# GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento" (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVIII ABRIL Y MAYO DE 1939. NUMERO 1947

## IMPORTANTE FALLO DE LA HONORABLE CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

*Por considerarlo de mucha importancia se trascribe en seguida el estudio que sobre la sentencia de 13 de marzo último, proferida en el juicio de la Nación contra "Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A.", e inserta en este número de la GACETA, publicó en la revista "Tierras y Aguas", Nº 6, órgano del Departamento del ramo del Ministerio de la Economía Nacional, el señor Jefe de esa oficina.*

*La Dirección*

Teniendo en cuenta la importante doctrina sentada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en relación con la Ley sobre Régimen de Tierras, se inserta en este número de la Revista el texto de la sentencia que con fecha 13 de marzo del año en curso, dictó esta entidad (Sala de Negocios Generales) en el juicio ordinario que siguió la Nación contra la sociedad denominada "Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A.", respecto de las tierras de Santa Rosa que formaban parte de la antigua Hacienda de Sumapaz.

Toda disposición legal es por su naturaleza una norma de carácter general, y en cuanto a su redacción y terminología obedece a los principios de la técnica jurídica, lo que hace que generalmente su alcance no pueda apreciarse exactamente, sino previo un estudio tanto del respectivo precepto como del estatuto de que forma parte. Esta labor se hace más difícil si, como sucede con la Ley de Tierras la nueva norma jurídica modifica el sistema legal preexistente en materias tan delicadas, aun para los expertos en cuestiones de derecho, como son las relativas al régimen de la propiedad y su prueba, y a las cuestiones atinentes a la posesión.

Estas observaciones tan triviales no han sido obstáculo para que, a base de una simple lectura, y en muchas ocasiones con el solo fundamento de referencias dadas por quienes afirman conocer la nueva ley sobre propiedad rural, se hayan formulado contra ésta críticas infundadas, por estimarla unos, de tendencias disolventes e inspiración comunista, y otros, reaccionaria y capitalista. Lo contradictorio de estas críticas prueba hasta la saciedad, lo superficial del estudio en que ellas se fundan, y la natural dificultad para conocer el verdadero sentido de una reforma de la trascendencia de la operada en Colombia sobre materias agrarias.

En estas circunstancias es manifiesta la oportunidad del trabajo jurídico que acaba de realizar la Honorable Corte Suprema de Justicia al sentar jurisprudencia sobre las cuestiones más importantes que regula la Ley 200 de 1936.

Fue Magistrado ponente en este juicio el doctor Aníbal Cardoso Gaitán. La Corte no se contentó con estudiar simplemente el caso controvertido, sino que, teniendo en cuenta que el fallo había de basarse en la Ley de Tierras, aprovechó la oportunidad para realizar un examen a fondo del nuevo estatuto agrario, para sentar tesis jurídicas que dan a los intérpretes de dicha Ley un derrotero cierto, otorgando al régimen legal de la propiedad el sentido de precisión y claridad que es tan necesario, y que había llegado a hacerse bastante obscuro gracias a las múltiples y contradictorias apreciaciones que acerca de él se venían formulando. La H. Corte ha prestado un oportuno y eficaz servicio al país.

Expuestos en la forma más sintética posible y sin hacer referencia a la rectificación muy acertada que hizo la H. Corte del error en que incurrió el Tribunal respecto de los terrenos objeto del fallo, los puntos doctrinarios más importantes sobre los cuales se ha pronunciado dicha entidad, son los siguientes:

a) Comprobación de la existencia de la propiedad privada antes de expedirse la reforma de 1936;

b) Alcance de los artículos 3° y 4° de la Ley 200 de 1936 en relación con la prueba del dominio privado.

Sobre esta materia anota con mucha oportunidad la H. Corte que "si la Ley sobre régimen de tierras se inspira y orienta en el propósito de dar una prudente y justa solución a delicados problemas de orden social y económico, tocantes con los derechos de los trabajadores que explotan la tierra y con un eficaz aprovechamiento de ella, también hay que abonar a la cuenta de su elevada finalidad la orientación que la informa en orden a estabilizar la propiedad particular de las tierras, revistiéndola, en el campo del derecho, de la firmeza y seguridad de que careció en el anterior sistema jurídico".

c) Eficacia de los títulos inscritos, anteriores a la Ley 200, en que consten tradiciones de dominio entre particulares por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

Sobre esta materia la H. Corte sienta dos tesis de suma importancia, a saber:

1ª Tales títulos "no sólo son un medio nuevo de prueba del dominio particular, sino que al propio tiempo constituyen o crean el dominio privado, ya que éste no existía en relación con el Estado, por no haberse desprendido antes de sus tierras baldías".

2ª El lapso que deben cubrir los títulos en referencia, anteriores a la expedición de la Ley 200, es el de 20 años y no el de 30, como se había sostenido por algunos comentadores de la Ley.

d) Eficacia probatoria de los títulos originarios, o de uno traslaticio de

dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

Para la H. Corte los efectos de los títulos emanados del Estado y de los anteriores al 11 de octubre de 1821 son idénticos respecto de la comprobación del dominio y de sus resultados en relación con los derechos de los colonos, pues como lo anota con mucha oportunidad, "El derecho del propietario que así acredita su dominio afecta a los colonos establecidos antes de la vigencia de la Ley, y ello entraña una diferencia apreciable en cuanto a sus efectos entre el artículo 3° y el 4° pues los títulos inscritos no alcanzan a tener la eficacia que la Ley les concede a los títulos de que trata el artículo 4°, en relación con los colonos".

Al estudiar este punto aprovecha también la H. Corte la oportunidad para precisar el concepto de que el título llamado originario "no lo forma como se ha entendido, el documento contentivo de un acto de enajenación del Estado sino el hecho capaz de originarlo".

Otra cuestión de suma importancia que estudia la H. Corte en su sentencia es la de que, auncuando la Ley en el artículo 4° no exige expresamente que el título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821 no haya perdido su eficacia legal para que tenga la fuerza probatoria que allí se le reconoce, esa exigencia está implícita, por requerirlo así la lógica jurídica y la legislación general que no reconoce excepciones y abarca por lo mismo títulos de esta naturaleza.

Según la sentencia los títulos entre particulares (distintos a la merced y a la composición), anteriores al 11 de octubre de 1821 son eficaces auncuando no hayan sido registrados como lo previene la ley de ese año, porque ésta dejó a cargo del Gobierno la obligación de cumplirla, siendo entendido que la Ley 200 en lo referente a tales títulos hizo de la expedición en 1821 "una interpretación con autoridad".

e) Finalmente sentó la H. Corte el principoi de la aplicabilidad de la Ley 200 de 1936 a los juicios en que se discute la propiedad particular frente a la del Estado y que se hallaban en curso cuando dicha Ley se expidió.

La rápida e incompleta enumeración que antecede de las tesis jurídicas sentadas por la H. Corte, expuestas con gran precisión y acierto, en el fallo que podrán consultar los lectores de esta revista en las páginas que siguen, pone de relieve la trascendencia de las cuestiones decididas por dicha entidad con oportunidad indiscutible, si se tiene en cuenta la diversidad de opiniones que reinaba al respecto entre los intérpretes de la ley, la orientación que sobre su alcance reciben los funcionarios del Organo Judicial, especialmente los Jueces de Tierras, para una recta aplicación del estatuto agrario, y la voluntad general de propietarios y trabajadores en el sentido de someter a los principios de ese estatuto sus actividades, obstaculizada hasta ahora por la dificultad de apreciar exactamente su alcance, por falta de una providencia que, como la expedida por la H. Corte, definiera en forma precisa el verdadero espíritu de esta parte de la reforma agraria.

---

Como la circunstancia de haber sido fallado el litigio a que se refiere la sentencia en favor de la parte demandada y en desacuerdo con las peticiones formuladas por el vocero de la Nación puede dar ocasión a que se aprecie que el litigio fue inmotivado o injusto, o que hubo una deficiente representación de los intereses generales en su secuela, conviene, para una recta apreciación de los motivos del fallo así como de sus consecuencias, tener en cuenta las consideraciones siguientes:

Antes de expedirse la Ley 200, era principio legal incontrovertible, reconocido ampliamente por la jurisprudencia sentada al respecto por la H. Corte Suprema de Justicia, el de que sólo tenían la calidad de propiedad privada los terrenos que hubieran salido legítimamente del patrimonio nacional, correspondiendo la carga de la prueba de este hecho a quien lo afirmara en litigio con el Estado, es decir, a quien afirmara ser propietario, y ese hecho de la incorporación de un terreno, perteneciente inicialmente a la Nación, al régimen de la propiedad privada debía acreditarse al menos con el título originario que demostrara con precisión y de una manera concreta que el inmueble demandado había salido legalmente de dicho patrimonio (el nacional) y quien se presentara a reclamar el todo o parte de aquél había adquirido el dominio conforme al derecho común. (Sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia de 26 de mayo de 1934).

Por corresponder al Gobierno la defensa de los derechos territoriales de la Nación y teniendo en cuenta la situación jurídica que se deja expuesta, fueron muchos los litigios que se promovieron, generalmente respecto de g r a n d e s extensiones abusivamente acaparadas y en la mayoría de los casos sustraídas a toda explotación económica. El caso de la hacienda de Sumapaz se presentó bajo el imperio de los principios jurídicos que se dejaron expuestos: No había título originario, o sea, emanado del Estado, que demostrara de manera concreta que esa vasta superficie de más de doscientas mil (200,000) hectáreas, en que se hallaban cerca de 800 familias de arrendatarios y colonos, salió legítimamente del haber nacional. Era elemental deber del Gobierno pedir al Organo Judicial que así lo declarara. El litigio se inició con esa base jurídica que no ha sido infirmada por la H. Corte en su sentencia, pues ésta tiene como fundamento la Ley 200 de 1936 que reconoció eficacia para demostrar el dominio privado a elementos distintos al título originario, pero subordinó la subsistencia de la propiedad privada a su aprovechamiento económico.

El Organo Judicial al decidir el litigio en favor de la sociedad demandada no negó los fundamentos de la demanda sino que se limitó a dar aplicación a una ley nueva, expedida, como es sabido, a solicitud del Gobierno y en virtud de la cual se dio eficacia probatoria, y aun fuerza creadora de propiedad privada como lo anota la H. Corte, a elementos que antes no la tenían. En realidad la decisión de asuntos de esta naturaleza se produjo automáticamente con la expedición de la Ley 200, limitándose la labor de los funcionarios del Organo Judicial a constatar este hecho en los fallos que dicten. Esta orientación de la Ley de Tierras encaminada, como lo apunta la H. Corte en su sentencia a dar estabilidad a la propiedad privada, es inseparable de la obligación de trabajo que la misma ley impone a los propietarios so pena de la extinción de esa propiedad y de la protección del trabajo campesino, asegurada con las excepciones que consagra el artículo 4°, el derecho de compra de que trata el mismo precepto, la noción de mejoras que fija el artículo 22 y el derecho de retención tan ampliamente protegido en la ley.

GUILLERMO AMAYA RAMIREZ,

Jefe del Departamento de Tierras del Ministerio de la Economía Nacional.

# ACUERDO NUMERO 10

En Bogotá, a cinco de mayo de mil novecientos treinta y nueve, estando presentes los señores Magistrados de la Sala de Casación en lo Civil, doctores Arturo Tapias Pilonieta, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, Juan Francisco Mújica y Hernán Salamanca, con el Secretario, doctor Pedro León Rincón, se constituyeron en Sala de Acuerdo con el objeto de hacer la elección de Presidente de la expresada Sala, para el período que principió el primero de los corrientes; y recogidos los votos de los señores Magistrados, se obtuvo el resultado siguiente:

Por el señor Magistrado Dr. Hernán Salamanca, cinco votos. Habiendo obtenido unanimidad, la Sala lo declaró electo Presidente para el presente período, y a continuación prestó la promesa legal.

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

# LA REFORMA CIVIL

**(Discurso pronunciado por el doctor Pedro A. Gómez Naranjo, al tomar posesión del cargo de Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia)**

---

Señor doctor Medina, señores Académicos, señores:

En virtud del alto honor que me hizo la Academia Colombiana de Jurisprudencia, vengo hoy a tomar posesión del elevado cargo de Presidente de la corporación y a formular ante vosotros la promesa de trabajar con decisión y con entusiasmo en la realización de la obra cultural adelantada con tan feliz éxito por mis antecesores en la mesa directiva.

Muy obligante es para mí esta distinción, por la cual quiero expresar mis profundos agradecimientos a los eminentes colegas que señalaron mi nombre en forma generosa y espontánea, para suceder al distinguido abogado doctor Leandro Medina en la dirección de las labores de la Academia. Desarrolló él una obra de trascendencia para el futuro de esta entidad y tuvo iniciativas brillantísimas que todos hemos aplaudido sin reservas. Al servicio de la Academia supo poner el doctor Medina su sólida preparación jurídica y su actividad incomparable. En la reunión del segundo Congreso Jurídico Nacional, que tan profunda huella dejó en el fomento y estímulo de los estudios de Derecho, tomó parte principalísima y contribuyó con sus luces a que los mejores resultados coronaran el esfuerzo de los iniciadores. Tanto el doctor Medina, como el señor Vicepresidente doctor Alejandro Copete Mafla y los demás colaboradores de la Academia, animados todos del más hondo deseo de servirla, merecen el agradecimiento sincero de los socios, porque mantuvieron en todos los momentos el fervor necesario para que corporaciones de esta índole no se extingan.

La vida de la Academia Colombiana de Jurisprudencia es muy interesante para todos los que aprecian el esfuerzo progresista en las luchas de la inteligencia y para todos los que comprenden lo que significa en la vida profesional la organización de centros de orientación y de defensa. Se constituyó en el año de 1894, el 23 de septiembre. Fue su primer Presidente el gran patricio doctor Nicolás Esguerra, quien sintetizó los fines de la Academia, en la sesión solemne del 29 de noviembre de 1896, en los siguientes propósitos: perfeccionamiento de la legislación patria; reglamentación de la profesión de abogado y reforma en la constitución del Organo Judicial.

Para realizar ese programa de labores, la Academia ha trabajado con constancia durante muchos años y hoy tiene la satisfacción de ver convertidos en leyes muchos de sus proyectos, estudiados por los socios con el interés de servir a la justicia. El ejercicio de la profesión de abogado, está reglamentado en forma que tiende a enaltecer cada día más la noble profesión; la legislación patria ha alcanzado reformas sustanciales, en muchas de las cuales ha tenido parte decisiva la Academia, y la modificación en la constitución del Organo Judicial se ha abierto camino seguro en las Cámaras, donde predomina hoy, después de muchos años de recalcar sobre el problema, el criterio de asegurar su independencia y de librarlo de las redes en que lo envuelve la política.

En orden a la modificación de nuestra legislación, tiene en la actualidad la Academia un campo amplísimo para coadyuvar en la obra del Gobierno como cuerpo consultivo del Estado: la reforma de nuestro Código Civil que el señor Ministro de Gobier-

no, doctor Carlos Lozano y Lozano, miembro de número de la corporación, ha proyectado con el aplauso de todos los jurisconsultos del país.

..Sobre materia tan importante, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado su opinión favorable a la reforma, por medio de leyes que separada y sucesivamente establezcan sobre cada problema o grupo de problemas la consonancia debida entre la ley escrita y la realidad de nuestra época. Dice la Corte que nuestro pueblo, joven, en progreso visible, en desarrollo creciente, es decir, en constante transformación, no puede menos de tropezar con modalidades de las leyes escritas, cuya correspondencia sabia con épocas anteriores testifica su desconformidad con la situación y necesidades actuales.

Las naciones indo-americanas adoptaron Códigos propios para librarse de la legislación española, a la cual estaban sometidas. Fue una obra lenta, laboriosa y difícil. El cambio del derecho escrito da siempre lugar a una gestación demorada, que se hace más grave en los países de cultura incompleta, nacidos en época reciente a la vida de la libertad.

La fuente de la legislación chilena fue principalmente el Código Civil francés. También sirvieron de base a la reforma el Derecho Romano y el Español y algunos Códigos europeos, como el de Prusia y el de Holanda. Don Andrés Bello fue el autor del Código chileno. Trabajó el gran apóstol durante veinte años en esa obra magnífica, que fue revisada por una comisión de seis eminentes jurisconsultos de Chile. El Congreso de 1855 aprobó el Código y empezó a regir el 1º de enero de 1857.

La reforma civil de Chile fue estudiada cuidadosamente por los legisladores colombianos, quienes hallaron en la obra de Bello la más armoniosa condensación de las aspiraciones de los países americanos en relación con el derecho civil en aquella época, porque en ella advirtieron los sabios principios consagrados por países de vieja civilización, acomodados a las necesidades y a las exigencias de los pueblos nuevos que acababan de quebrantar las cadenas de la opresión. El Estado Soberano de Santander fue el primero que adoptó el Código Civil de Chile con ligeras variaciones, por la Ley de 18 de octubre de 1858. Posteriormente otros Estados lo pusieron también en vigencia. El de Cundinamarca lo aprobó en enero de 1859.

El Congreso colombiano aprobó en el año de 1873 el Código Civil de la Unión, calcado sobre el de Chile, que siguió rigiendo para los asuntos del Gobierno General hasta 1886, pues los Estados tenían su legislación propia. La Ley 57 de 1887, que unificó la legislación nacional, estableció en su artículo 1º que noventa días después de su publicación empezaría a regir en la República el Código Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873.

El doctor Antonio José Uribe, quien estudió a fondo la reforma, anota las siguientes diferencias sustanciales entre el Código Civil de Chile y el de Colombia:

Al Código Civil colombiano se le agregó como título preliminar el 3º de la Constitución Nacional de 1886, relativo a los derechos civiles y garantías sociales, incorporado en el Código en virtud de una disposición constitucional. En el Libro I se introdujo un título nuevo (el 13), sobre la adopción; se fijó la mayor edad a los veintiún años, en lugar de veinticinco que señala el de Chile; se suprimió la muerte civil; se reglamentó el matrimonio civil, no reconocido en Chile sino por la Ley de 10 de enero de 1884, y se determinó la forma de las actas del registro del estado civil (artículos 348 a 371), materia de que tratan la Ley chilena de 17 de julio de 1884 y los Decretos Ejecutivos expedidos para reglamentarla. En el Libro IV se suprimieron el título sobre constitución del censo (restablecido en 1887), y la disposición sobre contrato aleatorio de censo vitalicio en el título 33. Finalmente, después del Libro IV, se propusieron dos títulos más (42 y 43), sobre notariato y registro, materia esta última que en Chile se rige por la Ley de 24 de junio de 1887, complementaria del Código, por la cual "se reglamenta el registro conservatorio de los bienes raíces".

El Código Civil de Colombia es una obra admirable. Es para los colombianos el testimonio de la sabiduría de don Andrés Bello y de los grandes juriconsultos chilenos que redactaron el texto que sirvió de modelo al nuestro. Pero es indudable también que las nuevas generaciones necesitan un instrumento de trabajo de acuerdo con las tendencias modernas del derecho, que pueda sustituír aquella obra de altísimo valor, pero que lleva sobre sí el peso inexorable de los años.

Al Código Civil se le han hecho varias reformas, que se deben al deseo de actualizar sus disposiciones de acuerdo con las exigencias de cada época.

La Ley 57 de 1887, que adoptó el Código y la 153 del mismo año, le introdujeron reformas al texto de 1873. Algunas leyes de 1888, de 1890 y de 1892, también modificaron la legislación civil en Colombia. Desde esa época, se han aprobado varias reformas, de las cuales las más importantes son las siguientes:

Ley 56 de 1904, sobre impuesto de registro.

Decreto Legislativo Nº 39 de 1905, sobre notariato y registro.

Ley 32 de 1918, que fija el impuesto sobre mortuorias y donaciones entre vivos.

Ley 52 de 1920, sobre documentos y actos que deben registrarse, reformas relativas al registro y emolumentos de los Registradores.

Ley 8ª de 1922, que establece reglas sobre los bienes de la mujer casada y causales de separación de bienes. Conforme a esa reforma, las mujeres pueden ser testigos en todos los actos de la vida civil. También se refiere al usufructo de los bienes de la mujer casada.

Ley 54 de 1924, que aclaró la legislación existente sobre matrimonio civil y reglamentó la aplicación del artículo XVII del Concordato.

La Ley 84 de 1925, que exige para la prestación de ciertos servicios notoriales el certificado del pago del impuesto sobre la renta.

La Ley 108 de 1928, sobre venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados.

Ley 113 de 1928, sobre estudio térmico y aprovechamiento de caídas de agua. (Artículos 677, 892, 895 y 1001 del C. C.).

Ley 120 de 1928, sobre prescripción y registro de propiedad. Se estableció la acción para la declaración judicial de pertenencia por prescripción.

Ley 45 de 1930. Sobre "pactum reservati domini". Define el alcance de la cláusula sobre reserva del dominio en los contratos sobre venta de bienes raíces y de bienes muebles. (Artículo 1931 del C. C.).

