentos y los Municipios son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. Esta doctrina tiene su apoyo en los artículos 2341 y 2347 del C. C. . . . . Esta ha sido la doctrina constante de la Corte. En sentencia de fecha 28 de abril de 1925, condenó al Departamento de Cundinamarca a indemnizar a la sociedad conyugal formada por los señores Angel Torres G. y Tomasa Rufas de Torres, los perjuicios que le ocasionó dicho Departamento con el hecho de haber dado al uso público el camino de propiedad de la sociedad nombrada. . . . . Los actos que ocasionaron los perjuicios fueron la Ordenanza número 68 de 1916 y el Decreto de la Gobernación número 139, del mismo año. . . . . También el Consejo de Estado, en sentencia de fecha 9 de abril de 1932, acogió la doctrina de la responsabilidad culposa del Estado y citó en apoyo la opinión del señor García Ovicdo, concebida en estos términos: 'Surge este caso — de la responsabilidad culposa — cuando los funcionarios administrativos realizan un acto con extralimitación legal. Por ejemplo: se ordena irregularmente la demolición de una finca; se quebranta el secreto de una carta confiada al correo o el depósito de objetos de un certamen o exposición; en la realización de una obra pública, por falta de las debidas precauciones, se produce un daño en una finca de propiedad particular; se destituye sin los debidos requisitos a un funcionario, etc. En todos estos casos no se produjo el daño en virtud del interés público con autorización legal; se trata de daños producidos por la impericia, ignorancia, negligencia o dolo del agente público, que no ajustó su conducta a las prescripciones legales, a las tradiciones administrativas o las enseñanzas técnicas. Son casos de responsabilidad culposa. Quién responderá de estos daños? No es de extrañar que la teoría de la culpa haga acto de presencia en nuestro caso. Hauriou la ha definido con ardor. El gran jurista habla a mayor abundamiento de la falta del servicio, es decir, de las negligencias o errores que se cometen en éste, imputables a malos hábitos administrativos, y por tanto, al Estado. Reconoce la superioridad de la teoría de la falta sobre la del riesgo, que no elimina de la institución administrativa un elemento de índole moral importantísimo: la diligencia o celo en el cumplimiento de la función. Michoud se adhiere plenamente a esta doctrina. Nuestro

Págs. 359, 1º

Págs. 919, 1ª

(1) Acogió la Sala ese concepto del Tribunal de Bogotá. En la sentencia de la Corte salvó su voto el Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán.

Págs.

criterio es favorable a la doctrina moderna que niega la impecabilidad del Estado y que reconoce la realidad, muy generalizada, de faltas cometidas por aquél en la elección o vigilancia de sus funcionarios o en la reorganización de sus servicios. Estimamos que la existencia del moderno Estado de Derecho abona el principio de la responsabilidad del mismo por sus actos, sean de autoridad, sean de gestión'. — Segunda cuestión. La jurisprudencia francesa ha resuelto repetidas veces esta cuestión en la siguiente forma: 'La administración que ha pagado una indemnización a la víctima de un hecho del servicio, no puede intentar acción repetitoria contra el agente autor de él, pues eso sería pretender que ese hecho le es personal'. (Consejo de Estado, 28 de marzo de 1924). Maurice Hauriou, Compendio de Derecho Administrativo y Derecho Público). Quiere esto decir que, como hay una gran diferencia entre la conducta personal del empleado, que le apareja la responsabilidad civil que sea del caso, y la conducta oficial en que el empleado se identifica con la entidad pública que obra por medio de él, no es posible admitir la acción repetitoria de que se trata, sin incurrir en contradicción, porque: o el empleado obró personalmente, y entonces sólo él es directamente responsable, como cuando da muerte a un enemigo personal, o obró como órgano del Estado, y entonces la responsabilidad es únicamente de éste por cuanto no es posible distinguir sino ficticiamente entre el Estado y sus agentes. Esas razones y esa jurisprudencia son hoy tanto más aplicables en nuestro país, cuanto el artículo 52 (numeración oficial) de la Constitución adoptó el concepto de órgano del Estado en vez del de representante del mismo, con aplicación a sus poderes públicos y a sus agentes. El órgano hace parte de la entidad a que pertenece: no se diferencia de ella, el representante es una persona distinta de la representada, cuando cabe real y no ficticiamente esa distinción. Pero hay razones de gran valor práctico. Basta la responsabilidad penal, cuando ella tiene lugar, y aún la disciplinaria ejercida por los superiores, para defender en primer término a los asociados y en último a las entidades de derecho público de los perjuicios que puedan resultarles por las faltas oficiales de los funcionarios; y si se pretendiera ir más lejos, prescindiéndose de los factores subjetivos que acarrean las sanciones penales, ocurriría que por el temor de comprometerse a causa de algún posible error, las personas más responsables moral y económicamente se excusarían de servir los cargos más delicados, y quedarían éstos a merced de los que, por la falta de tales condiciones, serían precisamente los más peligrosos para la sociedad. Se infiere de todo esto que, sea que se considere al empleado como un órgano del Estado, y que se condene a éste por aplicación directa del artículo 2341 del C. C., es decir, por su propio acto, sea que se le considere como representante del Estado, según la teoría clásica, y se condene a la Nación por lo mandado por el artículo 2347 de la misma obra, no hay lugar a repetición contra el empleado". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, diciembre 10 de 1937) ..... 926, 2ª, y 927, 1ª y 2ª

Págs.

RESPONSABILIDAD POR CULPA

- 322 -

Véase CONFESION EXPLICADA. CONFESION DE HECHOS DISTINTOS Y SEPARADOS DEL PRINCIPAL, doctrina en que ampliamente se relata el caso. (La doctrina que empieza: Manuel Antonio González, etc.....)

RESTITUCION DE BIENES COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACION DE NULIDAD

- 323 -

Véase: NULIDAD Y RESTITUCION DE BIENES COMO CONSE-

Págs.

CUENCIA DE AQUELLA DECLARACION. (Casación del 25 de junio de 1937, G. J., número 1925, página 267, 1ª)

RETROACTIVIDAD

- 324 -

El artículo 79 de la Ley 153 de 1887 dio efecto retroactivo a los matrimonios católicos, celebrados en cualquier tiempo. (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937). .....

REVALIDACION FISCAL DE ESTAMPILLAS

- 325 -

Véase: ESTAMPILLAS. (Sentencia de 12 de febrero de 1937, G. J., número 1926, página 388, 2ª)

REVISION EN MATERIA CRIMINAL

- 326 -

Ante los elementos de inculpación en que se basan los fallos condenatorios, las declaraciones presentadas por el recurrente y con las cuales respalda su recurso vienen a constituir un indicio grave sobre su inocencia o irresponsabilidad. Para llegar a la conclusión contraria habría que desconocer a priori el valor probatorio de esas declaraciones. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLV, número 1928, octubre 18 de 1937). .....

ROBO EN CUADRILLA DE MALHECHORES

- 327 -

"La cuadrilla de malhechores es un delito especial que define y castiga el Libro 2º, Título 3º, Capítulo 6º del Código Penal; luego la incriminación por ese delito debe ser materia de cargo especial en el auto de proceder, con observancia de las reglas prescritas en el artículo 345, Ley 105 de 1890. Y no se objete que en determinados casos, ante disposiciones como la del artículo 790 del Código Penal, que define y castiga el robo cometido en cuadrilla de malhechores, basta con la imputación genérica de ese delito, con cita del respectivo Capítulo, título y libro, y la alusión imprecisa a aquella figura jurídica. El artículo 790 habla de delito de robo 'cometido en cuadrilla de malhechores'; y si en otros pasajes del mismo Código se determina quiénes son cuadrilleros, preciso es que al través de todo el proceso se controvierta este cargo, en la plenitud de sus elementos, a fin de que la pena que en relación a él se deduzca, pueda aplicarse. Corrobora esta tesis la consideración de que según el artículo 117, numeral 5º, del Código Penal, es circunstancia agravante de carácter general, 'el mayor número de personas que concurran a la perpetración del delito'; y que para el delito de robo es agravante especial la de 'ser dos o más los ladrones' (artículo 791, ibídem). De donde se deduce que la mera pluralidad de delincuentes no constituye de suyo la cuadrilla de malhechores a que quiso referirse el artículo 790 del Código". (Casación, XLV, Nº 1924, mayo 7 de 1937). 262, 2ª

160, 1ª y 2ª

ROBO Y SUPOSICION DE TITULOS

- 328 -

Varios individuos se fingieron empleados públicos para robar y así ejecutaron un robo. En casación de la sentencia que les condenó alegaba el Procurador la causal 1ª y decía: 651, 2ª

"..... En el caso que se estudia, los delincuentes no se fingieron empleados públicos para ejercer funciones inherentes al cargo, sino para robar, finalidad completamente distinta a lo que estatuye el artículo citado. Esa ficción para robar está especialmente prevista por el artículo 774 del Código Penal como circunstancia constitutiva del delito de robo. Realmente tal artículo dice lo siguiente: 'Hace también fuerza o violencia a las personas el que roba fingiéndose ministro de justicia, funcionario o empleado público de cualquie-

Págs.

ra clase, o alegando orden falsa de alguna autoridad'. Luego si los jueces de derecho tuvieron en cuenta el fingimiento de empleados de la Renta por parte de los responsables para estimar que se trataba del delito de robo, y no de hurto u otro semejante, resulta altamente injurídico tomar esa misma circunstancia como delito independiente, y entonces se está sancionando dos veces un mismo hecho, contra el sabio principio del non bis in idem. De ahí que la sentencia deba infirmarse en cuanto tuvo como delito separado el de 'Suposición de títulos o facultades que no se tienen'. Y para ello, nada obsta el veredicto afirmativo del Jurado, porque, como lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia, 'al aplicar el Juez de derecho la ley, y de acuerdo con el veredicto, tiene que examinar si el hecho corresponde a determinada entidad delictuosa, la cual necesita desde el enjuiciamiento una plena comprobación acerca del cuerpo del delito; de tal suerte que si esa comprobación falta, no porque la contestación del Jurado sea afirmativa respecto de la responsabilidad, se puede dar por establecido ese otro elemento que, según el Código de Procedimiento, constituye el fundamento de todo juicio criminal'..... No comparte la Corte esta tesis del señor Procurador, pues tratándose de juicios por jurado, el Tribunal sentenciador tiene que ceñirse al veredicto, a menos que lo declare notoriamente injusto o que anule lo actuado; y la Corte no podría invalidar el fallo sino por las mismas razones de injusticia notoria, nulidad sustancial del procedimiento, o error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. Por consiguiente, no es posible estimar fundada la causal 1ª en este aspecto presentado por el señor Procurador, lo cual no quiere decir que la Corte considere jurídica la prosecución de la causa por los dos cargos de robo y suposición de títulos y facultades que no se tienen, siendo así que al tenor del artículo 774 del Código Penal, el elemento fuerza y violencia del delito de robo puede consistir en que el agente se finja funcionario o empleado público de cualquier clase, cuando tal ficción no sea el fin principal que él se proponga". (Casación, XLV, Nº 1923, abril 29 de 1937) ... 58, 1ª y 2ª

R BIS

RECURSO DE CASACIÓN

- 329 -

En el auto en que se admite un recurso de casación estudia la Corte si se interpuso en tiempo y por persona hábil y si se trata de sentencia dictada con las calidades y en los juicios a que ceñidamente se refiere el artículo 519 del C. J. Si el Tribunal yerra concediendo el recurso cuando lo veda la cuantía, la Corte no puede negar la admisión por prohibírselo la advertencia expresa del artículo 529, en su inciso 2º En el auto sobre admisión del recurso de casación no se le presenta a la Corte campo legalmente adecuado para estudiar en el fondo la personería de las partes, con todo lo que ella significa, sin quebrantar las disposiciones legales que establecen cómo, cuándo y por quién se puede proponer aquella cuestión y decidírsela. Por la claridad que en son de contraste cabe establecer, puede imaginarse, en vía de hipótesis y ejemplo, la concesión del recurso interpuesto por quien no fue parte en instancia. Ante hecho tan protuberante no cabría duda sobre que no está interpuesto por la persona a que se refiere el artículo 523, y la Corte habría de declararlo inadmisible; pero bien se echa de ver que podría proceder a este paso justiciero legalmente, puesto que, en tan extremo supuesto, para ello no tendría que incurrir en el aludido quebrantamiento de disposiciones legales. (Auto, Sala de Casación Civil, XLV, número 1927, agosto 27 de 1937) .... 477, 1ª y 2ª

Págs.

REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO SEGUN LA LEY 28 DE 1932. — SOCIEDAD CONYUGAL Y CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA CONFORME A LA LEGISLACION ANTERIOR A 1932. — LA SOCIEDAD CONYUGAL A PARTIR DE LA LEY 28 DE 1932

- 330 -

Vicente Rodríguez Díaz, casado con Adelaida Navarro, después de haber adquirido durante la sociedad conyugal una finca raíz, la vendió, el año de 1933, a Angel Alberto Rodríguez. La señora Navarro demandó a su esposo y al comprador para que se declarase nula, por falta de causa, pues se tachaba de simulado el contrato, el instrumento en que constaba la compraventa y para que se decretase la correspondiente restitución. Prosperó la acción ante el Tribunal sentenciador, que declaró inexistente el contrato de compraventa y ordenó la restitución a favor de la sociedad conyugal porque estimó que la actora tenía interés en que no se lesionaran sus derechos. Recurrió en casación el comprador acusando el fallo por violación de varias disposiciones de la ley sustantiva y afirmando que la actora no tenía personería para el ejercicio de aquellas acciones, porque aseveraba que se había dejado de presentar en el juicio el comprobante de haberse decretado la disolución de la sociedad conyugal existente entre la actora y su esposo y porque, así las cosas, ella no era la representante legal de la sociedad conyugal Rodríguez-Navarro, sino el señor Vicente Rodríguez Díaz.

"Autorizada por esta acusación, la Corte encuentra por primera vez propicia oportunidad de fijar y definir su pensamiento acerca del alcance y extensión de la reforma civil representada por la Ley 28 de 1932.—REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO SEGUN LA LEY 28 DE 1932. — Sabido es el régimen a que estaban sometidas en Colombia la capacidad civil de la mujer casada y la sociedad conyugal, antes de la expedición de la mencionada norma como mandato legislativo. Pero es conveniente recordarlo con mira a determinar mejor y a punto fijo cómo vino a operarse la evolución jurídica del antiguo sistema y cuáles son las proyecciones en el campo doctrinario del nuevo estatuto. — LA SOCIEDAD CONYUGAL ANTIGUA. — El régimen matrimonial que adoptaba en Colombia el Código Civil hasta el 31 de diciembre de 1932, consistía en la formación de una sociedad conyugal a la cual ingresaban todos los bienes, muebles e inmuebles, que los cónyuges aportaran al matrimonio y que durante él adquirieran; exceptuándose los aportes y las adquisiciones a título gratuito de bienes raíces y otros bienes expresamente determinados. (Artículo 1781). Los bienes muebles que cualesquiera de los cónyuges aportaba al matrimonio o adquiría a título gratuito durante la vigencia de la sociedad, ingresaban al haber social, aunque con la carga de que disuelta la sociedad estaba ella obligada a restituir su valor según el que hubieran tenido a tiempo del aporte o de la adquisición (artículo 1781). Los bienes que no hacían parte del haber social se denominaban propios y eran del cónyuge a quien pertenecían. Era, pues, el llamado régimen de comunidad que existe en Francia, en Chile y en otros países, con variantes en cada país que no alteran la esencia del sistema. Esta comunidad se constituía por el solo hecho del matrimonio (artículo 180), con posibles atenuaciones en su régimen cuando los futuros contrayentes pactaban capitulaciones matrimoniales (artículo 1771), lo cual era raras veces practicado. La administración de la sociedad conyugal competía exclusivamente al marido. Pero era un administrador que ante terceros dejaba de serlo para adquirir la calidad de dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formaran un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los

Págs.

bienes sociales' (artículo 1806). Además, el marido, como jefe de la sociedad conyugal, administraba libremente no sólo los bienes sociales sino también los bienes propios de la mujer, sujeto, empero, a las restricciones impuestas en la ley o en las capitulaciones matrimoniales (artículo 1805). El artículo 1808 recalcaba que 'la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad'. Por lo tanto, no podía administrarlos, ni intervenir en la administración, ni controlarla. Tampoco podía solicitar la entrega de la parte que en ellos le cabía, mientras la sociedad existiese. Por último, la mujer, por el hecho del matrimonio, era incapaz. Su personalidad civil sufría una disminución (artículo 1504). Por lo tanto estaba inhibida para celebrar ningún acto jurídico, ni aun relacionado con sus bienes propios (salvo contadas excepciones, como testar), sin la autorización del marido o de la justicia en subsidio (artículos 181, 182, 188, 189, 190 y 192). Pero en cambio había en el Código Civil varios preceptos que tutelaban su patrimonio. Esta potestad suprema del marido fue así hasta el año de 1933.

LA SOCIEDAD CONYUGAL DE HOY. — La Ley 28 de 1932 consagró un nuevo régimen patrimonial entre esposos, quebrando así el tradicional sistema hasta entonces imperante. Pero ocurre preguntar: la reforma acabó con la sociedad conyugal reemplazándola por un régimen de separación de bienes? En manera alguna. Veamos cómo vino a operarse el quiebre del sistema. La ley, en su artículo 1º estableció que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquiera causa hubiera adquirido o adquiera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio, y en consecuencia se procederá a su liquidación'. El artículo 4º establece que en el caso de liquidación de que trata el artículo 1º, 'se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente, el pasivo respectivo. Los activos líquidos restantes se sumarán y dividirán conforme al Código Civil, previas las compensaciones y deducciones de que habla el mismo Código'. El artículo 7º prevé una liquidación definitiva de la sociedad conyugal, según las normas del Código Civil, en los matrimonios anteriores a la Ley 28 que practiquen la liquidación provisional autorizada en ese precepto con el ánimo de acomodarse estrictamente al nuevo régimen. Lo que significa que aún después de esta liquidación continúa en vigencia entre los cónyuges la sociedad conyugal. Estas tres disposiciones, junto con el artículo 5º, que le conforma a la mujer casada y mayor de edad la plena capacidad civil, judicial y extrajudicial, constituyen el eje fundamental de la ley, que demarca la naturaleza, alcance y contenido de la reforma. Los otros preceptos tienden a facilitar su aplicación y a dar normas complementarias. Sin abandonar el concepto de sociedad conyugal expresado en el Código, la reforma cambia sí radicalmente el sistema de disposición y de administración. Con respecto a terceros ya no será el marido dueño de los bienes sociales como si ellos formaran con los suyos propios un solo patrimonio; ni tampoco el responsable único de las deudas sociales, a quien los acreedores tienen el derecho de perseguir para hacer efectivos sus respectivos créditos aun sobre sus bienes propios. En adelante cada cónyuge dispone y administra con entera libertad e independencia del otro, tanto respecto de los antiguamente llamados bienes propios como de los adquiridos particularmente por cada cónyuge después del 1º de enero de 1933. De esta manera la sociedad tiene desde 1933 dos administradores, en vez de uno; pero dos administradores con autonomía propia, cada uno sobre el respectivo conjunto de bienes mue-

Págs.

Págs.

bles o inmuebles aportados al matrimonio o adquiridos durante la unión, ya por el marido, ora por la mujer. Y cada administrador responde ante terceros de las deudas que personalmente contraiga, de manera que los acreedores sólo tienen acción contra los bienes del cónyuge deudor, salvo la solidaridad establecida por el artículo 2º, en su caso.

Según el sistema del Código Civil, por lo que respecta a bienes en el matrimonio había que distinguir estas tres categorías: bienes del marido, bienes de la sociedad conyugal y bienes de la mujer. Ante terceros se confundían el patrimonio social y el del marido. Pero disuelta la sociedad conyugal se manifestaba su existencia para los efectos de liquidarla, determinando los aportes y recompensas de cada cónyuge. Entonces era ya cuando ante terceros surgían perfectamente delimitados esos tres patrimonios, de los cuales los dos primeros se habían presentado en uno solo, conforme está dicho. Y del mismo modo que anteriormente la sociedad conyugal permanecía latente hasta el momento de su liquidación, la sociedad de hoy emerge del estado de latencia en que yacía, a la más pura realidad, con el fallecimiento de alguno de los cónyuges, el decreto de divorcio o de nulidad del matrimonio, o el reconocimiento de alguna de las causales de separación de bienes, de aquéllas que quedaron vigentes por no estar en oposición con la reforma. (Artículo 154 del C. C. y artículo 2º de la Ley 8ª de 1922). El legislador conservó la institución de la sociedad conyugal como vínculo patrimonial entendido entre los dos esposos. Así díjolo varias veces: primero, al disponer que a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio; después, cuando ordena que esa sociedad se divida conforme a las disposiciones normativas del Código Civil; y luégo, en el artículo 7º, en que autoriza los arreglos de

Págs.

cuentas de las sociedades existentes a efecto de acomodarlas a la nueva gerencia dual y autónoma de marido y mujer en la sociedad. Esta insistencia del legislador no puede desatenderse a merced de objeciones generalmente basadas en la asimilación que pretende hacerse entre las sociedades ordinarias del derecho común y la sociedad entre esposos. Asimilación inaceptable desde que la última constituye una institución sui generis, de naturaleza especial, con características peculiares, que la distinguen y la distancian de toda otra institución legal. Entre esas características peculiares estaba, por ejemplo, en el sistema del Código Civil, la de que la mujer, antes de disolverse la sociedad conyugal, carecía de todo derecho sobre los bienes sociales, según el categórico mandato del artículo 1808. Don Andrés Bello dice en una nota sobre el artículo del proyecto a que corresponde el 1808: 'Se ha descartado el dominio de la mujer en los bienes sociales durante la sociedad: ese dominio es una ficción que a nada conduce'. Agrega el comentarista chileno Barros Errázuriz: 'Los derechos de la mujer sobre el haber social empiezan en el momento en que la sociedad se disuelve: ella es dueña de la mitad de gananciales, si no los ha renunciado'. Páginas antes, explicando el régimen de comunidad, había emitido ya este último autor el siguiente concepto: 'los derechos de la mujer sobre el haber social nacen cuando la sociedad concluye'. (Curso de Derecho Civil por Alfredo Barros Errázuriz, volumen IV, páginas 144 y 91). De consiguiente, en el sistema del Código Civil la mujer poseía únicamente, como también lo apuntan Alessandri Rodríguez y don Fernando Vélez, una expectativa, la posibilidad de llegar a ser comunera en los bienes sociales si es que ellos existían a la disolución de la sociedad. Era una comunidad entendida o latente, que se transformaba ante terceros de la potencia al acto en el preciso momento en que sobrevenía la disolución de la sociedad. Y semejante característica de latencia, aparentemente paradojal, pero en todo

Págs.

caso cierta, perdura a través de la reforma. Empero, con esta mayor extensión en fuerza de las gerencias organizadas por la Ley 28: que antes de la disolución de la sociedad ni el marido tiene derecho sobre los bienes de la sociedad manejados por la mujer, ni ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél, dándole así a cada uno de los esposos la calidad de dueño que antes competía exclusivamente al marido, a cuyo fin hubo de crearse la doble administración de los bienes, cuyo carácter de sociales no viene a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad. 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 cualesquiera de los cónyuges, comunidad que habrá de liquidar conforme a 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 a tiempo en que ésta se disuelve no ha sido enajenado. Este sistema de la Ley 28, que como se ha visto mantiene como cosa latente la noción de sociedad entre los contrayentes con la idea de separación respecto de terceros, ha merecido el elogio del citado jurista don Arturo Alessandri Rodríguez, profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile, quien en su reciente obra intitulada 'Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada', edición de 1935, dedica un comentario al régimen colombiano, recomendándolo como el más perfecto entre los que él estudia en su obra: '12. REGIMEN DE PARTICIPACION EN LOS GANANCIALES.