Ley 67 de 1930. Que aclara el artículo 165: la mujer divorciada recobra su plena capacidad legal. Adiciona los artículos 307, 483, 484 y 1810; establece la licencia judicial para la anejenación de los derechos hereditarios del menor bajo patria potestad, o guarda, y de la mujer casada.

Ley 36 de 1931. Adiciona el artículo 108 sobre constitución del testamento cerrado.

Ley 57 de 1931, que estableció determinados privilegios para los créditos sobre prenda agraria. (Artículo 2495 del C. C.).

Ley 70 de 1931, que autoriza la constitución de patrimonios de familia no embargables.

Ley 28 de 1932, sobre régimen patrimonial en el matrimonio. Establece en el matrimonio la libre administración y disposición de los bienes respecto de cada uno de los cónyuges. Esta reforma ha sido considerada como la más trascendental que se ha hecho al Código Civil de Colombia.

Ley 40 de 1932, sobre registro y matrícula de la propiedad y nomenclatura urbana.

Ley 60 de 1935, sobre herencia de los colaterales, limitando hasta el cuarto grado los derechos de sucesión de éstos. (Regla 2ª del artículo 87 de la Ley 153 de 1887).

Ley 45 de 1936, sobre filiación natural.

Ley 50 de 1936, sobre prescripciones y nulidades civiles, que redujo a veinte años el término de todas las prescripciones treintenarias.

Ley 200 de 1936, sobre régimen de tierras, estatuto renovador, que tiende a rea-

lizar la justicia en las relaciones económicas y sociales del trabajador ante el Estado y el propietario inscrito.

A lo anterior pueden agregarse las leyes de carácter social, que forman los textos escritos de un derecho nuevo.

Todas estas reformas trascendentales revelan en el legislador colombiano el propósito de ir variando lentamente la legislación civil a medida que la fuerza de las cosas y la presión de los hechos y las necesidades prácticas han formado instituciones jurídicas nuevas.

Pero es preciso complementar esas reformas con otras, que se imponen ante las nuevas orientaciones de la vida civil y ante los avances de la jurisprudencia. El artículo 10 de la reforma constitucional de 1910, le dio a la propiedad privada el carácter de función social que implica obligaciones. A ese precepto constitucional es urgente acomodar el régimen de la propiedad establecido en el Código Civil, porque de lo contrario quedaría un desacuerdo esencial entre el texto y la Carta fundamental. Las nociones jurídicas de fecunda aplicación, como el fraude a la ley, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la imprevisión, el riesgo creado, el influjo y alcance del error sobre el consentimiento, las teorías modernas sobre responsabilidad civil, las limitaciones a la autonomía de la voluntad, han ingresado a nuestro derecho y lo han enriquecido, no en virtud de la ley escrita, sino como lo dice la Corte, "por la amplia y segura vía de la elaboración jurisprudencial".

La Academia prestará al Gobierno su concurso sobre estos propósitos renovadores y en todos los asuntos en que juzgue oportuno solicitar su intervención y promoverá debates entre los abogados en relación con el estudio de tan importantes cuestiones, de interés vital para el mejoramiento de la legislación patria.

En relación con el régimen interno de la corporación, la nueva mesa directiva pondrá especial empeño en que se cumpla el mandato del artículo 4º de la Ley 75 de 1938, que ordena proveer a la Academia de locales adecuados y cómodos tanto para sus reuniones como para el funcionamiento de su Secretaría y el establecimiento de su biblioteca. Sobre el particular ha encontrado la Presidencia el mejor ambiente en el Ministerio de Gobierno, desempeñado en la actualidad por uno de los miembros más preclaros de esta entidad, dueño de uno de los mejores talentos y de un espíritu avanzado y comprensivo como ninguno.

Esta corporación tiene como progenitora la admirable Academia de Derecho Práctico, fundada por una Ley del año de 1826, siendo Presidente de Colombia el General Santander. La dirigió en sus principios el doctor Francisco Soto y realizó una labor benéfica para la orientación de la legislación del país. Este importante antecedente en la vida de la Academia, tiene gran significación para el desarrollo de sus programas, que deben tener una finalidad práctica, como fue el propósito de sus primeros organizadores.

Por las frases muy gentiles del señor Presidente doctor Medina y por lo que para mí representa el altísimo homenaje que me han hecho los distinguidos miembros de la Academia, me siento profundamente obligado y embargado de la más sincera emoción al ocupar el puesto que han enaltecido con su saber y con sus merecimientos los más eminentes jurisconsultos colombianos, entre los cuales fue el primero el gran ciudadano doctor Nicolás Esguerra, quien tendría suficientes títulos para la veneración de los colombianos por haber sido el más decidido defensor de la reforma constitucional de 1910, que aseguró la fisonomía republicana del país, si no existieran tántos otros motivos para considerarlo como uno de nuestros más excelsos patricios.

Recibo, pues, este honroso encargo de dirigir las sesiones de la Academia, con entusiasmo decidido y con fe en el porvenir, porque tengo la seguridad de contar con el concurso permanente de los muy distinguidos consocios y porque encuentro el camino trazado por manos expertas que buscaron en todos los momentos el progreso de la institución.

Bogotá, abril 13 de 1939.

# SALA DE CASACION EN LO CIVIL

BALDIOS.—LEY DE TIERRAS.—TRADICION DEL DOMINIO DE INMUEBLES. POSESION INSCRITA.

1.—En realidad el órgano judicial no es el competente para decidir las cuestiones relativas a la preferencia en la adjudicación de baldíos. Este aspecto no se halla contemplado por ninguno de los artículos 74, 78, 79, 80 y 89 del C. F. En cambio, el 90 ibídem regula como de competencia administrativa un caso conflictivo de prelación. — 2.—El artículo 44 del Código Fiscal consiste en una proposición jurídica que quebranta el principio cardinal de derecho civil sobre propiedad privada, en el sentido de reputar baldíos, y en tal concepto pertenecientes al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño. Tal disposición es, pues, un privilegio real en su acepción más amplia, desde luego que se atribuye una situación jurídica a cierta clase de bienes raíces. — 3.—El legislador, al acoger en la ley 200 de 1936 el criterio caduco del derecho canónico en materia de tarifa legal de pruebas, con la creación de presunciones consistentes en reputar baldíos los terrenos no explotados económicamente y de propiedad privada los explotados económicamente, no estuvo a la altura de la ciencia probatoria moderna, puesto que técnicamente, para llenar las lagunas del artículo 44 del C. Fiscal, cabían reglas de interpretación, disposiciones supletivas y normas dispositivas puras, en vez de las referidas presunciones que dejaron intactos los problemas concernientes a la carga de la afirmación y su distribución y a la carga de la prueba, los cuales no se alteran con la existencia de una presunción legal. Sólo modificó el legislador el problema de la distribución de la carga de la prueba, debido a que la presunción legal es una regla que afecta a ésta. En efecto, la parte que se halla favorecida con ella, tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la presunción y limitarse a afirmar la circunstancia objeto de ésta. — 4.—Por derecho de conquista la Metrópoli española se hizo dueña del territorio colombiano. El Estado republicano sucedió en ese dominio a la corona. El artículo 44 del C. F. consagra, pues, esa situación de los bienes raíces, reconociendo al propio tiempo la consecuencia jurídica del dominio adquirido por los particulares de acuerdo con los medios que el mismo Estado, primero imperial y luégo republicano, estableció. Ese artículo, por consiguiente, configura un título constitutivo de dominio, en donde, en consecuencia, el modo y el título se confunden. Los títulos constitutivos de dominio no son susceptibles de registro, el cual está estatuído para la inscripción de los títulos traslaticios. De ahí que la carga de la prueba corresponda siempre a quien pretende ser dueño y no a quien invoca la calidad de baldío. Así se corrige la doctrina que explicaba esta peculiaridad apelando para ello, bien a la figura de la presunción, o bien a la teoría de la negación indefinida, la cual en la ciencia probatoria moderna no se acepta, porque en la práctica nunca se presenta, dada la índole de los pleitos que se refieren a hechos concretos de la vida, limitados espacial y temporalmente. — 5.—En nuestro Código Civil no se regula la prueba directa del dominio. En efecto, para que la tradición trasfiera el dominio mediante el registro del título, tratándose de inmuebles, se requeriría, de acuerdo con el artículo 740 del C. C., que el tradente fuera el verdadero dueño. Los artículos 752 y 753 ibídem prevén ese caso y lo resuelven en el sentido de hacer válida la tradición del inmueble por quien no es dueño, y expresan sus consecuencias. El artículo 1871 ibídem, al validar la venta de cosa ajena, indica implícitamente que la tradición del inmueble por medio del registro del título trasfiere la posesión inscrita y no el dominio, supuesto que deja a salvo los derechos del verdadero dueño. El artículo 980 indica expresamente que el registro es prueba de la posesión y de acuerdo con la jurisprudencia colombiana, que diferencia la posesión inscrita de la posesión material, los artículos 785, 789 y 2526 conducen igualmente a establecer que la inscripción es solamente prueba de la posesión inscrita. — 6.—El artículo 3º de la ley 200 de 1936 dio un valor nuevo a la prueba de la suma de títulos inscritos otorgados con anterioridad a

**esa ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso de tiempo no menor del término señalado por las leyes para la prescripción extraordinaria, valor consistente en acreditar el dominio mismo. Así, sin alterar el mérito probatorio dicho del registro de un título traslaticio de dominio, tomado aisladamente, el legislador de 1936 modificó el alcance, eficacia y valor probatorio del registro en relación con el tiempo que abarque el título. — 7.—La posesión y el dominio son instituciones jurídicas distintas, de imposible confusión, no obstante lo cual aquélla es susceptible de presentarse como un reflejo de ésta. La posesión es un derecho auxiliar para el dueño de la cosa o es un derecho provisional para el que no es dueño de ella, pero puede estar en vía de serlo. — 8.—Para usucapir no puede alegarse la posesión como reflejo del dominio sino que es necesario que se inicie y se continúe por todo el tiempo legal como un hecho. Esto es, se requiere siempre para adquirir el dominio por prescripción de un bien raíz el ejercicio del señorío de hecho sobre la cosa durante un lapso de tiempo legal.**

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

(Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica)

### Materia del pleito

La sociedad anónima extranjera United Fruit Company, legalmente domiciliada en Colombia, demandó por la vía ordinaria, con la acción procesal declarativa, a Roberto Salcedo M. para que se declare que no es baldío el terreno situado en jurisdicción del municipio de Ciénaga, corregimiento de Orihueca, conocido con el nombre de Orihueca y Cañabobal, por los linderos que se dan en el libelo; que forma parte de ese bien raíz el suelo que el demandado solicita del Estado en adjudicación a cambio de bonos territoriales; que, por lo tanto, tal inmueble no es adjudicable por el Estado.

Subsidiariamente suplicó la actora "que en el caso de que fuera baldío el globo de tierra denunciado por el demandado, la United Fruit Company tiene derecho preferencial a su adjudicación por el Gobierno, a título de cultivadora y al de ocupante con ganados y cercas firmes y permanentes". Posteriormente, dentro de la oportunidad procesal, la actora corrigió la demanda en el sentido, entre otros, de sustituír la primitiva súplica subsidiaria por esta otra: "que Roberto Salcedo en su petición de baldío no ha cumplido los requisitos del artículo 88 del Código Fiscal y por consiguiente no puede prosperar su pretensión de baldíos".

La demanda fue presentada el 27 de febrero de 1924 y corregida en lo que respecta a las súplicas en la forma que quedan resumidas, el 19 de noviembre de 1925.

Estas son en síntesis las afirmaciones del libelo: Salcedo solicitó, a cambio de títulos territoriales, la concesión de un baldío. La demandante, con fecha 3 de septiembre de 1932, interpuso ante la Gobernación del Departamento del Magdalena la oposición del caso. Tal baldío forma parte de la muy antigua finca denominada Orihueca y Cañabobal, cuya actual poseedora, en virtud de diversas fuentes, es la United Fruit Company. Desde antes de 1820 Orihueca y Cañabobal ha sido de propiedad particular y figura hoy en cabeza de la demanda por compra que en 1913 hizo de alla a Alzamora, Palacio y Cía. Además de este título, el dominio lo tiene también la actora "por prescripción ordinaria de diez y de veinte años, prescripción extraordinaria de treinta años y de cuarenta años y de tiempo inmemorial, realizadas, una bajo el imperio de la legislación española y otras durante el régimen republicano, pero todas ellas antes de la vigencia de la Ley 48 de 1882 derogada".

La actora ha cultivado y ocupado con ganados y demarcado con cercas, desde mucho antes del denuncio de Salcedo, tanto el terreno que éste pretende en adjudicación, como otros contiguos de área más vasta El demandado no suministró los datos sobre ubicación, linderos y colonos exigidos por la ley.

La sentencia de primera instancia se pronunció el 15 de febrero de 1933.

### El fallo recurrido

El Tribunal Superior de Santa Marta, con un voto disidente en lo referente a la parte motiva, confirmó la sentencia del Juz-

gado que desestimó la acción incoada, con la sola modificación de la no condena en costas a la actora. Este fallo de segundo grado se dictó el 24 de noviembre de 1936.

Consideró el Tribunal que la controversia quedó circunscrita al esclarecimiento de estos dos puntos: a) si Orihueca y Cañabobal es en verdad de propiedad de la actora, y b) si en la hipótesis negativa tiene ella un derecho preferencial como cultivadora y ocupante con ganados del baldío.

Los títulos que presentó la United Fruit Company parten de los testamentos otorgados por José Nicolás de Jimeno y su sobrino José de Jimeno en los años de 1820 y 1834, repectivamente. Aparte de que en esos documentos no se encuentra una referencia precisa sobre el bien raíz hoy conocido con el nombre de Orihueca y Cañabobal, un título de esa naturaleza no es suficiente para acreditar el dominio, porque el testamento por sí mismo no puede establecerlo y además porque consiste en una simple disposición que hace el testador de sus bienes para cuyo cumplimiento es necesario que éstos le pertenezcan en realidad y, por consiguiente, exista un título legal que lo pruebe así.

Brotando, pues, de tales testamentos el derecho de dominio que pretende la actora, su existencia no se ha probado. Sus primitivos causantes no pudieron transmitirlo a sus sucesores, puesto que carecían de él.

Cuando en materia de baldíos "se disputan derechos dominicales que en cierto modo están en pugna con los que se considera pertenecientes a la Nación como sucesora de la Corona de España, corresponde demostrar a quien sostiene tales derechos contradictorios, dos cosas: o que los adquirió por título suficiente antes de que ellos hubieran entrado a formar parte del patrimonio de la República, o que los adquirió con posterioridad por uno de los medios reconocidos en las leyes del país".

Descartado por falta de la prueba correspondiente que el dominio sobre Orihueca y Cañabobal fue adquirido por un particular durante la Colonia, el juzgador analiza lo relativo a la usucapión. Con el criterio de los doctrinantes colombianos que afirman la prescriptibilidad de los baldíos "en las condiciones que las leyes tanto españolas como de la República reconocieron a ese medio de adquirir el dominio antes de la vigencia de la Ley 48 de 1882", el Tribunal investiga si los antecesores de la actora poseyeron el inmueble en las condiciones exigidas por la legislación vigente durante la época en que era posible la prescripción.

El registro como instrumento adecuado para transmitir la posesión, dice el Tribunal, careció de este efecto hasta el año de 1867, fecha de la recepción del Código Civil de Cundinamarca en el Estado Soberano del Magdalena. De donde se sigue que las inscripciones de los títulos anteriores a ese año no acreditan posesión. De otro lado, el artículo 879 del Código Fiscal de 1873 exigió para poder usucapir un baldío no ya la posesión inscrita sino el cultivo del terreno. De ello se concluye, según el juzgador, que la posesión inscrita no abarcó el lapso suficiente para haber usucapido, porque ese tiempo en este asunto sólo comprende el transcurrido de 1867 a 1873.

Tampoco se acreditó para el Tribunal la posesión material, porque de los testimonios aducidos unos se refieren a época posterior a la Ley 48 de 1882 que estatuyó la imprescriptibilidad de los baldíos, y otros a tiempos anteriores, pero por haberlo oído decir. Además, ningún testigo depone sobre el conocimiento de hechos constitutivos del cultivo del suelo realizados después de la vigencia de la Ley 106 de 1873.

Respecto de la súplica subsidiaria juzgó el Tribunal que aun cuando existe la prueba de que actualmente la actora posee el baldío que pretende Salcedo, no corresponde al órgano judicial resolver sobre el mejor derecho a la adjudicación, porque, conforme al artículo 78 del Código Fiscal, las controversias entre colonos son de índole administrativa.

Por último, para el Tribunal, en virtud de las razones plausibles que tuvo la actora para oponerse a la adjudicación, no era procedente condenarla en las costas.

**Materia del recurso de casación**

Contra la sentencia del Tribunal se interpuso recurso de casación con apoyo en las causales 7ª y 1ª del artículo 520 del C. J.

En compendio, son éstos los cargos formulados: 1º Se abstuvo el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia. Con el pretexto de que el punto versaba sobre una cuestión de policía, se abstuvo de decidir la súplica subsidiaria de la demanda. Conforme al artículo 79 del Código Fiscal, el órgano judicial está implícitamente facultado para conocer de las controversias entre los colonos y quienes pretenden ser adjudicatarios, porque si aquéllos tienen acción para que el órgano judicial tutele su derecho frente a quienes obtuvieron el título de adjudicación, no hay razón para que se les prive de ella en relación con las personas que apenas están ejercitando su pretensión de adjudicación.

2º El Tribunal interpretó con error, aplicó sin deberlo e infringió directamente el artículo 78 del Código Fiscal, porque para decidir sobre la súplica subsidiaria de la demanda partió de la base de que se trataba de un juicio entre colonos cuando lo que en realidad hay es una querella "entre un poseedor y un particular que ha comprado unos bonos de concesión y pide que se le adjudique en cambio de ellos una zona ocupada por otro".

3º "Interpretación errónea e indebida aplicación del artículo 44 del Código Fiscal". La motivación de la sentencia se hace sobre la base de que el artículo 44 citado contiene una presunción de dominio a favor del Estado que coloca la carga de la prueba de lo contrario en cabeza de quien niegue la calidad de baldío. Tesis ésta inexacta a todas luces. La Ley 200 de 1936 ha venido a interpretar auténticamente no sólo ese texto sino todo lo que se refiere a la prueba legal del dominio y en tal virtud debe ser tenida en cuenta.

Cuando la referida ley reputó baldíos los terrenos no explotados y de propiedad privada los explotados económicamente, llenó un vacío sin modificar el artículo invocado, porque tácitamente dio por sentado que allí no se creaba "presunción alguna ni en favor ni en contra" del Estado.

En el supuesto de que el artículo 44 contuviera esa presunción, ella fue destruída con la prueba de lo contrario, consistente en los títulos de dominio presentados por la actora. No obstante, el Tribunal aplicó dicha disposición como si de ella resultara que la prueba de lo contrario únicamente podía ser la diabólica.

La Ley 200 nunca exige la prueba diabólica del dominio: cuando el reivindicante se enfrenta a un colono, debe acreditar su dominio con una titulación interrumpida que se remonte hasta el año de 1821. En los demás casos basta que aduzca títulos de 30 años para destruír la presunción de propiedad en favor del Estado, y como aquí no hay querella contra un colono, los títulos presentados sobrepasan los treinta años necesarios para acreditar que un terreno no es baldío, porque llegan hasta 1820.

4º Violación del artículo 762 del C. C. y 79 del C. Fiscal. El Tribunal reconoció expresamente que la actora poseía el bien cuestionado, luego tales textos se dejaron de aplicar en la sentencia, porque, acreditada la posesión por ella, lo procedente era considerársela como dueña del terreno y amparársela en este pleito.

5º Violación del artículo 65 de C. Fiscal. El derecho de dominio "lo adquiere el colono, ocupante o cultivador por el simple hecho de la ocupación, cultivo o colonización, en forma tal que la adjudicación y su registro sólo viene a ser la prueba que el Estado le suministra al colono con relación a su derecho de propiedad". La sentencia estimó la calidad de ocupante y posedora del baldío que tiene la actora. Tal hecho, bastante para generar el dominio en cabeza de la compañía, ha debido provocar la aplicación del citado artículo, cuyo desconocimiento indujo violación de él.

6º Error de derecho en que incurrió el Tribunal por no haberles asignado a los títulos de dominio el mérito probatorio que les resconocen los artículos 635, 665 y 669 del C. J., 1757 y siguientes del C. C. y 88 del C. Fiscal.

Nuestro derecho positivo no regula la prueba del dominio. Lo que en realidad reglamenta es la prueba de los actos y de los hechos jurídicos fuentes de ese derecho. Los hechos jurídicos se acreditan libremente, con especialidad por medio de presunciones de hombre, de indicios simples. Los actos jurídicos se establecen con el título, esto es, su prueba es escrita. La validez del título sólo se investiga cuando las partes en la reivindicación son las mismas que ejecutaron el acto jurídico. De lo contrario, el reivindicante que aduce un título generador del dominio no prueba el acto jurídico frente a un tercero sino en calidad de hecho jurídico, desde luego que aquel título de dominio es siempre de efecto relativo. De ahí que lo que propiamente acredita con el título de ese acto es una presunción simple o un indicio suficiente para poder determinar la convicción del juzgador. Por lo tanto, en reivindicación es principio general el de que se triunfa, no probando un derecho mejor y más probable, sino oponiendo al hecho de la posesión presunciones y probabilidades mejores que las que brotan de éste.

Por consiguiente, el Tribunal, ante la titulación aportada por la compañía, ha debido considerarla como índice de que su derecho de dominio era el más fuerte, persuasivo y mejor caracterizado. En apoyo de lo anterior existe la circunstancia de que el artículo 25 de la ley 56 de 1905 creó la Junta Agraria del departamento del Magdalena y ésta, dentro de las funciones que la ley le señaló, decidió "que son baldías las tierras de Orihueca y Cañabobal". A causa de esa providencia, la actora compró ese bien raíz en 1913. El Estado, por lo tanto, respondería ante la United Fruit Company de los perjuicios "que pudiera ocasionarle la pérdida de este pleito", aun en el supuesto de que la mencionada resolución "no implicara cosa juzgada contra la Nación".

7º Violación de los artículos 47, incisos segundo y último, 59, 65, 66, 69, letra b), 72, 79, 84 y 90 del C. Fiscal, 10, 11 y 12 de la ley 71 de 1917. En el caso de autos, el Tribunal, sin tener en cuenta que la actora que alega el dominio es además poseedora, lo cual "hace innecesaria toda prueba sobre aquél", falló en favor de quien solamente tiene en "su favor el hecho bien escaso en consecuencia de haber comprado unos bonos de baldíos". Los artículos invocados tienden a proteger ante todo a los ocupantes, colonos, cultivadores o poseedores de baldíos.

8º Errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 889 del C. Fiscal de 1873. La actora "afirmó y probó dos cosas: a) haber tenido posesión inscrita por más de diez años antes de 1882; b) haber tenido posesión material, también por más de diez años, antes de 1882". El citado artículo no modificó el C. C. de Cundinamarca ni suprimió los efectos de éste en lo relativo a la prescripción. Simplemente es una disposición "relativa a un modo de prueba del derecho de dominio que no impidió adquirir por prescripción" a quien estaba en vía de usucapir. La posesión inscrita "sin que influya para nada la circunstancia de que haya o no habido posesión material" es la única que conforme al C. C. puede considerarse como suficiente para usucapir.

## Motivos

Visto el artículo 78 del C. Fiscal y considerando:

Que la decisión que el órgano judicial pronuncia como consecuencia de una simple demanda sobre oposición a la adjudicación de un baldío es de naturaleza procesal declarativa, o sea que tiene por objeto declarar la existencia o inexistencia de un derecho.

Que aun cuando el Tribunal, sin ser el caso de hacerlo, "subsumió en el citado artículo la cuestión relativa a la primitiva súplica subsidiaria, ello no induce la casación, porque aun dentro del supuesto de que tal súplica hubiera sido interpretada en el sentido técnico de que carece, se concluiría que lo que pide la demandante es la declaración de la existencia de su derecho como cultivadora y ocupante con ganados y cercas firmes y permanentes sobre el baldío que Salcedo pretende, y para el Tribunal no existe ese título que invoca la demandante, desde luego que expresamente desconoce que la posesión de la actora consiste en el cultivo del terreno o en la ocupación con

ganados y estima que se basa en otros hechos "tales como el corte de maderas, trochas y caminos".

Que aun cuando es propio de todo cultivador que coloniza una selva cortar la madera, abrir trochas y hacer caminos, estos hechos por sí solos, independientemente de las circunstancias de modo y de tiempo, no son suficientes para acreditar esa calidad de cultivador. De ahí que implícitamente considerara el Tribunal que una empresa de la naturaleza de la United Fruit Company requiriera para tenérsela como cultivadora de Orihueca y Cañabobal hechos distintos a los probados, por cuanto afirmó ella haber adquirido la finca diez años antes del denuncio formulado por Salcedo.

Vista la causal 7ª del artículo 520 del C. J., y teniendo en cuenta:

Que el fallo del Tribunal, en cuanto abarca este punto, no implica quebrantamiento de forma, porque si se prescinde de su razonamiento inconducente al respecto, se tiene que en realidad el órgano judicial no es el competente para decidir las cuestiones relativas a la preferencia en la adjudicación de baldíos. Este aspecto no se halla contemplado por ninguno de los artículos 74, 78, 79, 80 y 89 del C. F. En cambio, el 90 ibídem regula como de competencia administrativa un caso conflictivo de prelación.

Que desde otro punto de vista, siendo este pleito entre particulares y no figurando en él como parte el Estado, tampoco es competente el órgano judicial para declarar la existencia del derecho de dominio de la United Fruit Company sobre la finca íntegra de Orihueca y Cañabobal, dentro de la cual se halla el área que pretende Salcedo. y que, por lo tanto, la cuestión sub judice se limita a esta última.

Visto el artículo 44 del C. Fiscal, y considerando:

Que el Tribunal, como todos los comentadores del aludido texto, empleó la palabra **presunción**, no en su sentido técnico de probar, demostrar, en cuya acepción se presenta el vocablo como expresión de una hipótesis de verdad con autorización para destruírla aduciendo la prueba de lo contrario, sino en el vulgar que es también el natural de opinar o creer.

Que el artículo dicho consiste en una proposición jurídica que quebranta el principio cardinal de derecho civil sobre propiedad privada, en el sentido de reputar baldíos, y en tal concepto pertenecientes al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño. Tal disposición es, pues, un privilegio real en su acepción más amplia, desde luego que se atribuye una situación jurídica a cierta clase de bienes raíces.

Que preterida la naturaleza dicha del mencionado texto legal, para resolver los problemas relativos a la carga de la afirmación, o sea a la invocación de los hechos pertinentes; a la distribución de esta carga y a la carga de la prueba y su distribución, se recurrió al sistema caduco del derecho canónico en la materia de la tarifa legal de la prueba, revaluado hoy. Con la tarifa legal de la prueba se creó, mixtificado con indicios y ficciones, un enjambre de presunciones, a cada una de las cuales se asignó un valor graduado de manera semejante a la de un cálculo aritmético, con el fin, no sólo de estereotipar rígidamente en formas dadas el procedimiento, sino también con la mira de reducir a fórmulas mecánicas el proceso interno del razonamiento del juez. Este sistema pretendió dictar por adelantado toda conclusión judicial, para lo cual trató de establecer de antemano las circunstancias posibles, más o menos importantes, en cualquier caso jurídico y sometió al juez en la apreciación de las pruebas de aquéllas a medidas y cálculos forzosos de valoración obligatoria. Así, con el objeto de convertir los grados de convicción psicológica en grados de eficacia jurídica, se hicieron clasificaciones abundantes. Se dijo, por ejemplo, "el indicio o presunción puede ser o un indicio débil, del cual sería un atrevimiento inducir un hecho distinto (temerario); o un indicio mediano que, no obstante, permite suponer la existencia de otro hecho (probable); o un indicio calificado, que hace muy verosímil el hecho que se trata de inducir (violento); o un indicio que ponga fuera de toda duda el hecho en

cuestión (necesario). De ello se dedujo que la presunción necesaria excluía toda prueba. La violenta obligada sin excluír la prueba en contrario. La probable no era suficiente por sí sola, pero admitió que se le agregara otra. Y la temeraria carecía de toda fuerza probatoria".

Que el legislador, al acoger en la ley 200 de 1936 el criterio caduco expuesto con la creación de las presunciones consistentes en reputar baldíos los terrenos no explotados económicamente y de propiedad privada los explotados económicamente, no estuvo a la altura de la ciencia probatoria moderna, puesto que técnicamente, para llenar las lagunas del artículo 44 del C. Fiscal, cabían reglas de interpretación, disposiciones supletivas y normas dispositivas puras, en vez de las referidas presunciones que dejaron intactos los problemas concernientes a la carga de la afirmación y su distribución y a la carga de la prueba, los cuales no se alteran con la existencia de una presunción legal. Sólo modificó el legislador el problema de la distribución de la carga de la prueba, debido a que la presunción legal es una regla que afecta a ésta. En efecto, la parte que se halla favorecida con ella tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la presunción y limitarse a afirmar la circunstancia objeto de ésta.

Que, de otro lado, las presunciones creadas por el legislador en la referida ley 200 no pueden ser aplicadas sin que haya retroactividad al hecho materia del actual pleito, el cual se produjo antes de que su alcance y significación jurídica importase la consecuencia de la presunción legal.

Que el Tribunal no exigió la prueba diabólica para destruír la pretendida presunción de dominio del Estado sino que se limitó a observar la carencia del título original, hecho o acto jurídico en virtud del cual se adquirió por el particular el dominio, o el Estado transfirió éste.

Que a ese respecto, el Tribunal negó a los testamentos de los dos de Jimeno valor suficiente para ser tenidos como título originario, y, además, se observa que tampoco de ellos puede inferirse la existencia de tal título, puesto que en ninguno de los dos se hace referencia a la fuente del dominio adquirido por los testadores y en el primero de ellos se habla de la propiedad de un hato en las tierras de Orihueca y Cañabobal, lo cual por sí solo no implica el dominio sobre el suelo.

Que por derecho de conquista la Metrópoli española se hizo dueña del territorio colombiano. El Estado republicano sucedió en ese dominio a la Corona. El artículo 44 del C. F. consagra, pues, esa situación de los bienes raíces, reconociendo al propio tiempo la consecuencia jurídica del dominio adquirido por los particulares de acuerdo con los medios que el mismo Estado, primero imperial y luégo republicano, estableció. Que ese artículo, por consiguiente, configura un título constitutivo de dominio, en donde, en consecuencia, el modo y el título se confunden. Los títulos constitutivos de dominio no son susceptibles de registro, el cual está estatuído para la inscripción de los títulos traslaticios. De ahí que la carga de la prueba corresponda siempre a quien pretende ser dueño y no a quien invoca la calidad de baldío. Así se corrige la doctrina que explicaba esta pecualiaridad apelando para ello, bien a la figura de la presunción, o bien a la teoría de la negación indefinida, la cual en la ciencia probatoria moderna no se acepta, porque en la práctica nunca se presenta, dada la índole de los pleitos que se refieren a hechos concretos de la vida, limitados especial y temporalmente.

Vistos los artículos 762 del C. C. y 79 y 65 del C. F., y considerando:

Que al conceptuar el Tribunal que "indudablemente hay la prueba de que esta compañía posee en la actualidad dichas tierras" no violó ninguna de las disposiciones invocadas, porque la posesión que contempla el C. C. es distinta a la que ampara el C. Fiscal.

Que en efecto, el artículo 79 de este último código dice expresamente que son los cultivadores o colonos quienes deben ser considerados como poseedores; el 65 ibídem, como poseedores; el 65 ibídem confiere la propiedad de los baldíos por su cultivo u ocupación con ganados, con la salvedad contenida en el ordinal c) no derogado del

art. 67 ibídem, la cual da derecho únicamente al uos de los baldíos que ocupen con ganados a los dueños de éstos que no hayan encerrado el terreno con cercas firmes y permanentes, y, por último, el art. 9º de la ley 34 de 1936 dispone que el hecho del cultivo reconocido en la respectiva providencia de adjudicación es lo que transfiere el dominio de los baldíos a título de cultivador. Que la simple ocupación la ampara el C. J. cuando ella inicia el proceso del cultivo o se refiere a los terrenos adyacentes al cultivado.

Que el Tribunal, según ya se dijo, no dedujo de las pruebas aducidas que la actora tuviera la calidad de cultivadora y ocupante con ganados y cercas firmes y permanentes.

Vistos los artículos 653 del C. J., 1757, 665 y 669 del C. C. y 88 del C. F., y teniendo en cuenta:

Que en este pleito, se reitera, no se hace valer la pretensión reivindicatoria por medio de una acción procesal de condena, sino que se ejercita una acción procesal declarativa encaminada a obtener el reconocimiento de la existencia del derecho de dominio de la actora sobre un bien raíz que el demandado afirma se halla protegido con el privilegio de constituír baldío, motivo por el cual no son conducentes los razonamientos propios de las controversias entre dueño y poseedor encaminadas a obtener la restitución del fundo mediante la prueba de un derecho de dominio mejor caracterizado y más probable que el de su contendor.

Que en nuestro Código Civil no se regula la prueba directa del dominio. En efecto, para que la tradición transfiera el dominio mediante el registro del título, tratándose de inmuebles, se requeriría, de acuerdo con el artículo 740 del C. C., que el tradente fuera el verdadero dueño. Los artículos 752 y 753 ibídem prevén ese caso y lo resuelven en el sentido de hacer válida la tradición del inmueble por quien no es dueño, y expresan sus consecuencias. El artículo 1871 ibídem, al validar la venta de cosa ajena, indica implícitamente que la tradición del inmueble por medio del registro del título transfiere la posesión inscrita y no el dominio, supuesto que deja a salvo los derechos del verdadero dueño. El artículo 980 indica expresamente que el registro es prueba de la posesión y de acuerdo con la jurisprudencia colombiana, que diferencia la posesión inscrita de la posesión material, los artículos 785, 789 y 2526 conducen igualmente a establecer que la inscripción es solamente prueba de la posesión (claro que de la inscrita).

Que respecto de este fenómeno, todos los expositores, tanto chilenos como colombianos, se hallan de acuerdo, y así, para citar únicamente al más reciente, el señor Alessandri Rodríguez, en su Tratado de Derecho Civil dice: "A pesar de ser la inscripción la única manera de efectuar la tradición de derechos reales sobre inmuebles y a pesar de ser la tradición un modo de adquirir el dominio, debemos señalar la anomalía de que la inscripción no es prueba del dominio: sólo prueba la posesión, y es aquí, precisamente, donde reside la mayor dificultad e inconvenientes de la organización del registro del conservador de bienes raíces. El legislador dejó abierta la puerta al ejercicio de toda clase de acciones en contra del poseedor inscrito de bienes raíces. En el mensaje se dan las razones de esta anomalía. Se dice que si probar la inscripción fuera probar el dominio, habría sido necesario obligar a todo el mundo a inscribir sus títulos y a probar su valor en el momento de la inscripción. Este era el procedimiento prusiano que nuestro código estimó daba origen a procedimientos engorrosos y esperó que la iniciativa particular supliera estos defectos y que todo el mundo inscribiera sus títulos, pero los vaticinios de don Andrés Bello no se cumplieron, pues en Chile la mayoría de la propiedad raíz sigue tan mal constituída como el día en que se dictó el Código Civil. Tenemos entonces que la inscripción no acredita el dominio, sólo acredita la posesión. Para probar el dominio es necesario probar la posesión. Por esta razón, los pleitos sobre la propiedad raíz son tan numerosos entre nosotros. Estos inconvenientes se evitan con el procedimiento prusiano, según el cual la inscripción prueba el dominio".

Que a ello se debe el que la Corte haya acogido las tesis de los tratadistas france-

ses contemporáneos para solucionar los diferentes problemas que se presentan en materia de reivindicación, evitando así exigir la prueba diabólica del dominio, desde luego que en su jurisprudencia no acepta que el registro sea la única manera de adquirir y conservar la posesión de un bien raíz inscrito.

Que en la acción declarativa que se estudia, el problema es muy diferente a los que se presentan en la reivindicación. Que a la actora correspondía, en virtud de que pretende el dominio sobre lo denunciado por Salcedo, esto es, que no es baldío ese fundo, haber presentado el título originario en virtud del cual el Estado transfirió su dominio o lo perdió y, aun con solución de continuidad, un título traslaticio de dominio en cabeza de la demandante, suficiente, de acuerdo con lo exigido por el artículo 635 del C. J.

Que el artículo 3º de la Ley 200 de 1936 no es aplicable sin retroactividad a este pleito, porque dio un valor nuevo a la prueba de la suma de títulos inscritos otorgados con anterioridad a esa ley en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término señalado por las leyes para la prescripción extraordinaria, valor consistente en acreditar el dominio mismo. Así, sin alterar el mérito probatorio dicho del registro de un título traslaticio de dominio, tomado aisladamente, el legislador de 1936 modificó el alcance, eficacia y valor probatorio del registro en relación con el tiempo que abarque el título. Esto es, hay una verdadera transformación de la cantidad en calidad, porque la inscripción en función del tiempo, que es cantidad, origina una calidad probatoria nueva y distinta de la establecida primitivamente por el C. C. No habiéndose cambiado, pues, la viciosa naturaleza del registro, la innovación del legislador está muy lejos de ser técnica y completa.

Que el Tribunal, por consiguiente, no violó ninguna de las disposiciones legales citadas y tampoco el artículo 3º de la Ley 200 de 1936, el cual no participa de la naturaleza de las leyes a que se refiere el artículo 14 del C. C.

Vistos los artículos 47 inciso segúndo y último, 59, 65, 66, 69, letra b), 72, 79, 84 y 90 del C. F., y 10, 11, 12 de la Ley 71 de 1917 y 879 de la Ley 106 de 1873, y considerando:

Que la protección que concede el C. F. a los derechos de los cultivadores, ocupantes y colonos de baldíos no fue desconocida por el Tribunal sino que éste negó a la actora la calidad que al respecto pretende, porque de las pruebas que adujo no encontró que hubiera colonizado y cultivado la selva, dadas las circunstancias de modo y tiempo que aquí se presentaron.

Que la simple ocupación, sin duda alguna, engendra un mejor derecho a la adjudicación en relación con las demás personas que pretendan el mismo baldío, pero que para ello se requiere que el ocupante lo sea en función de cultivador, más no cuando ese ocupante revela su voluntad de apoderamiento arbitrario desprovisto de la intención objetivamente manifestada de trabajar la tierra, que es el fin social y económico previsto en el C. Fiscal.

Visto el artículo 879 de la Ley 106 de 1873, y teniendo en cuenta:

Que la posesión y el dominio son instituciones jurídicas distintas, de imposible confusión, no obstante lo cual aquélla es susceptible de presentarse como un reflejo de ésta.

Que en tal sentido la posesión es un derecho auxiliar para el dueño de la cosa o es un derecho provisional para el que no es dueño de ella, pero puede estar en vía de serlo.

Que en la primera hipótesis, la posesión manifiesta la realidad del dominio. Mediante el ejercicio de ella se revela la propiedad como existiendo materialmente y no en forma abstracta y aparente.

Que en la segunda hipótesis, la posesión es un derecho provisional para el no propietario, derecho que se origina en la presunción de dominio que la acompaña. Que se explica esa presunción porque el dominio no es un simple título desnudo sino que comprende también el derecho a poseer, como si se dijera el derecho a los emolumentos o a los atributos de la propiedad. Y es pro-

visional por cuanto cede siempre ante el derecho de dominio.

Que para usucapir no puede alegarse la posesión como reflejo del dominio sino que es necesario que se inicie y se continúe por todo el tiempo legal como un hecho. Esto es, se requiere siempre para adquirir el dominio por prescripción de un bien raíz el ejercicio del señorío de hecho sobre la cosa durante el lapso legal.

Que el Tribunal no encontró acreditado el hecho de la posesión por los antecesores de la demandante durante la época en que era posible la prescripción de los baldíos, o sea antes de la vigencia de la Ley 48 de 1882.

Que la jurisprudencia colombiana unánimemente se ha negado a reconocer a la simple posesión inscrita de los bienes raíces el alcance que pretende el recurrente, en el sentido de ser suficiente el registro para usucapir.

Que a este respecto el legislador colombiano ha consagrado con autoridad tal jurisprudencia, puesto que la ha respaldado, como lo demuestran el artículo 5º de la Ley 120 de 1928 y la Ley 200 de 1936, en lo pertinente.

Que, para finalizar, y aun cuando ello no es materia de la casación, se observa que lo fallado en este pleito no obsta para que, en la oportunidad debida, y de acuerdo con el artículo 9º de la Ley 25 de 1931, se dé cumplimiento por las autoridades administrativas a lo dispuesto, respecto a la extensión máxima de las adjudicaciones, en las leyes que regulan la materia para la zona bananera del Departamento del Magdalena.

**Resolución**

Por 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, no casa la sentencia que con fecha 24 de noviembre de 1936 pronunció en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Santa Marta.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

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

---

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES LIBORIO ESCALLON Y FULGENCIO LEQUERICA VELEZ**

Por no estar de acuerdo en todas las conclusiones de la anterior sentencia de la Corte, disentimos de la opinión de la mayoría de nuestros respetados colegas que integran la Sala de Casación en lo Civil y salyamos nuestro voto en los términos que siguen:

Estamos de acuerdo con el resto de la Sala en cuanto concluye ésta, al no casar el fallo que no puede prosperar la declaratoria de baldío del lote de terreno alinderado en la demanda, como tampoco que no puede triunfar la petición encaminada a que se declare que no son adjudicables, en calidad de baldíos, los globos de tierra descritos en el libelo. Pero no estamos de acuerdo en que debe accederse a la solicitud de adjudicación hecha po rel señor Roberto Salcedo M. En otros términos: creemos que dicha solicitud no puede prosperar y que por lo tanto ésta debe archivarse.