Págs.

El régimen de participación en los gananciales es aquel en que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra separadamente los bienes que poseía al contraerlo y los que después adquiere; pero disuelto el régimen, los gananciales adquiridos por uno y otro pasan a constituir una masa común para el solo efecto de su liquidación y división entre ellos. Es una hábil combinación de los regímenes de separación y de comunidad restringida. Durante el matrimonio, los cónyuges están separados de bienes: cada uno conserva la propiedad de todos los suyos, sean propios o gananciales, y los administra con entera independencia; la mujer es plenamente capaz. Disuelto el régimen, se forma una comunidad, pero para el solo efecto de liquidarla y dividir entre ambos los gananciales que hayan adquirido, en conformidad a las mismas reglas que rigen la liquidación de aquélla. 'Este régimen ofrece, pues, las ventajas de los de separación y de comunidad, sin sus inconvenientes. El régimen de separación tiene la ventaja de que cada cónyuge administra sus bienes y se hace dueño de los que adquiera con su trabajo, pero presenta el inconveniente de que los gananciales adquiridos por cada uno durante el matrimonio le pertenecen exclusivamente, de modo que si sólo uno trabaja, como sucede en las clases sociales acomodadas, el otro, de ordinario la mujer, no tiene ninguna participación en los que aquél adquiera. A su vez, el régimen de comunidad, si bien ofrece la ventaja de que disuelta ella los gananciales se dividen por mitad entre los cónyuges, cualquiera que sea el que los adquirió, adolece del grave inconveniente de dejar a la mujer sometida por completo al marido, al extremo de que queda privada hasta de la administración de sus bienes propios. En el régimen de participación en los gananciales ambos inconvenientes desaparecen. Junto con asegurar la completa igualdad e independencia de los cónyuges durante el matrimonio en lo concerniente a la propiedad, administración y disposición de

Págs. Págs.

sus bienes, les permite participar en la mitad de los gananciales adquiridos por el otro. Es el régimen legal que existe actualmente en Suecia (Ley de 11 de junio de 1920), Costa Rica (artículos 76 y 77 del C. C.) y Colombia (Ley 28 de 17 de noviembre de 1932). Es también el que se propone como régimen legal para Francia, a falta de contrato de matrimonio, en el proyecto que el Gobierno de ese país presentó al Senado en 23 de junio de 1932, y que es el que inspiró y sirvió de modelo a la ley colombiana citada'. (Obra citada, página 23). Es de advertir que además de Suecia y Costa Rica, países citados por Alessandri, el régimen colombiano de separación de bienes y comunidad, rige también en sus rasgos esenciales en las modernas legislaciones de Hungría, Noruega, Dinamarca, y tiende a implantarse de manera general en otros países, como en Francia, donde ya existe desde el año de 1907 algo semejante para los llamados bienes reservados de la mujer. Ya se ha dicho que en Colombia, bajo las apariencias de una separación, subsiste la sociedad conyugal en la forma explicada. Descartada, pues, por la Corte la tesis de que la Ley 28 acabó con la sociedad conyugal, incluyendo naturalmente las constituídas antes de su vigencia, respecto de las cuales ha llegado a afirmarse sin fundamento que quedaron disueltas por ser incompatibles con la reforma, viene ahora el examen del punto relativo a la capacidad de la mujer casada en orden a promover acciones de la sociedad, cuyo ejercicio antes competía únicamente al marido en calidad de jefe de ella, y a la influencia que sobre esa capacidad tenga la distribución de bienes prevista en el artículo 7º, porque ha llegado a afirmarse que sin dicha distribución encuéntrase inhabilitada para ejercitar esas acciones. — LA ACTUAL CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA. Llegado el 1º de enero de 1933, por efecto de la vigencia de la Ley 28, cesó la relativa incapacidad civil de la mujer casada, y de ahí en adelante dejó de figurar en la lista leal de los incapaces (artículo 1504). Si era mayor de edad, volvió a ser tan libre en el ejercicio de su actividad jurídico-económica como las mujeres solteras y mayores. Podrá en consecuencia ser fiadora, comerciante, codeudora, socia, etc., etc., porque ante la facultad general de disposición de bienes que se le otorgó no se concibe la supervivencia de casos de excepción que no estén contemplados en el nuevo estatuto, destinado a cambiar todo un régimen de capacidad anterior. La mujer casada y mayor posee plena capacidad civil desde la fecha citada, por ministerio de la propia ley que se la confirió sin atenuaciones ni reservas, como quiera que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes rígese inmediatamente por la ley posterior. (Artículo 23 de la Ley 153 de 1887). En virtud de esa capacidad, la mujer está actualmente investida de toda personería, inclusive para ejercitar acciones tendientes a obtener la reintegración al patrimonio social existente el 1º de enero de 1933, de bienes sociales de que el marido dispuso después de esa fecha mediante contratos con terceros que ella impugna por vicios de donde desprende su invalidez o inexistencia. El derecho de la mujer a invocar tales acciones aparece incuestionable, como patente su interés jurídico en que la masa de bienes gerenciada por el marido hasta el 1º de enero de 1933, en calidad de jefe único de la sociedad conyugal, se mantenga incólume, sin mermas ilegales u ocultaciones indebidamente efectuadas antes de dicha fecha, que dieren por resultado la rebaja de la parte que de hecho y de derecho le corresponde en los bienes de aquella masa. Para el cumplido y eficaz ejercicio de unas y otras acciones, radicadas en cabeza de la esposa como consecuencia ineludible de su derecho a asumir la gerencia tanto de los bienes que en el futuro adquiera con el carácter de propios y de sociales, como de aquéllos que componiendo el antiguo patrimonio social le hubieren de corresponder en un deslinde de gananciales, no empece el que los

Págs.

cónyuges hayan retardado realizar este deslinde, prescindiendo por ende de acogerse a lo preceptuado en el artículo 7º de la Ley 28, disposición según la cual los matrimonios existentes en la fecha en que principió la vigencia de la reforma, tienen capacidad para definir, sin perjuicio de terceros, todas las cuestiones relativas a la distribución de los bienes de la sociedad pendiente. Este artículo 7º de la Ley 28 fue dado con el único y exclusivo objeto de facilitar a los cónyuges la manera de acomodarse a las prescripciones del nuevo sistema. Con la autorización allí contenida y mediante la distribución provisional de los bienes sociales, cada socio saca de la masa los que le hubieran de corresponder en una liquidación general y definitiva. Así deslindados los dos patrimonios, o en proporción distinta si así lo acordaron los dos cónyuges en esa distribución provisional, cada uno de los cónyuges toma la administración autónoma de lo que en la distribución se le ha asignado. Pero ni el cumplimiento de los arreglos previstos en este artículo tiene por objeto complementar la capacidad jurídica de la mujer, como quiera que esa capacidad es prerrogativa que emana de todo el artículo de la ley, y que no está sometida a plazo o condición; ni la naturaleza de los arreglos hace que, antes de llevarse a término, la mujer esté colocada en imposibilidad de iniciar las acciones encaminadas a proteger la integridad de la masa partible contra los actos que haya ejecutado el marido, pues solamente sobre esa masa, integrada con todos los bienes que real y efectivamente han de formarla, tendrá verdadera equidad y justicia el deslinde patrimonial.—ALCANCE DEL ARTICULO 7º DE LA LEY. De otro lado, la definición entre los esposos de las cuestiones relativas a los bienes de la sociedad, tampoco corresponde rigurosamente a lo que en estricto derecho representa la liquidación definitiva de la sociedad conyugal, como resultado de las causales de disolución previstas en el Código. Porque la Ley 28 de 1932 estuvo lejos de consagrar la disolución de las sociedades pendientes, limitándose sólo a establecer un diferente manejo de ellas. Y porque la liquidación del artículo 7º, aun cuando permite distribuir gananciales se hace sobre la base de que éstos 'se imputarán a buena cuenta de lo que a los cónyuges hubiere de corresponderles en la liquidación definitiva.' De donde infiérese que el legislador puso buen cuidado en no asimilar, en cuanto a su alcance y contenido, la liquidación provisional del artículo 7º, no obstante la cual los socios continúan constituyendo la sociedad de gananciales, a la liquidación definitiva que sobreviene como consecuencia de la disolución de la sociedad. La redacción del artículo 7º demuestra que aquella distribución provisional apenas constituye un principio o una base de la que posteriormente ocurra al romperse definitivamente la sociedad. No de otra manera se explica el que el reparto de gananciales sea a buena cuenta, esto es, a modo de imputación anticipada a lo que a los cónyuges corresponda en la liquidación final. Si existe, por ejemplo, como bien social una casa, y no hay deudas, los cónyuges, al repartirse por iguales cuotas esa casa, liquidan de una vez su participación en el inmueble, el cual por eso deja ya de ser materia divisible en la liquidación final; lo que no significa que tal reparto deje de tenerse en cuenta en esta última liquidación, a efecto de saber cuánto tiene ya recibido por gananciales cada cónyuge. En el mismo ejemplo de la casa, nada impediría que los cónyuges de común acuerdo determinaran adjudicársela en proporción distinta, y aún en su totalidad a uno solo de ellos, aunque esto implicara dejar en todo o en parte insolutos los gananciales del otro para pagárselos en la liquidación final. En tal evento, en esta última liquidación habría que partir de esa base y hacer las compensaciones que prescribe el Código a fin de obtener la completa igualdad de gananciales entre los dos socios. Claro es que una liquidación provisional hecha sin desproporción alguna, a que no sigan nuevos gananciales, hace innecesaria, por falta de materia,

Págs.

la liquidación definitiva. Más sea cualquiera la forma que se adopte en la liquidación provisional (llámese así para acentuar el carácter definitivo de la que sobreviene o puede sobrevenir con la disolución de la sociedad), ella confiere facultad plena a cada cónyuge para disponer de los respectivos bienes, de manera que no sólo ante terceros sino ante los mismos cónyuges las adjudicaciones hechas son de carácter definitivo y no susceptibles de revocación o modificación posterior durante la sociedad. Esto, porque respecto de inmuebles cualquiera operación entre cónyuges es ilícita; y porque respecto de muebles, las que posteriormente ejecuten entre sí no tendrán como título una nueva distribución sino el correspondiente acto o contrato, como permuta, compraventa, dación en pago, etc., etc. (artículo 3º de la Ley 28). Podrán alterarse las bases numéricas de la primera liquidación, en tanto esa alteración no afecte el interés de terceros; pero es imposible admitir que la adjudicación de bienes tenga apenas un carácter temporal, hasta que se disuelva la sociedad, porque entonces los cónyuges carecerían del derecho de disposición sobre los bienes adjudicados, lo cual pugna con la misma ley con el fin primordial perseguido por ella al consagrar el artículo 7º — ACCION JUDICIAL PARA OBTENER LA DISTRIBUCION DE BIENES DE LAS SOCIEDADES ANTIGUAS. En el fondo el artículo 7º consagra un verdadero derecho complementario en favor de la mujer. Dice el artículo 23 de la Ley 153 de 1887 que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes se regirá inmediatamente por la ley posterior. Siendo así, la mujer tiene derecho inmediato a tomar la administración de todos los bienes que le correspondan en la masa social que estaba formada al empezar a regir la ley que amplió el ámbito de su capacidad; y el marido tiene a su cargo la obligación correlativa de colocar a la mujer en el ejercicio y goce de ese derecho, entregándole tales bienes, si así lo pidiere. Es una obligación concreta que como toda obligación jurídica debe estar sancionada por el poder también jurídico de producir su cumplimiento mediante la coacción de los órganos jurisdiccionales. Lo cual está indicando que la mujer tiene en general el derecho de compeler al marido a entregarle los bienes correspondientes; es decir, tiene la acción correlativa a ese derecho. Pero, cómo se hace efectivo ese derecho? En ausencia de trámites especiales, la vía conducente es la del juicio ordinario, donde tienen campo propicio todas las controversias judiciales 'cuando la ley no dispone que se observen trámites especiales'. Más la Ley 28 reglamentó la materia. En primer lugar, dándoles facultad a los cónyuges de definir extrajudicialmente su situación. Al dar esa facultad no niega la de gestión judicial porque ésta, como se ha dicho, es emanación misma de todo derecho civil. El derecho conlleva la acción. De consiguiente cuando la ley permite que las cuestiones relativas a los bienes de las antiguas sociedades pendientes se definan extrajudicialmente, apenas otorga una autorización condicionada a que los arreglos privados se hagan constar en escritura pública. Sin esta autorización expresa tales arreglos extrajudiciales serían nulos con relación a inmuebles, en presencia de lo que la misma ley dispone en su artículo 3º En segundo lugar, señalando el procedimiento breve y sumario de que trata el artículo 1203 del Código Judicial, el cual adopta la ley como especial y adecuado, en atención a la libertad de que el juez goza en ese procedimiento en lo tocante a la determinación del modo de oír a las partes, según la complejidad de la cuestión, para desatar las diferencias que se susciten entre los cónyuges o sus sucesores con motivo de la aplicación del nuevo estatuto. De esas diferencias es irrazonable excluir la cuestión atañedera a la demanda de la mujer contra el marido tendiente a obtener la entrega no solamente de sus bienes propios retenidos por el marido, sino de los sociales que le corresponde manejar, previo el consiguiente y necesario deslinde. Y es irrazonable

Págs.

Págs.

porque semejante demanda de la mujer — o del marido en caso de que prefiera la vía judicial a la extrajudicial — constituye una de las múltiples 'cuestiones', que el artículo 8º, de carácter general, remite a que sea resuelta por la justicia en la forma prevista. Y porque si se aceptara la tesis de que la mujer carece, en caso de desacuerdo con el marido o de renuencia de éste, de acción para acudir a la justicia en solicitud de amparo, surgiría la irritante e intolerable situación de un derecho sin protección jurídica, sometido a la merced y a la voluntad caprichosa de quien debe satisfacerlo. — SITUACION JURIDICA DE LAS SOCIEDADES CONYUGALES EXISTENTES EN EL MOMENTO EN QUE ENTRO A REGIR LA NUEVA LEY. Consecuencia trascendental de la distribución judicial o extrajudicial de los bienes de la sociedad conyugal pendiente el 1º de enero de 1933, es la de que cada uno de los cónyuges queda así plenamente habilitado para disponer de los bienes que le fueron adjudicados y para administrarlos. Por haber perdido el marido, desde la fecha indicada, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ocurrido ellos a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º A la Corte esta doctrina se le presenta incuestionable y se impone ante el efecto inmediato que debe tener una ley encaminada a dar a la mujer capacidad plena, efecto que pugna abiertamente contra toda supervivencia

Págs.

del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los que la mujer tiene también su derecho indubitable de socia. Se impone así mismo por el espíritu general de la ley, de la cual no aparece, para los efectos de su aplicación, que se deban considerar dos categorías de mujeres casadas: sometidas unas, las casadas antes de la ley, a una situación de inferioridad con respecto a determinados bienes, sobre los cuales el marido mantuviera sus originarias prerrogativas; y otras, las casadas bajo la vigencia de la ley, gozando en su plenitud de todas las nuevas facultades. Para admitir semejante diferencia de condiciones habría sido necesario un texto expreso que la consagrara. Pero ese texto excepcional no existe. Y en ausencia de él corresponde al intérprete darle a la ley su alcance lógico. Se ha creído que la redacción del artículo 1º de la ley permite sostener que esa excepción está allí consagrada con la frase 'como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido'. Inmediatamente antes el artículo se había referido a los llamados bienes propios; e inmediatamente después de la frase se refirió a los bienes adquiridos por los cónyuges en el futuro. Luego el 'hubiere adquirido' de la frase, dicen los que apoyan su tesis en el artículo 1º entre los cuales encontrábase el Magistrado Tapias Pilonieta, autor de la ponencia en el presente fallo, quien por lo tanto rectifica ahora su primitiva opinión emitida en alguna providencia siendo magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Revista Justicia número 25 — se refiere al cónyuge que figure como adquirente de los bienes sociales, pero en el sentido estricto de que haya adquirido para sí.— El argumento apenas tiene fuerza aparente. Porque, en primer lugar, la frase hay que entenderla en el sentido que le da la ley, y en ese sentido, por lo que hace a las relaciones de los cónyuges entre sí, bajo el régimen del Código ni el marido ni la mujer, en los pocos casos en que ésta intervenía, eran verdaderos adquirentes de los bienes sociales con abstracción del

Págs.

concepto de sociedad. Quien realmente adquiría era la sociedad. Los cónyuges eran simples instrumentos de adquisición. De tal manera que cuando los bienes sociales figuraban en cabeza de uno de los cónyuges, de antemano se sabía de quién eran, sin que la materialidad del título desempeñara papel decisivo en la determinación del dominio de la cosa. En segundo lugar, existe en el Código una categoría de bienes propios y de bienes sociales, cuyo carácter de tales depende de la manera peculiar como, durante la existencia de la sociedad, se presenta la causa de adquisición bien con respecto al cónyuge, bien por la sociedad, y que el Código reglamenta en las disposiciones especiales de los artículos 1783, 1785, 1788, etc., disposiciones encaminadas a resolver situaciones que de otra manera serían confusas, del derecho de propiedad entre la sociedad y el cónyuge. De consiguiente, cuando el artículo 1º de la ley le atribuye a cada cónyuge el derecho de disponer tanto de los bienes propios como 'de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera', refiérese en general, y para conjurar dudas, a todas las causas de adquisición de bienes propios y de bienes sociales, ocurridas durante el matrimonio (época anterior a la ley), o que en el futuro ocurran (época posterior a la ley). Por último, el mismo artículo 7º de la ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1º en el sentido explicado. El legislador, porque dispuso su alcance general, sin exceptuar a las sociedades constituídas antes, aun permitió la distribución extrajudicial de los bienes sociales, a fin de ofrecerles a los cónyuges un medio fácil de acomodarse al nuevo estatuto. De otra manera, si la masa de bienes de viejas sociedades debiera continuar gerenciada por el marido solo, el artículo sería incongruente con el artículo 7º, pues éste carecería de objeto. La científica interpretación de un cuerpo de normas debe ser siempre armónica, de modo que un precepto guarde relación con los demás y todos se concatenen y expliquen entre sí. Interpretando con entera

Págs.

desvinculación las dos disposiciones citadas, se rompe la armonía doctrinaria de la Ley 28, en fuerza de que resultaría exótico y sin razón el que de un lado se consagrara el principio de que un determinado orden de cosas continuara rigiéndose por normas abrogadas, y de otro lado se sentara un principio contrapuesto, dándose normas reguladoras para liquidar aquel estado de cosas. Todo el raciocinio precedente decide a la Corte a sostener como necesaria para la validez del acto jurídico, la intervención conjunta de marido y mujer en lo tocante a cualquiera disposición o administración de bienes, cuando éstos pertenecen a las sociedades conyugales que la Ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente conforme al artículo 7º Naturalmente esta doctrina sobre invalidez de actos jurídicos ejecutados por uno solo de los antiguos cónyuges sin la intervención personal del otro o sin su mandato, no se aplicaría en algunos casos, como serían, por ejemplo, los relativos a disposición de títulos al portador; los regulados por normas peculiares, como, en sus casos, algunos instrumentos negociables (artículo 3º de la Ley 46 de 1923), y los en que se aplican determinadas doctrinas jurídicas que conduzcan excepcionalmente a la aludida validez. — LA MUJER CASADA MENOR DE EDAD. Para terminar esta exposición doctrinaria resta una última observación. Háse hablado de la capacidad jurídica de la mujer casada, y al afirmarla, es claro que se ha querido hacer referencia a las mujeres casadas y mayores de edad, porque en cuanto a las menores débense tener en cuenta ciertos principios derivados de su propia incapacidad. La Ley 28, tocante a la organización misma del régimen patrimonial en el matrimonio, no hace diferencias, ni podría hacerlas, entre mujeres mayores y menores, a efecto de excluir a las segundas de la aplicación general de sus cánones. Ella comprende por igual, en cuanto a casadas, a mayores y menores. Más hay que atender igualmente a una diferencia natural y lógica en rela-

Págs.

ción con las últimas: que siendo ya incapaces en razón de su minoridad, y no por el estado de matrimonio, hállanse inhabilitadas como todo menor de edad para el ejercicio personal y directo de sus derechos. Necesitan un representante legal. Pero, cuál será hoy a la luz de la legislación general ese representante? Bajo la legislación anterior a la Ley 28 no se puso nunca en duda que el marido era ese representante. Llegó hasta negarse con poderosas razones que el marido fuese en la realidad jurídica el representante legal de su mujer mayor de edad, conforme lo presentaba el artículo 62 del Código Civil. Porque se decía: No obstante este artículo, el marido sólo es representante legal de la sociedad conyugal, ya que con relación a los actos jurídicos de su mujer nunca interviene representándola sino asistiéndola. Es ella la que trasmite, hipoteca, empeña o limita sus bienes, no el marido; ella la que acepta una donación, herencia o legado, no el marido; ella la que compra, permuta, remite deudas, no el marido. La intervención de éste en tales actos o contratos significa una mera autorización, muy valiosa por cierto, pero no de tal naturaleza que sustituya la voluntad de la mujer, como ocurriría en la representación, en que el representante realiza por el representado el respectivo acto jurídico. Por ejemplo, el padre respecto de su hijo no emancipado, o el guardador respecto de su pupilo. Mas en tratándose de la mujer casada menor de edad, al artículo 62 del Código se le reconocían todos sus efectos, condicionados muchas veces al requisito de la intervención del juez, como en el caso del artículo 1293 del C. C., inciso 2º Ya en vigor la Ley 28, surge el problema de determinar la representación de la mujer casada y menor, en atención a que el mencionado artículo 62 ha dejado de comprender al marido sobre la persona y bienes de su mujer, tal y según definíala el artículo 177 del Código y la desarrollaban otras disposiciones, fue abatida por la reforma, la cual sólo dejó subsistiendo de aquélla las obligaciones y derechos que miran más a

Págs.