Las razones legales en que nos fundamos son las siguientes:

Si la declaratoria de que es baldío el terreno ubicado en el Corregimiento de Ori-

hueca y determinado en la demanda no puede prosperar, es en nuestro sentir porque no siendo parte la Nación en este pleito, dicha declaratoria no es procedente. En esto, lo repetimos, estamos de acuerdo con el resto de la Sala.

La premisa anterior lleva a una conclusión evidente e ineludible: Este litigio es meramente entre particulares; por una parte la United Fruit Company como opositora demandante, por la otra Roberto Salcedo como demandado y pretendiente a la adjudicación de un terreno que él cree que es baldío y siendo esto así son las normas del Código Civil las que deben dar la solución del problema.

El señor Salcedo se presenta para respaldar su pretensión con unos títulos o bonos de adjudicación de baldíos. La United Fruit respalda el derecho que defiende con títulos inscritos de dominio que arrancan, prescindiendo de los testamentos de José Nicolás de Jimeno y José de Jimeno del año de mil ochocientos treinta y seis en que consta la venta de los terrenos denominados Orihueca y Cañabobal hecha por Ramona Oligos y Granados a don Andrés del Campo.

Consideradas así las cosas y teniendo en cuenta, repetimos que no se trata de una disputa de baldíos entre la Nación y un particular sino de un litigio entre dos particulares que se disputan entre sí un mejor derecho a un globo de terreno, la cuestión se reduce en nuestro sentir al problema de la prevalencia de títulos o sea cuál de las dos partes litigantes está mejor amparada en este caso por los títulos que presenta.

**Títulos de Roberto Salcedo**

Están éstos constituídos únicamente por títulos expedidos por el Estado que le dan derecho a pedir una adjudicación de baldíos. Estos títulos, como es claro, no se refieren ni pueden referirse a un terreno determinado, ni a un cuerpo cierto preciso sino únicamente a los terrenos que sean realmente baldíos. El dueño de esos títulos tiene la elección para la adjudicación en cuanto el terreno que señale sea baldío, de modo que está circunscrito su derecho por esa condición especial. Cuando el terreno señalado no es baldío el dueño de los títulos no pierde su derecho a pedir la adjudicación de otro globo baldío, pero no puede solicitar la adjudicación del terreno que señaló como baldío y que no resultó ser tál. Cuando señalado un terreno como baldío aparece una oposición es preciso entonces examinar los títulos en que ésta se apoya porque puede haber casos que, auncuando no proceda una declaratoria de baldío, como en este litigio, la prevalencia de los títulos de la parte opositora impidan, para no vulnerar derechos adquiridos, que triunfe la pretensión de quien pide la adjudicación.

**Títulos de la United Fruit Company.**

Se apoya ésta en títulos inscritos que arrancan desde mil ochocientos treinta y seis y llegan hasta mil novecientos trece en que por escritura número ocho de dicho año la United Fruit adquirió parte de los terrenos a que se refiere este litigio por compra hecha a la sociedad Alzamora Palacio & Compañía de Barranquilla. El Tribunal se expresa así: "Establecido pues, que el título presentado por la compañía opositora se refiere a las tierras de Orihueca y Cañabobal (o las que se conocen con tal nombre en este pleito), cabe examinar ahora si ese título y los que le precedieron son suficientes para dar por probado el dominio que se alega". Para nosotros no es cuestión de dominio sino de prevalencia de títulos y partimos de la base sentada por el mismo Tribunal de la identidad del globo que se disputa.

Ahora bien, entre una titulación que tiene más de un siglo (1836) y unos bonos o títulos que dan derecho a pedir la adjudicación de baldíos nos inclinamos a los primeros para efectos de la prevalencia por las siguientes razones: a) porque los títulos inscritos se refieren a un cuerpo cierto y determinado; b) porque los títulos de baldíos no pueden referirse por su misma naturaleza a un globo de terreno determinado y de este punto de vista esos títulos tienen un carácter genérico e indeterminado al paso

que los títulos inscritos son de carácter determinado y específico; c) porque uno de los modos tradicionales de adquirir el dominio de las cosas es la tradición y en tratándose de inmuebles ésta se realiza por la inscripción y la compañía demandante ha presentado para amparar sus pretensiones títulos inscritos; d) porque el pretendiente Salcedo no ha presentado, ni podía hacerlo, dada la naturaleza de este litigio, títulos de esa naturaleza; e) porque el animus domini, aun cuando no existiera la posesión material, favorece a la United Fruit Company y está de parte de ella a contar desde hace más de un siglo, al paso que ese animus, caso de que pudiera existir en el pretendiente a la adjudicación no arrancaría sino desde que hizo su solicitud de adjudicación muy posterior al año de mil novecientos trece, último título de la cadena que presenta la United Fruit.

Vistas así las cosas, para nosotros prospera el cargo sexto de la demanda de casación, o sea error de hecho en el Tribunal al no admitir las escrituras presentadas como prueba del dominio, por lo cual incurrió el Tribunal en error de derecho violando con esto los artículos 635 del C. J. y 789 y 1757 del C. C.

Si como lo sostiene con razón la mayoría de la Sala, en una acción reivindicatoria prevalecerían los títulos inscritos sobre los títulos de adjudicación, en un caso como el presente debe primar la misma doctrina, porque en definitiva en una acción reivindicatoria y en una procesal declarativa como a la que se refiere este pleito, la prevalencia de los títulos es la que decide la cuestión. No es que nosotros sostengamos que siempre y en todo caso los títulos inscritos tengan la prevalencia, pues seguimos la doctrina colombiana al respecto, sentada desde hace medio siglo; los títulos inscritos pueden perder su eficacia y no prevalecer ante una posesión material, pero como en el presente caso este factor de posesión no tiene cabida, en nuestro sentir los títulos aducidos por la United Fruit la amparan.

Creemos que una doctrina contraria a la que dejamos expuesta tiene el peligro de poder llegar a la siguiente conclusión, o mejor, a crear el siguiente problema: el dueño de unos títulos de baldíos señala como adjudicable un terreno poseído por una tercera persona; si ésta no presenta el título de adjudicación de la Corona Española o del Estado Colombiano, los demás títulos inscritos que exhiba no tienen eficacia para amparar su derecho y como la mayor parte de los predios cultivados y poseídos hoy carecen de título de adjudicación, porque fue la mera ocupación como modo primario de adquisición del dominio lo que constituyó y constituye el primer eslabón de la mayoría de los predios colombianos, resultaría que casi todos los propietarios o tendrían que acudir a la **probatio diabolica,** cosa imposible muchas veces y doctrina descartada ya, o entregar sus predios a los dueños de títulos de baldíos, ignominados, imprecisos y vagos. Podría decirse que el fenómeno o problema no se presentaría porque los poseedores se defenderían con el hecho material de la posesión y de los cultivos; pero en este caso esos poseedores perderían su carácter de dueños, **dominos** de sus predios para convertirse en meros colonos y entonces se tendría trocada una situación jurídica respaldada por posesión material y títulos inscritos, por otra que es contingente, que excluye el carácter de dominio y sólo habilita para obtenerlo.

Bogotá, mayo diez de mil novecientos treinta y nueve.

**Liborio Escallón — Fulgencio Lequerica Vélez—Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

## SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Visto el artículo 353 del C. J. y teniendo en cuenta que el Secretario informa que transcurrió el término señalado en ese texto legal sin que la parte recurrente haya suministrado el papel sellado exigido para el repartimiento, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

Declárase desierto el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia que el 25 de abril de 1938 pronunció el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario de Simón Fajardo contra las sucesiones de Buenaventura Fajardo y Nicolasa Gómez de Fajardo, representadas por Miguel Fajardo y José León Ramírez, y, por consiguiente, ejecutoriada la providencia dicha.

Las costas, si las hubiere, son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la **Gaceta Judicial** copia de esta providencia.

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

## RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL MANEJO DE VEHICULOS

**1. Fuera de una responsabilidad directa hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una FALTA DE VIGILANCIA o en una MALA ELECCION.—2. Las personas morales no están excluídas de la responsabilidad extracontractual, o más concretamente, las personas jurídicas. Aunque la persona moral no es penalmente responsable, civilmente sí lo es.—3. Para los efectos del recurso de casación sólo interesa el alcance y contenido del caso 4º del artículo 2347 y el del artículo 2349 del C. C., frente al hecho dañoso a terceros del empleado o dependiente de una empresa-persona moral, realizado en el ejercicio de la función que al empleado le corresponde o se le ha confiado. Ese hecho no podrá ser gobernado por el artículo 2341, porque no es hecho personal del empresario. Tendrá necesariamente que serlo por las citadas disposiciones concernientes a la responsabilidad de empresarios y empleadores por daños resultantes de actos de sus subordinados. Empresarios y empleadores dejarán de ser responsables si probaren que no tuvieron medio de prever e impedir el hecho. En derecho colombiano no es difícil aceptar que la presunción de culpa por el hecho de los empleados o dependientes se desvanece demostrando la ausencia de culpa por parte del superior.—3. El carnet expedido a los choferes por las autoridades competentes, no prueba por sí la ausencia de culpa ni del chofer ni de la persona bajo cuya dependencia y subordinación esté trabajando en el momento de atropellar a alguien.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta).

### Hechos

El día 9 de julio de 1934, a eso de las ocho y media de la mañana, ocurrió un violento choque de vehículos en la carretera que de la ciudad de Barranquilla conduce a la población de Baranoa, Departamento del Atlántico, en una curva del lado occidental de la mencionada carretera, en el punto conocido con el nombre de El Tamarindo, entre el automóvil marcado con la placa número 20-05, matriculado en Baranoa, que manejado por su propietario el chofer Gregorio Rada, se dirigía a Barranquilla con pasajeros, y un camión de propiedad de la Compañía de Cervezas "Bavaria", marcado con la placa número 271, matriculado en Barranquilla, el cual manejado por el chofer Valerio Meriño, llevaba una dirección contraria a la del automóvil. Del choque resultó gravemente herida la niña Agripina Nieto Zárate, quien murió a las pocas horas en el hospital de Caridad de Barranquilla, así como herida también su madre la señora Dilia Zárate de Nieto, y los demás pasajeros del automóvil.

Como responsable del accidente inmediatamente se sindicó al chofer del camión, Meriño, por causa de la excesiva velocidad con que conducía la máquina. A la Dirección General de Tránsito Departamental, en la investigación que al efecto levantó, no le fue difícil confirmar tales sospechas, y así fue que por medio de resolución número 17, de fecha 1º de septiebre del mismo año, determinó inhabilitar por término indefinido al chofer Meriño en el ejercicio de su profesión, decomisándole la patente respectiva. Son fundamentos de esa resolución:

"Que según lo pudieron constatar el Director General del Tránsito Departamental, el Secretario General y el Técnico de la Dirección del Tránsito, quienes estuvieron en el lugar del suceso pocos minutos después de haber ocurrido éste, el caso se debió a la

mucha velocidad en que andaba el camión 271, y, al haberle este vehículo quitado su derecha al automóvil número 20-05, lo cual se pudo ver en la brequeada que medía más de ocho metros, gravada por la llanta izquierda trasera del camión sobre el filo mismo de la izquierda del camino; que según las declaraciones rendidas por los pasajeros del automóvil 20-05, por el caminero del kilómetro donde ocurrió el choque, etc., toda la responsabilidad del accidente la acumulan al chofer Meriño, del camión 271; que el chofer Rada observaba rigurosamente las leyes del tránsito, en lo que se relaciona con la velocidad y conservación de la derecha; que el chofer Meriño violó el artículo 40 del reglamento del Tránsito que ordena "conservar siempre las derechas en las vías públicas, lo más cerca posible a la orilla del camino y así mismo incumplió el artículo 46, del reglamento que prohíbe la mayor velocidad; que hasta la fecha el chofer Meriño no ha podido destruír los cargos contra él formulados y constatados....."

Las pocas declaraciones que se recibieron en el presente juicio están todas conformes en arrojar la responsabilidad del accidente al chofer del camión, señor Meriño, por conducir a una velocidad excesiva su vehículo, el cual en el momento de encontrarse con el automóvil de pasajeros no pudo ser frenado ni desviado convenientemente para dejar libre el lado derecho de la vía, por donde el automóvil debía pasar.

Estos hechos son la causa y el origen de la acción civil de responsabilidad instaurada por Campo Elías Nieto y Dilia Zárate de Nieto, padres legítimos de la menor Agripina, muerta en el accidente, dirigida contra la empresa "Bavaria", a cuyo servicio viajaba el camión, para que los indemnice por la muerte de la hija y además por las heridas que en el mismo accidente recibiera Dilia Zárate; acción propuesta ante los jueces competentes de la ciudad de Barranquilla, de la cual da cuenta este expediente, y cuyos hechos principales fuera de los que acaban de relatarse son además estos otros:

a) Que Agripina Nieto Zárate era hija de los demandantes, nacida en Baranoa el 23 de julio de 1925, la que vivió bajo su potestad y custodia hasta el día de su muerte; b) Que en el mismo accidente automiviliario la madre de la menor señora Dilia Zárate recibió varias heridas, contusiones y la rotura de un hueso, que le produjeron graves trastornos en su salud y una deformidad física de por vida; c) Que la sociedad demandada, denominada "Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A., Fábrica de Barranquilla", era o es propietaria del camión causante del accidente, que en la fecha del acontecimiento iba manejado por el señor Valerio Meriño, empleado o dependiente de dicha empresa, quien por cuenta de ella y en su servicio conducía el camión; d) Que por negligencia, por impericia o por imprudencia del señor Meriño se efectuó el choque del camión con el automóvil, en el cual perdió la vida la niña Agripina Nieto y sufrió heridas de gravedad su madre Dilia Zárate de Nieto; e) Y que por la muerte de la hija y las heridas y golpes causados a la madre, los demandantes sufrieron considerables perjuicios materiales y morales avaluados en la suma de diez mil pesos así: por la muerte de la menor, la cantidad de seis mil quinientos pesos oro legal, y por la enfermedad que a consecuencia de las heridas y maltratos ha estado padeciendo la señora Dilia Z. de Nieto la suma de tres mil quinientos pesos oro legal.

La empresa demandada contestó la demanda aceptando lo de la propiedad del camión y carácter de Valerio Meriño de ser empleado o dependiente suyo, que por cuenta de ella y a su servicio viajaba el día del siniestro. Pero niega la responsabilidad civil que se le atribuye, pues Meriño tenía acreditada su pericia y experiencia con el título oficial o patente de chofer expedida por las autoridades respectivas, previo el examen de rigor. De consiguiente, si llegare a acreditarse que Valerio Meriño es el responsable del accidente, sería él personalmente responsable de las indemnizaciones, toda vez que el acto del siniestro quedó fuera del control de la empresa demandada.

**Fallos de instancia**

El del Juez tercero del Circuito de Ba-

rranquilla fue favorable a la parte demandada. Consideró que ninguno de los dos artículos 2347 y 2349 del Código Civil eran aplicables al caso. El primero, porque se refiere a las relaciones domésticas entre señores y criados, respecto a los daños que éstos causen a terceros. Y el segundo, porque si bien es verdad que el inciso 4º hace responsables a las empresas de los delitos y culpas de sus dependientes también lo es que el final de dicha disposición hace cesar esa responsabilidad si los empresarios han sido cuidadosos en la elección de sus subalternos, escogiendo a hombres competentes para desempeñar el cargo que les confían, o no ha estado en sus manos evitar el daño. Como Valerio Meriño tenía patente de chofer expedida por las autoridades públicas que lo habilitaba de persona capacitada en el ejercicio de las funciones que desempeñaba por cuenta de Bavaria, y como por otra parte tampoco se probó que la empresa, pudiendo, se hubiese abstenido de poner los medios conducentes a conjurar el accidente, su falta de culpa es manifiesta.

El tribunal, con un voto disidente, no compartió la tesis del juez, habiendo, en consecuencia, condenado a la sociedad demandada a pagar a los demandantes la suma total de $ 7,770.00 por razón de las indemnizaciones reclamadas.

Para el fallador de segunda instancia el artículo 2341 del Código Civil consagra dos responsabilidades respecto del autor del hecho dañoso a tercera persona: la penal, que debe recaer individualmente sobre el agente del hecho delictuoso a virtud del principio de que la pena no hiere sino individualmente; y la civil, que recae sobre la entidad o persona a cuyo nombre se obra, "a virtud también del principio de que quien hace u obra por otro hace u obra por sí, porque no es justo que quien se aprovecha o beneficia de la obra de otro en la ejecución de una obligación previa o de un mandato como resultado del cumplimiento del cargo que desempeña, no responda del hecho del substituto como hecho suyo. Hay un fenómeno que hace revertir ficticiamente los lugares que ocupa el representante que, cuando tál ejecuta a nombre de su representado o en ejercicio de las atribuciones de éste, la ley lo coloca **loco domini** porque el acto del representante es jurídicamente vincular con respecto a terceros, puesto que en su ejecución, enuncia, en formas exteriores materiales la voluntad del representado; y de ahí que ese representado responda por el hecho de su representante por ser un hecho propio, mientras las actividades las ha desenvuelto ese representante dentro del campo propio que le ha trazado su representado. Y cuando esto sucede, el representado responde por el daño como efecto de una **culpa in contrahendo** personal suya, más no en consideración a una culpa **in eligiendo** o por una culpa **in vigilando**, como se deduce que ha tenido en cuenta el juez por error de apreciación en que se ha confundido al interpretar el campo que ocupa la representación por otro y para otro, respecto a la culpa **in contrahendo** como así debió apreciarlo, por cuanto la culpa **in vigilando** e **in eligiendo** no podía precederle en la escogencia del chofer sin patente, o en el desarrollo de las actividades de ese chofer, cuando quiera que tenía que cumplir las funciones para que fue empleado".

Valerio Meriño — continaú diciendo el tribunal — conduciendo el camión de propiedad del Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A., con un cargamento de productos de esa empresa, obraba como empresa por razones de su empleo, de manera que los actos que ejecutara eran actos cuyos beneficios aprovechaban a la empresa, no a él personalmente. De ahí nace la responsabilidad de la compañía demandada.

### El recurso de casación

La demandada interpuso el recurso de casación contra la sentencia condenatoria de segunda instancia.

Invócase la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, por "ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva..... por aplicación indebida e interpretación errónea" de la misma ley, y, además, "por falta de apreciación de la prueba" que adelante se indica, falta que indujo al tribunal

sentenciador a un doble error de hecho y de derecho.

La responsabilidad de un acto por parte de una persona, supone necesariamente la imputabilidad del mismo a cargo de la propia persona. ¿A quién es imputable el hecho del cual ha resultado el daño en este caso? Es evidente que, si se trata de un acto humano, hay que imputarlo a un hombre; no es posible achacárselo a una sociedad anónima. ¿Quién conducía el vehículo en el momento del accidente? La persona que lo conducía no era desde luego una persona jurídica, es decir, una ficción legal; porque los vehículos de cualquier clase que sean no pueden ser conducidos por ficciones sino por seres racionales. De consiguiente, no cabiéndole, como no le cabe en este caso la imputabilidad a la persona jurídica del Consorcio de Cervecerías Bavaria, tampoco le cabe la responsabilidad del hecho dañoso.

El artículo 2341 del Código Civil, aplicado por el tribunal contempla el caso de responsabilidad directa, pero no se refiere en manera alguna a la persona natural o jurídica de la cual era empleado el delincuente o culpable. Por lo tanto al aplicarlo al caso de autos en sentido contrario al demandado, el Tribunal de Barranquilla incurrió en violación de esa disposición, por indebida interpretación y aplicación errónea.

Por otra parte, el acto humano — delito o culpa — es indivisible, e indivisible ha de ser en general su imputabilidad, y, llegado el caso su responsabilidad. No sería cuerdo que la ley civil, a diferencia de la penal, castigara a terceros inocentes de la culpa o del delito. Más aún: semejante división o separación de la responsabilidad civil y la penal, para el efecto de aplicar la primera al inocente y la segunda al culpable, está en abierta pugna con el artículo 2341 del Código Civil.

---

La enumeración de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil es taxativa en virtud de la máxima PRESUMTIONES SUNT STRICTISSIMAE INTERPRETATIONIS. Así, pues, para que una persona sea responsable del hecho culposo o dañoso ejecutado por otra, es necesario que la segunda esté AL CUIDADO de la primera, y que ésta, "con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad" le confiere, "hubiere podido impedir el hecho". ¿Qué personas están, para los efectos de tales artículos **al cuidado** de otras? Los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 2347 y el mismo texto del 2349 satisfacen la pregunta. Estar al cuidado de otra persona es, a no dudarlo, estar bajo su potestad familiar o cuasi familiar, como el hijo respecto del padre, el pupilo del guardador, la mujer respecto del marido, etc. En cuanto a los dependientes es claro que por tales se entiende no empleados cualquiera, sino aquellos que mantienen relación con el empresario, están bajo su inmediata dependencia y reciben de éste instrucciones para desempeñar una labor determinada.