las relaciones de familia, como las reglamentadas en los artículos 178 y 179, que al régimen del patrimonio. De esta manera, corresponde a la jurisprudencia desatar la dificultad, indagando las orientaciones que impongan los principios generales de la legislación, acordes con la evolución institucional encarnada en la reforma. La naturaleza y alcance de la representación de la mujer casada y menor, obligatoriamente tiene que estar encuadrada dentro de los caracteres esenciales del régimen imperante. Y si el marido es el llamado a desempeñarla, lo será entonces en calidad de simple administrador de los bienes de su mujer, tanto de los propios de ella como de los sociales que a ella correspondan, todos los cuales deberá manejar con el criterio con que se manejan los bienes ajenos, pues careciendo actualmente el marido del derecho de usufructo sobre los bienes de su mujer, derecho que le concedía el artículo 1809 del Código Civil, el cual quedó abrogado, los frutos de esos bienes son ahora de ella, que no pueden como antes perseguir los acreedores del marido, porque aun cuando éste los perciba hacen parte del patrimonio de la mujer. Y si el marido debe administrar como ajenos los bienes de su mujer menor de edad, en la disposición y administración de ellos tiene que estar sometido a las restricciones y requisitos legales protectores de la incapacidad de los menores: inventario general de bienes antes de tomar parte alguna en la administración, pública subasta en la venta de los bienes raíces, licencia judicial para formular desistimientos, etc., etc. Lo cual significa que el marido en ejercicio de la representación deberá obrar bajo las reglas de una guarda legítima, común y ordinaria. En consecuencia, cuando el artículo 6º de la Ley 28 dispone que la curaduría de la mujer casada, no divorciada, en los casos en que aquélla deba proveerse, se defiera en primer término al marido, y en segundo, a las demás personas llamadas por la ley a ejercerla, comprende también necesariamente el CASO de la mujer menor, la cual, contrayendo

Págs.

matrimonio, hace imposible la continuación de la vigencia de la patria potestad o de la guarda en que estaba hasta ese momento, quedando, por ende, de ahí en adelante, sin representación legal. Entendido el artículo 6º sin comprender también el CASO de la mujer menor de edad, nada nuevo habría dispuesto, careciendo así de explicación razonable; comoquiera que respecto de la mujer casada disipadora, demente, sordomuda o ausente, que son los demás casos de incapacidad en que ella puede caer durante el matrimonio, ya el Código Civil disponía que la curaduría en ellos se debe deferir en primer término al marido (artículos 537, 550 y 556 del C. C. y 23 de la Ley 57 de 1887). De otro lado, tampoco hay razón ni motivo en colocar la guarda de la incapaz por razón de la edad, en condiciones jurídicas diferentes de la guarda proveniente de las otras citadas incapacidades de la mujer casada: el espíritu y las tendencias del nuevo régimen son incompatibles con cualquier diferencia que pretenda establecerse. Por último, el artículo 5º de la Ley 28, cuando le confiere a la mujer casada MAYOR DE EDAD plena autonomía civil en la disposición y administración de sus bienes, agregando que el marido tampoco será ya su representante legal, apenas tiende a darle desarrollo lógico al libre ejercicio de la actividad de la mujer mayor, autorizado ya de modo general en el artículo 1º; mas sin que ello signifique, con relación a la mujer menor de edad, que el marido conserva los poderes que se le niegan sobre las mayores, pues fuera de que una interpretación así dejaría subsistente en su integridad la clásica noción de potestad marital para las menores, contra el alcance manifiesto de la reforma, la expresión 'mayor de edad' del precepto, posee únicamente el sentido de concepto necesario en orden a evitar la duda, que sin la expresión surgiría, de que con el matrimonio las mujeres menores adquieren la capacidad jurídica inherente a las mayores de edad. En resumen: para la Corte el artículo 6º de la Ley 28 contempla también el caso de la incapacidad de la mujer casada menor de edad, junto con el de disipación, demencia o sordomudez y ausencia. En tales casos, como trátase de una verdadera curaduría, de las reglamentadas especialmente en el Código, el marido tiene que cumplir las formalidades previas necesarias a su ejercicio..... De todo lo dicho en la exposición anterior se desprende que la mujer, como socia y por lo tanto partícipe en los bienes de la sociedad conyugal existente cuando entró a regir la Ley 28, tiene personería propia e independiente del marido para demandar la nulidad o inexistencia de los contratos celebrados por el marido tendientes a extraer bienes de esa sociedad de manera ilegítima; y la reivindicación de esos bienes está bien demandada para la sociedad, porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver." (Casación, XLV, Nº 1928, octubre 20 de 1937). 633, 2ª, 634, 1ª y 2ª, 135, 1ª y 2ª, y stes.

Págs.

REINTEGRO Y DEVOLUCION DE IMPUESTOS

- 331 -

Véase: IMPUESTOS. REINTEGRO Y DEVOLUCION DE IMPUESTOS. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, mayo 28 de 1937)..... 547, 2ª, y 548, 1ª

REIVINDICACION

- 332 -

En un juicio sobre nulidad de un contrato de compraventa por simulación que no prosperó, en que se había iniciado también la acción de restitución de los bienes que se creían simuladamente vendidos, decía el recurrente que habiendo prosperado la acción de nulidad, igualmente debía correr esa suerte la de restitución. Se agregaba que la cita que se hacía del artículo 1748 del C. C. confir-

maba lo expresado antes, esto es, el haberse incoado la acción de dominio como consecuencia de la nulidad absoluta de un contrato, judicialmente pronunciada.

"Se observa: Nada importa, en sentir de la Corte, que en la misma demanda se ejerciten las acciones tendientes a la invalidación de un contrato de venta en virtud del cual se ha entregado la cosa vendida, y la de restitución por parte del comprador de lo que recibió del vendedor; porque la restitución no se efectúa, en ese evento, sino cuando está ejecutoriada la sentencia que contiene tales pronunciamientos. Pero si no prospera, como se ha visto, la acción encaminada a anular un contrato de venta que se impugna, carece de base la acción reivindicatoria, porque ningún efecto jurídico puede atribuirse a una causa inexistente." (Casación, XLV, Nº 1927, agosto 17 de 1937) .....

Págs.

REPRESENTANTES DEL DEPARTAMENTO

- 333 -

"En un principio hay dos representantes del Departamento que deben obrar de acuerdo: la Asamblea y el Gobernador. Si éste celebra contratos para los cuales no está autorizado por las Ordenanzas de la Asamblea, existe un vicio del consentimiento que se une directamente a la noción de incapacidad, porque los representantes de las Administraciones públicas no las representan si no se ciñen en el ejercicio de sus funciones o facultades a los procedimientos y formalidades requeridos, porque si sus actos no se conforman a esas formalidades y procedimientos, ellos no ejercen válidamente su oficio de representantes, e incurren en lo que en Derecho Administrativo se llama una incompetencia". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, junio 7 de 1937) (1) .....

(1) Véase, Además, lo que sobre la representación nata que el Gobernador tiene del Departamento contiene la doctrina expuesta bajo el título SECRETARIO DE HACIENDA.

Págs.

REQUERIMIENTO

- 334 -

Se había requerido al Gobernador de Cundinamarca para la cancelación de una escritura de hipoteca a favor del Departamento y el Tribunal Superior había agregado que la cancelación debía hacerla el Gobernador dentro del término que le fijó.

"Requerir significa intimar, avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública. Un requerimiento es un acto judicial por el cual a petición del interesado se requiere al deudor para que entregue, haga o deje de ejecutar una cosa. En nuestro sistema jurídico el requerimiento es simplemente una condición que la ley exige en determinados casos para dar aplicación a la teoría general de la mora. El deudor debe ser reconvenido judicialmente por el acreedor para el efecto de reputarlo constituído en mora, y se entiende verificada la reconvención cuando se le notifica personalmente, por mandato del Juez, la solicitud del acreedor en que se le pide satisfaga una obligación, con acompañamiento de la prueba de la existencia de ella.... En aquella providencia dicha entidad determinó un plazo de quince días para que el Departamento llevase a efecto la cancelación de la hipoteca, haciendo de esta manera exigible la obligación de que se trata, cosa que no es posible ordenar en esta suerte de diligencias. El Tribunal determinó por sí el establecer un término para el cumplimiento de la pretendida obligación, plazo éste que no fue acordado por las partes, ni está permitido al Juez señalar sino cuando esté expresamente autorizado para ello por disposiciones especiales. Al respecto es muy claro el texto del artículo 1551 del Código Civil: 'El plazo es la época que se fija...' La lectura de este precepto basta para concluir que no estando comprendido el caso de autos en los eventos excepcionales en que se faculta a la autoridad judicial para hacerlo, no podía el Tribunal señalar un plazo para el cumplimiento de la obligación a que

474, 2ª

534, 1ª y 2ª

Págs.

se ha aludido." (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, mayo 25 de 1937) ..... 543, 2ª, y 544, 1ª y 2ª

Después de este auto, en el de fecha 17 de junio de 1937, agrega la Sala que por el hecho del requerimiento no se queda irremediablemente constituído en mora, como erróneamente afirmaba el apoderado del Departamento. .....

RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS FERROVIARIAS, CABLES AEREOS, ETC., POR PERJUICIOS CAUSADOS A LAS PERSONAS O A LAS PROPIEDADES

- 335 -

Las disposiciones sobre empresas ferroviarias son aplicables a las empresas de cables aéreos, de acuerdo con el Decreto Nº 1471 de 1932. Tanto la Ley 62 de 1887, como la 76 de 1920 hacen responsables a las empresas ferroviarias de los daños que se causen a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y las obligan a reparar los perjuicios consiguientes. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, julio 7 de 1937) .... 573, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS POR CULPA DE SUS AGENTES

- 336 -

Las entidades de derecho público son responsables de los daños que por culpa de sus agentes se causen a terceros, por la relación de dependencia de tales agentes y empleados con respecto a aquellas entidades. La Corte en numerosas sentencias ha sentado la doctrina de que las entidades de derecho público, como la Nación, los Departamentos y los Municipios, son susceptibles de condenaciones a que puede dar lugar el daño causado por el hecho, negligencia o imprudencia de sus agentes. Así se deduce de los arts. 2347 y 2349 del Código Civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1927, julio 7 de 1937) ..... 573, 2ª, y 574, 1ª

RIÑA Y PREMEDITACION

- 337 -

Se afirmaba en un proceso por homicidio que la sentencia condenatoria del reo por homicidio premeditado no estaba en consonancia con el auto de proceder que había contemplado la circunstancia de que entre la víctima y el reo había habido "alguna lucha". 545, 1ª

"Como se dijo al analizar la causal 3ª, el auto de proceder adujo el cargo de premeditación; de suerte que aquel pasaje del auto en donde se habla de que la falta de testigos presenciales obliga a aceptar que entre víctima y victimario hubo 'alguna lucha', no puede tomarse en forma aislada, sino que es preciso relacionarlo con los demás apartes de tal providencia. No siempre que se hable de riña debe entenderse que se trata de un homicidio atenuado, siendo así que fuera de los casos que el Código Penal contempla en los artículos 602 y 603, otras disposiciones que también aluden a esa circunstancia se refieren al delito de homicidio premeditado (artículo 585) y aun al de asesinato (artículo 586, numeral 9º) Formulado, pues, el cargo de premeditación en el enjuiciamiento, no se comprende cómo podría haber contradicción entre éste y la sentencia que condena por homicidio premeditado". (Casación, XLV, numero 1927, julio 22 de 1937). 501, 2ª

S

SECRETARIO DE HACIENDA

- 338 -

Se discutía en un juicio sobre pago de una suma de dinero demandada al Departamento de Cundinamarca, si el Secretario de Hacienda tenía facultad legal para celebrar el con-

Págs.

trato de empréstito a favor del Departamento, que dio origen a la deuda que se cobraba. Dijo la Corte:

"Según el artículo 95 citado (1), el Secretario de Hacienda es presidente nato de la Junta de Rentas, por lo que es necesario ver lo siguiente: a) si él tenía facultad para celebrar el contrato de empréstito junto con el Administrador General de las Rentas; b) si de los términos del artículo 100 copiado puede deducirse la autorización del Gobernador para verificarlo, y c) si esta autorización puede considerarse como dada por el Gobernador. a) En cuanto a lo primero, hay que considerar que el Secretario de Hacienda es un funcionario órgano de la Administración departamental. Conforme a este postulado, él puede ejercer sus funciones dentro de los límites de la ley; pero si carecía de facultad legal y de autorización del Gobernador para celebrar el contrato, entonces no obró como órgano de la Administración y el acto realizado es inexistente por haberse atribuído facultades que no le correspondían a él sino al Gobernador, quien es el representante nato del Departamento, y quien tiene, por tanto, la capacidad de derecho para representar a esa entidad moral. Sin embargo, dentro de la órbita del Derecho Administrativo, junto a la capacidad de derecho se produce la de hecho. La primera, — respecto de los Departamentos — encarna en el Gobernador, que es el órgano que tiene, como se ha dicho, la representación nata de esa entidad, y la segunda, en los funcionarios que pueden aparecer como que carecen inicialmente de esa facultad, pero que, por alguna circunstancia, pueden tenerla. En este evento, esa situación de hecho, en los casos determinados en que pueda surgir, es base suficiente para inducir una situación de derecho, siempre que se pruebe en tales casos la posible competencia o el fundamento con que obró el funcionario. Esta comprobación es necesaria porque para que el consentimiento prestado por el órgano de la Administración sea válido, se requiere que el funcionario haya obrado con competencia, con observancia de los requisitos legales y con las autorizaciones del caso, todo lo cual emana de la ley. Pero debe tenerse en cuenta que respecto de la competencia precisa considerar que, salvo prohibición expresa, el funcionario está facultado para hacer no sólo aquello para lo cual está autorizado expresamente, sino también todo lo que fuere congruente con su función propia. Quiere decir esto que el funcionario está obligado a conformarse a las disposiciones legales y reglamentarias que determinan su labor y actividad en el empleo que ocupa, más teniéndose en cuenta eso sí, que esta observancia no implica que él sólo debe sujetarse a la letra de los textos de la ley o de los reglamentos, sino que tiene facultad para penetrar en su espíritu; por lo que en su ejercicio, el funcionario tiene que conformarse al texto y espíritu de la ley general como al texto y espíritu de la ley creadora de su empleo. Siendo el Secretario de Hacienda presidente nato de la Junta de Rentas, la esfera de su actividad lo ponía en aptitud legal para ejercitar la facultad concedida a la Gobernación (así en abstracto se expresan los artículos 98 y 100 de la Ordenanza 32 y el 1º de la número 25) para contratar el empréstito, pues, llegando al espíritu de la Ordenanza 32, creadora de la Junta de Rentas, la facultad concedida a la Gobernación debe entenderse como dada a la Junta de Rentas y a su presidente nato, que lo es el Gobernador o el Secretario de Hacienda". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1927, junio 7 de 1937).

(1) Ordenanza 32 del 10 de abril de 1925.

Págs.

SECUESTRE

- 339 -

"Un secuestre judicial no es sino el depositario a quien la autoridad entrega una cosa que se disputan dos o más individuos, para que la entregue a quien obtenga la decisión a su favor, artículo 2273 del C. C. La obli-

Págs.

gación del secuestre es, en términos generales, la misma del depositario (artículo 2274, ibídem), cesa cuando se pronuncia la sentencia que ordena restituir el depósito (artículo 2281 de la obra citada). Por esto se ve que el secuestre es un depositario completamente ajeno a las pretensiones deducidas por las partes en el juicio, a quien no afectan ni pueden afectar las resoluciones que sobre la cosa disputada se dicten en el proceso y cuya única obligación es la de restituir, previa orden judicial, la cosa objeto del secuestro. No sostiene, pues, el secuestre ninguno de los extremos del juicio, lo cual quiere decir que no es ni puede ser parte, de donde resulta claramente que refiriéndose el numeral 6º del artículo 520 y por el concepto que acusa el recurrente la sentencia a la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas a juicio, es decir, a las partes o a quienes tengan interés jurídico en él, un secuestre que no tiene interés en el juicio, no es parte en él, ni tiene por qué ser citado ni emplazado y por lo tanto el cargo que se estudia es del todo infundado". (Casación, XLV, número 1926, julio 28 de 1937). 325, 1º

SEGURO DE VIDA COLECTIVO

- 340 -

La obligación de efectuar el seguro de vida colectivo de los empleados y obreros, en su caso, no nace de acuerdo de voluntades que obligue a cumplir lo prometido, sino que es impuesta por la ley (artículos 1º, Ley 37 de 1921, y 7º de la Ley 32 de 1922) a "las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existentes en el país, o que se establezcan en lo sucesivo, cuya nómina de salarios sea o exceda de mil pesos mensuales".

El cónyuge sobreviviente y los herederos legítimos del empleado y obrero que fallezca y cuyo nombre figure en la nómina respectiva del mes en que ocurra la defunción en una empresa industrial, agrícola, de comercio o de cualquiera otra clase, de carácter permanente, existente en el país, y cuya nómina de sueldos y salarios sea o exceda de mil pesos, tienen derecho de exigir de dicha empresa el pago íntegro de la cuota correspondiente al sueldo o salario que devengaba el difunto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la misma Ley 37, sin que este derecho esté sujeto a la contingencia de que la empresa deudora obligada a esa prestación haya cumplido o no la obligación del seguro que pese sobre ella, por ministerio de la ley.

Distintas entre sí son las instituciones sociales referentes a reparación por accidentes de trabajo y al seguro colectivo obligatorio. Para la efectividad de este último basta con que se presente el fallecimiento del obrero o empleado, sin que sea menester considerar la causa que lo produjo. El suicidio no libra a las empresas de pagar la respectiva cuota del seguro obligatorio a los herederos del asegurado, pues el seguro colectivo obligatorio es un estatuto jurídico distinto del seguro bilateral, condicional y aleatorio que reglamenta el Código de Comercio. Tratándose del seguro colectivo obligatorio no es aplicable lo establecido en el artículo 699 del C. Co., numeral 1º (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, noviembre 18 de 1937) ..... 898, 1ª y 2ª, y 899, 1ª y 2ª

SEGURO DE VIDA OBLIGATORIO

- 341 -

Se afirmaba en un juicio sobre pago del valor de un seguro, que la muerte violenta no da derecho al seguro. Dijo la Corte:

"Nada aparece a ciencia cierta en el expediente sobre si Salazar fue víctima de una agresión violenta, o de un caso fortuito, o si salió de la vida por medio del suicidio. Sobre esto último conviene transcribir los siguientes conceptos emitidos por el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Manizales al descorrer el traslado el 23 de marzo de 1936: 'Tanto el

Págs.

Ministerio de Industrias en varias resoluciones, especialmente en la que lleva fecha 14 de abril de 1925 (D. O. número 19883), como la Secretaría de Hacienda de este Departamento, en la marcada con el número 72 de 15 de abril del año próximo pasado, relacionada con una reclamación de la señora Cleotilde Llano viuda de Echeverri, sobre el cobro del seguro por muerte de su hijo Elías Echeverri L., quien falleció en Salamina, ahorcado, por suicidio, y quien trabajaba como herramentero en la carretera Salamina-Aguadas, han reconocido que el seguro abarca o se refiere al riesgo de muerte cualquiera que sea la causa que la ocasione.....' Varias resoluciones ha proferido el Ministerio de Industrias inspirándose en las mismas ideas. Las leyes sobre seguro de vida obligatorio (Leyes 37 de 1921, 32 de 1922, 44 de 1929, 133 de 1931 y el Decreto número 80 de 1932) no establecen distinciones acerca de la causa productora de la muerte". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1926, febrero 12 de 1937). .....

SENTENCIA ANULADA Y SENTENCIA REVISADA

- 342 -

Véase: NULIDAD Y REVISION DE SENTENCIAS. (Casación del 8 de octubre de 1937, XLV, número 1930, 811, 1ª)

SENTENCIA ABSOLUTORIA

- 343 -

"Cuando la sentencia es absolutoria, es inoficioso estudiar las defensas propuestas o deducir de oficio alguna perentoria, porque no existe el término, el extremo, es decir el derecho a que haya que oponerse la defensa". (Casación, XLV, número 1924, abril 30 de 1937). .....

SENTENCIAS CONSULTABLES

- 344 -

Las sentencias que deben consultarse son aquéllas que, con arreglo al artículo 508 del C. J., declaran alguna obligación a cargo del Estado, de los Departamentos o de los Municipios en primera instancia. Es necesario que las sentencias sean condenatorias para que sean consultables. Aquéllas que se limitan a reconocer un derecho, o sean, las declarativas de una situación jurídica, que en nada afecta ni menoscaba el patrimonio de la Nación, de los Departamentos o de los Municipios, no son susceptibles del recurso de consulta. Con todo, si por las consecuencias de la declaración puede resultarles a la Nación, a los Departamentos o a los Municipios una obligación a su cargo, la consulta es procedente. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, diciembre 10 de 1937). 918, 2ª

SENTENCIA DEFINITIVA

- 345 -

"Por sentencia ha de entenderse la resolución que pronuncia el juez de acuerdo con la ley sobre el punto o cuestión que ante él se controvierte. Y es definitiva, palabra que proviene del verbo definere, terminar, cuando el juez resuelve terminando el proceso, y con vista de todo lo alegado y probado por los litigantes sobre el negocio suscitado ante él en una instancia. Decía así la Ley 2ª, Título 22, Partida 3ª: 'Juicio acabado que da (el juez) sobre la demanda principal finiquitando o condenando al demandado'. Según el concepto de Chiovenda, la sentencia definitiva es acto con el cual el juez cumple la obligación derivada de la demanda; mediante la sentencia ha terminado su oficio; a no ser que haya que tomar resoluciones consecuenciales (liquidación de costas), perjuicios, etc.) Por la sentencia el juez no puede ni debe ingerirse más en el pleito. Si es impugnable surgirá con la impugnación otra etapa de la relación procesal en que será competente otro tribunal. Nuestro Código de Procedimiento, de acuerdo con las nociones precedentes, dice que una resolución es sentencia 'si

389, 1ª

114, 2ª

decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncie en primera o en segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario". (Auto, Sala de Casación Civil, XLV, número 1929, septiembre 23 de 1937). .....

SENTENCIAS DE LA CORTE SUPREMA

- 346 -

Las providencias de la Corte Suprema son emanaciones de uno de los tres poderes del Estado, hoy órganos del poder público, que según el artículo 52 de la Constitución son limitados y tienen funciones separadas. No puede el legislador, sin quebrantar el espíritu en que se informa este principio tutelar de las instituciones del país, someter los pronunciamientos de la Corte a la revisión de otras dependencias del Estado. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, número 1928, octubre 18 de 1937). .....

SEPARACION DE BIENES

- 347 -

La actora en juicio en que pidió la disolución de la sociedad conyugal que tenía contraída con su marido, la separación total de bienes que la formaban y la restitución y entrega de los de propiedad de la demandante, recurrió en casación del fallo que absolvió al demandado de los cargos de la demanda, acusándolo por violación de los artículos 604, 605 y 608 del Código Judicial, numeral 5º del artículo 154 del Código Civil y artículo 2º de la Ley 8ª de 1922. Dijo la Corte:

"El Art. 154 del C. C. enumera las causas cuya presencia daña los fines matrimoniales, fines que la ley protege en nombre del interés público. Todas esas causas están inspiradas en el principio de culpabilidad, según el cual se exige la conducta intencionada para perturbar la vida común,

Págs.

y se apoya en la serie de actos o circunstancias estimados por el legislador contrarios al derecho conyugal, que deben darse en la persona del cónyuge culpable para que constituya infracción jurídica. La culpa de ambos cónyuges no se compensa.

747, 1ª y 2ª Tanto el trato cruel como los ultrajes pueden no ser actos de violencia, pero sí indice de brutalidad incorregible, o revelar una total omisión de las consideraciones esenciales para la convivencia espiritual del matrimonio. Entre los ultrajes y el trato cruel de una parte y los maltratamientos de obra de la otra, no hay paridad ni equivalencia, pero ambas clases de hechos requieren, para causar la separación de cuerpos, que no se produzcan como impulsos del momento o movimientos transitorios, sino que dimanen de una conducta perniciosa, manifestada por una suficiente sucesión de actos capaces de afectar las relaciones familiares. Las causales 4ª y 5ª del citado artículo 154, dan lugar a una indefinida variedad de matices, cuya conducencia, para los efectos de estimar la acción, sólo puede apreciarse con arreglo a las circunstancias de cada caso y a las condiciones de vida y de educación de las partes. Como el artículo 2º de la Ley 8ª de 1922 estableció, en favor de la mujer, para separarse de bienes, las mismas causales civiles creadas para la separación de cuerpos, aquéllas deben ser analizadas por el juez con el mismo criterio que si se tratara de pronunciar el divorcio. En efecto, las excepciones y modificaciones que, según el artículo 194 del C. C., sufre la potestad marital a causa de la separación de bienes, no pueden ser las mismas cuando ésta se decreta por las causales del artículo 154, ibídem, las cuales extinguen la vida en común, que cuando se verifica con apoyo en las del artículo 200, ibídem. Las causales de este último artículo, aparte de que no pueden ser invocadas como hechos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la ley 28 de 1932, no suponían la imposibilidad de convivencia de los cónyuges. La administración fraudulenta del marido era una conducta inmoral, porque en el

626, 1ª

Págs.

Págs.

hecho el hombre sustituía los medios legítimos que tenía para vivir por los de su mujer, lo cual daba como resultado el de que las cargas del matrimonio se atendieran exclusivamente con los bienes de ella. Pero esa conducta inmoral, en la mayoría de los casos, no hacía perder al marido la consideración en el concepto público, y, por tanto, no destruía el hogar. El pensamiento que acaba de expresarse, se desarrolla, para mayor claridad, de esta otra manera: Según el artículo 194 del C. C., las reglas dadas en el capítulo que él cierra sufren modificaciones por la separación de bienes. Cuáles sean y hasta dónde vayan éstas, es una consecuencia de la separación misma, y, como es lo natural, de las causas por las cuales se decrete. Mientras estas causas fueron tan sólo las de orden patrimonial, establecidas en el artículo 200 de esa obra, tales modificaciones no podían menos de reducirse a lo correspondiente a los bienes, su administración, tenencia, enajenación, etc. Claro es, por ejemplo, que la insolvencia del marido, el mal estado de sus negocios por especulaciones aventuradas, etc., no eran algo que de suyo hubiera de significar estorbo, impedimento o peligro para la convivencia de los consortes, aun colocando el pensamiento en la época anterior a la Ley 28 de 1932. Pero cuando la Ley 8ª de 1922, en su artículo 2º, vino a agregar a esas causales las que establece el artículo 154 del Código, como otras tantas de divorcio, las aludidas modificaciones que en decreto de separación introduce en la potestad marital no pueden limitarse a la tenencia, administración y disposición de bienes o a la liquidación total o parcial de la sociedad conyugal, con su respectivo inventario preparatorio, porque si, por ejemplo, el juzgador halla comprobada la causal 5ª del citado artículo 154 y por tal motivo acoge la demanda de separación de bienes, no puede cerrar los ojos a la influencia que todo aquello en que esa causal consiste ha de tener fatalmente sobre algo más que esa faz patrimonial, y habrá de abrirlos a lo que esa causal indica, como, en su caso, el peligro de la vida misma de los cónyuges. En este evento se produce una separación de hecho, como algo ineludible para defender hasta el honor y aun la misma vida de alguno de los cónyuges, pero esa separación, lo mismo que la que decretan provisionalmente las autoridades en algunos casos, no produce los resultados jurídicos de una sentencia de divorcio y por eso, en ese caso, no podrían tener efecto los artículos 160, 161, 166 y 168 del C. C. De que el juzgador reconozca esa esencial diferencia de efectos en razón de la diferencia de causas, no puede deducirse que erija la separación en divorcio, identificando juicios y hechos tan diferentes, ni mucho menos que desconozca o quebrante el fuero que para conocer de los juicios de divorcio en matrimonios católicos da a la Iglesia el artículo 19 de la Ley 35 de 1888. Múltiples y diversos resultados tiene una sentencia de divorcio, cuyos efectos civiles, de paso sea recordado, son de potestad civil, según la misma disposición que acaba de citarse. Reconocer que una separación de bienes ha de modificar la potestad marital de idéntico modo, con entera uniformidad, desoyendo las diferencias que entre sí tienen las respectivas causales, no es, ni con mucho, conceder o atribuir a la simple separación de bienes los alcances plenos de una sentencia de divorcio. Y esto que es así dentro de la situación anterior a la Ley 28 de 1932, con más veras resalta la diferencia de modificaciones de la potestad marital de que se viene hablando, en razón de la diferencia de causales, dentro de la simple separación de bienes, entre el estado legal creado por esta ley, ya respecto del patrimonio propio de la mujer, ya respecto de la sociedad conyugal. El error de derecho en que incurrió el Tribunal estriba precisamente en que no estimó como suficientes las circunstancias, probadas en este pleito, que condujeron a los cónyuges a separarse de hecho, circunstancias que revelan la permanente actitud ultrajante del marido para con su esposa.

Págs.

Una de esas circunstancias indicadora de su conducta, suficientemente ofensiva para la comunidad de ese matrimonio, se halla en la que redujo a la indigencia a la mujer, apropiándose el marido la renta de los bienes de aquélla, no obstante residir ambos ya en distintas poblaciones, por la imposibilidad de avenirse a la vida en común. Es también error del Tribunal presumir que en materia de culpa conyugal, el perdón por un móvil especial implica perdón por causa general. Lo que aparece en realidad del proceso es que la mujer procuró en distintas ocasiones, convivir con su marido, pero las reiteradas injurias de éste producían los nuevos y sucesivos rompimientos, hasta cuando, acosada por la necesidad económica, demandó la separación de bienes". Salvó su voto el Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo. De su salvamento pueden señalarse los siguientes principales comentos: "La Ley 8ª de 1922 se redujo a crecer el número de causales, pero no varió el fenómeno. Este continuó siendo de simple separación de bienes. Acepto que las nuevas causales deben ser analizadas por el juez con el mismo criterio que si se tratara de pronunciar divorcio. Pero no acepto, no puedo aceptar, que las reglas sobre obligaciones y derechos entre los cónyuges sufran ciertas excepciones o modificaciones cuando la separación se decreta por alguna de las dos antiguas causales, y excepciones o modificaciones distintas cuando se decreta por algún motivo de los que autorizan también el divorcio. Si de este modo se entendiera el artículo 194 del Código Civil, llegaríase al absurdo de dar a una simple separación de bienes efectos de divorcio. Es verdad que la insolvencia del marido o su administración fraudulenta no hacen de suyo imposible la convivencia en el hogar, como otras de las causales trasladadas del divorcio a la simple separación de bienes por la Ley de 1922. Empero, esta imposibilidad de convivir no hace que un fallo de mera separación, cuyos efectos son exclusivamente patrimoniales, invada el campo de otra potestad y el radio de otro juicio y de otra sentencia, para afectar la vida común de los casados, como si el juicio en todo o en parte fuera de divorcio y no de simple separación. Según el artículo 194 del Código Civil, las reglas dadas sobre obligaciones y derechos entre los cónyuges sufren excepciones o modificaciones por la separación de bienes. Esta simple separación es el contenido único, con efectos exclusivamente económicos, del fallo que la pronuncia. Sus consecuencias son unas mismas, sean cuales fueren la causal o las causales acogidas por el fallador. El divorcio, tal como lo reglamenta el Código Civil, se reduce a conceder a los cónyuges la facultad de suspender la vida común. Es el divorcio canónico. Aunque los cónyuges continúan unidos por el matrimonio, la justicia los dispensa de la vida común y de las obligaciones consiguientes. Requiere decreto judicial. Los juicios de divorcio en los matrimonios católicos se rigen por las leyes de la Iglesia. Así lo prescribe el artículo 18 de la Ley 57 de 1887. Igual cosa establecen el artículo 51 de la Ley 153 del mismo año, que señala como potestad exclusiva de los tribunales eclesiásticos el decidir sobre divorcio con arreglo a las leyes canónicas, y el artículo 19 del Concordato, según el cual son de la privativa competencia de la autoridad eclesiástica las causas matrimoniales que afecten la cohabitación de los cónyuges. Véase, pues, si será de recibo el concepto de que una sentencia de simple separación de bienes produce algún efecto análogo a los que se originan de una sobre divorcio, cuando la causal acogida por el juez civil es de aquellas que pudieron alegarse como motivo de divorcio ante el juez eclesiástico". (Casación, XLV, número 1924, junio 4 de 1937). ..... 127, 2ª, 128, 1ª y 2ª, 130, 2ª, y 131, 1ª y 2ª

Págs.

SERVIDUMBRE

- 348 -

Francisco de P. Lora demandó de Antonio María María Cuevas, Virginia Nieto de Cuevas y otro la restitución de una servidumbre de acueducto, ganando el pleito. En casación intentada por los demandados se alegaba, como primer cargo contra la sentencia recurrida, el de violación de los artículos 946 y 952 del Código Civil, por errónea interpretación, pues pretendían que respecto de servidumbres no puede haber posesión completa y es improcedente la acción reivindicatoria. Dijo la Corte:

"Servidumbre, al tenor del artículo 879 del Código Civil, es un gravamen impuesto sobre un predio, en utilidad de otro predio de distinto dueño. Según la definición legal de servidumbre, que responde a la idea preponderante y generalizada de la misma, el dueño del predio sirviente sufre una restricción en el ejercicio de su derecho de dominio, viéndose obligado a tolerar que el dueño del fundo dominante se aproveche del suyo en una u otra forma, o a no hacer dentro de su finca algo que podría ejecutar libremente, si no se lo impidiera la limitación que la servidumbre le impone. Gravamen sobre un inmueble y beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, son, pues, los dos elementos cardinales de las servidumbres, y de ahí que, como lo estatuye el artículo 883 del Código Civil, sean éstas inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen. Este concepto de inseparabilidad implica la imposibilidad de considerar la servidumbre como subsistente por sí misma o con independencia del fundo que grava y de aquel en cuyo favor se halla establecida. Por consiguiente, el propietario del predio dominante ejerce o puede dejar de ejercer la posesión de su derecho real de servidumbre. El artículo 665 del Código Civil clasifica las servidumbres activas entre los derechos reales; el 670 enseña que sobre las cosas incorporales hay una especie de propiedad; el 776 preceptúa que la posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal; el 941 dice que el título o la posesión de la servidumbre por el término legal, determina los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente; y, por último, el 948 estatuye que con excepción del derecho de herencia, pueden reivindicarse como el de dominio todos los otros derechos reales. Si todo lo anterior lo determina y fija de manera indubitable el Código Civil colombiano, a diferencia de algunos códigos extranjeros, el Tribunal sentenciador se ciñó estrictamente a la legislación patria al reconocerle la acción reivindicatoria al demandante, que alega un derecho de servidumbre activa del que no está en posesión. Quedaría pendiente lo atañedero a si puede entenderse como poseedor el demandado en este caso, en que es el dueño del predio sirviente, ya que la acción reivindicatoria ha de dirigirse contra el poseedor (artículo 952 del Código Civil). Pero el fallo del presente recurso no requiere la solución de este problema que, en realidad, dada la forma de seguirse la contienda y dadas sus causas, sería simplemente de nomenclatura. El procedimiento civil no le exige al demandante que califique la acción que intenta para hacer efectivo su derecho. Le dice simplemente que enuncie con claridad y precisión lo que demanda; que exprese los hechos en que se apoyan sus peticiones, debidamente clasificados y numerados; que indique los fundamentos de derecho de la súplica, y la cuantía, cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia (artículos 205, 737 y 872 del C. J.) Por consiguiente, el dueño o poseedor del predio en cuyo favor se considere constituida la servidumbre, si el ejercicio de ésta se le niega o se le estorba, puede utilizar la acción encaminada a comprobar su existencia para derivar los beneficios que de ella se desprenden, sin calificación de ningún género..... Tampoco se opone el reconocimiento de la acción reivindicatoria en el presente juicio

Págs.

al principio de que las aguas que corren por cauces naturales son bienes nacionales de uso público, según el artículo 677 del Código Civil, porque de lo que aquí se trata es de averiguar si los demandados, en razón de ser dueños del predio sirviente, están o no obligados a respetar el estado jurídico creado por la servidumbre de que se viene hablando, esto es, si tienen que consentirlo y no oponer obstáculos a su ejercicio. Es decir, que no se controvierte si el uso de los bienes públicos del Estado es o no constitutivo de servidumbre. Se contempla, en otros términos, un litigio judicial entre particulares, y no una cuestión de índole filosófica y general para afirmar que el uso público o social de los bienes comunes del Estado no cabe reputarlo como servidumbre". Otro de los cargos contra la sentencia era el de violación del artículo 947 del Código Civil, por errónea interpretación, y se hacía consistir en el argumento de que si la reivindicación pudiera extenderse a las servidumbres, dicha acción sólo podría proteger las servidumbres prescriptibles. Sobre lo cual dijo la Corte:

"En el punto anterior se dijo que, de acuerdo con nuestro Código de Procedimiento Civil, el demandante no tiene obligación de entrar a calificar la acción que intenta para hacer efectivo su derecho, puesto que sólo se le exige que enuncie con precisión lo que demanda, indicando los hechos en que apoya sus pedimentos. La ley, al otorgar los medios conducentes a demostrar en juicio la existencia de una servidumbre, no hace diferencia alguna entre prescriptibles e imprescriptibles. Como en toda servidumbre se distinguen tres elementos: el derecho, la forma y el ejercicio, el Código Civil las clasifica en continuas y discontinuas, positivas y negativas, aparentes e inaparentes..... La división entre positivas y negativas atañe al derecho de la servidumbre, o sea a lo que constituye su contenido, y de ahí que se definan según la naturaleza de los actos que las integran. Por otra parte, la presente controversia versa sobre una servidumbre continua y aparente, es decir, de aquéllas que pueden adquirirse por el modo de la prescripción, según el artículo 9º de la Ley 95 de 1890. La distinción entre servidumbres prescriptibles e imprescriptibles alude a su modo de adquisición, no a la acción encaminada a demostrar en juicio su existencia. No es fundado el cargo". (Casación, XLV, Nº 1926, junio 30 de 1937). ..

Págs. 302, 1ª y 2ª, 303, 1ª y 2ª

SERVIDUMBRE DE AGUAS LLUVIAS

- 349 -

La servidumbre de aguas lluvias, contemplada en forma negativa por el artículo 936 del Código Civil, y que consiste esencialmente en la adquisición del derecho de arrojarlas sobre el predio vecino, como la de luz, es de carácter voluntario, y como tal, no puede adquirirse sino por título, o por destinación del padre de familia, o por prescripción cuando ella es continua y aparente, y establecida en condiciones tales de anormalidad que provoque la oposición del predio sirviente. (1). (Casación, XLV, número 1930, noviembre 26 de 1937). .....

Págs. 855, 1ª

SERVIDUMBRE DE LUZ

- 350 -

"La servidumbre legal de luz, reglamentada por los artículos 931 a 934 del mismo Código (2), y de la cual se ha dicho que no es verdadera servidumbre, porque ningún gravamen impone al dueño del predio sirviente, por ser continua y aparente puede adquirirse por prescripción. En esto están de acuerdo todos los autores". Cita la Corte las opiniones

---

(1) Esta doctrina está expuesta en las consideraciones de instancia que hace la Corte por haber estimado que debía casarse el fallo recurrido.

(2) Del Código Civil.

Págs.

de Fernando Vélez, Antonio José Uribe y Eduardo Rodríguez Piñeres, y agrega: "Pero este principio de la prescripción de la servidumbre de luz, aceptado también por otras jurisprudencias, no debe entenderse absoluto en el sentido de que basta la apertura de un hueco o ventana en pared divisoria, en las condiciones previstas en el Código, y luégo el trascurso del tiempo, para que se opere la prescripción y ya el dueño del predio vecino quede privado del derecho que le reconoce el artículo 934, de elevar sus paredes aun cuando cieguen las luces que entran por aquellos huecos o ventanas. El propietario que hace uso de una pared divisoria de su propiedad, y no medianera, abriendo huecos o ventanas, dentro de lo normal, no hace más que ejercitar una facultad que la ley le confiere en su condición de propietario de la pared; con ello no afecta en nada el derecho del vecino; y siendo así, no cabe alegar prescripción alguna, 'porque el que no traspasa los límites de su propio derecho nada prescribe'. En Francia discutióse mucho acerca del alcance de la servidumbre de lo que allá llaman luces de mera tolerancia, por oposición a vistas libres, es decir, los huecos que no sirven más que para recibir luz pero no para mirar ni lanzar residuos al fundo vecino, en el caso de que ella resultase de la posesión prolongada durante treinta años (allá la prescripción de las servidumbres continuas y aparentes es treintenaria), de ventanas irregiamentarias sobre el fundo vecino. 'Nuestros autores antiguos (Merlin, Servitude, parr. 3º) respondían que era exclusivamente el derecho de conservar la ventana en el sitio en que se encontraba, sin que el vecino perdiera por ello la facultad de usar en su fundo como le conviniera, y por consiguiente, de construir una pared contigua, aunque tapare la pared en cuestión. La jurisprudencia belga está aún concorde con este modo de ver. Pero la jurisprudencia francesa más reciente estima, por el contrario, que el vecino está obligado a respetar la servidumbre de vistas adquirida por el poseedor de las ventanas en el sentido de que sólo tendrá derecho de construir en su propio fundo observando las distancias prescritas por los artículos 678 y 679. En efecto, de otro modo dependería de él la anulación del derecho de luces adquirido por su vecino, ya apoyando construcciones en aquella pared, ya adquiriendo la medianería'. (Derecho Civil. A. Colin y H. Capitant, tomo 3º De los bienes y de los derechos reales principales, página 592). Es igualmente interesante transcribir aquí la autorizada opinión contenida en la obra de Derecho Civil Francés, por Marcel Planiol y Jorge Ripert, con la colaboración de Maurice Picard, Los Bienes, números 918 y 919: 'Las luces abiertas de conformidad con las reglas precedentes (determinada altura del suelo de la habitación que se quiere claraear, art. 677 del Código francés, enrejadas de hierro, artículo 676, ibídem, bastidores de vidrio, etc., artículo 933 del Código colombiano), no significan servidumbre alguna sobre el predio vecino; el propietario que ha llevado a cabo esta apertura se ha limitado a usar su derecho de manera normal, respetando los límites de la servidumbre a la cual su predio tiene derecho. Desde luego que el derecho de propiedad del vecino no sufre limitación en virtud de la existencia de las luces, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde su apertura, puede en cualquier momento obstruirlas edificando contra la pared en que se hayan practicado, o pedir su suspensión adquiriendo la medianería de esa pared. 'Cuando una abertura se ha establecido en contra de las condiciones fijadas por los artículos 676 y 677, el propietario del predio vecino puede demandar su supresión o exigir que sea modificada y puesta de acuerdo con la ley, puesto que menoscaba su derecho. 'No ocurre lo mismo si la abertura practicada desde treinta años por lo menos, puede ser considerada como constitutiva de una servidumbre de luces adquirida por prescripción. Pero la constitución de esa servidumbre no puede admitirse más que en los casos en que la abertura

Págs.

ha sido practicada y mantenida no como simple tolerancia sino en virtud de un derecho; y corresponde al juez apreciar si hubo simple tolerancia o posesión capaz de hacer actuar la prescripción de acuerdo con las circunstancias, especialmente según la disposición de las ventanas, su utilidad y la incomodidad más o menos grandes que causan al vecino.' (1) (Casación, XLV, número 1930, noviembre 26 de 1937) ..... 853, 1ª, y 2ª, y 854, 1ª

SIMULACION

- 351 -

Una mujer casada había demandado por simulación el contrato de compraventa de una finca raíz perteneciente a la sociedad conyugal y que su marido había vendido a un tercero. Como prosperase la acción, el comprador atacaba el fallo en casación por violación de los artículos 1759 y 1766 del Código Civil y de las disposiciones de la Ley 28 de 1932.

"La Corte halla improcedente el cargo. La demandante es un tercero en el contrato de compraventa de la finca de Aparco. Ella no intervino en ese contrato. Ni lo consintió, ni tampoco lo otorgó. De consiguiente, sería extravagante que porque el marido lo celebrase con el carácter que antes de la vigencia de la Ley 28 le daba el Código de jefe único de la sociedad conyugal, ya la esposa, aun con la plena personería con que la invistió la Ley 28, estuviera atada irrevocablemente a los actos del marido lesivos de su interés de socia. De otro lado, demostrada como está en el capítulo anterior la capacidad de la mujer para iniciar la acción de simulación, esa misma circunstancia la sitúa lógicamente en la posición de tercero en el contrato acusado, y por lo tanto amparada por la prerrogativa de la libertad en la administración de la prueba de la inexistencia de un contrato ostensible. La cónyuge defraudada en su interés social por el antiguo jefe único de la sociedad conyugal, al recobrar su libertad mediante la Ley 28, adquirió igualmente el uso de las acciones atinentes a restaurar el daño que se le irroga, al mermar y hasta eliminar sus gananciales". (1). (Casación, XLV, número 1928, octubre 20 de 1937). 644, 2ª

SIMULACION

- 352 -

"..... La teoría antes prevalente deducía directamente de la simulación la nulidad, llegando, por decirlo así, a identificarlas; la teoría acogida por la Corte actualmente, ve en una simulación dos contratos: el aparente, que es el fingido, y el disimulado y oculto bajo él, que es el efectivo, y sostiene que, en tal estado el juzgador debe estudiar en sí mismo este último contrato para saber de su validez". (Casación, XLV, Nº 1925, junio 25 de 1937). (2) ..... 266, 2ª y 267, 1ª

SIMULACION

- 353 -

Como en su carácter de herederas de Guillermo Patiño V. pidiesen Ana Lucía y María Elisa Patiño Silva la declaración de nulidad de unos contratos de compraventa efectuados entre aquél, como vendedor, y Juan de Dios Bravo, como comprador, por si-

(1) Lo que se ha inscrito son consideraciones hechas en instancia por la Corte, por haber de casar el fallo recurrido.

(1) Cita la Corte en apoyo de su doctrina la sentencia de casación del 30 de septiembre de 1936, publicada en los números 1911 y 1912 de la Gaceta Judicial y el estudio del Dr. Antonio Rocha titulado LA SIMULACION Y SU PRUEBA, publicado en el mismo número de la Gaceta.

(2) La teoría acogida por la Corte actualmente está expuesta en las sentencias de fechas 27 de julio de 1935, 29 de agosto de 1936, 24 de octubre de 1936 y 12 de diciembre de este mismo año. Números 1892, 1914, 1919, 1920, 1921 de la Gaceta Judicial.