Ahora bien: el chofer que entra al servicio de una empresa no pierde su capacidad ante la ley; no está al cuidado de la empresa en el sentido de los artículos citados. El chofer Meriño cuando manejaba el vehículo no estaba al **cuidado** de Bavaria; estaba manejándolo en virtud de capacidad propia para ello, reconocida y acreditada en el pase o carnet correspondiente.

De todo lo expuesto se deduce que el sistema del Código Civil colombiano no admite ni acoge en forma alguna la teoría de la responsabilidad objetiva, en virtud de la cual una persona responde de sus actos perjudiciales a otros, prescindiendo de toda idea de **culpa**; noción que en tal teoría se reemplaza por la del **riesgo.**

Esta última teoría es la que implícitamente acoge el sentenciador, según se infiere de sus razonamientos. La expresada teoría, al trasladar el fundamento de la indemnización por daño de la noción clásica de la culpa a la del riesgo, exige para su aplicación un texto expreso, un sistema legal completo, concienzudamente adoptado.

En el caso de autos, los textos legales citados exigen siempre sin excepción la existencia de la culpa por parte de quien debe indemnizar el daño; y el fallo del tribunal al considerar que el Consorcio debe indemnizar de todos modos, aun cuando no hubiera incurrido en culpa, el daño causado por

uno de sus choferes, interpreta y aplica indebidamente los artículos 2347 y 2349.

---

En gracia de discusión podría aceptarse que las relaciones entre empresarios y dependientes reguladas por el artículo 2347 fueron las que existieron entre el Consorcio de Cervecerías Bavaria y el chofer Valerio Meriño. En tal hipótesis al caso sería aplicable también el inciso final de dicha disposición que dice: ....." Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho". Más el tribunal no apreció en forma alguna las pruebas del Consorcio que destruyen la presunción de responsabilidad del mismo; y por esto incurrió en un doble error de hecho y de derecho con violación de los artículos 2341, 2347 y 2349 del Código Civil. Esas pruebas son el carnet del chofer, expedido por la autoridad pública, que acreditaba suficientemente la capacidad y habilidad de Meriño en el oficio en el cual lo ocupaba el Consorcio.

**Análisis del recurso**

El título XXXIV del libro cuarto del Código Civil, consagrado a dar normas sobre la responsabilidad común por los delitos y culpas, divídese por materias en tres partes: la primera, que son los artículos 2341 y 2345, contiene los principios directores de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; la segunda, constituída por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, regula todo lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otro; y la tercera, agrupada bajo los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas.

Cada uno de estos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo.

El dominio de la responsabilidad por el hecho del otro como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer grupo. Es apenas natural que todo el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, indemnice a la víctima. Este es el hecho directo producto de la actividad personal de los individuos.

Pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consite en una **falta de vigilancia** o en una **mala elección.** Cierto es que en estas faltas hay ya una culpa, pero ésta no es la causa próxima del daño. La causa próxima del daño reside en el hecho del hijo, del pupilo, el demente, el empleado, el animal o la cosa, más como la actividad de dichas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometida al control y vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de ésta, sin la cual el daño no se hubiera ocasionado.

---

No se crea que del sistema legal de la responsabilidad extracontractual están excluídas las personas morales, o más concretamente las personas jurídicas: sociedades, asociaciones, entidades de derecho público, etc. Es cierto que la persona moral no es penalmente responsable. La infracción cometida en nombre y por cuenta de la persona moral sólo compromete penalmente a la persona física que haya actuado. La condenación represiva o corporal ha sido concebida para castigar a la persona física, porque el fin y la naturaleza de las sanciones penales son incompatibles con la persona moral. La responsabilidad civil de las perso-

nas jurídicas por nadie se pone hoy en discusión, sea cual fuere el criterio que se adopte respecto a la naturaleza de ellas, así sea el antiguo de la ficción o el más moderno de la personalidad moral, realidad técnica. Y es porque a diferencia de la condenación penal, la condenación civil no es un castigo; tiende solamente a reparar el daño. Ahora, si la persona moral no puede ser castigada, en cambio tiene tanta capacidad como la persona física de resarcir los perjuicios que infiera a terceros. Los perjuicios pueden ser resarcidos sobre el patrimonio de las personas morales como sobre el patrimonio de las personas físicas. Para sostener la irresponsabilidad extracontractual de las personas morales, necesariamente habría que partir de la base de su irresponsabilidad contractual, como quiera que ambas formas de responsabilidad en el fondo descansan sobre la misma idea: obligación de diligencia y cuidado en el trato con nuestros semejantes.

---

Por causa de responsabilidad indirecta, ocasionada por el hecho ajeno, de los daños causados por los menores de diez y ocho años y los dementes responden las personas a cuyo cargo se hallan aquéllos (artículo 2346); el padre, y a falta de éste, la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habitan en la misma casa; el guardador lo es de la conducto del pupilo que vive bajo su cuidado o dependencia (caso 2º del artículo 2347); el marido, de la conducta de su mujer (caso 3º, ibídem); los directores de colegios y escuelas responden del hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y **empresarios** del hecho de sus aprendices o **dependientes**, en las mismas circunstancias (caso 4º, ibídem); y los **amos** son obligados a reparar el daño causado por sus criados o **sirvientes** con ocasión del servicio prestado por aquéllos a éstos, a menos que apareciere que en tal ocasión los segundos se han comportado de un modo impropio que los primeros no tenían medio de prever empleando el cuidado y la autoridad competente (artículo 2349).

Para los efectos del recurso de casación sólo interesa el alcance y contenido del caso 4º del artículo 2347 y el del artículo 2349, frente al hecho dañoso a terceros del empleado o dependiente de una empresa—persona moral—realizado en el ejercicio de la función que el empleado le corresponde o se le ha confiado.

Ese hecho no podrá ser gobernado por el artículo 2341 porque no es hecho personal del empresario. Tendrá necesariamente que serlo por las citadas disposiciones concernientes a la responsabilidad de empresarios y empleadores por daños resultantes de actos de sus subordinados.

Ya se ha dicho que el dominio de la responsabilidad legal proveniente del hecho que no es propio, es de alcance excepcional, porque como dice la máxima citada en la demanda de casación, PRESUNTIONES SUNT STRICTISSIMAE INTERPRETATIONIS. Es evidente, en efecto, que no es dable aplicar las reglas especiales que consagran la responsabilidad por el hecho ajeno a casos que carecen de toda relación con esas reglas. Desde este punto de vista las mencionadas reglas son limitativas. Más interpretación restrictiva no significa interpretación literal. Y así en este orden de ideas, asignarles a los vocablos y a los conceptos empleados por el legislador en el caso 4º del artículo 2347 y en el artículo 2349 la genuina interpretación científica que les corresponde ante la realidad cambiante de cada época, no es romper el cerco de las limitaciones, sino exprimir de los preceptos la savia vivificante que los inspira y anima; desentrañarles su verdadera razón de ser y el verdadero objeto que persiguen.

El caso 4º del artículo 2347 en cuanto a **empresarios** y **dependientes** se refiere, y el contemplado por el artículo 2349, orientados ambos por la misma idea, se complementan entre sí. El primero hace responsables a los **empresarios** del hecho de sus **dependientes**, mientras estén bajo su cuidado; y el segundo a los **amos** del hecho de sus sirvientes con ocasión del servicio que presten; pero empresarios y empleadores dejarán de ser responsables si probaren que no tuvieron medio de prever e impedir el hecho.

Se llama **empresario** en el lenguaje usual el que toma por su cuenta algún negocio o actividad, poniendo su capital, con el objeto de explotarlo y derivarle alguna utilidad pecuniaria. Y quien coloca bajo su dirección y mando a otra persona aprovechándose de sus servicios mediante determinada remuneración, es **amo** con relación a esta persona, para emplear el lenguaje del artículo 2349, lenguaje resentido de la tradición feudal.

De consiguiente en el sentido del artículo 2349, el empresario también es **amo** de sus empleados y dependientes, por cuya razón responde no sólo del daño causado por éstos cuando trabajan bajo su **cuidado,** es decir bajo su vigilancia inmediata y directa, ya que tal es el sentido que fluye del texto regulador del caso 4º del artículo 2347, sino también cuando de cualquier manera que sea el daño se infiere a terceros **con ocasión del servicio prestado,** es decir aun lejos de la vista y de la vigilancia inmediata del empleador. Basta pues que el empleado esté realizando su tarea en virtud de las órdenes del "amo", "patrón" o "empresario", que las dicta por la existencia de un vínculo de subordinación, para que el segundo responda del daño causado con motivo del cumplimiento de esa tarea. En esas circunstancias la culpa del empleado repercute en el empleador, quien es así el sujeto de una presunción de responsabilidad fundada en mala elección o falta de vigilancia. No obstante, el empleador puede escapar a la responsabilidad demostrando que no tuvo medio de prever o impedir el hecho de su subalterno. En lo cual nuestro sistema se aparta de lo que al respecto dispone el derecho francés en donde según el aparte 5º del artículo 1384 del Código de Napoleón, los amos y comitentes están expresamente excluídos del derecho de librarse de la presunción de culpa con la prueba de no haber podido impedir la ejecución del hecho dañoso por parte de sus dependientes o nuncios (préposés).

---

Pero cuál es la prueba contraria que debe suministrar el amo o empresario en orden o desvanecer la presunción de culpabilidad por el hecho dañoso de sus dependientes? Cuando la ley consagra una presunción de responsabilidad persigue también alguno de estos dos fines: o bien permite al autor del daño exonerarse de la responsabilidad probando que no ha cometido ninguna culpa, o bien exige que se establezca que el daño es debido a causa extraña, o a fuerza mayor o caso fortuito. En el primer caso, para saber si hay culpa el juez debe preguntarse si el inculpado obró como hubiera obrado en circunstancias semejantes un hombre avisado y prudente; en el segundo, para saber si hay fuerza mayor o caso fortuito debe establecerse, siguiendo en esto la doctrina de los más modernos expositores, si el tipo del hombre avisado y diligente hubiera estado imposibilitado en circunstancias iguales para obrar de manera distinta a como actuó el autor del daño.

La jurisprudencia francesa, según anótanlo los hermanos Mazeaud en su obra sobre la Responsabilidad civil delictual y cuasi delictual, tomo I, número 772, edición francesa de 1934, se pronuncia con razón en el sentido de que la presunción de culpa en contra de los padres, madres, institutores y maestros por el hecho de sus hijos, pupilos y aprendices, se desvanace probando únicamente la ausencia de culpa. Esa extensión le dan en Francia al aparte 5º del artículo 1384 del Código de Napoleón, no obstante que el precepto se limita a permitir la exoneración de la responsabilidad demostrando que el hecho que da lugar a ella no pudo ser impedido por el padre, la madre, institutores y artesanos. En el Código colombiano la conclusión en igual sentido es todavía más obvia, como quiera que el artículo 2349 dice que los **amos**—y por lo mismo también los **empresarios**—no responderán "si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, **que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente".**

De manera que en la legislación colombiana no es difícil aceptar que la presunción de culpa por el hecho de los empleados o de-

pendientes se desvanece demostrando la ausencia de culpa por parte del superior.

Pero la ausencia de culpa no consiste en un hecho aislado y único de previsión, como el del empresario o dueño del vehículo cuyo chofer comete con su coche un atropello en la vía pública, que se disculpa alegando haber elegido para ese cargo a persona provista por las autoridades de la debida patente. La patente apenas es uno de los múltiples y diversos factores que en una situación determinada constituyen en la realidad objetiva la noción de vigilancia. No obstante la expedición de la patente, que apenas acreditaría la habilidad técnica del chofer, quedan por saber, porque de eso no da razón la patente, sus condiciones personales y morales, la prudencia y cuidado con que frecuenta conducir, el estado normal de la máquina cuando emprendió la marcha, etc. Es decir toda una gama de circunstancias especiales en relación con el accidente, de las cuales fluya en el juez la convicción de que el dueño se comportó como hombre avisado y diligente, que no omitió preocupación ni cuidado en orden a garantizar el mejor servicio de su subalterno o empleado.

---

Resumiendo la doctrina expuesta, a fin de deducir de ella al mismo tiempo consecuencias prácticas en orden al problema concreto relativo al presente recurso de casación, se tiene:

1º Que en caso de responsabilidad por el hecho ajeno, y más particularmente de daños producidos por quien obra como dependiente, empleado o subordinado de otro, la responsabilidad contra el dueño y la consiguiente acción de indemnización que corresponde a la víctima tiene como base no el artículo 2341 del Código Civil, que regula el hecho personal, en materia civil delictual o cuasi delictual, sino los artículos 2347, apartes primero y quinto, y 2349 del mismo estatuto, los cuales establecen una presunción de culpa contra el empresario y dueño por razón de los daños ocasionados por sus dependientes con ocasión del ejercicio de las respectivas funciones. El tribunal de Barranquilla al basarse, pues, para condenar a la compañía demandada en el artículo 2341, indudablemente violó esa disposición por haberla aplicado indebidamente. Más esta violación no da margen para casar el fallo, ya que para condenar llegando al mismo resultado del tribunal, se encuentra abierto el otro camino de los artículos 2347, en lo pertinente de sus ordenaciones, y 2349. En casos semejantes la Corte, como en múltiples ocasiones lo ha resuelto, cumple adecuadamente en la parte motiva su misión doctrinaria, pero se abstiene en la resolutiva de casar el fallo recurrido.

2º Las personas morales responden civilmente de sus actos contractuales y extracontractuales al igual de las personas físicas. De manera que el Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A., responde civilmente del daño causado a los demandantes y reclamado en la demanda, por su empleado o dependiente Valerio Meriño con motivo del accidente automoviliario relatado al principio de este fallo.

3º Esa responsabilidad se basa en una presunción de culpa que la compañía no logró destruír. Esta concepción descarta, pues, las objeciones del recurrente sobre una supuesta aplicación al caso de autos de la teoría del riesgo.

4º El carnet expedido a los choferes por las autoridades competentes, no prueba por sí la ausencia de culpa ni del chofer ni de la persona bajo cuya dependencia y subordinación esté trabajando en el momento de atropellar a alguien. Por lo tanto el tribunal obró correcta y legalmente al abstenerse de manera implícita, puesto que ni lo mencionó siquiera, de considerar el carnet de chofer expedido a Valerio Meriño, como elemento de convicción suficiente para desvanecer la responsabilidad que en el accidente referido le incumbe también al Consorcio de Cervecerías Bavaria, S. A., bajo cuyo cuidado y subordinación estaba aquél en el momento de producirse el daño. Consideradas así las cosas, el cargo de violación de los artículos 2341, 2347 y 2349 por un doble error de hecho y de derecho, es inadmisible.

### Sentencia

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 pronunciada por el Tribunal Superior de Barranquilla el 31 de enero de 1938, que ha sido materia de este recurso de casación.

Sin costas, porque hubo lugar a rectificar la doctrina del tribunal.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en el próximo número de la **Gaceta Judicial.**

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

---

## ACCESION.—CONFLICTOS DE LEYES

**1. El artículo 739 del Código Civil, que hace parte del grupo de disposiciones reglamentarias de la accesión, la establece en favor del dueño del suelo; de suerte que es en obedecimiento del principio jurídico de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensa aiena como establece en favor de quien edificó, plantó o sembró, tanto el derecho de obtener el pago de la edificación, plantación o sementera, como el de asegurarse el pago reteniéndola.—2. Los conflictos de leyes pueden ocurrir en el espacio o en el tiempo. Aquéllos, materia del Derecho Internacional Privado, suponen leyes simultáneamente en vigor entre las cuales puede y suele sobrevenir choque por regular de diferente modo una misma situación jurídica personal o real, o de ambos aspectos, de país a país, ya sobre validez que en el uno tenga un matrimonio celebrado en el otro, ya sobre capacidad de las personas, y en general, sobre estado civil, ya porque ha de cumplirse un contrato en país distinto del de su celebración, ya por tratarse de sucesión de extranjero, ya por cambio de domicilio o residencia del uno al otro o de nacionalidad, todo lo cual ofrece ejemplos o los sugiere de conflictos de esa índole. Los problemas de esta clase a que corresponden, en su caso, los de retroactividad de la ley y la noción de derechos adquiridos, versan sobre cuál ley es aquella bajo cuyas reglas ha de definirse una situación jurídica al sobrevenir una ley nueva que altere lo que otra anterior establecía. Son ejemplos: el contraste entre la ley que determinaba incapacidad para la mujer casada por virtud de su matrimonio y la que la declara capaz a pesar de éste; la diferencia entre el transcurso de tiempo requerido para la prescripción extraordinaria por el Código y el señalado por la nueva ley que lo reduce; la amplia autorización actual para indagar la paternidad natural y establecerla con todos sus efectos, y la prohibición anterior o permiso restringido. La Ley 57 de 1887 y principalmente la 153 del mismo año contienen disposiciones reglamentarias de ese tránsito, ya en forma general, ya especial para casos determinados. La Ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras introdujo serios cambios en la situación de los varios casos a que atiende, en relación con los bienes a que en singular se refiere.**

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El presente juicio ordinario de Luis Arango C. contra Gabriel Villa y otros lo falló en primera instancia el Juzgado 2º del Circuito de Armenia, decretando unas y negando otras de las súplicas del libelo, y en la segunda, seguida en el Tribunal de Pereira por apelación de ambas partes, se pronunció sentencia negativa de todos los pedimentos del actor, quien recurrió en casación contra ésta, recurso que pasa a decidirse.

Por medio de la escritura número 212 otorgada ante el Notario de Calarcá el 22 de septiembre de 1927, Jesús María Valencia vendió a Arango la mitad de las mejoras allí determinadas y le otorgó hipoteca sobre la otra mitad de las mismas para asegurarle un dinero mutuado. Para el cobro de esta suma ocurrió Arango a la vía judicial y el Juzgado 1º del Circuito de Armenia decretó el embargo y secuestro de lo hipotecado el 20 de marzo de 1928 y llevó a cabo ese secuestro el 24 del subsiguiente abril.

Ganada articulación de desembargo por la parte que hoy forman Gabriel Villa Alvarez, José Jaramillo y Santiago Vélez, en diligencia de 21 de diciembre de 1932 se les hizo judicialmente la entrega respectiva; y es de advertir que para esta misma fecha se les hacía la del suelo correspondiente a las mejoras, por haber triunfado ellos también en tenencia sumaria contra el prenombrado Valencia, no sin haber fracasado ellos antes en igual empeño de tenencia sumaria en actuación distinta.

Llegaron a ese resultado aduciendo estos títulos: la adjudicación de un baldío hecha en 1896 a favor del señor Rodolfo Vélez, dueño a la sazón de las mejoras puestos por Lucas Quiroga; el traspaso que en permuta hizo Vélez en escritura número 687 de la Notaría 2ª de Manizales el 10 de noviembre de 1911 a Julio y Santiago Vélez; el traspaso que Julio hizo de su parte a Santiago por escritura otorgada en la misma Notaría con el número 294, el 1º de abril de 1917, y la venta que reservándose parte hizo Santiago del resto a los prenombrados Villa y Jaramillo, por escrituras números 1136 y 1137 otorgadas en la Notaría 1ª de Manizales el 24 de noviembre de 1927, por lo cual son estos tres señores los dueños actuales en común de La Argentina, sitio de La Tebaida, jurisdicción de Armenia, que es hoy la hacienda correspondiente al baldío aludido de 1896. Adujeron también un documento privado en que se hizo constar un contrato sobre mejoras entre Jesús María Valencia y Enrique Vélez, éste en representación de Santiago. La fecha que reza el documento es 3 de julio de 1925. Ella ha sido uno de los puntos más discutidos en este pleito, porque como detenidamente se verá, mientras los prenombrados dueños de La Argentina sostiene que es esa, su contendor Arango sostiene que no puede ser anterior al 13 de abril de 1928 en que por instrumento número 271 lo protocolizó Jaramillo en la Notaría de Armenia.

La demanda formula estos pedimentos como principales: 1º que se declare que en relación con Arango y sus aludidos derechos la fecha de ese documento no puede ser anterior a la protocolización; 2º que por lo mismo el contrato allí expresado no puede perjudicar al de venta ni al de hipoteca escriturados entre Valencia y Arango el citado 22 de septiembre de 1927; 3º que estando lo contratado por el documento dentro del lote determinado en la escritura de Arango, éste es dueño de dicha mitad de mejoras, las que han de entregársele en el plazo que fije la sentencia; 4º que la mitad restante de las mejoras debe responder de la deuda en cuya garantía le otorgó hipoteca Valencia. Y formula como subsidiaria la solicitud de que se hagan estas declaraciones: a) la mitad de las mejoras vendida por Valencia a Arango no está comprendida en el embargo supradicho y debe entregarse a éste; b) la sentencia en la primera tenencia sumaria tiene fuerza de cosa juzgada y está en firme; c) la sentencia en la segunda tenencia sumaria viola la fuerza de cosa juzgada de la primera y no puede producir efecto contra ésta; d) el contrato entre Vélez y Valencia se refiere sólo a tala de monte y siembra de pasto, pero no a café, caña ni ninguna otra de las demás mejoras comprendidas en la venta e hipoteca a Arango, por lo cual en todo caso queda en pie a favor de éste su derecho sobre lo que no sea tala de montes y siembra de pasto; e) que Arango tiene derecho de intervención en el citado segundo juicio de tenencia sumaria; f) que también tiene el de retención hasta que se le paguen las mejoras o se le asegure su importe; g) que se condene a los demandados a pagarle $ 5,000 por perjuicios, y h) que se les condene en las costas del pleito.