Págs.

nulación o falta de causa o causa ilícita, el Tribunal sentenciador negó las peticiones de la demanda porque estimó que siendo inexistentes los negocios simulados debía desecharse la acción de nulidad, pues en su opinión no puede anularse lo que no existe. En casación dijo la Corte:

"Hasta el 27 de julio de 1935 (GACETA JUDICIAL, Nº 1899), vio la Corte en el fenómeno de la simulación un motivo de nulidad absoluta, por falta de consentimiento y causa. Abstúvose empero de aplicar rígidamente el artículo 1748 del Código Civil, como lo pedía la lógica, porque comprendió cuán atentatorio resultaba no respetar la buena fe de terceros poseedores. Quien tenía interés en que un contrato fracasara por simulación, demandaba el pronunciamiento de nulidad absoluta, y hallándose los bienes en poder de extraños suplicaba también su restitución al patrimonio del sendo tradente. En esto consecuencia del pronunciamiento principal. El artículo 1748 prestaba firme apoyo a la reivindicación. Establecida la insinceridad del contrato acusado, procedía la Corte a declararlo nulo; pero atenta a la buena fe de terceros poseedores, negaba la restitución de los bienes. Tamaña antilogía, impuesta por claro sentimiento de justicia, duró hasta que dijo la Corte no ser el simulacro de convención, cuyos efectos se paralizan de modo oculto, causa para anular el pacto secreto. Ella persevera en esta nueva jurisprudencia, ampliada en posteriores fallos. En el de 24 de octubre de 1936 (GACETA JUDICIAL, números 1914 y 1915), observó cómo la simulación ofrece en lo general cuatro grados: de esencia, de naturaleza, de accidente y de interposición... Comprobada la insinceridad de las compraventas, debió el Tribunal declarar simulados los contratos ostensibles e ineficaces las tradiciones en que ni una parte tuvo intención de transferir ni la otra de adquirir. Pero no procedió de esta manera. Sostuvo la tesis de que por ser inexistentes los contratos simulados no prospera la acción enderezada a destruirlos. Hubiese pensado el fallador que hay simulación cuando un acto ostensible disimula voluntades diferentes de las expresadas (simulación absoluta si las partes no quisieron celebrar ningún acto distinto del aparente), y su fallo habría consistido en declarar simulados los conciertos mentirosos, con la consecuencia de ser ineficaces las tradiciones. En cuanto a la nulidad del contrato hipotecario, como consecuencia de ser ficticias las compraventas, observó el fallador que la prueba del interés en demandarla se confunde con la prueba de la inexistencia de las convenciones celebradas entre Patiño V. y Bravo, motivo por el cual 'esa pretendida inexistencia es la base de la nulidad de la hipoteca', y dice que faltando la prueba de que el acreedor hipotecario conociese los hechos alegados como indicios de simulación, no debe declararse nulo el gravamen. Las contraestipulaciones, o contra-escrituras, como dice el código, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en instrumento público, no producen efecto contra terceros cuando son privadas o cuando siendo públicas no se ha tomado razón de su contenido al margen de las respectivas matrices. Como la experiencia enseña que hay contratos ficticios, destinados a no obligar a las partes o a no obligarlas en la forma ostensible, ha querido el legislador que los terceros de buena fe elijan entre las dos convenciones contradictorias la que más convenga a sus intereses, y puedan así invocar el acto público o el secreto, es decir, la escritura o la contraescritura. Este es el sentido del artículo 1766 del Código Civil, que autoriza las contraestipulaciones pero libra de sus efectos a los extraños de buena fe. Cuando hay simulación, las partes deben preferir su voluntad real a la voluntad declarada, y los terceros de buena fe pueden atenerse a la apariencia. Del citado 27 de julio de 1935 a hoy, ha dicho la Corte en distintas ocasiones que la simulación no es de suyo causa de nulidad, lo cual significa sencillamente que no por ser imaginario en todo o en parte el acto ostensible, ha de concluirse afirman-

Págs.

abstendrá el juez de averiguarlo oficiosamente y con mayor razón de calificarlo." (Casación, XLV, Nº 1927, julio 28 de 1937) ..... 401, 2ª, 402, 1ª y 2ª, y 403, 1ª

SIMULACION

- 354 -

Los herederos de cierto individuo, creyéndose lesionados por otros causahabientes, pidieron la nulidad por simulación de unos contratos de compraventa de derechos hereditarios que éstos habían vendido antes de liquidarse la sucesión del de cujus. Como aquellos herederos perdiesen el pleito, en casación alacaban la sentencia por violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

"Se observa: En sentencia de 27 de julio de 1935 (GACETA JUDICIAL, Nº 1899) al revisar otra, también del Tribunal Superior de Cali, sentó la Corte que la simulación en los contratos 'supone siempre dos convenciones coexistentes, total o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta,' y agregó: 'El art. 1766 del C. C., implícitamente excluye la nulidad en la simulación, al permitir que el acto secreto produzca efecto entre quienes lo concluyeron, de modo que este acto es ley de las partes conforme al artículo 1602, y el ostensible, por voluntad de ellas, carece de valor. Debiera ser innecesario añadir que si el acto simulado tiene tanto valor como el que no lo es, tampoco goza de mayores ventajas. Si la mentira no es causa de nulidad, no por eso puede convertirse en fuente de privilegios para quienes la ejecutan. Por consiguiente, si el pacto oculto o secreto presenta otro vicio distinto del de su simulación, puede llegar a ser considerado como nulo.' Bien examinados los contratos de que dan fe la escrituras..... se advierte sin mayor esfuerzo que los vendedores, en su carácter de herederos de Asís Donneys trasmitieron a Leonor y Berta Marina Guerrero D. los derechos que en el enunciado carácter les pueden corresponder en

do la invalidez del secreto. No. Cuando el último aparece, descorrido ya el velo, se le examina en su fondo y en su forma. Entonces será hallado nulo o válido conforme a los principios generales. El aparente, por voluntad de los mismos contratantes, carece para ellos de eficacia en cuanto pugne con el efectivo. Algunas veces su ineficacia será total; otras parcial; en no pocas deberán quedar firmes ciertas cláusulas como sostén de la convención disimulada, y, cuando se necesite, prestará su solemnidad el acto escondido. Estas hipótesis fueron hechas en la aludida sentencia del 24 de octubre de 1936. Quien alega en juicio la simulación no está ceñido a fórmulas sacramentales. Su demanda resultará ajustada a la técnica si pide que el juez declare simulado el acto aparente, y que, averiguada la naturaleza del real, analice éste a la luz de las normas sobre eficacia de las convenciones y lo declare válido total o parcialmente o nulo de nulidad absoluta o relativa, o rescindido por lesión enorme, o resuelto por incumplimiento o por otro motivo legal, etc., etc. Pero si hace súplicas naturales dentro de la antigua jurisprudencia— ser ese público negocio inexistente, nulo, írrito, carente de objeto y causa, falto del concurso real de voluntades y otras del mismo jaez— no por eso puede negarse el juzgador a ver allí la inequívoca pretensión de do que se declare simulado el pacto exterior, pues parafraseando sabia regla civil, debe decidirse que conocida claramente la intención de la demanda, se estará a ella más que a lo literal de las palabras. Ordinariamente ocurren dos súplicas: simulación del acto aparente y nulidad del acto secreto. Se toma un caso en que han de ser traídos uno y otro. Nada se opone, sin embargo, a que pueda pedirse se mantenga en parte el ostensible y en todo o en parte el oculto. Eso dependerá de la naturaleza de uno y otro. Nada se opone tampoco a que el demandante, cuando no fue parte en el acto ostensible, no se preocupe por inquirir si hubo o no hubo un negocio escondido que también deba caer. En tal ocurrencia se

los bienes inmuebles a que se refieren los predichos instrumentos públicos; esto es, venden derechos hereditarios que no se han liquidado sobre un cuerpo cierto, sin determinar cuota alguna. Mejor dicho, por los mentados contratos no se vende un cuerpo cierto de la sociedad conyugal que se dice existió entre Francisco Asiss Donneys y Dolores Donneys y que puede pertenecer en todo o en parte a la sucesión de aquél, lo cual no se sabrá a ciencia cierta sino cuando se liquide tal sociedad, si hubiere existido.... Aplicando al caso concreto que se estudia la teoría de la Corte y dando por sentado que un acto ostensible disimulara otro oculto, no se ve cómo los contratos cuya invalidación o ineficacia se ha exigido lleven en sí el vicio de carecer de causa lícita o el de encaminarse a la realización de un objeto ilícito, porque los vendedores no han enajenado sino derechos hereditarios que puedan caberles en un inmueble cuya partición está pendiente; y aunque a ello se atribuya por el recurrente el ánimo de favorecer a dos nietas del causante, ánimo que de suyo no es censurable, eso no va en perjuicio de ninguno de los otros coherederos, cuyos derechos están a salvo y por lo mismo esos coherederos carecen del interés que justificara su acción." (Casación, XLV, número 1927, agosto 17 de 1937)..... 478, 1ª y 2ª, y 474, 1ª

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

- 355 -

"El sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal no solamente se dicta para libertar de un cargo a determinada persona en concreto, sino que también significa la finalización de un proceso por sustracción de materia." (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLV, número 1924, mayo 25 de 1937)..... 164, 2º

Págs.

SOCIEDAD

- 356 -

Para comprobar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, debe presentarse el certificado de que habla el artículo 40 de la ley 28 de 1931. Sin la prueba de la existencia de una sociedad, en la forma indicada, falta uno de los presupuestos procesales, o sea, la capacidad sustantiva de una de las partes en el juicio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, número 1930, noviembre 24 de 1937).... 908, 2º

Págs.

SOCIEDAD CIVIL

- 357 -

Habiendo celebrado Ignacio Cabo un contrato con la empresa denominada Julius Berger Konsortium para el suministro de unos pilotes que aquél debería sacar de los montes del Magdalena, Cabo cedió a Sacramento Ramírez la mitad en el referido contrato y éste se obligó a administrar de manera eficiente los trabajos de recolección de pilotes y a administrar el contrato. Ramírez demandó a Cabo para que se declarase disuelta la sociedad, para la facción de inventarios y avalúos de los bienes que constituían el haber social y para la correspondiente liquidación. Como el sentenciador condenase al demandado de acuerdo con la mayor parte de las súplicas de la demanda, el actor recurrió en casación por haber considerado el Tribunal sentenciador que no se trataba de una sociedad perfecta, sino de una mera sociedad de hecho, y señaló como violados especialmente los arts. 2079 y 2141 del Código Civil. Sobre este punto dijo la Corte:

"Como muy bien lo expresan los expositores Houpin y Bosviex (Traité Général Théorique et Pratique des Societés Civiles et Commerciales, edición de 1935), todo contrato de sociedad presupone la reunión de cinco elementos esenciales, a saber: 1º Un grupo de dos o más personas; 2º Un aporte de cada una de ellas; 3º La persecución de ganan-

Págs.

cias para dividirlas; 4ª La participación de todos los asociados en los beneficios y su contribución en caso de insuceso en las pérdidas, y 5ª La AFFECTIO SOCIETATIS, de colaboración económica en el objeto materia de la sociedad. Es claro que independiente de estos caracteres particulares el contrato de sociedad contiene como todo contrato el consentimiento y la capacidad de cada uno de los asociados y un objeto y causa lícitos. Las características anteriores, que están contenidas en los artículos 1832 y 1855 del Código Civil francés, informan los artículos 2079 y 2081 del C. C. colombiano. El recurrente asevera que el contrato celebrado entre Cabo y Ramírez constituye una sociedad civil y no una sociedad de hecho, como lo sostiene el Tribunal, quien por considerar así las cosas aplicó el artículo 2083 del C. C. El recurrente tiene toda la razón por lo siguiente: a) Porque del contrato precitado y de todos los elementos que obran en autos se desprende que en él están comprendidos los cinco elementos de que se ha hecho mención; b) Porque especialmente la AFFECTIO SOCIETATIS surge del contrato y está corroborada en el mismo cargo que se estudia; c) Porque la sociedad civil no requiere escritura pública. En sentencia de 30 de noviembre de 1935 fijó nuevamente esta Corte la naturaleza de las sociedades de hecho y dijo lo siguiente: 'Las sociedades de hecho se dividen en dos clases: 1ª Las que se forman por virtud de un consentimiento expreso y que, por falta de uno o de varios o de todos los requisitos o de las solemnidades que la ley exige para las sociedades de derecho, no alcanzan a la categoría de tales. 2ª Las que se originan en la colaboración de dos o más personas en una misma explotación y resultan de un conjunto o de una serie coordinada de operaciones que efectúan en común esas personas y de las cuales se induce un consentimiento implícito.' A la luz de esta doctrina sostenida por todos los expositores, el contrato celebrado entre Cabo y Ramírez no cabe dentro de ninguna de las dos categorías que acaban de

Págs.

expresarse.... El Tribunal, lo mismo que el juez, estimó que el contrato celebrado entre Cabo y Ramírez debe considerarse a la luz del artículo 2083 del C. C., como una sociedad de hecho y no como una sociedad regular, al tenor del artículo 2079 ibidem, por cuanto en el contrato no se habló del modo de repartir las pérdidas del negocio. Pero esta conclusión no la admite la Corte, porque la falta de estipulación al respecto la llena de suyo la ley, artículo 2094 del C. C., muy claro sobre el particular, y porque cuando se reúnen los cinco elementos de que se ha hecho mérito, surge una sociedad muy distinta de la de hecho, que es aquella que no puede subsistir legalmente como sociedad, precisamente por faltarle alguno de los elementos de los establecidos por la ley. En vista de un estado irregular, en que dos o más personas por una u otra razón han resultado asociadas con un fin común, sin que antes hubieran pactado sociedad legalmente, la ley, en el art. que acaba de citarse (2083) da la norma para terminar esa situación irregular liquidando las operaciones que se hubieran llevado a cabo. Pero este artículo no tiene aplicación cuando aparece claramente la AFFECTIO SOCIETATIS, el objeto y los fines de la sociedad, la estipulación del capital en común, tal como resulta del contrato celebrado entre Cabo y Ramírez, en el que, por otra parte, no se encuentra defecto de forma. El hecho de que en ese pacto no se haya hablado de la distribución de las pérdidas, no le quita su carácter de sociedad, porque ésta tiene por objeto que se repartan entre los socios las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación y porque no aparece que el demandado haya negado este extremo y además, porque el citado artículo 2094 establece lo ya dicho. El actor ha sostenido que existe una sociedad entre Cabo y él, que terminó y ha pedido su liquidación fundándose en el artículo 2141 del C. C. No importa la calificación que haya dado a esa sociedad llamándola de hecho, así como tampoco importa la calificación de la acción, porque estas son cuestiones

Págs.

de derecho que atañen al juzgador, el cual, ante los factores del proceso, aplica las disposiciones que sean pertinentes. De modo que si la sentencia no puede apoyarse, por lo que se ha dicho, en el artículo 2383 del C. C., sí tiene un apoyo firme en el art. 2141 de la misma obra, citada por el demandante....." (Casación, XLV, Nº 1926, julio 16 de 1937).....

SOCIEDAD CONYUGAL Y CAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA CONFORME A LA LEGISLACION ANTERIOR A 1932 Y A PARTIR DE LA LEY 28 DE 1932

- 358 -

Véase: REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO SEGUN LA LEY 28 DE 1932. (Casación, XLV, Nº 1928, octubre 20 de 1937).....

SOCIEDAD DISUELTA

- 359 -

Por el hecho de la disolución no se extingue la personalidad de la sociedad. Esta subsiste hasta el momento en que termine completamente su liquidación. Puédese afirmar sin hipérbole que este último es el período más importante de su vida jurídica, porque el hacinamiento completo del activo y su transformación en dinero es la consecuencia de todo lo realizado durante la actuación comercial o financiera de la sociedad. Las sociedades disueltas comparecen en juicio por medio de sus liquidadores quienes, en su calidad de verdaderos mandatarios de ellas, tienen la capacidad procesal. La deficiente representación en juicio de la sociedad disuelta es saneable por medio de la ratificación durante la secuela del juicio. (Casación, XLV, Nº 1929, septiembre 28 de 1937).....

Págs.

SOCIEDADES EXTRANJERAS

- 360 -

La sociedad extranjera denominada J. Kridel Sons & Cª, domiciliada en Nueva York, había demandado a Elías M. Muvdi para el pago de unas mercancías que le vendió y que éste
318, 2ª, recibió. Condenado al pago por el
y 319, Tribunal sentenciador, recurrió en
1ª y 2ª casación el demandado acusando el fallo por varios aspectos, entre ellos el de la llamada carencia de personería jurídica de la sociedad actora, que no tenía establecidos negocios permanentes en Colombia. Dijo la Corte:

"Con el nombre de personería sustantiva ha venido resolviendo nuestro foro, de manera casuísta y con criterio empírico, ciertas cuestiones referentes al sistema científico procedimental de los presupuestos procesales. En el proceso, para que sus
633, 2ª, sujetos puedan provocar con eficacia
y 634 y la subsunción (colocar, sin silogis-
sigtes. mo, un hecho o concepto bajo un concepto de mayor amplitud), que el órgano judicial debe efectuar en determinadas normas jurídicas de los hechos cuya existencia aparezca evidente, es necesario que reúna estas tres condiciones: 1º Capacidad para ser parte; 2º Capacidad para comparecer en juicio, o capacidad procesal; 3º Facultad de disposición procesal o legitimación en la causa, o derecho de gestión procesal. Estas tres categorías son paralelas, pero no subordinadas, a las siguientes del derecho sustantivo: a) Capacidad jurídica; b) Capacidad de obrar; c) Poder de disposición. La capacidad para ser parte en el proceso corresponde a las personas naturales y jurídicas. Excepcionalmente, en opinión de muy autorizados doctrinantes, esa capacidad la tienen también los llamados patrimonios autónomos o masas de bienes, que no son personas jurídicas, tales como las sociedades de hecho, la herencia, el patrimonio del concursado, la sociedad conyugal. De acuerdo con nuestro sistema de derecho internacional privado, las
760, 2º, sociedades extranjeras tienen capa-
y 761, 1ª cidad para ser parte, tanto activa en-

Págs.

mo pasiva, aun cuando su modo de constitución sea diferente del de las colombianas y su forma no corresponda a ninguna de las autorizadas por nuestro derecho positivo. Es suficiente que la ley nacional de su país de origen reconozca esas sociedades. Con apoyo en el principio jurisprudencial de que 'no puede impugnar en juicio la personalidad de su contrario, quien dentro o fuera de él la tuviera previamente reconocida,' Muvdi se halla impedido para objetar la existencia de J. Kridel Sons & C°, porque él negoció las mercancías por medio de Alexander Salay, previa la exhibición del poder notarial previamente legalizado en Colombia, que a éste confirió aquella sociedad. Poder en donde consta que J. Kridel Sons & C° está formada por tres personas naturales y su domicilio es el distrito de Manhattam. La actora no ha establecido empresas de carácter permanente en territorio de la República, motivo por el cual no es procedente lo dispuesto en los artículos 1° y 5° del Decreto Legislativo N° 2 de 1906. Desde otro punto de vista, y teniendo en cuenta que lo que la legitimación en la causa suscita es propiamente el problema de si quienes pretenden ser tenidas por parte son precisamente aquellas sujetos entre los cuales puede jurídicamente plantearse y resolverse con eficacia la cuestión objeto del proceso, J. Kridel Sons & C° tiene la facultad de disposición procesal. En efecto, tres situaciones distintas pueden dar origen al derecho de gestión procesal: 1ª Que los sujetos del proceso sean los titulares del acto jurídico materia del pleito; 2ª Que la titularidad del sujeto del proceso provenga de una relación o situación jurídica conexionada o dependiente de la del derecho objeto del juicio; 3ª Que los sujetos del proceso obtengan su titularidad por tratarse de un interés jurídico que de ese modo protege la ley. Todos estos supuestos pueden coincidir o mezclarse en un pleito, porque los unos no excluyen a los otros y el derecho de gestión procesal, por lo tanto, tener su fuente simultáneamente en varios de ellos. Por consiguiente, la facultad de disposición procesal puede darse por las partes en estas cuatro hipótesis genéricas: a) Cuando comparecen al juicio en nombre propio y como titulares originarios del derecho substantivo que se controvierte; b) Cuando obran en el pleito en nombre propio y como titulares, a título derivado del derecho deducido en juicio; c) Cuando se presentan en nombre propio y como no titulares del derecho objeto del pleito; d) Cuando actúan en nombre ajeno en su calidad de apoderados o representantes de los sujetos del proceso. Considerando, ante lo dicho, que lo relativo al derecho de gestión procesal se regula exclusivamente por la ley colombiana, la legitimación en la causa de J. Kridel Sons & C° viene reconocida por el artículo 479 del C. Co., como consecuencia de que Muvdi no puede sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones por la razón de que la sociedad actora no haya sido legalmente constituida, o lo que equivale a lo mismo, no haya probado en este pleito su existencia legal, conforme a las normas del Estado de New York. Para quienes niegan capacidad para ser parte a las personas que carecen de individualidad jurídica, la solución de la cuestión planteada en este recurso es la misma que acaba de darse, porque para ello basta aplicar a los supuestos reales los hipotéticos mencionados en la teoría de la facultad de disposición procesal..." (Casación, XLV, número 1926, julio 16 de 1937) ..... 314, 1ª y 2ª, y 315, 1ª

Págs.

SOCIEDADES EXTRANJERAS EJECUTADAS

- 361 -

En las ejecuciones que se siguen por jurisdicción coactiva contra las sociedades extranjeras, debe comprobarse previamente su existencia y el carácter de sus representantes o gestores. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLV, N° 1929, septiembre 1° de 1937) ..... 733, 1ª y 2ª

Págs.

SORTEO DE JURADOS

- 362 -

La recusación en el sorteo de Jurados, que tiene derecho de hacer el reo, no puede efectuarla el defensor sin facultad expresa de su defendido; pero si el defensor recusante es, además, curador del sindicado menor de edad, el acto no es anulable porque la personería del incapaz debe, cabalmente, completarse con la intervención del curador, el representante legal del menor procesado. (Casación, XLV, Nº 1923, mayo 15 de 1937) .....

SUCESION

- 363 -

Uno de los fundamentos de la sentencia en un juicio sobre nulidad y sobre restitución de bienes consistía en que la acción se había dirigido contra los herederos y no contra la sucesión de N. Dijo la Corte:

"Con el fin de abreviar, la Corte resume una doctrina suya sobre el concepto de 'sucesión' expuesta el 31 de agosto de 1936 y publicada en los números 1911 y 1912 de "Gaceta Judicial". 1. Carece la sucesión de personalidad jurídica porque en ella no se ve la existencia de un ser colectivo; ni un interés diferente de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su patrimonio que no sea esencialmente un bien de los herederos. Nada, en fin, que demuestre en la sucesión una persona ni en los copartícipes la conciencia de un interés colectivo. Claro es que no se está hablando de los legatarios. — 2. Los bienes de la sucesión o pertenecientes a la sucesión, sencillamente son bienes de los herederos. Estos no tienen un derecho personal, o de crédito, sino un derecho real: el de la herencia sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concretarse en el de dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición, o, en su caso, antes de la posesión efectiva respecto de inmuebles, hay un patrimonio universal destinado a liquidarse. Véase la "Gaceta Judicial" número 1926, página 323. — 3. Cierto que cuando el heredero, antes de partirse la herencia, ejerce la acción reivindicatoria que le concede el artículo 1325 del Código Civil, debe hacerlo en favor de la 'sucesión', si quiere hablar técnicamente. Pero esto no significa que la sucesión sea persona distinta de los herederos. Cuando se demanda en favor de 'la sucesión' es claro que la parte actora está constituída por el heredero o los herederos interesados en esa comunidad sui generis. Por un imperativo del lenguaje se habla de 'la sucesión'; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas. Lo que importa es que el heredero demandante obre 'para la sucesión' o 'para los herederos' o para sí mismo en calidad de heredero. Lo que decida el juez, en pro o en contra, se entenderá sentenciado para la sucesión. La Corte se confirma en esta doctrina..... No lo entendió así el Tribunal cuando, por pedirse para 'los herederos' de Adolfo Rafael Blum, dijo que no se había pedido para 'la sucesión' de dicho señor, y por no entenderlo de ese modo, dejó de aplicar el artículo 1155 del Código Civil, invocado por el recurrente". (Casación, XLV, número 1930, noviembre 18 de 1937) 74, 2ª

Págs.

844, 1ª y 2ª

SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES

- 364 -

Véase: LEY 21 DE 1937, ACUSADA, POR LA CUAL SE DECRETA LA REVISION DE LOS JUICIOS SOBRE SUELDOS DE RETIRO Y PENSIONES MILITARES. (Sentencia de la Sala Plena de la Corte, XLV, número 1928, octubre 18 de 1937). ..... 623, 624 y siguientes.

Págs. Págs.

T

TACHA DE PERITOS

- 365 -

El Procurador Delegado en lo Civil había tachado en un juicio a su propio perito después del término otorgado por el artículo 709 del C. J. Negada la admisión de la tacha por el Magistrado sustanciador y suplicado el auto ante la Sala Plena en lo Civil de la Corte, ésta dijo:

"El auto estima extemporánea la formulación de la tacha por ser posterior a aquellos tres días. El reclamante observa que juzgar y decidir el caso equivale a denegar ese derecho, dado que para que éste se produzca o exista es necesario 'causa legal que sobrevenga al nombramiento o que se sepa con posterioridad a éste', según el texto del artículo 709 del C. J. en su inciso 2º, que es cabalmente el que invoca para tachar. Esta alegación tiene su apoyo en evidentes razones de lógica, pues es verdad que la calidad especial de los motivos excepcionales apuntados hace tan exiguo aquel plazo, que bien puede suponerse que sólo en los casos extremos en que dentro de él venga a saberse o precisamente acontezca la motivación de la tacha sería cuando ésta pudiera formularse. Pero no es menos cierto que nuestro Código Procedimental procura evitar que a pretexto de tachar a los peritos se ataque el dictamen, involucrando casos y remedios distintos. El dictamen se objeta (artículo 720), el perito se tacha (artículo 708). De ahí un motivo para que las tachas tengan término breve, en lo posible, por lo mismo, de vencimiento anterior a la rendición del dictamen. De ahí también que sólo excepcionalmente se confundan los términos, como es el caso cuando el perito se nombra por el Juez en el acto de la diligencia (artículo 706, numeral 4º) y en que, de un lado, no pudiéndose tachar antes y no proviniendo de las partes la designación, se permite tacharlo en el término del traslado del dictamen (artículo 709, inciso final), y de otro lado, cabe tener en cuenta que en estos casos de ordinario el dictamen se rinde en la diligencia misma y, de no, en plazo prudencial que, por lo mismo, es el menor posible (artículo 717). Así, pues, si para la tacha del propio perito por una de las partes, autorizada por el inciso 2º del artículo 709 en lo pertinente transcrito, se entiende señalado precisamente el plazo de tres días contados desde la notificación del auto de nombramiento de que habla el inciso 1º de esta misma disposición para la tacha del perito de la contraparte, puede resultar tan exiguo aquél y angustioso que equivalga a la abrogación de ese derecho; y si se autoriza tachar aun después de presentado y, por ende, conocido el dictamen, se contrarían los referidos propósitos cautelosos del Legislador. Para no hablar de la incertidumbre completa hasta sobre la existencia misma y, con más veras, sobre la firmeza del peritazgo como prueba, si se autorizara aquella tacha indefinidamente, en forma que sólo el hecho material de haberse dictado la sentencia definitiva pusiera fin a esa autorización o contingencia. A la verdad, el artículo 709, que señala el término para las tachas, tanto en los casos generales de que habla en su inciso 1º como en el caso especial considerado en su inciso 3º, no lo señala para las que autoriza en el numeral 2º, el que se limita a esto, es decir, a restablecer en favor de cada parte el derecho de tachar su propio perito. Hay, evidentemente, pues, un vacío en lo tocante a fijación de plazo para estas precisas tachas. Ese vacío debe llenarse como previenen los artículos 203 del C. J. y 8º de la Ley 153 de 1887. Y si, además, se busca una solución que, situada entre los referidos extremos, evite, en lo posible, los males de uno y otro, podría llegarse a escoger, a manera de resultante o línea intermedia una que, consultando la analogía de rigor según esas disposiciones y aprovechando la luz que arrojan las ya nombradas acerca del peritazgo sobre el artículo 709, fíjase como hábil para las tachas a que da derecho en su inciso 2º un plazo

que se cerrase sólo con la presentación del dictamen, lo que ampliaría el citado del inciso 1º y evitaría la confusión o involucración atrás aludida entre el dictamen y el perito, entre las objeciones y las tachas. Más todavía, en esa senda y en el ánimo de no dejar sacrificado ese derecho por obra de la exigüidad del término y en el temor de que tal sucediera en los más de los casos, tal vez con descuido o prescindencia de todo aquello a que obliga la clase misma de motivos y de sus circunstancias, tan ocasionadas a no llenarse dentro de los supradichos tres días, se podría llegar a considerar hábil con dicho fin un plazo que se extendiera tanto como para su caso lo extiende ese artículo en su numeral 3º; de suerte que se reputara oportuna la tacha en cuanto a formularla se procediera antes de vencerse el término del traslado del dictamen, y no ya, meramente, como venía diciéndose, antes de presentarse éste. Pero en el presente juicio acontece que la tacha se formuló mucho después de vencido el traslado del dictamen, según lo indica la cita de fechas que aquí se hace; de manera que, aunque por vía de interpretación y en busca de la mayor amplitud se llegara a la última de las conclusiones anotadas, ni aún así podría aceptarse el reclamo de que se trata. Aunque lo dicho basta para dejar en firme el auto reclamado, no sobrará recordar detalles que hacen ver como posible una situación menos angustiosa para la parte cuando el motivo de tacha del perito nombrado por ella sobreviene o viene a saberse cuando ya transcurrido el plazo para que aquélla se admita y sustancie. Los artículos 670 y 673, que versan sobre testigos, dan amplio campo para el caso de esta prueba, y sin entrar a considerar si por virtud del artículo 708 ello es aplicable a los peritos, no puede menos de recordarse que el artículo 723, que faculta al Juez para apreciar el dictamen pericial, trae a cuento, entre los elementos de su apreciación, "la imparcialidad con que aquellos desempeñan el cargo y la confianza en ellos manifestada por las partes". Además, a pesar del mencionado empeño en distinguir entre el perito y el dictamen, no puede desconocerse la inevitable conexión entre uno y otro, resaltante al observador como las más de las causales de objeción al dictamen establecidas en el artículo 720 miran a las calidades morales del experto". (Auto, Sala Plena en lo Civil, XLV, Nº 1927, septiembre 14 de 1937).... 592, 1ª y 2ª, y 593, 1ª y 2ª

Págs. Págs.

TACHA DE TESTIGOS

- 366 -

En juicio contra la Compañía denominada Andian National Corporation fue tachado un testigo por falta de imparcialidad, por el hecho de haber desempeñado su padre, en años anteriores, el cargo de apoderado de la Compañía.

"El doctor José María González Valencia, padre del testigo doctor Ernesto González Concha, no es parte en el juicio ni apoderado de la Andian. Dicho señor falleció hace varios años..... Si el doctor González Valencia fue hace varios años apoderado de la Compañía demandada, esa circunstancia no hace suponer en su hijo parcialidad para declarar en un juicio en que hoy es parte la mencionada Compañía, porque la disposición referida exige como factor la actualidad, es decir, que las personas mencionadas en ella tengan el carácter de partes en el juicio en el momento de declarar el testigo que se supone impedido." (Auto, Sala Plena en lo Civil, XLV, número 1928, agosto 14 de 1937) 690, 1º

TERMINOS JUDICIALES Y ACTOS SECRETARIALES

- 367 -

Los términos del proceso judicial, como son, por ejemplo, el de pruebas y el de alegar de bien probado, tienen su punto de partida en el día siguiente al de la notificación del auto

Págs.

que los concede, como expresamente lo dispone el artículo 366 del C. J., con la constancia, cuando de autos para surtir traslados se trata, de haberse puesto el expediente a la disposición de la parte interesada, como lo estatuye el artículo 199, ibídem. Cuando el auto contenga la orden de dar un aviso, de hacer un requerimiento, una reconvención u otro acto análogo en que debe intervenir el juez, se entiende, de acuerdo con la disposición contenida en el artículo 325 del C. J., que tales actos quedan legalmente surtidos con la notificación del auto en que hayan sido ordenados y la exhibición de los documentos que en cada caso exija la ley. Los términos judiciales entonces, y los avisos, requerimientos y demás actos análogos en que tenga intervención el Juez, están inseparablemente vinculados y condicionados en su curso y cumplimiento a la notificación del auto en que hayan sido ordenados. Hay otros actos que se cumplen a lo largo de los procedimientos judiciales y cuya ejecución también es ordenada por medio de autos pero en los cuales no tiene el juez intervención directa ninguna y cuya realización adecuada y legal no está inmediatamente condicionada con la notificación de la providencia en que se ordenaron. Tales actos constituyen más propiamente funciones secretariales en los despachos judiciales, y su cumplimiento es oportuno independientemente de la notificación del auto que les da origen. (Casación, XLV, número 1929, septiembre 8 de 1937) (1). 732, 1ª

TESTIGOS

- 368 -

En un juicio sobre pago de perjuicios afirmaba la parte demandada que el Tribunal sentenciador había violado los artículos 697 y 705 del C. J., aquél por haber admitido testigos en caso de no ser procedente o no bastar esta prueba, y éste por prescindir de los peritos en caso en que esta prueba era indispensable.

"Que obras hechas en una corriente o en uno de sus afluentes determinen desbordamiento de sus aguas, en atajándolas o desviándolas, y que por derramar ellas así sobre un plantío lo inunden y ahoguen, son hechos sujetos a los sentidos y acreditables con el testimonio de quienes los hayan presenciado, sin que para ver una estacada o tambre o terraplén, para ver que con éste se desvían unas aguas, para ver que éstas invaden plantaciones florecientes y para ver que éstas perecen por este motivo, no se requieren los 'conocimientos o prácticas especiales' necesarias para la pertinencia o necesidad de un dictamen pericial según el texto del citado artículo 705". (Casación, XLV, número 1927, agosto 4 de 1937) ... 416, 2ª

TRADICION

- 369 -

La tradición exige en el tradente estas condiciones subjetivas: propiedad de la cosa; facultad de trasmitir su dominio; intención de enajenar. Si falta una de estas condiciones no hay tradición y por lo mismo no hay enajenación. (Casación, XLV, número 1927, julio 28 de 1937). 404, 1ª

TRANSACCION

- 370 -

En las consideraciones hechas ya en instancia por la Corte, por estimar que debía casarse el fallo recurrido sobre indemnización de perjuicios, dijo:

"Quien transige o arregla las reclamaciones de un tercero por razón de las violaciones de un derecho imputadas al primero, hace el reconocimiento explícito de que en cabeza del reclamante radica el derecho que se dice violado". (Casación, XLV, Nº 1930, noviembre 26 de 1937).... 852, 1ª

(1) A esta clase pertenece, dice la Corte, el anuncio que debe darse al público por medio de carteles en las condiciones y formas señaladas por los artículos 1037 y 1038 del C. J. Lo demás de esta doctrina, referente a los avisos para los remates, puede verse en el punto titulado REMATE.

Págs.

TRASPORTE DE SAL MARINA

- 371 -

En un juicio sobre nulidad de una resolución ejecutiva por la cual se había impuesto una multa al contratista de conducción de sal marina por no haber cumplido el contrato, se alegaba que éste era nulo por no haberse sometido a la consideración del Consejo de Estado, conforme al Código Fiscal. Dijo la Corte:

"Sobre el particular la Corte observa que al tenor de lo establecido en los artículos 1º y 2º de la Ley 18 de 1923, y como lo pone de presente el señor Procurador, el Gobierno está autorizado para celebrar los contratos sobre transporte de sal marina sin las formalidades de la licitación pública, y sin los demás requisitos que exigen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman, sino únicamente con la aprobación del Consejo de Ministros, requisito satisfecho en la presente oportunidad. Y aun en el supuesto de que la nulidad se hubiese producido, ella no podría ser invocada sino por la Nación, que es la entidad de derecho público a cuyo favor se halla establecido el requisito que se dice incumplido en el caso de autos". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLV, números 1923, noviembre 30 de 1936). 102, 1º

V

VENTA QUE SE REPUTA DONACION PARA LOS EFECTOS FISCALES

- 372 -

"Pendiente aún la decisión sobre las excepciones, entró a regir la Ley 63 de 1936, la cual, por medio del artículo 94, derogó expresamente el Decreto-Ley número 667 de 1932. Planteada, en virtud de esta derogación, la cuestión sobre cuáles debían ser las disposiciones que el juzgador ha de tener en cuenta para decidir las excepciones pendientes, la misma Ley 63 estableció normas respecto de las leyes anteriores. En efecto, el artículo 89 dice: 'El impuesto sobre asignaciones y donaciones y el régimen de exenciones debe hacerse efectivo conforme a la ley vigente en el momento de deferirse la asignación'. En el artículo 96 estatuye: 'Esta ley principiará a regir el 1º de mayo de 1936, sus disposiciones se aplicarán a todas las mortuorias causadas y a todos los juicios de sucesión pendientes en el momento de entrar en vigencia, y a todas las herencias que se causen, asignaciones que se difieran y donaciones que se otorguen de esa fecha en adelante.' De las disposiciones transcritas se infiere que el legislador quiso que las donaciones realizadas antes del 1º de mayo de 1936 debían regirse por la ley vigente. Ello es justo, pues la transmisión gratuita de los bienes del donante al donatario es la causa generadora del impuesto. Luego, para este impuesto, lo más equitativo es dar aplicación a las leyes bajo cuyo imperio se verificó la operación generadora del gravamen. Además, las leyes que establecen presunciones parten de ciertos antecedentes que una vez verificados producen determinadas consecuencias en relación con la prueba. Tales efectos jurídicos, una vez producidos, constituyen ya un derecho del cual no se puede hacer tabla rasa. La simple equidad se opondría a ello. De acuerdo con estas premisas, el impuesto que liquidó el recaudador de Buga, imperando el decreto 667, produjo sus efectos, dio derecho al fisco, si los hechos en que la presunción se basó se realizaron verdaderamente. Consecuencialmente, el punto que debe avocarse en el incidente de excepciones es determinar si el contrato celebrado por el señor José Manuel Campo con sus hijos puede o no reputarse como una donación en consonancia con el decreto vigente en el momento de esa trasmisión. Fue dicho contrato un acto de enajenación tendiente a distribuir los bienes del señor Campo a título de herencia, con el objeto de defraudar el impuesto? Se trata de una trasmisión

Págs.

Págs.

entre padre e hijos; esta venta comprende todos o la mayor parte de los bienes del vendedor; en la escritura consta un inusitado arrendamiento por veinte años; el precio de éste a razón de $ 600.00 anuales se declara recibido por los arrendadores durante los veinte años; este arrendamiento puede prorrogarse a voluntad del arrendatario por quince años más, sin derecho a reclamo por parte de los arrendadores. Hay en el contrato una cláusula muy significativa: 'En el arrendamiento entran todos los semovientes que los arrendadores han comprado al arrendatario, o sean los expresados en la letra N de la cláusula 1ª. Los arrendadores no podrán en manera alguna, disponer de ellos porque seguirán perteneciendo al arrendatario así como también todos sus productos y todas sus utilidades, pues su obligación se limita únicamente a restituír, al fin del arrendamiento, igual número de cabezas de las comprendidas en el arrendamiento, pero con esta salvedad: si existiere un número menor no será responsable por el defecto, y si apareciere un número mayor, el exceso irá a favor de los arrendadores.' Todos estos hechos precisos, graves y conexos, producen la convicción de que se verificó una operación en las circunstancias del art. 34 del decreto. Luego esa operación, únicamente para los efectos del impuesto, se reputa donación, pues la presunción de que trata dicho decreto no tiene influencia distinta de la defensa del impuesto." (Sentencia Sala de Negocios Generales, XLV, Nº 1925, mayo 20 de 1937).....

Págs.

ción jurídica a los hechos sobre los cuales se les interroga. Reunido el nuevo Jurado y contestado afirmativamente el nuevo cuestionario, sin modificación ni aclaración, el sentenciador le impuso al réo la pena de seis años de presidio. En casación se acusó la sentencia por la causal 4ª, especialmente. Dijo la Corte:

"Sobre las causales 4ª y 1ª alegadas por el recurrente, la Corte observa: Verdad es que el artículo 310 de la ley 57 de 1887 otorga al Juez y al Tribunal en su caso, la facultad de convocar nuevamente al jurado cuando se note que no dejó resueltas las cuestiones propuestas, o que las resolvió sin sujetarse a las fórmulas prescritas; y también es cierto que en la práctica se ha venido aplicando aquel precepto a los casos de obscuridad del veredicto. Pero estas premisas no llevan a la conclusión de que sea ilimitado el poder del Tribunal para ordenar la aclaración de un veredicto, no obstante ser éste perfectamente claro; porque de lo contrario podría llegarse a hacer nugatorias las decisiones de los jurados. En tales condiciones, forzoso es concluír que si el Tribunal, excediendo sus facultades, ordena repetir la convocatoria del Jurado, con la mira de que éste pronuncie un nuevo veredicto, so pretexto de obscuridad del ya proferido, crea una anomalía que ha de soltarse en el recurso de casación; y en efecto, el caso se resuelve por la causal 4ª, la cual contempla el evento de estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del Jurado. Un veredicto claro y arreglado 'en lo sustancial a las fórmulas prescritas' es ley del proceso; desconocerlo (salvo declaración de injusticia notoria), y hacerlo reemplazar por uno diferente que venga a servir de base a la sentencia, equivale a fallar en desacuerdo con el veredicto de los jueces de conciencia." (Casación, XLV, Nº 1924, abril 3 de 1937).... 290, 1ª y 2ª 156, 2ª

VEREDICTO

- 373 -

Preguntado un Jurado si el acusado era responsable de haber matado a N, respondió que sí "pero en riña casual." Condenado el reo a la pena de un año de reclusión, el Tribunal revocó la sentencia del Juez Superior y ordenó convocar un nuevo Jurado, porque consideró que los jueces de conciencia no pueden dar denomina-

VEREDICTO

- 374 -

Reunido un segundo Jurado había contestado afirmativamente sobre la

pregunta referente a responsabilidad del acusado. En casación se pretendía que el veredicto estaba viciado de injusticia notoria. Acogió la Corte la opinión del Procurador delegado en lo penal, el cual expuso:

"Esta causal tampoco puede prosperar, porque el asunto de la injusticia notoria del veredicto en que se basa la sentencia no fue previamente debatido en las instancias, y porque tratándose de un segundo veredicto por virtud de haberse declarado injusto el primero, no cabe ya discutir ese punto, según mandato del artículo 50 de la ley 169 de 1896, que dice: .....Refuerza lo anterior la modalidad misma de la causal 5ª, que cuando prospera se resuelve invalidando el fallo y ordenando la convocación de un nuevo Jurado. Esta solución de la casación se produce precisamente para buscar una nueva apreciación de la responsabilidad del acusado por un segundo Jurado. Mas cuando ya hubo declaratoria de injusticia y sometimiento a un segundo Jurado de la apreciación de la responsabilidad, sería contra el mandato legal tocar un veredicto sobre el cual no cabe alegación de injusticia, ya que la ley cerró el debate." (Casación, XLVI, Nº 1926, agosto 6 de 1937) .....

VEREDICTO

- 375 -

Un primer veredicto que el procesado considera más favorable a su causa, pero declarado notoriamente injusto, no puede ser base para el estudio del fallo recurrido, que tiene como fundamento nuevo veredicto; máxime cuando no se ha invocado la causal 4ª de casación, que habla de desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado. (Casación, XLV, Nº 1924, mayo 14 de 1937) (1)

(1) Concordancia: Véase la sentencia del 7 de septiembre de 1936, publicada en la Gaceta Judicial, números 1909 y 1910.

Págs.