Arango por medio de apoderado aduce contra la sentencia del Tribunal el motivo 1º de los establecidos por el artículo 520 del C. J., y dentro de él formula estos cargos: error de hecho y de derecho en la apreciación del documento privado referido al darle alcance contra Arango, que es tercero, desde la fecha en que aparece suscrito, no pudiendo ser ella anterior a la de su protocolización ya citada, y en la apreciación de las declaraciones de testigos sobre el mismo contrato, en cuanto el Tribunal las tiene por referentes al contrato mismo y no al solo documento como el recurrente sostiene que sucede; violación del artículo 1762 del C. C. por lo dicho sobre fecha del documento privado, del artículo 1759 por dar a la escritura de protocolización una fe contra terceros que no tiene sino contra los declarantes y negar a la escritura de venta e hipoteca otorgada por Valencia la fe plena que le corresponde siendo éste también demandado; del artículo 1769 **ibídem** por análogo motivo, en cuanto a las confesiones rendidas por Valencia en la parte que favorecen a Arango, y de los artículos 2448 y 2452 del mismo Código por haberlos dejado de aplicar, siendo así que el Tribunal rechaza las acciones allí reconocidas a Arango como acreedor hipotecario.

Acusa también de error de derecho en la apreciación de los títulos de dominio aducidos por Villa, Jaramillo y Vélez, en cuanto acreditan propiedad del suelo, pero no sobre las mejoras de Arango puestas en el concepto de tratarse de baldíos; y violación del artículo 739 del C. C. por errónea interpretación, "porque este texto legal no exime al dueño de un terreno del pago de las plantaciones puestas en él de buena fe por un tercero".

Acusa también de violación de los artículos 4º, 12 y 22 de la ley 200 de 1936 por no haberlos aplicado.

Se considera:

El Tribunal no tomó el documento privado suscrito por Valencia y Vélez como prueba básica ni mucho menos como prueba única del contrato respectivo, sino que lo tomó como uno de los elementos probatorios corroborante de las declaraciones de testigos al respecto. Esa circunstancia, de un lado, y de otro la de que los testigos hablan de hechos precisos y detallados sobre el contrato mismo y su ejecución y desarrollo remontándose al año de 1925 y extendiéndose a los años siguientes para afirmar sobre ese pie de testigos presenciales que Valencia entró al respectivo sector o lote de La Argentina a abrir monte y poner mejoras por cuenta de los dueños a virtud de ese contrato, se ve claramente que estos cargos del recurrente no pueden aceptarse, en razón de que los declarantes no pueden entenderse limitados a lo que correspondería si simplemente se les hubiera mostrado el documento o lo hubieran confundido con el contrato mismo.

El Tribunal, al estudiar en su sentencia la argumentación de Arango fundada en el citado artículo 1762, dice, entre otras cosas, después de aceptar que el documento no fue reconocido judicialmente ni registrado antes de la venta de Valencia a Arango ni reunió los demás requisitos de que habla esa disposición legal, que "ello no quiere decir que el contrato de que da cuenta ese documento no produzca sus efectos aun respecto de terceros, siempre que se demuestre su celebración en la fecha del documento por medios probatorios distintos, ya que no se trata de contrato solemne, sometido como tal a ciertas formalidades de rigor. El hecho de que la fecha del memorado documento no puede contarse con respecto de terceros sino desde su protocolización, no puede indicar, como lo pretende el actor, que el contrato contenido en él apenas se haya celebrado el día en que se le dio publicidad. Lo que ocurre en tal caso es que, si sólo se presenta el documento como prueba, no puede otorgársele valor probatorio con respecto a terceros sino desde que adquirió fecha cierta; pero si se acredita que el contrato sí fue celebrado en la fecha que se indica en el mismo documento, es evidente que no puede desconocerse su valor y sus efectos anteriores a la protocolización, tanto entre las partes, como respecto de terceros. Bien puede celebrarse y ejecutarse un contrato que se ha hecho cons-

tar en un documento privado al cual sólo se da fecha cierta para terceros mucho tiempo después de firmado, sin que ello quiera decir que tal contrato no ha existido y no ha podido producir efectos. Sólo que cuando pretenda hacerse valer ese contrato contra terceros no basta como prueba el documento sino que es necesario completarla con otras de distinta índole".

En seguida el Tribunal entra a estudiar las aludidas declaraciones y las halla satisfactorias. Como ya se dijo, ellas no adolecen de los defectos que el recurrente les achaca.

No prospera, pues, el referido cargo de error de apreciación de ellas y del documento, ni por tanto, el de violación del artículo 1762 del C. C.

Tampoco el de violación del 1769, porque las afirmaciones de Valencia favorables a Arango, aunque por la ocasión y forma en que las hace pudieran aparecer como confesión, no lo son en cuanto perjudiquen no solamente a Valencia sino a terceros, como lo son los restantes demandados. Las acciones personales derivables de ahí para Valencia o, mejor dicho, contra éste y en favor de Arango, son cosa muy distinta de derechos de éste contra Vélez, Villa y Jaramillo, que no son los confesantes. No quebrantó, pues, el Tribunal esa disposición de la ley que al dar a la confesión valor de plena prueba lo limita a quien la hace.

Del propio modo, la escritura otorgada por Valencia hace plena fe contra él al tenor del citado artículo 1759; pero, como éste mismo establece, no la hace contra terceros. Por tanto, al reconocerlo así el Tribunal, siendo terceros respecto de ese contrato los dueños de La Argentina, no puede decirse que violara esta disposición.

Ese contrato de venta y el de hipoteca celebrados entre Arango y Valencia el 22 de septiembre de 1927 no pueden invocarse contra los dueños, cuyos derechos quedan a salvo de la validez de venta de lo ajeno por el artículo 1871 del C. C. que la establece, y lo quedan también por las disposiciones de la misma obra en cuanto exigen que el hipotecante sea dueño de lo hipotecado. Si no lo es, el acreedor no está provisto en realidad de la acción persecutoria especial a que da lugar la hipoteca debidamente constituída, al tenor de los artículos 2448 y 2452 de esa obra. No puede, pues, aceptarse el cargo de violación de estas disposiciones por no haberlas aplicado, siendo así que el Tribunal lógicamente deduce que a Arango no le asiste aquella acción por no ser Valencia dueño.

Ni se puede aceptar tampoco el cargo relativo al citado artículo 739, porque éste, que hace parte del grupo de disposiciones reglamentarias de la accesión, la establece en favor del dueño del suelo; de suerte que es en obedecimiento del principio jurídico de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensa ajena como establece en favor de quien edificó, plantó o sembró, tanto el derecho de obtener el pago de la edificación, plantación o sementera, como el de asegurarse el pago reteniéndola. Y en el presente juicio, que no ha versado sobre tal pago, ni lugar ha habido, por lo mismo, a que el Tribunal niegue ese derecho. Antes bien, hasta lo sugiere, naturalmente como algo distinto de lo que la demanda y sus respuestas señalaron como materia y linderos del litigio o como presupuesto procesal.

Ante la fas de la retención, tampoco viola la sentencia esa disposición de la ley, puesto que hasta físicamente sería aquélla imposible por inoportuna, puesto se retiene lo que se tiene, y Arango mismo en los postulados de su demanda expresamente declara no poseer, circunstancia demostrada en el pleito y, además, implicada desde luego en el hecho mismo de dirigir contra sus demandados una acción como es la reivindicatoria, que precisamente ha de dirigirse contra el actual poseedor. Además, y esto bastaría al respecto, lo que pide Arango es el reconocimiento de su dominio sobre las mejoras que compró y la orden de que se le restituyan tal como corresponde ante el artículo 946 del C. C.; y en juicio que tiene esta finalidad es exótico lo que correspondería a la luz del dicho artículo 739, sin que, por otra parte, se compaginen restitución y retención.

Cuanto a violación de disposiciones de la Ley 200 de 1936, cargos que obligan a indagar ante todo si ella es aplicable al caso del pleito, se observa:

Los conflictos de leyes pueden ocurrir en el espacio o en el tiempo.

Aquéllos, materia del Derecho Internacional Privado, suponen leyes simultáneamente en vigor entre las cuales puede y suele sobrevenir choque por regular de diferente modo una misma situación jurídica personal o real, o de ambos aspectos, de país a país, ya sobre validez que en el uno tenga un matrimonio celebrado en el otro, ya sobre capacidad de las personas, y en general, sobre estado civil, ya porque ha de cumplirse un contrato en país distinto del de su celebración, ya por tratarse de sucesión de extranjero, ya por cambio de domicilio o residencia del uno al otro o de nacionalidad, todo lo cual ofrece ejemplos o los sugiere de conflictos de esa índole.

Nuestro Código Civil atiende a varios de ellos como puede verse en sus artículos 18 a 22, de carácter general para lo que allí se contempla; en el inciso 2º del artículo 180, relativo a sociedad conyugal; en el 1053 y el 1054 sobre llamamiento de extranjeros a sucesión abierta en Colombia y sobre sucesiones de éstos; los artículos 555 y 556 del C. J. determinan la fuerza de las sentencias de Tribunales extranjeros que haya de ejecutarse en Colombia. Varias disposiciones de la Ley 153 de 1887 se refieren también a problemas de esa clase.

También pueden y suelen presentarse conflictos entre las leyes de un mismo país. Muy frecuentemente ocurre entre una ley anterior y una posterior. Por esto, por referirse no ya al espacio, sino al tiempo, se han llamado **intertemporales**, palabra muy socorrida en los estudios sobre tales problemas junto con otra igualmente significativa "derecho **transitorio**", que alude al tránsito de una situación jurídica a otra. Los tratadistas alemanes dicen **Uebergansrecht**, valiéndose, como se ve, de la locución que cabalmente equivale a aquélla.

Los problemas de esta clase, a que corresponden, en su caso, los de retroactividad de la ley y la noción de derechos adquiridos, versan, como esas expresiones lo indican y acaba de observarse, sobre cuál ley es aquella bajo cuyas reglas ha de definirse una situación jurídica al sobrevenir una ley nueva que altere lo que otra anterior establecía. Son ejemplos: el contraste entre la ley que determinaba incapacidad para la mujer casada por virtud de su matrimonio y la que la declara capaz a pesar de éste; la diferencia entre el transcurso de tiempo requerido para la prescripción extraordinaria por el Código y el señalado por la nueva ley que lo reduce; la amplia autorización actual para indagar la paternidad natural y establecerla con todos sus efectos, y la prohibición anterior o permiso restringido.

La Ley 57 de 1887 y principalmente la 153 del mismo año ya citada, contienen disposiciones reglamentarias de ese tránsito, ya en forma general, ya especial para casos determinados.

La Ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras introdujo serios cambios en la situación de los varios casos a que atiende, en relación con los bienes a que en singular se refiere. Por ejemplo, llegó a invertir la accesión dando prelación al trabajo incorporado a la tierra, al punto de que el suelo siga como accesorio al trabajo, considerado como principal, contra lo que establecía para todos los casos y hoy sigue ordenando para los restantes, el artículo 739 del Código Civil.

Dio para ciertos bienes la calidad de prueba del dominio al registro que, ante el Código y en términos generales, sólo lo es de la posesión inscrita.

Mirando hacia la función social asignada por la Constitución al derecho de propiedad y, consecuente con este principio, dentro del grupo o clase de bienes a que se refiere exige determinados hechos para reconocer la explotación económica de la tierra con sus consecuencias de título.

Establece una jurisdicción especial con régimen **sui generis.**

Este breve recuento de algunas de las innovaciones introducidas por aquella ley justifica la censura del recurrente al sistema—hoy ya imposible—de acaparar extensiones

más o menos grandes de tierra para traficar con la labor ajena que las valoriza.

Pero esa ley no es aplicable al caso controvertido. Como consta en el artículo 16 del Decreto ejecutivo número 59 de 11 de enero de 1938, ella entró a regir el 7 de abril de 1937. Tratándose de terreno adjudicado en 1896 y consiguientemente amparado como propiedad de particular, la que en sus traspasos sucesivos hasta ahora se halla legalmente acreditada, no cabe pensar en aplicación del artículo 4º de esa ley en favor de Arango, quien, además, ya no era poseedor.

De paso se observa que no se discute ahora aquí sobre que las mejoras que fueron materia de las citadas venta e hipoteca entre Valencia y Arango en su escritura de 1927, quedan dentro de los linderos de La Argentina, aun descontado el exceso de ocupación en que sobre la adjudicación de 1896 incurrieron el adjudicatario o sus sucesores a título singular ya nombrados.

Para hallar así mismo inaplicables los artículos 12 y 22 de esa ley basta observar que suponen posesión **actual** y que Arango no la tenía cuando la ley entró a regir, pues la perdió desde diciembre de 1932, como queda visto.

---

La sentencia recurrida contiene en su parte resolutiva la absolución de los demandados y, separadamente, la declaración de nulidad absoluta del gravamen hipotecario constituído por Valencia a favor de Arango en la citada escritura de 1927.

En obsequio de la claridad se ha reservado en el presente fallo para considerarla también separadamente esa declaración de nulidad.

Sobre ella versa el cargo del recurrente de violación, por aplicación indebida, del artículo 2º de la ley 50 de 1936. Para hallarlo justificado es suficiente advertir que tal declaración la ha hecho el Tribunal de oficio, que tal proceder no cabe sino cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley para que produzca tan excepcional situación, entre ellos el que la nulidad aparezca de manifiesto en el respectivo acto o contrato, y que esta circunstancia brilla por su ausencia en el de autos, sobre lo cual apenas será necesario advertir que en manera alguna se deduce de ese instrumento público en sí ni de ninguna de sus estipulaciones o declaraciones.

Lo que al respecto se dijo aquí ya demuestra que ese instrumento y los contratos en él solemnizados no son oponibles a Villa, Jaramillo y Vélez, dueños de La Argentina y terceros ante tales escritura y convenciones; pero esto es muy distinto de que la nulidad absoluta declarada de oficio sea algo procedente.

En otras palabras: está bien que se haya absuelto a los demandados que acaban de nombrarse de todos los cargos de la demanda, entre los cuales figuran la eficacia de la venta y también la de la hipoteca otorgadas por Valencia sobre bienes ajenos, y a eso debió limitarse el fallo, el cual por consiguiente yerra y se excede al declarar oficiosamente una nulidad no pedida, cual si fuese —sin serlo— el caso contemplado a este respecto por el citado artículo 2º de la ley 50 de 1936.

Esto determina la casación parcial, a fin de suprimir de la sentencia recurrida su referida sección segunda de la parte resolutiva y dejarla en pie en lo demás.

Al presentarse Valencia ante Arango en septiembre de 1927 como dueño de las mejoras por ser puestas por aquél en suelo baldío, obró en forma que sugiere hasta la posible comisión de un delito, pues lo hizo a sabiendas de todo lo sucedido por obra de Valencia mismo desde que celebró con Vélez el citado contrato de 1925. Esto, que puede dar lugar a responsabilidad civil, puede darlo también a la criminal, lo que se avierte como determinante de la orden que ha de darse de conformidad con el artículo 1511 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, casa parcialmente la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el ocho de agosto de mil novecientos treinta y ocho,

en el sentido de suprimirle la declaración de nulidad absoluta pronunciada en el numeral segundo de su parte resolutiva. Queda ese fallo del Tribunal vigente en sus restantes numerales, o sea en la absolución de la parte demandada de todos los cargos formulados en el libelo inicial de este mismo pleito, pronunciada en el primero, y en la declaración pronunciada en el tercero de que no se hace condenación en costas.

En volviendo este proceso al Juzgado de origen, por él se pasarán a la autoridad competente las copias conducentes a indagar lo que respecto de Jesús María Valencia corresponda de conformidad con el párrafo final de la parte motiva del presente fallo.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

## OBJECIONES A UNA PARTICION.—REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO CONFORME A LA LEY 28 DE 1932.

**1. El régimen legal de comunidad de bienes bajo la jefatura del marido, cuyo patrimonio y el de la sociedad conyugal se confundían y en que éste era el único de los cónyuges capaz de administrarlo, fue sustituído por uno combinado que conserva teóricamente dicha sociedad para que produzca efectos al disolverse el matrimonio, pero de modo que durante éste cada uno de los esposos disfrute de plena libertad y capacidad jurídica y del goce completo de los bienes que adquiera. Este sistema, inspirado en algunas legislaciones muy recientes, tiene la indudable ventaja de combinar la libertad y capacidad plenas de la mujer con las realidades sociales y la justicia, ya que tiene en cuenta el hecho de la cooperación de ambos cónyuges en la formación del patrimonio familiar. Un régimen de separación pura y simple lesionaría sus derechos (los de la mujer), porque habiendo ella trabajado toda su vida se vería sin ningún patrimonio a la muerte del marido; en tanto que la concepción de la comunidad de adquisiciones, sin menoscabar la libertad de los cónyuges durante su vida, asegura en fin de cuentas a la mujer una parte de las economías a cuya formación ella contribuyó ampliamente. Este sistema de manejo de los bienes matrimoniales, es el consagrado en el artículo 1º de la Ley 28 de 1932 con imperio y aplicación inmediatos desde su vigencia para todos los matrimonios existentes de acuerdo con la regla contenida en los artículos 20 y 23 de la Ley 57 de 1887; pero como acontecía que al comenzar su vigencia existían sociedades conyugales formadas y gobernadas por los preceptos legales anteriores, fue necesario contemplar esta situación y la manera de resolver las dificultades a que diera origen el tránsito legislativo. A responder a esta necesidad de orden jurídico vino la disposición del artículo 7º de esa ley. — 2. La Ley 28 de 1932 estuvo lejos de consagrar la disolución de las sociedades pendientes, limitándose a establecer un diferente manejo de ellas. La liquidación provisional del artículo 7º de dicha ley no debe asimilarse a la definitiva que sobreviene como consecuencia de la disolución de la sociedad.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, abril 18 de 1939.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca).

Dentro del término legal de traslado correspondiente en el juicio sucesoral de Nicolás Name, el apoderado de Nur Chaljub de Name formuló tres objeciones al trabajo de partición presentado por el partidor nombrado por el Juez, objeciones que el Juzgado del conocimiento — 2º del Circuito de Bogotá — declaró infundadas en providencia de 30 de abril de 1937, en la cual, consecuencialmente, aprobó el acto de partición, ordenó su inscripción en el Registro correspondiente y dispuso la protocolización del expediente en la Notaría que indicaran los interesados.

Apelada esta decisión por el apoderado de la cónyuge supérstite que había objetado la partición, el Tribunal Superior la revocó en sentencia que lleva fecha 25 de noviembre de 1937, en la que se declararon probadas las dos primeras de las objeciones propuestas y en consecuencia se ordenó rehacer la cuenta por el partidor a fin de que: "1º En la que nuevamente se presente, se incorporen como de exclusiva propiedad de la señora Nur Chaljub v. de Name, todos y cada uno de los bienes que le fueron adjudicados en la división extrajudicial celebrada con su esposo Nicolás Name y de que da cuenta la escritura pública número 419 de 23 de febrero de 1933, pasada ante el Notario 4º de este Circuito y que en copia registrada legalmente aparece agregada al expediente, y 2º Al proceder a la adjudicación de los dollares inventariados, se adjudicarán éstos, por su avalúo, y en la proporción correspondiente".

En firme esta providencia, el partidor rehizo su cuenta de partición acomodándola a la sentencia del Tribunal y la presentó

nuevamente al Juzgado el 24 de marzo de 1938, el que le impartió su aprobación en sentencia del 29 del mismo marzo.

Contra este fallo del Juzgado, aprobatorio de la partición, interpusieron oportunamente recurso de apelación el apoderado de la viuda Nur de Name y Antonio Sefair, interesado en el juicio, y el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en sentencia de 23 de junio de 1938, lo confirmó en todas sus partes por considerar que el nuevo trabajo de partición estaba acomodado exactamente a las normas que se le señalaron al partidor en las decisiones en que fueron estudiadas las objeciones propuestas.

Es esta sentencia de segunda instancia, aprobatoria de la partición de los bienes herenciales, la que ha sido acusada en casación de acuerdo con el numeral 2º del artículo 519 del C. J. por recurso oportunamente interpuesto por el apoderado de Antonio Sefair, representante legal de sus menores hijos Antonio, José Miguel, Eduardo, Olga María y Guillermo Sefair Name, recurso que procede a decidirse después de agotar los trámites legales.

---

### Las objeciones

Solamente el apoderado judicial de la cónyuge supérstite Nur Chaljub de Name expresó su desacuerdo con la partición presentada, formulando tres objeciones de las cuales la tercera fue declarada improcedente por versar sobre un punto meramente teórico o conceptual del partidor sin interés ninguno económico ni de equidad, y fundadas las dos primeras, sobre cuya prosperidad se ordenó rehacer la cuenta de partición herencial. Versaron estas objeciones sobre el desconocimiento total que hizo el partidor de la liquidación de la sociedad conyugal verificada por los cónyuges en escritura pública, con el objeto de que se le reconocieran los efectos a esa partición convencional; y sobre el hecho de que el partidor, habiéndose inventariado dólares, adjudicó dinero teniendo en cuenta el avalúo que se hizo de la moneda extranjera, para que lo adjudicado fuera la especie misma de acuerdo con su avalúo.

Antonio Sefair, interesado recurrente en casación, no objetó en ninguna forma la partición, de modo que su interés, para el efecto de determinar el alcance jurisdiccional del recurso sobre la partición, está circunscrito a los puntos en que fue modificada en su refacción. En su demanda de casación, sin embargo, reduce su ataque exclusivamente a la cuestión que fue materia de la primera objeción, presentada ahora en forma de cargos en casación.

### El recurso

El recurrente acusa la sentencia por ser aprobatoria de una distribución injurídica e ilegal de los bienes herenciales y se apoya en la causal primera del artículo 520 del C. J., por violación directa y errónea interpretación de la ley sustantiva. Señala como infringidas las siguientes disposiciones legales, agrupadas en la forma en que han de ser consideradas: artículos 1795 del C. C., 1º, 3º y 7º de la Ley 28 de 1932, y 741, 756, 2637 y 2673 del C. C.

El fundamento de todos estos cargos se hace consistir en el hecho de que el partidor, acatando las órdenes del Tribunal, al rehacer su trabajo de partición dio realidad y reconoció la totalidad de sus efectos a "la distribución de los bienes que hacían parte de la sociedad conyugal formada entre los esposos Name-Chaljub y la correspondiente adjudicación practicada por medio de la escritura pública número 419 de 23 de febrero de 1933, de la Notaría 4ª de Bogotá, porque aunque los otorgantes hacen protestas en el cuerpo del instrumento narrado de obrar bajo la egida de facultades reservadas por el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, el acuerdo contractual de ellos estaba condenado a no producir efecto alguno, por apartarse de los móviles del legislador, no obstante las transitorias interpretaciones dadas al mandato citado, las que con un poco de estudio habrán de ser rectificadas necesariamente".

"El artículo 1º — dice el recurrente —, que contiene la clave de todo el sistema re-

volucionador, no hace mérito ni referencia de otra clase de bienes que a los que a cada uno de los cónyuges le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera..... La enunciación de este conjunto o capítulo de bienes, los únicos mencionados por la nueva ley, no sólo no incluye los sociales, sino que los desecha virtualmente para convertirlos en el asunto de una operación subsiguiente a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que, conforme al Código Civil, debe liquidarse la sociedad conyugal". De esta razón textual deduce el recurrente las siguientes conclusiones: Los bienes que pueden distribuírse en uso de la capacidad establecida por el artículo 7 de la Ley 28, son los personales de cada cónyuge, dejando el patrimonio social para repartirlo después de consumada la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que, conforme al Código Civil, deba liquidarse la sociedad conyugal. Los bienes sociales no pueden ser en ningún caso distribuídos por la sola convención de los cónyuges. Los arreglos a que se refiere el artículo 7, aunque se hagan por escritura pública y tengan por objeto la distribución de gananciales, no tienen sino un valor relativo condicionado siempre por la ocurrencia de uno de los cinco eventos a que se refiere el artículo 1820 del C. C., vigente en casi su totalidad, porque solamente a virtud de estas causas puede llegarse a un "ajuste válido y definitivo de cuentas por razón de los bienes eminentemente sociales".

Este es, sintetizado con fidelidad, el nuevo punto de vista interpretativo que como fundamento de su recurso presenta el apoderado del recurrente, de la Ley 28 de 1932 que estableció un nuevo sistema en el régimen administrativo patrimonial del matrimonio. El quebrantamiento de los textos legales enumerados en primer lugar por el recurrente está subordinado a la prosperidad de esta interpretación propuesta con tan notorio optimismo a la consideración de la Corte.

Esta Sala de Casación, en forma que excedió la necesidad de fundar su sentencia en el caso especial que le sirvió de motivo, estudió con espaciosa atención y reflexivo cuidado todos los aspectos de la reforma contenida en la Ley 28 de 1932 sobre la capacidad civil de la mujer casada y el régimen de la sociedad conyugal relacionándola con las normas legales existentes antes de su expedición, "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". En sentencia de fecha 20 de octubre de 1937, visible a folios 630 a 646 del tomo XLV de la Gaceta Judicial, está consignada muy claramente la interpretación jurisprudencial de la Ley 28 en referencia, y ninguna razón de más mérito o superior a las allí expresadas aconseja variarla.

De las diversas tesis que se han enfrentado al hacer el análisis interpretativo del régimen patrimonial de la Ley 28, ley de reforma sustancial y por consiguiente destinada a suscitar controversias y contradicciones, la más infundada es sin duda la que presenta en su demanda de casación el apoderado de la parte recurrente doctor Miguel Aguilera, porque en ella se recorta hasta desnaturalizarlos el pensamiento y el alcance de la reforma.

La ley de que se trata, inspirándose en la igualdad de los sexos ante el derecho privado, cambió radicalmente el sistema del Código Civil, esto es, el de comunidad de bienes e incapacidad de la mujer con exclusiva gerencia del marido, por el actual de la Ley 28, calificado de fórmula afortunada por ilustres juristas. "El régimen legal de comunidad de bienes bajo la jefatura del marido, cuyo patrimonio y el de la sociedad conyugal se confundían y en que éste era el único de los cónyuges capaz de administrarlo, fue sustituído por uno combinado que conserva teóricamente dicha sociedad para que produzca efectos al disolverse el matrimonio, pero de modo que durante éste cada uno de los esposos disfrute de plena libertad y capacidad jurídica y del goce completo de los bienes que adquiera. Este sistema, inspirado en algunas legislaciones muy recien-

tes, tiene la indudable ventaja de combinar la libertad y capacidad plenas de la mujer con las realidades sociales y la justicia, ya que tiene en cuenta el hecho de la cooperación de ambos cónyuges en la formación del patrimonio familiar. 'Un régimen de separación pura y simple lesionaría sus derechos (los de la mujer), porque habiendo ella trabajado toda su vida se vería sin ningún patrimonio a la muerte del marido; en tanto que la concepción de la comunidad de adquisiciones, sin menoscabar la libertad de los cónyuges durante su vida, asegura en fin de cuentas a la mujer una parte de las economías a cuya formación ella contribuyó ampliamente' ".

Este sistema de manejo de los bienes matrimoniales, esquematizado así en sus lineamientos generales, es el consagrado en el artículo 1 de la Ley 28 de 1932 con imperio y aplicación inmediatos desde su vigencia para todos los matrimonios existentes de acuerdo con la regla contenida en los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887; pero como acontecía que al comenzar su vigencia existían sociedades conyugales formadas y gobernadas por los preceptos legales anteriores, fue necesario contemplar esta situación y la manera de resolver las dificultades a que diera origen el tránsito legislativo. A responder a esta necesidad de orden jurídico vino la disposición del artículo 7, que otorgó de manera especial capacidad a los cónyuges para que pudieran definir, sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la distribución de bienes y gananciales que deben corresponder a cada uno de ellos, con el exclusivo objeto de acomodar la administración de su sociedad conyugal al nuevo régimen, finalidad ésta realizable por medio de convención extrajudicial formalizada en escritura pública, como ocurrió en el caso de estudio, o por decisión judicial provocada por cualquiera de los cónyuges en caso de que falte la voluntad acorde del otro. El artículo 1º establece el nuevo sistema de administración patrimonial; el 7º es una mera fórmula de acomodación a él para las sociedades conyugales existentes a la iniciación de su imperio, disposición ésta transitoria por su propia naturaleza porque ha de llegar el día en que sea inoperante por estar ya todos los regímenes matrimoniales gobernados por el nuevo estatuto.

En nada se funda la tesis del recurrente de que solamente los bienes personales de cada cónyuge son los que pueden distribuírse en uso de la facultad que concede el artículo 7º citado, porque fuera de que estos bienes no son propiamente objeto de distribución en la liquidación social, el propio texto del artículo se refiere a la distribución de gananciales, esto es, lo que resulta de dividir los bienes sociales. Esta distribución, judicial o extrajudicial, tiene carácter de definitiva sobre lo que comprenda, sobre el pasado, y solamente puede entenderse provisional en cuanto pueda servir de base y cuenta para las compensaciones y demás operaciones a que da lugar la liquidación definitiva producida por la disolución del matrimonio o por el advenimiento de cualquiera de los otros eventos que en conformidad con el Código Civil determinan la liquidación definitiva de la sociedad conyugal. La otra solución carece de apoyo en el texto y en el sentido lógico de la ley y del sistema que implantó, y sería apenas una innecesaria complicación inexplicable que dificultaría las operaciones definitivas de liquidación social.

En los siguientes apartes copiados de la sentencia recordada atrás, fijó la Corte el alcance y efectos del artículo 7º: "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 distribuír 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 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 ocurre 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 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 aun 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 la liquidación provisional hecha sin desproporción alguna, a que no sigan nuevos gananciales, hace innecesaria, por falta de materia, 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 3 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"

Por lo que hace a la pretendida violación del artículo 3 de la citada ley, apenas es necesario advertir, para rechazar el cargo, que la sanción de nulidad absoluta en él establecida no puede considerarse aisladamente en casos como el presente sino en relación con el 7 que otorgó capacidad y autorización a los cónyuges para definir las cuestiones relativas a la distribución de los bienes y gananciales que deben corresponder a cada uno de ellos, con el objeto único de poder acomodar al nuevo régimen administrativo las sociedades conyugales existentes el 1º de enero de 1933, nacidas y administradas según el antiguo sistema del Código.

---

La acusación hasta aquí estudiada se encamina, según lo visto, a negarle efectos definitivos al acto de liquidación extrajudicial de la sociedad conyugal verificada por los cónyuges Name-Chaljub con el objeto de que el patrimonio social vuelva a ser liquidado dentro de la sucesión del marido Nicolás Name. La objeción que en este particular se formuló a la cuenta de partición herencial se edificó exclusivamente sobre la interpretación legal para deducir el alcance y estabilidad de las liquidaciones convencionales entre cónyuges, según el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, pero sin des-

conocer la realidad y validez de tal acto jurídico, plenamente acreditado con la presencia en autos del instrumento público registrado que lo contiene. En el capíutlo cuarto de la demanda de casación, en que se señalan como violados por el Tribunal al confirmar la sentencia aprobatoria de la partición cuestionada los artículos 741, 756, 2637 y 2673 del C. C., se ataca el fallo recurrido también por haber tenido en cuenta el partidor la liquidación social extrajudicial hecha por los cónyuges, pero atacando ese acto mismo, negándole validez y acusándolo de nulidad.

"Durante el debate de las objeciones a la partición — dice el recurrente — se planteó una importante cuestión sobre el valor legal que tuviera el acto convencional contenido en la escritura número 419 de 23 de febrero de 1933 de la Notaría 4ª de Bogotá, por el hecho de no haberse registrado tal instrumento sino con posterioridad a la muerte de uno de los otorgantes".

De esta manera se plantea, con ocasión de un incidente de objeciones a la partición dentro del juicio sucesoral de Nicolás Name, una cuestión de nulidad de la división o liquidación de bienes de la sociedad conyugal que se formó por virtud del matrimonio contraído por el difunto con la señora Nur Chaljub de Name, con fundamento en que la escritura pública en que se hizo constar esa liquidación sólo fue inscrita en el registro el 30 de marzo de 1933 en el libro número II, y el 27 de abril del mismo año, en el número I, cuando el marido Nicolás Name había fallecido ya.

El Tribunal Superior, en la oportunidad en que estudió las objeciones a la partición herencial del difunto Nicolás Name, de acuerdo con reiteradas doctrinas al respecto, llegó a la conclusión de que el hecho anotado sobre la inscripción de la escritura número 419 de 23 de febrero de 1933, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá, no afecta la validez de la liquidación en ella contenida, porque perfeccionada la convención entre los esposos con todas sus condiciones legales y requisitos esenciales, y solemnizada con el otorgamiento de la escritura pública correspondiente en la que quedaron solemnemente consignados el consentimiento y voluntad de las partes, la subsiguiente formalidad del registro es cosa que puede llevarse a efecto por quien quiera que exhiba ante el respectivo Registrador de instrumentos públicos y privados la escritura pública que conforme a la ley la requiere sin que sea legalmente necesario para la validez de la inscripción la presencia de quienes intervinieron en el otorgamiento, fuera de que, en ocurrencias como la que se considera, la obligación del registro es una de las que pasan a los herederos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1155 del C. C. en forma que el registro de un título produce contra los herederos de los contratantes los mismos efectos que se hubieran producido contra su causante.

Contra esta conclusión de la sentencia, que el recurrente denomina "aberrante teoría de la tradición póstuma", no encuentra la Sala fundamento jurídico en ninguno de los reparos que se le hacen en la demanda de casación; pero además de esta razón de legalidad en la motivación del fallo acusado la Corte encuentra que el motivo en que se hizo consistir la objeción a la partición y que ahora se esgrime como acusación contra la sentencia aprobatoria, afecta de evidente improcedencia la pretensión del recurrente. En efecto; buscándose la declaración de invalidez de la liquidación social hecha extrajudicialmente entre los cónyuges, como título de dominio; aspirándose a desconocer la fuerza obligatoria de la partición misma, tal cosa no puede ser en manera alguna materia de decisión de un incidente en el juicio sucesoral de uno de los que otorgaron el acto de liquidación social, porque es bien sabido que las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, como lo establece el artículo 1405 del C. C.

No apareciendo, según lo expuesto, fundado ninguno de los cargos de violación legal de que habla la demanda contra la sentencia recurrida, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia

proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintitrés (23) de junio de mil novecientos treinta y ocho (1938), que ha sido objeto de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

## ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

**Cuando se combina el contrato de arrendamiento de servicios con el de mandato, el criterio que debe seguirse es ante todo el de investigar, de acuerdo con la intención de las partes, cuál de las dos convenciones combinadas debe tenerse como principal, a fin de aplicar de preferencia las normas que regulan el correspondiente tipo básico del contrato, sin perjuicio de procurar, en lo relativo a las prestaciones subordinadas, que son las que participan de la naturaleza del otro contrato, la aplicación en lo pertinente, a título complemen tario, de las normas que lo regulan, siempre que con ello no se desvíe el objetivo principal querido por los contratantes en el negocio jurídico global. No obstante lo dicho, cuando es imposible conciliar las normas que respectivamente regulan uno y otro contrato, es necesario resolver esa situación conflictiva en el sentido de dar preeminecia a los textos legales de orden público y en especial —dentro de éstos— a los de carácter imperativo, esto es, aquellos que corresponden a derechos cuya renunciación está expresamente prohibida, sin consideración a que normen el tipo del contrato principal o del subordinado. — 2.—El artículo 2144 del C. C., por fuerza de las disposiciones legales creadoras del estatuto social, se halla hoy reducido en su contenido mismo a ser procedente sólo en los negocios jurídicos bilaterales que participen de la naturaleza jurídica del mandato, el cual consiste esencialmente en ejecutar por cuenta de otro actos jurídicos y, por consiguiente, ya no es dable encajar dentro de ese tipo de contrato el ejercicio de las profesiones liberales, las cuales hoy en nada difieren de las demás artes para los efectos legales. — 3.—Tratándose de mandato no es indispensable que el mandatario, para obtener del mandante el pago de su obligación, deba rendir previamente cuentas de la administración. — 4.—El artículo 1127 del C. J. confiere el derecho potestativo de rendir cuentas voluntariamente sin ser demandado para ello, lo que antes no existía en la legislación. — 5.—El mandatario no tiene por qué probar haber obrado dentro de las facultades del mandato sino cuando el mandante le opone la excepción de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

### Materia del pleito

Wilbur A. Lloyd demandó a la compañía minera El Canada Mines Incorporation, con la acción procesal de condena, para que se condene a ésta a pagarle ocho mil cuarenta y nueve pesos cinco centavos ($ 8,049.05) oro americano, junto con sus intereses legales, desde cuando se causaron a deber hasta que se verifique el pago, a título de sueldo, honorarios o salarios como administrador de las minas El Canadá y la cantidad de novecientos sesenta pesos sesenta y siete centavos ($ 960.67) oro americano, junto con sus intereses comerciales, por concepto de anticipos o préstamos que el actor hizo a la demandada para atender a los gastos de la explotación cuando era administrador. Subsidiariamente suplicó el demandante se condene a la demandada al pago de la cantidad que durante el plenario se demuestre que le debe por uno u otro concepto.

De las afirmaciones aducidas y comprobadas por ambas partes se concluye que J. W. Austin, administrador y apoderado de El Canada Minas Incorporation, con motivo de su enfermedad, designó a Lloyd para que lo reemplazara en la administración de la empresa, consistente en la explotación de las minas de El Canadá, sitas en jurisdicción del municipio de Samaniego, y al mismo tiempo le confirió un poder comercial dentro de las facultades otorgadas a Austin por el presidente de la compañía. El empleo lo desempeñó Lloyd desde el 1º de diciembre de 1930 hasta el 15 de marzo de 1934. La remuneración convenida con Austin fue la de doscientos (200) dollares mensuales. Este nombramiento lo ratificó el Canada Mines Incorporation y, además, a partir del 15 de noviembre de 1932, aumentó el sueldo en cincuenta (50) dollares men-

suales. Aparte del sueldo dicho, los gastos de asistencia personal para él y su familia eran de cargo de la empleadora.

Tal sueldo ni los gastos dichos de sustento le fueron cubiertos en su totalidad, además de lo cual, según afirma el actor en su libelo, por falta de provisión de fondos, éste, de su propio peculio, adelantó novecientos sesenta dollares sesenta y siete céntimos de dollar (960.67), en pago de jornales, artículos alimenticios, fletes y otras inversiones necesarias.

### Fallo acusado

El Tribunal Superior de Pasto falló el 22 de junio de 1938 en el sentido de desestimar las pretensiones del actor, confirmando así la sentencia de primera instancia. Consideró el Tribunal que el contrato sobre prestación de servicios profesionales se rige esencialmente por las disposiciones sobre mandato, motivo por el cual está suficientemente probada la existencia del contrato entre las partes. Sobre esta base, el mandatario no puede exigir la remuneración de sus servicios sin la prueba de que ejecutó lo pactado y de que se ciñó "en todo a las prescripciones y a los términos del mandato. Además, el mandato, refiriéndose a un negocio determinado, impone al mandatario la obligación de hacer algo. Y sólo cuando esto se ha efectuado, debe exigir el pago de los servicios prestados".

Para el Tribunal, de acuerdo con el artículo 2181 del C. C., el mandatario, para poder exigir el pago de sus servicios y el reintegro de los dineros invertidos en la explotación de la mina, debe rendir cuentas de su administración previamente por medio del juicio especial, pues de lo contrario es una petición antes de tiempo.

No se probó por el actor, según el Tribunal, "que el dinero enviado por la compañía al mandatario, lo mismo que el suministrado por éste a aquélla, se gastó en los trabajos de las minas y que en los gastos se obró dentro de las facultades del mandato", requisitos estos indispensables para la procedencia de la acción incoada, conforme a los artículos 2173 y 2181 del C. C.

### Recurso de casación

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. se interpuso recurso de casación contra la sentencia, del cual se acogen los motivos que se sintetizan así:

Error de hecho evidente en la interpretación de la demanda, a consecuencia del cual el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 2142, 2181, 2173 del C. C. y dejó de aplicar los artículos 1602, 1608, 1618, 1626, 2063, 2054, 2055, 2056, 2059, 2064, 2143, 2144, 2149, 2150 y 2184, numerales 2, 3, 4 y 5 del mismo código.

El Tribunal involucró las súplicas de la demanda, siendo así que ellas se refieren a contratos distintos; uno, el de arrendamiento de servicios, y otro, el de mandato. Por consiguiente, de un lado, al reconocer como lo hizo la petición antes de tiempo, afectó indebidamente las súplicas referentes al pago de los sueldos provenientes del contrato de arrendamiento de servicios, el cual no puede regirse por las disposiciones del mandato. Y de otro lado, al exigir un juicio previo de rendición de cuentas para que el mandatario pueda pedir el reembolso de las sumas adelantadas, confunde lo sustancial con lo adjetivo y sacrifica el derecho a las normas rituales que no tienen el carácter de imperativas, "pues en ninguna parte ha prohibido el legislador liquidar o dilucidar las relaciones entre mandante y mandatario en juicio ordinario". Esto último en lo referente a la segunda súplica principal.

### Motivos

Vistos los artículos 2142 y 2144 del C. C., y considerando:

Que es manifiesto el error de hecho en que incurrió el Tribunal en la interpretación del libelo de demanda, porque no vio que allí, tanto por las súplicas formuladas como por los hechos relacionados, se está en presencia de pretensiones basadas sobre un contrato de arrendamiento de servicios combinado con otro de mandato, en forma tal que predomina el tipo de contrato de trabajo con prestaciones complementarias

subordinadas al fin principal de éste, los cuales pertenecen a la especie del mandato, tales como la de enganchar obreros.