VEREDICTO CONDENATORIO BASADO EN SIMPLES SOSPECHAS, APRECIACIONES O CONJETURAS

- 376 -

Se había proferido un veredicto condenatorio por homicidio, basado en meras sospechas. El Procurador pidió, de acuerdo con la causal 5ª del art. 3º de la ley 118 de 1931, que se invalidase el fallo recurrido y se ordenase la convocación de un nuevo Jurado, como así lo hizo la Corte, la cual dijo:

"Es procedente entrar en el estudio de la causal 5ª, por cuanto en autos consta que la cuestión sobre injusticia notoria del veredicto fue previamente debatida en las instancias. Ahora bien: estima la Corte oportuno transcribir aquí algunos pasajes de la sentencia dictada por ella con fecha 15 de octubre de 1936 (casación de Arturo Nova, GACETA JUDICIAL, números 1911 y 1912), por tratarse de un caso similar al presente: 'En varias sentencias ha dicho la Corte que no por erróneo puede calificarse de notoriamente injusto un veredicto; y en un fallo de antigua data se expresa que el veredicto fundado sobre prueba indiciaria no puede por ese solo hecho estimarse como injusto. Pero aquellas tesis deben entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente el valor probatorio de tal. La ley define y da reglas especiales para apreciar el alcance de ese medio de prueba. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simple sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militen en contra del acusado.' Precisamente de esto se trata en el proceso que se estudia; es decir, la Corte

Págs.
346, 1ª y 2ª
163, 2º

estima indicado, y máxime por pedirlo aquí el señor Procurador, que ante un nuevo Jurado se confronten los elementos de prueba referentes a la responsabilidad de....." (Casación, XLV, Nº 1923, mayo 3 de 1937)

VEREDICTO CONTRADICTORIO

- 377 -

Acogió la Corte sobre este punto la siguiente opinión del Procurador delegado en lo penal: "Se preguntó en el primer cuestionario si Ramón Heli Cáceres era responsable de haber dado muerte a Raúl Humberto Mantilla y si en ese hecho había procedido el acusado con intención de matar y con premeditación; y el jurado respondió, 'no, pero sí es responsable de un homicidio simplemente voluntario cometido en momentos en que estaba privado del perfecto uso de la razón.' Quizás quisieron con esto eliminar simplemente la premeditación, pero esta es una mera hipótesis, pues más claro hubiera sido que la respuesta se hubiera dado en estos términos: 'Sí es responsable, pero sin premeditación.' Quisieron decir que puesto que Cáceres había cometido el homicidio en momentos en que estaba privado del perfecto uso de la razón, era apenas una causante material, pero inconsciente, de la muerte de Mantilla? Esta es otra hipótesis que implicaría una nueva negativa porque su equivalente sería este: 'no es responsable porque careciendo del perfecto uso de la razón su acto no tuvo el elemento subjetivo de la intención de matar.' En el acta aclaratoria se afianza con mayor firmeza la duda que había surgido y se plantea de nuevo el dilema de si los jurados quisieron decir que sí era responsable o si, en cambio, pretendieron afirmar que no era responsable. La aclaración dice: 'Que sí fue Ramón Heli Cáceres el único autor de la muerte de Raúl Humberto Mantilla, pero no en los términos de las preguntas.' Es decir, que sí fue responsable pero sin intención de matar y sin premeditación, lo que ya por sí solo constituye

Págs. 56, 1ª y 2ª

una contradicción porque implica la afirmación de dos conceptos opuestos y concluyentes: la responsabilidad, por una parte, y la falta de intención, por la otra. Pero a esta pri- mera contradicción se agrega otra, o mejor aún, se cambia en su terminología por esta contraposición que viene a hacer definitiva la misma contradicción anterior y es el afirmar que Cáceres sí es el autor único de la muerte de Mantilla 'de acuerdo en parte con el fiscal' —quien opinó en las audiencias— que el sindicado había tenido el animus occidendi, con plena voluntad delictiva, pero que era autor de esa muerte en momentos en que su razón estaba perturbada por una embriaguez pura y exclusivamente ocasional y su voluntad disminuída por la pasión de los celos; perturbación y disminución que no pueden tener otro alcance que el de borrar la responsabilidad, para justificar el 'no' rotundo que precedió a la aclaración y que en ésta ratificaron. En el fondo, parece que los jurados lo que pretendieron fue aceptar que Cáceres cometió el delito cuando estaba semi-inconsciente y que por consiguiente es un semi-responsable; pero resulta que esta ambigüedad, esta concepción híbrida de nociones netas, no es posible aceptarla en el campo jurídico. Dentro de los principios que informan la escuela clásica legal se afianza y determina por la responsabilidad moral del agente, a tal punto que si éste carece de libertad moral es irresponsable ante la sociedad. Para la escuela positivista la libertad moral no es el índice de la responsabilidad legal, desde luego que el autor de un hecho considerado como delictivo responde de él ante la sociedad, aunque haya carecido de pleno discernimiento y de voluntad libre, pues lo que interesa a los asociados es defender las condiciones de vida del conglomerado social en dado momento histórico. Para eliminar las dificultades que se presentaban en el derecho penal sobre la cuestión de libre albedrío, que era el basamento de las teorías clásicas y que fue el mayor punto de ataque de los fundadores de la escuela positivista, se trató de buscar

una teoría intermedia que fundara la responsabilidad legal en el solo elemento de la voluntariedad y así se aceptó en el código italiano del año de 1890, aunque a ciencia y paciencia de que con tal sistema no terminaba la discusión sobre si, para la imposición de las penas, era preciso establecer previamente la libertad moral, o no era indispensable ese elemento. Con esa aceptación de la sola voluntariedad se dividieron los partidarios y autores de aquel código en dos bandos, encabezados el uno por Zanardelli y el otro por Lucchini, de los cuales el uno sostenía que el término voluntad lleva envuelto el concepto de libertad y el otro que afirmaba que la sola voluntad daba vida completa a la acción sicofísica del individuo, sin que fuera menester el análisis de la existencia o de la inexistencia de su libertad moral. Se ha traído a la memoria esta célebre pugna porque parece que, sin darse cuenta de ello, el jurado quiso aplicar en este expediente una doctrina intermedia que quizás pudiera encontrar acomodo en la teoría de la simple voluntariedad. Pero como nuestro código actual está informado en los principios de la escuela clásica, el juez de derecho al aplicar las disposiciones de ese mismo código, debe cerciorarse de que al acusado no solamente le es imputable un hecho que en abstracto se considera por la ley como delito, sino que debe convencerse de que el autor material de la infracción procedió voluntaria y maliciosamente, es decir, con intención dolosa." Aunque el Procurador pedía que se exigiese al Jurado una aclaración, la Corte terminó declarando injusto, por contradictorio, el veredicto del Jurado y ordenando que se convocase otro nuevo. (Casación, XLV, Nº 1925, mayo 12 de 1937).....

Págs.

VEREDICTO CONTRAEVIDENTE QUE SE DECLARA NOTORIAMENTE INJUSTO

- 378 -

Véase: INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO POR CONTRAEVIDENTE. (Casación del 14 de julio de 1937, G. J., número 1937, página 498).

VEREDICTO FUNDADO SOBRE PRUEBA INDICIARIA

- 379 -

Se había basado el veredicto de un jurado que respondió afirmativamente sobre las cuestiones de premeditación y circunstancias de asesinato, en ciertos indicios que el Procurador analizó en su concepto para concluir que ellos no eran suficientes para una respuesta afirmativa. Dijo la Corte:

"En varias sentencias ha dicho la Corte que no por erróneo puede calificarse de notoriamente injusto un veredicto, y en un fallo de antigua data se expresa que el veredicto fundado sobre prueba indiciaria no puede por ese solo hecho estimarse como injusto. Pero aquellas tesis deben entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente el valor probatorio de tal. La ley define y da reglas especiales para apreciar el alcance de ese medio de prueba. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado. El recurso debe prosperar, pues, por la causal 5ª" (Casación, XLV, número 1927, septiembre 20 de 1937).....

273, 2ª, 274, 1ª y 2ª, y 275, 1ª y 2ª,

508, 1ª

TABLA

De las disposiciones constitucionales, legales y administrativas interpretadas, citadas o aludidas por la Corte en el presente tomo XLV

Constitución Nacional de 1886

Arts.	Números
—	62
8º	223
9º	223
16	223
26	100, 209, 236, 250
29	209
40	108
50	108
76	108, 218
80	108
118	108
119	108
120	108
164	209
198	206

Constitución de 1936

12	108
13	223
21	209
22	209
29	108
44	100
45	108
52	321, 346
60	208, 209
113	108
114	108
115	108
150	108
163	209
—	62

Acto Legislativo Nº 3 de 1910

—	62, 206, 248
8º	108
40	108
42	209
63	7

Acto Legislativo de 1914

6º	209

Acto Legislativo Nº 1º de 1936

Arts.	Números
10	208

Código Civil

34	166
62	350
66	280
76	223
82	223
154	330, 347
160	347
161	347
166	347
168	347
177	330
179	350
180	330
181	330
182	330
188	330
189	330
190	330
192	330
194	347
200	347
395	139
396	139
397	139
398	139
399	139
537	330
549	117
550	330
556	330
634	108
636	108
645	108
665	348
669	112
670	348
677	12, 348, 350
678	350
679	350
739	2
752	216
757	266

Código Civil

Continuación

Arts.	Números
762	267
775	267
776	267, 269, 348
787	269
789	269
879	348
883	348
892	11, 12
893	12
894	11
900	3
931	350
932	350
933	350
946	112
947	348, 308
948	348, 308
949	308
950	308
952	306, 308, 348
984	12
993	350
1001	12
1141	119
1198	133
1199	133
1293	330
1317	13
1325	363
1401	249
1434	225
1494	209
1504	330
1524	134
1548	172
1551	334
1583	171
1602	354
1604	83
1606	83
1608	20, 220
1617	221
1618	192
1622	83

Código Civil

Continuación

Arts.	Números
1625	209
1633	214
1669	204
1740	242
1746	243
1747	243, 244
1748	332, 353
1750	240
1757	82, 216
1759	126
1760	204
1761	126, 128
1762	60
1766	172, 354
1769	83, 247
1771	330
1773	211
1781	60, 96, 330
1783	330
1785	330
1788	330
1795	96
1805	60, 61, 330
1806	60
1808	330
1809	330
1832	357
1855	357
1871	214, 216
1960	60
1961	60
1964	60, 204
1987	29
2007	29
2014	29
2041	93
2079	357
2081	357
2083	357
2094	357
2109	221
2141	249, 357
2146	214
2155	105
2177	214
2181	105
2274	339
2282	339
2313	135
2317	135
2336	275 292
2341	83, 246, 318, 321
2347	317, 321
2356	83, 246
2359	246
2362	161
2373	159, 160, 161, 339
2395	221
2443	267
2448	171
2452	171
2473	171
2519	12
2526	269
2531	269
2637	304
2641	304
2652	304
2653	304
2659	304
2661	304
2669	304

Código de Comercio

Arts.	Números
19	249
43	211
49	105
56	211
57	211
225	77
254	204
344	204
374	304
465	145
479	359
496	221
536	212
746	90

Código Penal

29	83
39	83
22	173
30	132
117	14, 63, 827
119	63
123	38
284	163
429	165
583	106
585	337
586	337
591	187
593	248
598	30
602	337
603	337
608	187
615	248
616	248
617	248
618	248
647	170
683	165
774	328
790	327
791	327

Código Judicial derogado

568	82
825	95
1022	5

Código de Procedimiento Criminal

1656	56
1922	223
1998	223

Nuevo Código Judicial

Arts.	Números
13	213
36	69, 223
37	72, 17, 18
84	9
76	72
108	311
153	280
199	226
199	367
203	365
205	112, 348
207	286

Nuevo Código Judicial

Continuación

Arts.	Números
207	286
208	280
209	8
210	112
215	226
214	226
232	264
233	8, 115
235	8
264	226
268	24
272	24
310	311
317	226
325	367
332	143
341	147, 280
344	147
348	226
353	280
364	36
368	367
370	226
381	309
397	8
398	8
438	280
448	226, 202
451	21
455	230, 238
456	280, 227
459	280
466	95
471	184
472	279
473	245
481	184
487	280
488	9, 280
490	15, 280
499	21
491	280
501	17
502	18, 162
508	344
519	50, 296, 329
520	27, 69, 298, 339
521	296
523	329
524	102, 125
529	329
532	280
540	209
542	301
547	300
562	154
568	174
573	213
593	216
596	280
597	280, 286
600	280
606	83
606	83, 247
617	280
618	280
643	280
648	127
656	99
670	365
673	365

Nuevo Código Judicial (Continuación)

Arts.	Números
688	12
693	286
697	12
705	117, 368
702	285
706	365
708	121, 365
709	121,280, 365
717	365
719	280
720	125, 280, 348
721	122
723	123, 365
728	280
730	189
734	251
737	113, 280, 348
738	280
742	280
745	280
746	280
776	280
820	117
862	3
869	118
870	118
872	113, 348
998	5
1021	8
1031	17
1032	17
1037	17, 311
1059	127, 293
1062	8
1103	20
1189	8
1206	251
1512	106
1514	106
1515	106
1528	106
1529	272

Código Político y Municipal

12	108
68	108
140	206
333	223

Código Fiscal de 1873

—	265

Código Fiscal de 1912

73	35, 238
74	35, 238
237	104
257	274
439	104

Código de Minas

4º	216
23	217
25	217
44	216
70 a 78	216
88	216
94	216

Código de Minas (Continuación)

Arts.	Números
98	216
99	216
100	216
127	216
143	217
144	217
148	217
155	217
156	217
163	217
291	216
303	216
309	216
321	216
323	216
341	217
343	217
413	216
419	216
420	216

Ley 11 de 1821

—	285

Ley 292 de 1875

23	217
24	217
45	217

Ley 23 de 1887

—	208

Ley 57 de 1887

18	347
22	139, 250
33	330
37	108
38	60
45	108
79	250
243	230
246	234
264	23, 56, 224, 236
285	56, 231, 232, 233, 236, 237
310	373

Ley 62 de 1887

—	335

Ley 137 de 1887

—	208
89	209, 365
49	207
33	330
51	347
79	139, 250, 324
91	126
92	126
93	126
18 a 47	207

Ley 35 de 1888

19	347

Ley 149 de 1888

Arts.	Números
19	108

Ley 35 de 1890

8º	191
9º	191, 348

Ley 100 de 1892

72	231, 237

Ley 105 de 1890

254	249
345	327
215	295

Ley 149 de 1896

—	209

Ley 163 de 1896

30	155

Ley 169 de 1896

50	241, 374

Ley 6 de 1905

—	208

Ley 29 de 1905

—	254

Ley 40 de 1907

24	106

Ley 47 de 1905

7º	155

Ley 52 de 1909

59	155

Ley 110 de 1912

79	269
112	265

Ley 130 de 1913

—	200
19	182
38	71
39	182
89	182
90	182
93	199

Ley 83 de 1915

14	161

Ley 84 de 1915

6º	287

LEYES ESPECIALES

Ley 71 de 1915

Arts.	Números
—	209

Ley 87 de 1915

4º	209
5º	209

Ley 71 de 1916

16	180

Ley 80 de 1916

7º	209

Ley 72 de 1917

—	209

Ley 62 de 1918

8º	161

Ley 76 de 1920

27	142
—	336

Ley 25 de 1921

—	208
1º	208

Ley 37 de 1924

—	340
1º	341

Ley 39 de 1927

8º	161

Ley 88 de 1922

—	347
2º	330

Ley 32 de 1922

—	341
7º	340

Ley 104 de 1922

24	106

Ley 38 de 1923

1º	371
2º	371

Ley 42 de 1923

—	374
15	86
16	196, 86
81	275, 292

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Ley 45 de 1923

Arts.	Números
—	209
73	209

Ley 40 de 1923

—	104
3º	330
9º	126
39	204
40	204
56	204
62	204
63	204
69	204
91	204
95	204
123	204
134	204
175	204
180	204

Ley 64 de 1923

59	206

Ley 78 de 1923

1º	299

Ley 84 de 1925

1º	204

Ley 31 de 1925

38	251
40	251
41	251
59	251

Ley 75 de 1925

8º	209
9º	209
10	209

Ley 51 de 1926

4º	208

Ley 102 de 1927

6º	252
8º	253

Ley 104 de 1927

19	209
20	209
22	209

Ley 62 de 1928

—	24

Ley 113 de 1928

—	11, 12
4º	12

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Arts.	Números
5º	12
9º	12
17	12

Ley 115 de 1928

9º	209

Ley 116 de 1928

2º	209
5º	252

Ley 44 de 1929

—	341

Ley 25 de 1931

3º	208

Ley 45 de 1931

5º	182

Ley 71 de 1931

7º	209

Ley 81 de 1931

12	314

Ley 94 de 1931

1º	251

Ley 118 de 1931

3º	62, 54, 136, 178, 186, 188, 373, 376, 370, 230

Ley 133 de 1931

—	341

Ley 1ª de 1932

—	207
1º	207

Ley 38 de 1932

1º	330
4º	330
7º	330
2º	330
3º	330
5º	330
6º	330
—	347, 351

Ley 40 de 1932

—	304

Ley 20 de 1933

1º	108

LEYES ESPECIALES
(Continuación)

Ley 46 de 1933

Arts.	Números
—	218
2º	218

Ley 10 de 1934

—	92
13	93
14	207
18	109

Ley 56 de 1934

4º	70

Ley 78 de 1935

1º	314

Ley 63 de 1936

89	372
94	372

Ley 96 de 1936

2º	114, 209

Ley 107 de 1936

—	208
4º	208

Ley 160 de 1936

7º	265
10	265

Ley 200 de 1936

—	209

Ley 21 de 1937

1º	185
2º	185
3º	185
4º	185
5º	185
—	209

DECRETOS

Decreto Ejecutivo número 761 de 1887

7º	217
12	217
13	217

Decreto Legislativo número 104 de 1903

—	155
12	155

Decreto número 638 de 1903

....	155

Decreto Legislativo número 40 de 1905

—	208

DECRETOS
(Continuación)

Decreto Legislativo número 2 de 1906

Arts.	Números
5º	360

Decreto número 1,326 de 1932

—	108

Decreto número 80 de 1932

—	431

Decreto número 92 de 1932

6º	140, 141
13	141

Decreto Legislativo número 228 de 1932

—	217

Decreto Legislativo número 233 de 1932

—	216

Decreto número 280 de 1932

7º	21

Decreto número 667 de 1932

—	372
34	372

Decreto número 1118 de 1932

2º	288

Decreto número 1471 de 1932

4º	207

Decreto número 685 de 1934

—	108, 263

Decreto número 652 de 1935

24	92, 207
33	109

Decreto legislativo número 1315 de 1936

11	10, 72, 73, 74, 75

Resolución de la Contraloría Nacional número 86 del 7 de agosto de 1928

—	104

Decreo de la Gobernación de Cundinamarca número 139 de 1916

...	321

Ordenanza de Cundinamarca número 68 de 1916

—	321

DECRETOS

(Continuación)

Ordenanza de Cundinamarca número 32 de 1925

Arts.	Números
—	338

Ordenanza de Caldas número 43 de 1925

—	291

Ordenanza de Caldas número 26 de 1926

—	291

LEYES Y CODIGOS EXTRANJEROS

Código de Procedimiento Civil Español

385	21
390	21

Código Civil Alemán

812	134
906	246

Código Civil Suizo

4º	262
62	134
684	246
685	246

Código Civil Francés

676	350
677	350
683	249
1163	221
1382	246
1872	249
1984	214

Código de Comercio Francés

26	249

Código Civil Chileno

1559	221

Código Civil Polaco

166	262

Código Civil de Costa Rica

76	300
77	300

Código Penal Italiano

—	377

Ley Francesa del 7 de abril de 1900

—	221

Página

... María Josefa contra Rosario Caicedo A. ...dinario sobre reivindicación 303
...dero Juan B. contra The United Fruit Company. Ordinario por pesos 234
...andela Juan y Gregorio Hernández. Causa por heridas 172
...ano Angel M. Revisión de un proceso 868
...rib Syndicate Limited. Oposición a la propuesta hecha por la Socony Vacuum Company de Colombia para la exploración y explotación de petróleos 559
...arrasquilla D. Rafael contra el Departamento de Bolívar. Ordinario por pesos 185
...rvajal Venancio. Causa por homicidio 69
...dañe S. Eulogio contra Luis Alberto Villamizar. Ordinario sobre responsabilidad por perjuicios 418
...Neftalí contra Carlos Ramírez Villegas y ... Especial sobre venta de una finca hipotecada 748
...de Olarte Cleofe y Alfredo Burda P. contra la Nación. Ordinario por responsabilidad 355
...Camargo Tomás Norberto contra la Nación ...n el juicio propuesto contra ésta por The ...opical Oil Company. Demanda de reconvención 192
...sorcio de Fermentados, S. A., por medio de ...liquidador Manuel Vicente Pardo, contra el ...artamento de Cundinamarca. Requerimiento 543
...a v. de Delgado Blanca. Pensión 764
... v. de Rosero contra Rodolfo Rosero. Ordinario sobre cuentas 440
...Carlos Edmundo contra la Nación. Ordinario por perjuicios 522
... Durán Milciades y Horacio Uribe Márquez contra Fernando Wehdeking. Concesión recurso de casación 483

CH

... Abraham. Se declara la Corte sin competencia para conocer sobre su nacionalidad 861
...ge Gustavo Leo contra la sucursal del ...nco de Colombia en Cali. Ordinario por pesos 40
...ero Marco Antonio. Causa por homicidio 153

D

...a Manuel contra la Nación. Ordinario sobre derecho al uso de unas aguas 914
... Nº 652 de 1935, acusado como inconstitucional. Sentencia de la Corte Plena 608
... 52 de 1935, acusado como inconstitucional. Sentencia de la Corte Plena 723
...o acusado Nº 685 del 14 de abril de 1934, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común 209
Defrancisco Rodolfo y otros contra Natalio y Francisco Urbina. Tercerías coadyuvantes acumuladas al ejecutivo de Francisco Fernández contra los Urbinas 117
Delgado L. Alfonso contra Luis Eduardo Betancourt y Emma Delgado, cónyuges, y contra Jesús Aulestia. Ordinario sobre rescisión de un contrato, etc. 137
Delgado Alipio y Buenaventura. Causa por homicidio 851
Departamento de Cundinamarca contra Carlos de la Espriella. Juicio especial de venta de una finca hipotecada 858
Departamento de Cundinamarca contra Carlos de la Espriella. Juicio especial de venta 881
Dunneys Dolores v. de Dunneys y otros contra Ester Dunneys y otros. Ordinario sobre reivindicación y nulidad absoluta 470

E

Empresa Colombiana de Curtidos contra la Nación. Ordinario sobre devolución de impuestos 546
Escobar José María. Parricidio 653
Escobar Tobón Miguel contra Lisandro Ochoa, Justiniano Escobar y otros. Ordinario de reivindicación 192
Eslait Hermanos y otros. Tercerías coadyuvantes acumuladas en el juicio ejecutivo de Marco A. Muñoz contra la sociedad de Alejandro Barriga e Hijos 748

F

Fajardo Félix y Abel. Causa por homicidio 502
Fernández Francisco contra Natalio y Francisco Urbina. Ejecutivo al cual se acumularon las tercerías coadyuvantes contra éstos propuestas por José Joaquín Jiménez, Enrique Ramírez, Carmen Rosa Alvarez, María del Carmen Garzón v. de Martínez, Rodolfo Defrancisco y Juan Climaco Mendoza 117
Fonseca Lucas. Causa por homicidio 345
Flores Jaimes Rogelio. Causa por homicidio 661

G

Gamboa J. Isaías. Sobreseimiento definitivo por prescripción de la acción penal en el sumario que se siguió contra los responsables de la demora en la iniciación o en la prosecución del sumario contra Isaías Gamboa por tentativa de homicidio y heridas 164
García Estanislao, Humberto Gómez Naranjo y Antonio Martínez contra The Bucaramanga Gold and Mining Company Limited. Ordinario sobre oposición al denuncio de una mina 240

INDICE ALFABETICO

TOMO XLV

Página

A

Acevedo Tavera Felipe contra la Nación. Ordinario sobre obtención de una pensión 883
Acevedo Ulpiano y Lorenzo Bustamante contra Julio Mc. Ewen y Jesús M. Ramírez. Ordinario sobre nulidad de una patente. 734
Administración de Rentas Departamentales de Antioquia contra Antonio Velásquez. Excepciones en juicio ejecutivo 774
Administración de Rentas Departamentales de Valdivia contra Pedro Luis Roldán. Excepciones en juicio ejecutivo 859
Administración del Tesoro de Caldas contra Luis González J. Excepciones en juicio ejecutivo.. 150
Aguirre Antonio y María Escobar de Aguirre contra Ricardo Obregón. Ordinario por perjuicios 847
Alonso de Gómez Belén contra Benjamín Trujillo. Ejecutivo y tercerías coadyuvantes 469
Alvarez Carmen Rosa y otros contra Natalio y Francisco Urdina. Tercerías coadyuvantes acumuladas al ejecutivo de Francisco Hernández contra los Urbinas 117
Alvarez O. Pedro Pablo y Susana Botero de Alvarez contra el Departamento de Caldas. Ordinario por perjuicios 569
Angulo Bucheli Lucía. Pensión 541
Arenas Abraham (herederos) contra José Asunción Méndez. Solicitud de acumulación de ese juicio ejecutivo al seguido por la Nación contra Gonzalo Jiménez y José Méndez S., por jurisdicción coactiva 911
Arias Mojía Gerardo. Demanda de cancelación de la inscripción y admisión de un abogado 575
Arcila Ananías, Alfonso Jiménez y Enrique Zapata. Causa por robo y por suposición de títulos 56
Arize A. José Blas García Rangel y otros contra la United Fruit Company. Ordinario sobre reivindicación 476
Arzayús Berlalda, Rosa, Elisa, Inés, Lola y Encarnación contra Mariano, Miguel Antonio, Armando, Ernesto, Orfilia y Amada. Ordinario de reivindicación 337

Página

Aulestia Alfonso, como apoderado de Luis María Osorio, Florencio, Juan Gregorio y Mercedes Osorio viuda de Giraldo, contra Emigdio Osorio P. y Juvenal García. Ordinario de reivindicación ....

B

Balcázar José M. Pensión ....
Banco de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por pesos 681
Barriga Páez Julio y otros. Tercerías coadyuvantes acumuladas al ejecutivo de Marco A. Muñoz contra la sociedad de Alejandro Barriga e hijos 748
Bedout Alejandro de contra Camila de la Torre de Tamaño y María de la Torre. Ordinario por perjuicios ....
Bermúdez Alejandro y Celiano. Asesinato en concurso recíproco ....
Borda P. Alfredo y Cleofe Castro de Olarte contra la Nación. Ordinario sobre responsabilidad delictual ....
Botero de Alvarez Susana y Pedro Pablo Alvarez O. Ordinario por perjuicios .....
Bravo Carlos. Demanda de acusación como inexequible del Decreto número 685 del 14 de abril de 1934, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común ..... 2[illegible]
Blum Emilio y Blum de Tejada Leonor contra Santiago M. Eder y José María Sierra S. Ordinario sobre nulidad de un remate y restitución de bienes 2
Buendía de Perdomo Soledad, Jorge Enrique Perdomo y Ester Millán de Perdomo contra la Nación. Ordinario sobre entrega de un camino para hacer efectivo el pago de un impuesto... [illegible]
Bustamante Lorenzo y Ulpiano Acevedo contra Julio Mc. Ewen y Jesús M. Ramírez. Ordinario sobre nulidad de una patente.....

C

Cáceres Ramón Heli. Causa por homicidio...
Calcedo Clemente. Causa por delito militar..

Página

García Rangel Blas, José A. Ariza y otros contra The United Fruit Company. Ordinario de reivindicación 478
García Rusel Florentino contra Rosalina Páez de García e hijos. Ordinario sobre nulidad de un testamento 429
García Vásquez Lucía contra Julio Torrente M. Ordinario sobre separación de bienes 125
Garzón v. de Martínez y otros contra Natalio y Francisco Urbina. Tercerías coadyuvantes acumuladas al ejecutivo de Francisco Fernández contra los Urbinas 117
Gil Hernando Antonio y José Hipacio. Causa por homicidio 71
Giraldo Manuel Antonio. Causa por delito militar 72
Gómez Antonio J. contra la Nación. Regulación de honorarios periciales 688
Gómez Joaquín. Causa por homicidio 495
Gómez Julio y otro. Causa por homicidio 163
Gómez Naranjo Humberto contra la Sociedad Francia Gold and Silver Co. Ltd. Ordinario sobre oposición a la adjudicación de una mina de oro 89
Gómez Naranjo Humberto, Antonio Martínez y Estanislao García contra The Bucaramanga Gold and General Mining Company Limited. Ordinario sobre oposición al denuncio de una mina 240
Góngora Sixto A. y Emma Ospina de Góngora contra la Nación. Ordinario por perjuicios 91
González Rafael y Salvador Pardo. Causa por homicidio, heridas y robo 51
González V. Manuel Antonio contra Carlos Arturo Tavera. Ordinario por perjuicios 70
González V. Manuel María y otros. Causa por asesinato y por cuadrilla de malhechores 156
Grisales Francisco Antonio contra Manuel de J. Calle, Tulia R. Restrepo y otro. Ordinario sobre nulidad de la cesión de un crédito 885
Guarnizo Prudencio y Crispulo Santos contra Wenceslao y Víctor Manuel Morales, Roberto Sanmiguel, María Elvira Sanmiguel y los herederos de José Hilario Morales y Florentina Rojas. Ordinario sobre reivindicación 118

H

Harker Simón S. y Ana Ortiz de Harker. Ordinario sobre pago de un seguro de vida colectivo 806
Hernández Benjamín. Causa por fuerza y violencia 131
Hernández José J. contra el Banco Alemán Antioqueño de Medellín. Ordinario sobre resolución de un contrato, pago de perjuicios, etc. 25
Hernández Santos y Celestino. Causa por homicidio 497
Hipacio José y Hernando Antonio Gil. Causa por homicidio 71

Página

Horta Daniel. Se niega la revisión de un proceso 167
Hurtado Hermógenes. Causa por fuerza y violencia ..... [illegible]
Hernández Gregorio y Juan Candela. Causa por heridas ..... 11[illegible]

J

Jaquin Joaquín y Víctor D. Ponce contra la Nación. Ordinario sobre nulidad de una Resolución ejecutiva 9
Jaramillo E. Pablo contra María Josefa Uribe v. de Restrepo, Roberto Jaramillo E. y el distrito de Medellín. Ordinario sobre nulidad de unos juicios. Recurso de hecho 85
Jiménez Alfonso, Ananías Arella y Enrique Zapata. Causa por robo y por suposición de títulos 5
Jiménez José Joaquín y otros contra Natalio y Francisco Urbina. Tercerías coadyuvantes acumuladas al ejecutivo de Francisco Fernández contra los Urbinas ..... [illegible]
Jiménez María de la Paz contra María Peralta v. de Jiménez. Deserción del recurso de casación ..... [illegible]
Jiménez Pedro contra la Nación. Ordinario sobre obtención de pensión ..... [illegible]

K

Klugé Gastón contra Eugenio Vásquez. Ordinario sobre resolución de un contrato ..... [illegible]
Kridel Sons & Cía. contra Elías M. Muvdi. Ordinario por pesos 3

L

Labarrós Llanos Isabel María y otros contra The United Fruit Co. Ordinario sobre reivindicación 4
"La Colombiana de Cervezas" contra el Departamento de Caldas. Ordinario por pesos ..... [illegible]
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Barranquilla) contra Alberto Banhardt. Ejecutivo ..... [illegible]
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Cartagena) contra Efraín Toro. Ejecutivo.
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Concepción Ferrer v. de Andrade y Hortensia Ferrer de Sánchez. Ejecutivo.
La Nación (Recaudación de Impuestos sobre la Renta de Cundinamarca) contra la "Compañía Santandereana de Tabaco". Excepciones en juicio ejecutivo ..... [illegible]
La Nación (Recaudación del Impuesto sobre la Renta) contra David Wilkie. Excepciones en juicio ejecutivo ..... [illegible]

Página

La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca) contra Anacarsis Parilla y Salvador Basto S. Excepciones en juicio ejecutivo 183

La Nación (Hacienda Nacional de Medellín) contra Hermógenes y Ricardo Delgado. Excepciones en juicio ejecutivo 189

La Nación contra Carlos y Bernardo Buendía. Lanzamiento 193

La Nación contra Ricardo, Carlos y Bernardo Buendía. Ejecutivo por pesos 196

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Buga) contra Leonardo y Melba Campo. Excepciones en juicio ejecutivo 287

La Nación (Recaudación del Impuesto sobre la Renta de Barrye) contra Jorge R. Cardoso. Excepción en juicio ejecutivo 292

La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Aníbal Barbosa y Melquiades Jiménez. Ejecutivo 517

La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Raúl Jimeno y Rafael Argáez. Excepciones en juicio ejecutivo 596

La Nación (Secretaría Ejecutora de la Administración de Hacienda Nacional de Antioquia) contra "Ruperto Echeverri & Cía." Excepciones en ejecutivo 593

La Nación contra The Andian National Corporation. Tacha de un perito 591

La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Tunja) contra la sucesión del doctor Francisco Pinzón Torres. Cumplimiento de un desembargo 672

La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Bernardo y Juan Uribe Cuella. Excepción en juicio ejecutivo 675

La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales y Ejecuciones de Cali) contra Beusmann & Linzen y Cía., S. A. 681

La Nación contra The Andian National Corporation. Tacha de peritos 689

La Nación (Sindicatura del Impuesto de herencias) contra Eduardo Gaitán de Narváez y otros. Ejecutivo 765

La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Medellín) contra Alfonso Toro Z. Excepciones en ejecutivo 766

La Nación (Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Bogotá) contra Eduardo D. Pardo y Mariano Barrenechea. Excepciones en ejecutivo 769

La Nación (Sindicatura de Lazaretos de la Administración de Hacienda del Atlántico) contra The Colombia Railway & Navigation Co. Limited. Ejecutivo 770

La Nación (Contraloría Nacional) contra los herederos de María Cadena de Fernández. Excepciones en ejecutivo 775

La Nación. Articulación de desembargo en el ejecutivo de Agripina Díaz Q. contra Petronilo Dávila 783

La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales) contra la "Casa R. J. Jones & Cía., S. A." Ejecutivo 867

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Cartagena) contra K. y B. Meluk, S. A. Ejecutivo 869

La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Roberto Echeverría y otros. Ejecutivo 873

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Argelia) contra Ventura Cardona. Ejecutivo 874

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Santa María) contra Miguel J. Caldes. Excepciones en ejecutivo 875

La Nación (Sindicatura de Lazaretos de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico) contra Carlos Alberto Osorio. Ejecutivo 876

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Anserma) contra la sociedad minera de "El Crucero" y "Montecristo". Ejecutivo 880

La Nación contra Magdalena Leiva Tobar. Ordinario de dominio 888

La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Arístides Gutiérrez. Excepciones en juicio ejecutivo 885

La Nación contra Maximiliano Ayo. Especial de deslinde 890

La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Armenia) contra Angelina González v. de Rendón. Excepciones en juicio ejecutivo 893

La Nación contra The United Fruit Company. Denuncia del pleito hecha por John H. Stein 893

La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Sigifredo Gómez. Excepciones en ejecutivo 903

La Nación (Rentas Departamentales de Buga). Excepciones en ejecutivo 909

La Nación contra The Andian National Corporation, Limited. Ordinario 935

La Nación contra Germán Cubillos. Ordinario sobre restitución de una finca 943

Larrahondo Ignacio contra la Nación. Ordinario sobre pago de una indemnización por incapacidad permanente parcial por causa de accidente sufrido al servicio de un ferrocarril 82

Ley 16 de 1934, acusada como inconstitucional. Sentencia de la Corte Plena 698

Ley 31 de 1936, acusada como inconstitucional en su artículo 5o, sobre elecciones de concejeros municipales en Florencia 396

Ley 21 de 1937, acusada como inconstitucional, por la cual se decreta la revisión de los juicios sobre sueldos de retiro y pensiones militares. 696

Ley 107 de 1936, acusada como inconstitucional en su artículo 4o 704

López Quintero Jesús. Causa por fuerza y violencia 74

Página

López v. de Zapata María y Paula López v. de López contra Teresa Rodríguez. Ordinario para obtener la declaración de que una persona no era heredera de otra 806

Lora Francisco de P. contra Antonio María Cuevas, Virginia Nieto de Cuevas y Rafael Reyes Daza. Ordinario sobre institución de una servidumbre de acueducto y sobre pagos de perjuicios 300

Luque Crisanto, Obispo de Tunja, y Marcelino Pulido R. contra el Municipio de Samacá. Ordinario sobre uso de unas aguas 428

LL

Llanes Fernando Manuel contra The United Fruit Company. Ordinario por perjuicios 413

Llano Marco A. contra el Departamento de Caldas. Ordinario sobre obtención de una recom- 901

M

Machado José María contra Aura Hernández de Restrepo. Ordinario por pesos 437

Mafla de Escobar María Josefa contra Ricardo Jaramillo Barreneche. Ordinario. Recurso de hecho 884

Maldonado Francisco Antonio. (La Corte no expresa en qué juicio se pidió la declaración de nulidad por no ser este abogado titulado ni admitido) 885

Marchena Juan B. de contra Israel Vásquez Cohen. Ordinario sobre nulidad de un remate.. 730

Martínez Antonio, Humberto Gómez Naranjo y otro contra The Bucaramanga Gold and General Mining Company, Limited. Ordinario sobre oposición al dominio de una mina..... 240

Medina Francisco y Julio Gómez. Causa por homicidio 106

Mejía Miguel Antonio. Causa por homicidio... 270

Mendoza Juan Clímaco y otros contra Natalio y Francisco Urbina. Tercerías coadyuvantes acumuladas al ejecutivo de Francisco Hernández contra los Urbinas 117

Mesa Juan de Dios. Causa por homicidio 409

Mogollón José V. contra Elías M. Murdi. Desistimiento del recurso de casación 467

Mujica Clodoveo contra Simón Penuela. Recurso de revisión intentado por éste 23

Molina Ignacio. Causa por heridas y por resistencia a la autoridad 270

[illegible] alegre v. de Lozano Ester. Pensión 862

[illegible]ferness D. Francisco contra Juan Gómez Baquero, Dionisio Gómez Buelvas y Gilberto Gómez Díaz. Ordinario sobre dominio de una casa y desembargo de ella 334

Mora Efraín y otros. Causa por robo en cuadrilla de malhechores 139

Página

Mora Macario y otro contra Agustín y Remigio Prieto. Recurso de hecho 475

Municipio de Bogotá contra Efraín González. Ejecutivo 912

Muñoz O. Marco A. contra Alejandro Barriga e hijos y otros. Tercerías acumuladas a ese juicio 748

N

Navarro Adelaida contra Angel Alberto Rodríguez y Vicente Rodríguez. Ordinario sobre nulidad por simulación de un contrato y sobre restitución de bienes 190

Negret Juan B., Fiscal del Tribunal de Popayán. Incidente de nulidad en juicio cuyo actor y demandado no cita la Corte 340

Noguera Ismael Alberto, Eduardo y Guillermo Noguera contra Florentino Rodríguez. Ordinario de reivindicación 324

O

Ocampo de Ríos Ana Rosa contra Luis Salas B., Lisímaco Loaiza, Ramón A. Ríos y Ezequiel Cardona. Ordinario de reivindicación ..... 52[illegible]

Olivares Márquez Lino. Causa por homicidio... 505

Ortiz Julio y otros. Causa por asesinato y por cuadrilla de malhechores 158

Osorio Luis María y Florencio, Juan Gregorio y Mercedes Osorio viuda de Giraldo, contra Emigdio Osorio P. y Juvenal García. Ordinario de reivindicación 224

Ospina de Góngora Emma y Sixto A. Góngora contra la Nación. Ordinario por perjuicios... 91

P

Pachón Luis Eduardo y Luis F. Peralta. Causa por homicidio 65

Pagnamenta Carlo & Cía. contra Bruno Busta. Ordinario sobre perjuicios materiales y morales 768

Palacio Socarrás José Pilar. Fuerza y violencia. 500

Panzer Enrique contra el Departamento de Antioquia. Ordinario por pesos 205

Parcialidad de indígenas de Guachicono contra la parcialidad de indígenas de Panchará. Deslinde 121

Pardo Manuel Vicente, liquidador del Consorcio de fermentadas, S. A., contra el Departamento de Cundinamarca. Requerimiento 543

Pardo Salvador. Causa por homicidio, heridas y robo ..... 5[illegible]

Parra Jesús Antonio. Causa por homicidio..... 277

Patiño Absalón contra el Departamento de Antioquia. Ordinario por pesos 179

Patiño Silva Ana Lucía y María Elisa contra Juan de Dios Bravo y Carlos Alberto Talero. Ordina-

Página

rio sobre nulidad por simulación 400
Perdomo de Millán Ester y otros contra la Nación. Ordinario sobre entrega de un camino para hacer efectivo el cobro de un impuesto..... 573
Pinzón Cincio o Concepción. Causa por homicidio 280
Pinzón Ernesto y Reyes Ramírez Pereira. Causa por circulación de moneda falsa 605
Palace Víctor D. y Joaquín Jaquín contra la Nación. Ordinario sobre nulidad de una Resolución ejecutiva 97
Pulido Marceliano y Crisanto Luque, Obispo de Tunja, contra el Municipio de Samacá sobre uso de unas aguas 428

Q

Quesada Holguín Jesús. Revisión 650
Quijano Alfonso. Causa por homicidio 171
Quiroga Teófilo y otros. Causa por robo en cuadrilla de malhechores 139

R

Ramírez Enrique y otros contra Natalio y Francisco Urbina. Tercerías coadyuvantes acumuladas al ejecutivo de Francisco Fernández contra los Urbinas 117
Ramírez Pereira Reyes y Ernesto Pinzón. Causa por circulación de moneda falsa 665
Ramírez Sacramento contra Ignacio Cabo L. Ordinario sobre liquidación y disolución de una sociedad 310
Rebolledo Joaquín, Fiscal del Tribunal de Popayán, sobre nulidad de una actuación en juicio cuyas partes no menciona la Corte..... 549
Recaudador de Saldos departamentales de Boyacá contra Jorge Enrique Russi, como fiador de Luis Ramírez Hoyos. Excepción en juicio ejecutivo 900
Rivera Pablo A. Causa por delito militar..... 606
Rocha Joselyn M. Causa por heridas 842
Rocha Ubarico y María Casilda Mejía de Rocha contra The Santa Marta Railway Company, Limited 476
Rodríguez Pedro Ignacio contra Vicente Velosa. Ordinario por perjuicios 401
Rojas Joaquín (cesionarios de éste) contra Justo P. Rojas, sobre entrega de minerales y posesión de una mina 30
Rojas Patricio. Causa por homicidio 209
Rojas Quintero Alejandro. Causa por homicidio. 647
Roldán Fernández Francisco. Causa por delito militar 658
Ruiz de Londoño Rosa María. Causa por triple asesinato 59
Ruiz Novoa Alberto. Causa por delito militar... 659
Ruiz Rafael. Causa por homicidio 560

Página

S

Salas de Rivera Catalina, como heredera única de José Eusebio Rivera, contra la sucesión de Isidra Salas de Rivera. Ordinario por pesos.... 140
Salazar Campuzano Eduardo contra el Departamento de Caldas. Ordinario sobre el pago del valor de un seguro 386
Salazar José Antonio y otros. Causa por asesinato y por cuadrilla de malhechores 150
Salazar Mercedes contra Eduvigis Pinilla y Presentación Vargas. Ordinario de reivindicación 329
Salazar Pedro Elías contra el Departamento de Caldas. Ordinario por perjuicios 551

Salvamentos de voto

Del doctor Carlos Bravo, conjuez, a la sentencia que declaró exequibles el inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto número 652 de 1935 .

Del doctor Aníbal Cardoso Gaitán:

A la sentencia proferida en el juicio de Alfredo Borda P. y Cleofe Castro de Olarte contra la Nación, sobre responsabilidad 371
A la sentencia que declaró exequibles el inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto número 652 de 1935 703

Del doctor Liborio Escallón:

A la sentencia proferida en el juicio de Ismael Alberto, Eduardo y Guillermo Noguera contra Florentino Rodríguez N. 380
A la sentencia que declaró exequibles el inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto número 652 de 1935 703

Del doctor Germán Fernández:

A la sentencia que resolvió sobre la acusación como inexequible del Decreto número 683 del 14 de abril de 1934, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común..... 219

Del doctor Ricardo Hinestrosa Daza:

A la sentencia anteriormente citada 9

Del doctor Salvador Iglesias:

A la sentencia anteriormente citada 219

Del doctor Miguel Moreno Jaramillo:

A la sentencia proferida en el juicio seguido por Gustavo Leo Chanange contra el Banco de Colombia en Cali, por pesos .....

Página

A la sentencia proferida en el juicio seguido por Lucía García Vásquez contra Julio Torrente M., sobre separación de bienes 180

A la sentencia proferida en el juicio seguido por Catalina Salas de Rivera contra la sucesión de Isidra Salas de Rivera 145

A la sentencia proferida en el juicio de Ismael Alberto, Eduardo y Guillermo Noguera contra Florentino Rodríguez N. 331

A la sentencia proferida en el juicio promovido por el Excelentísimo señor Crisanto Luque y el doctor Maximiano Pulido R. sobre uso de las aguas de un río contra el Municipio de Ramos 480

A la sentencia por la cual se declaró exequible el artículo 4o de la Ley 107 de 1930 799

Del doctor Juan Francisco Mújica:

A la sentencia por la cual se resolvió sobre la excepción como inexequible del Decreto número 685 del 14 de abril de 1934, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común 219

A la sentencia proferida en el juicio promovido por Ana Lucía y María Elisa Pinto Silva contra Juan de Dios Bravo y Carlos Alberto Tellez, sobre nulidad por rescisión de un contrato 407

A la sentencia por la cual se declaró exequible el artículo 4o de la Ley 107 de 1930 800

Del doctor Pedro Alejo Rodríguez:

A la sentencia por la cual se resolvió sobre la excepción como inexequible del Decreto número 685 del 14 de abril de 1934, sobre inspección y vigilancia de las instituciones de utilidad común 219

Del doctor Sergio Salamanca:

A la sentencia que declaró exequibles el inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto número 852 de 1935 ..... 703 y 721

Del doctor Silvestre Serna:

A la sentencia que declaró exequibles el inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto número 852 de 1935 703

Del doctor Arturo Tapias Pilonieta:

A la sentencia proferida en el juicio seguido por Catalina Salas de Rivera contra la sucesión de Isidra Salas de Rivera 150

A la sentencia que declaró exequibles el inciso c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934 y el parágrafo del artículo 24 del Decreto número 852 de 1935 703

Sánchez José Vicente y otros contra The United Fruit Co Ordinario de reivindicación 478

Sandoval Saúl y otros. Causa por robo en cuadrilla 150

Sanjuán Eloy contra Fernando Sanjuán. Ordinario sobre simulación 250

Santamaría Faustino, Sucesión. Negación del recurso de casación contra la sentencia que ordenó rehacer la partición 739

Santos Críspulo y Prudencio Guarnizo contra Wenceslao y Víctor Manuel Morales, Roberto Saumiguel y los herederos de José Hilario Morales y Florentina Rojas. Ordinario sobre reivindicación 113

Silva Isidoro. Causa por envenenamiento que termina con absolución 60

Suárez v. de Defranciseo Waldina contra la Nación. Ordinario por perjuicios 680

Suárez Guillermo. Demanda sobre recobro de la nacionalidad colombiana 779

Suárez Ruan. Recurso de revisión contra la sentencia en el juicio de concurso de acreedores de Manuel Suárez G. 741

T

Tafur Antonio M. Causa por responsabilidad. Sobreseimiento definitivo 105

The Tropical Oil Company contra la Nación. Deslindamiento 203

The United Fruit Co contra Jesús María Restrepo. Oposición a la adjudicación de un terreno denunciado como baldío por éste..... 671

Tobón Roberto contra Jesús María Tobón. Ordinario por pesos 14

Tobón Roberto contra Jesús María Tobón. Ordinario sobre nulidad y otros puntos 308

Toro Rosendo y otros. Causa por asesinato y por cuadrilla de malhechores 158

Torres de Angel Rita contra Daniel Sabegal Mora. Ordinario por pesos 812

Torres Romualdo contra José Isaías Carreño. Ordinario por pesos 247

Torres Tomás. Causa por homicidio 68

U

Uribe Márquez Horacio y Mirciades Cuéllar Durán. Concesión del recurso de casación..... 681

Página

V

Valdivieso Manuel María contra la Nación. Ordinario sobre pago de unos objetos expropiados en tiempo de guerra 77
Vargas Elimas. Causa por homicidio 167
Vélez Roberto contra el Municipio de Amagá. Ordinario sobre pago de lo no debido..... 802
Vergara O Francisco P. Casación del recurso de casación interpuesto por éste en el juicio sobre resolución del contrato de compraventa con Salvador Cure 745

Z

Zavala Emeterio contra Pedro M. Jaramillo, José J. Gutiérrez y Ana Francisca González. Ordinario sobre nulidad de un juicio 819
Zapata Enrique, Alfonso Jiménez y Atanasio Arcila. Causa por robo y por oposición de títulos 56