Que cuando se combina el contrato de arrendamiento de servicios con el de mandato, el criterio que debe seguirse, no adoptado por el Tribunal, es ante todo el de investigar, de acuerdo con la intención de las partes, cuál de las dos convenciones combinadas debe tenerse como principal, a fin de aplicar de preferencia las normas que regulan el correspondiente tipo básico del contrato, sin perjuicio de procurar, en lo relativo a las prestaciones subordinadas, que son las que participan de la naturaleza del otro contrato, la aplicación en lo pertinente, a título complementario, de las normas que lo regulan, siempre que con ello no se desvíe el objetivo principal querido por los contratantes en el negocio jurídico global.

Que no obstante lo dicho, cuando es imposible conciliar las normas que respectivamente regulan uno y otro contrato, es necesario resolver esa situación conflictiva en el sentido de dar preeminencia a los textos legales de orden público y en especial—dentro de estos—a los de carácter imperativo, esto es, aquellos que corresponden a derechos cuya renunciación está expresamente prohibida, sin consideración a que normen el tipo del contrato principal o del subordinado.

Que el artículo 2144 del C. C., por fuerza de las disposiciones legales creadoras del estatuto del derecho social, se halla hoy reducido en su contenido mismo a ser procedente sólo en los negocios jurídicos bilaterales que participen de la naturaleza jurídica del mandato, el cual consiste esencialmente en ejecutar por cuenta de otro actos jurídicos, y, por consiguiente, ya no es dable encajar siempre dentro de ese tipo de contrato al ejercicio de las profesiones liberales, las cuales hoy en nada difieren de las demás artes para los efectos legales.

Que el Tribunal, al considerar únicamente la condición en Lloyd de técnico, cuyos conocimientos suponen largos estudios, para aplicar el artículo 2144 del C. C., implícitamente desconoce la posibilidad de que el profesional pueda arrendar sus servicios, esto es, ser empleado sometido en esa condición a las normas, entre otras, de la ley 10 de 1934, cuyo artículo 12 define las calidades de empleado particular y de patrón.

Que como administrador de las minas El Canadá, Lloyd no era gerente de la sociedad explotadora de ellas y se hallaba, por fuerza de lo pactado, en un vínculo de subordinación con la demandada, dependencia que es esencial al contrato de arrendamiento de servicios y que puede revestir cualesquiera de estas tres modalidades: subordinación económica, subordinación técnica y subordinación personal.

Vistos los artículos 2173, 2181 y 2184 del C. C., y teniendo en cuenta:

Que aun en el supuesto en que se colocó el Tribunal de que se trataba de un simple contrato de mandato, no es tampoco indispensable que el mandatario, para obtener del mandante el pago de su obligación, deba rendir previamente cuentas de la administración.

Que ese es un problema que se resuelve mediante lo que sobre carga de la prueba dispone el artículo 1757 del C. C., asunto subordinado, por lo tanto, a la naturaleza, tanto de la remuneración del mandatario como de las prestaciones de éste y que puede requerir en ciertos casos, para los efectos de la prueba de la existencia de las obligaciones cuyo cumplimiento se pretende por el mandatario del demandante, la rendición de cuentas, la cual, como es obvio, puede o no hacerse en juicio previo y especial. Esto es, rinde cuentas el mandatario previamente con el objeto de deducir un saldo a cargo del mandante para cobrarlo posteriormente, o, dentro del mismo juicio ordinario en que el mandatario cobra del mandante el cumplimiento de su obligación, rinde aquél cuentas para probar la existencia de ésta, cuando por su naturaleza ello sea necesario.

Que el artículo 1127 del C. J. confiere el derecho potestativo de rendir cuentas voluntariamente sin ser demandado para ello. Pero antes no existía semejante autorización, sin embargo de lo cual sí regían las disposiciones pertinentes ya citadas del C.

C., lo que hace ver cuán erróneo es el concepto de subordinar el cobro de honorarios por parte del mandatario a un requisito que era potestativo del mandante no exigir, ni siquiera dar pie para que se crease.

Que el mandatario no tiene por qué probar haber obrado dentro de las facultades del mandato sino cuando el mandante le opone la excepción de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente; ello en virtud de los principios generales sobre prueba de las obligaciones en los negocios jurídicos bilaterales, debido a que tal excepción se origina automáticamente en el contrato bilateral alegado por el actor. En este pleito la demandada se limitó a negar la existencia misma del contrato combinado.

Que por tales motivos violó el Tribunal las disposiciones legales citadas y en consecuencia procede la casación del fallo recurrido.

### Sentencia de instancia

Se halla probada, con las cartas auténticas de los gestores de la sociedad El Canada Mines Incorporation, la celebración del contrato combinado de arrendamiento de servicios y de mandato, en virtud del cual Lloyd se obligó, mediante un sueldo mensual de doscientos (200) dollares más los gastos de sostenimiento de él y su familia, sueldo que posteriormente fue elevado a doscientos cincuenta (250) dollares, a trabajar técnicamente las minas de El Canadá, situadas en jurisdicción del municipio de Samaniego. De esas mismas cartas aparece que todo el tiempo de los servicios de Lloyd se invirtió en el montaje de la maquinaria para el laboreo de la mina, porque la demandada, carente de recursos monetarios, no pudo adquirir y despachar sino de manera muy lenta e incompleto los elementos necesarios para trabajar las minas de modo sistemático.

Está probado por confesión del actor en posiciones que recibió por remesas de la sociedad demandada y en distintas ocasiones un total de cuatro mil quinientos cuarenta y cinco dollares (4,545), y, además, dos mil seiscientos treinta y dos pesos ochenta y cuatro centavos ($ 2,632.84) colombianos.

Está acreditado con facturas y otros elementos pertinentes haber invertido en el laboreo de las minas mil trescientos cuatro pesos ochenta y siete centavos ($ 1,304.87) colombianos.

Alega la demandada que Lloyd carece de acción, porque ella, cuando celebró el contrato dicho, no había cumplido en Colombia con las exigencias legales relativas a la protocolización de sus estatutos, en su calidad de compañía domiciliada en el exterior y a la designación de su representante legal en Colombia. Esta excepción se desestima, en virtud de que no se dable alegar la falta de una o más de las solemnidades mencionadas contra los terceros interesados en la existencia de la sociedad. (Artículo 477 del C. de Co.).

En cuanto a la súplica sobre novecientos sesenta pesos sesenta y siete centavos ($ 960.67) que el actor dice haber dado en préstamo a la sociedad, no hay lugar a acogerla porque no obran comprobantes de esa afirmación.

El demandante fijó en la suma máxima de ocho mil cuarenta y nueve dollares cinco centavos (8,049.05) el valor de lo que cobra en su calidad de administrador de las minas El Canadá, motivo por el cual la condena no podrá exceder de esa cifra.

### Resolución

Por tales motivos, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia que en este juicio ordinario pronunció el Tribunal Superior de Pasto el 22 de junio de 1938 y, revocando la sentencia de primer grado proferida por el Juzgado 1º del Circuito de Túquerres con fecha 8 de abril de 1937, falla:

1º Condénase a la sociedad El Canada Mines Incorporation a pagar a Wilbur A. Lloyd la cantidad que salga a deberle en dollarse por concepto de sueldo así: A razón de doscientos dollares mensuales en el lapso comprendido del 1º de diciembre de 1930 al 14 de noviembre de 1932 y de dos-

cientos cincuenta dollares mensuales desde el 15 de noviembre de 1932 hasta el 15 de marzo de 1934, junto con los intereses legales de cada mensualidad desde la fecha de su vencimiento hasta cuando se verifique el pago.

2º Condénasela asímismo a pagar al actor en moneda colombiana la cantidad mensual que debían habilitar a éste y a su esposa para subsistir modestamente de un modo correspondiente a la posición del mismo Lloyd de director técnico en la laboreo de las minas El Canadá, ubicadas en el municipio de Samaniego, durante el tiempo comprendido entre el 1º de diciembre de 1930 y el 15 de marzo de 1934, junto con los intereses legales de cada mesada desde su vencimiento hasta cuando se verifique el pago.

3º De la cantidad a que se refiere el numeral 1º, se descontará inicialmente la suma de cuatro mil quinientos cuarenta y cinco dollares (4,545)), recibida ya por Lloyd.

4º De la suma a que se refiere el numeral segundo se descontará la cantidad de mil trescientos veinsiete pesos noventa y siete centavos ($ 1,327.97) colombianos, que es la diferencia entre lo que en esta moneda recibió Lloyd de la compañía y lo que él comprobó haber invertido en la misma.

5º Las liquidaciones correspondientes se harán por el procedimiento estatuído en el artículo 553 del C. J.

6º En ningún caso la cuantía de la condena total podrá exceder de ocho mil cuarenta y nueve dollares cinco centavos ($ 8,049.05), más los intereses legales, hechas las deducciones ordenadas.

7º Desestímanse los demás cargos de la demanda.

8º Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la Gaceta Judicial copia del presente fallo.

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

ACCION DE PERJUICIOS

**1.—La confesión es la expresa aceptatación por parte de persona capaz del hecho susceptible de tener consecuencias jurídicas en contra de quien la hace. No hay confesiones implícitas sino expresas. — 2.—Alegar la violación de un precepto probatorio, omitiendo el señalamiento de cómo repercute tal violación en la ley sustantiva pertinente al pleito, es lanzar una acusación incompleta e ineficaz ante la Corte. — 3.—El error de hecho proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, tiene que ser manifiesto, esto es, que aparezca tan de bulto que sin vacilación atraiga inmediatamente la atención. — 4.—La confesión no puede establecerse por medio de indicios, pues la prueba de confesión y la indiciaria están colocadas en distintos planos y categorías. — 5.—Con declaraciones no se prueba el hecho desnudo de que una persona es sucesora de otra.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Jesús Vásquez G., varón, mayor de edad y vecino de la ciudad de Ciénaga, en el Departamento del Magdalena, demandó ante los jueces de Santa Marta, a la Magdalena Fruit Company, sociedad anónima, domiciliada en Wilmington, Estado Delaware, Estados Unidos de Norte América, con funcionamiento legal y negocios permanentes en Colombia y con un gerente en Santa Marta, para que con su audiencia se le condene en juicio a pagarle a Vásquez la cantidad de cinco mil cuatrocientos setenta pesos ($ 5,470) oro, o la suma que en el juicio se compruebe, por indemnización de perjuicios provenientes de los daños que en un potrero de Vásquez denominado "Los Mangos", ubicado en el caserío de Tierra Nueva, jurisdicción del distrito de Pueblo Viejo, le causó un canal construído por la United Fruit Company, sociedad anónima, domiciliada en New Jersey, Estados Unidos de Norte América, con funcionamiento legal y negocios en Colombia.

El demandante adujo principalmente como hechos de su demanda, entre otros estos:

1º Que es dueño y poseedor del potrero denominado Los Mangos, de 120 hectáreas de extensión, cultivadas con pastos de pará, cercado con alambre de púas; 2º que la United Fruit Company construyó un canal que desvía de su curso natural las aguas de las quebradas Chingaleal y Tres Vueltas y las del río Cataca, conduciéndolas por ese canal hasta el caño Saco, desde donde se esparcen inundando una gran zona, incluyendo el potrero de Los Mangos; 3º que la Magdalena Fruit Company es "sucesora de la United Fruit Company"; 4º que la United Fruit Company construyó en la margen derecha del canal de que se habla en el hecho segundo, bajando, varios diques, donde el canal corta la quebrada de Tres Vueltas y el río Cataca; 5º Canal y diques hacen efectivo de manera permanente el desvío de la quebrada Tres Vueltas y del río Cataca, causante de la inundación de la zona donde está ubicado el potrero de Los Mangos; 6º tal inundación de carácter permanente ha causado graves daños en el potrero de Los Mangos.

La compañía demandada contestó la demanda aceptando unos hechos y negando otros, y en cuanto a que tenga el carácter de sucesora de la United Fruit Company, dijo que lo es en "determinados bienes y derechos adquiridos de ésta por compra pero no tendría por qué responder por las obligaciones que pudieran pesar sobre la United Fruit Company en relación con la presente demanda". Propuso además la excepción de prescripción anual y todas las que resulten de las contestaciones a los hechos de la demanda.

El juez de primera instancia declaró no

probada la excepción de prescripción y condenó a la demandada a pagar al demandante la cantidad de $ 4,735.00, en que fueron justipreciados los perjuicios causados por la United Fruit Company en el potrero de Los Mangos.

El tribunal de Santa Marta, revocó esta sentencia y en su lugar dispuso absolver a la empresa demandada de los cargos de la demanda.

Contra esta sentencia interpuso la parte actora recurso de casación ante la Corte, el cual por estar ya debidamente preparado pasa a decidirse.

### La sentencia

La sentencia parte de la base de que el actor no trajo al expediente ninguna comprobación del hecho afirmado de que la Magdalena Fruit Company sea sucesora universal o singular de la United Fruit Company. Se limitó a sostener que el demandado confesó ese hecho al darle contestación al postulado tercero de la demanda.

Pero para el tribunal esa confesión no aparece. Partiendo del supuesto de que el actor quiso decir en el hecho tercero de la demanda que la Magdalena es sucesora universal de la United, aquella entidad al contestar que "es sucesora..... en determinados bienes y derechos adquiridos.... por compra", negó implícitamente la afirmación del demandante, pues la contestación expresa claro que la sucesión fue sólo en determinados bienes, cosa opuesta a la sucesión total de derechos y obligaciones.

Esta manera de ver las cosas queda todavía más patente si se ponen en relación, como es forzoso, la afirmación que contiene el hecho tercero y su respuesta. El hecho afirma: la Magdalena Fruit Company es sucesora de la United; a lo cual se contesta: en determinados bienes y derechos adquiridos por compra. De donde resulta que si la sucesión de que habla el hecho se entiende en sentido universal, la contestación que a él se dio negó ese carácter al afirmar que lo era a título parcial y al negar la obligación reclamada.

Pero admitiendo que el demandado no contestó categóricamente el hecho tercero, es decir, que ni lo negó ni lo afirmó, tal circunstancia implicaría silencio al respecto del demandado. El silencio no equivale a confesión, según nuestro derecho procesal.

### El recurso

El recurrente ataca los anteriores conceptos del sentenciador por las siguientes causales:

**Primera.**—Violación del artículo 1757 del Código Civil. Al relevar a la compañía demandada de la obligación de probar su excepción, el tribunal violó la mencionada disposición, porque dejó de aplicarla.

Para el recurrente, el tribunal omitió aceptar la confesión expresa y clara consignada en la respuesta al hecho tercero de la demanda. La Magdalena es sucesora de la United, dice el representante de la entidad demandada. Igual afirmación en las mismas palabras consigna el demandante. Las agregaciones a esta confesión constituyen una excepción, cuya prueba ha debido correr a cargo del demandado. No lo intentó siquiera. La confesión ha debido por tanto aceptarse en todo su valor para hacerle producir sus efectos jurídicos.

Se considera:

El cargo es inoperante. La confesión, que es la expresa aceptación por parte de persona capaz del hecho susceptible de tener consecuencias jurídicas en contra de quien la hace, no se encuentra en la contestación al hecho tercero de la demanda. La compañía demandada enfáticamente negó que tuviera a su cargo la obligación de responder por los hechos que a la United se le imputan en la demanda, aun cuando acepta que para otros bienes y derechos sí es sucesora de esta entidad. Al actor en consecuencia le correspondía probar durante el juicio cualquiera de estos hechos: que la Magdalena es sucesora universal de la United, por haber adquirido la primera por fusión, por compra o por cualquier otro título, todos los bienes y derechos de la segunda, asumiendo también el pasivo; o que la Magdalena es sucesora particular de la

United en lo concerniente a las indemnizaciones que se le cobran, bien por haber especialmente contraído esa obligación, bien por haberse beneficiado de las obras construídas por la United y que provocaron las inundaciones sobre el predio del señor Vásquez. Pero ninguna prueba al respecto fue aportada. Atúvose el actor a que creyó ver en la contestación al hecho tercero de la demanda implícitamente confesado que la Magdalena Fruit Company responde de los hechos culposos que a la otra sociedad se le imputan, cuando eso no es más que un espejismo. De un lado porque no hay confesiones implícitas sino expresas. Y de otro, porque quien acepta que es sucesor a título particular de otro, en determinados bienes y derechos, distintos de los que se están discutiendo, limita ahí expresamente el alcance de su responsabilidad. En ello no existe ni remotamente el planteamiento de una excepción como tampoco la habría si la demandada hubiese contestado que era sucesora universal de la United, excepto en lo referente a la obligación propuesta en el pleito. El caso último, en razón de que el artículo 609 del actual Código Judicial, estatuye perentoriamente que toda confesión es indivisible, a menos que se agreguen hechos independientes y desconectados del hecho admitido, pues entonces la prueba de aquellos hechos incumbe al declarante.

No hubo pues violación del artículo 1757 del Código Civil. Más aún cuando se hubiese desconocido este precepto, el recurso tampoco prosperaría, dado que el recurrente no establece ni indica cuál sea la incidencia de la violación de la mencionada regla, relativa a la distribución de la carga de la prueba, sobre el derecho sustantivo materia de la controversia, el cual versa sobre responsabilidad por hecho ilícito. La violación del artículo 1759 podría ser el puente necesario para llegar a demostrar la infracción de normas civiles reguladoras del derecho en litigio, que es el único motivo que autoriza la casación cuando de error de hecho o de derecho se trata, en la apreciación probatoria, como repetidamente lo ha explicado la Corte en múltiples ocasiones. Pero alegar la violación de un precepto probatorio, omitiendo el señalamiento de cómo repercute tal violación en la ley sustantiva pertinente al pleito, es lanzar una acusación incompleta e ineficaz ante la Corte.

**Segunda**—Violación de los artículos 1769 del Código Civil; 604, 606, 607 y 609 del Código Judicial. El primero, porque el tribunal relevó a la compañía demandada de la obligación de probar la excepción; el segundo, porque desestimó la confesión que se hizo en la contestación de la demanda; el tercero, porque le negó validez de prueba a la confesión hecha por la demandada; el cuarto, por haberle negado su mérito a la confesión hecha por el representante de la demandada; y el quinto, porque el tribunal negó a la alegación de la Magdalena la calidad de excepción.

Se observa:

Todas las acusaciones precedentes tienen por base la supuesta confesión de la compañía demandada al darle contestación al hecho tercero de la demanda. Ya vióse lo injurídico que sería atribuírle a esa respuesta el alcance de confesión, acerca de una cuestión capital negada expresamente por la demanda.

Nada de lo previsto en el artículo 609 del Código Judicial, ocurre con la confesión de la Magdalena. Dijo solamente que aunque es sucesora de algunos bienes y derechos adquiridos de la United Fruit Company, por compra, no lo es de la obligación que se le pretende hacer eféctiva en el juicio. No hay en esto cosa distinta del reconocimiento de una circunstancia concreta y determinada, de un hecho simple, el cual debe admitirse por el juzgador tal como está confesado.

Y aquí, como en la causal anterior, las disposiciones por cuya infracción se acusa, tampoco fundan la casación. Los artículos 1769 del Código Civil, relativo al valor de la confesión, y 604, 606, 607 y 609 del Código Judicial, relativos a la misma materia, en caso de haberse desconocido por el tribunal, al apreciar la respectiva prueba, serían el camino por donde podría llegarse a demostrar la infracción de la ley civil normativa del derecho invocado en el pleito y juzgado en la sentencia.

**Tercera.**—Violación de los artículos 1769 del Código Civil y 606 y 607 del Código Judicial. El tribunal prescindió de tener en cuenta el memorial recibo del folio 43 del cuaderno principal. Con ánimo de conseguir la inmovilidad procesal del demandante la Magdalena Fruit Company presentó

un ruecibo expedido por el honorario del perito en la diligencia de inspección ocular prelitigio; para conseguir ese fin, que el juzgado le concedió, invocó el artículo 571 del Código Judicial. Si la United no hubiese sido la causante de la Magdalena, la presentación de ese recibo hubiera sido improcedente e ineficaz ya que el recurso intentado solamente se concede a las partes. La presentación del comprobante, el hecho de hablar en nombre de la United y la norma jurídica invocada, llevan envuelta la confesión de que la una y la otra compañías tienen identidad real.

En aquel memorial recibo, agrega el recurrente, el señor Bennet habla en nombre de la United y de la Magdalena, dejando entrever muy claramente que son una sola cosa. Además conviene que resalte la afirmación de que el pago fue hecho por la Magdalena.

Al omitir el tribunal conceder al memorial y al recibo su amplísimo valor probatorio incurrió en un error de hecho y en la violación de las disposiciones prenotadas.

Se considera:

Antes de instaurar el presente pleito el señor Vásquez hizo practicar por el señor Juez del Circuito de San Juan de Córdoba una inspección ocular sobre el potrero de Los Mangos con el fin de comprobar la existencia de las inundaciones y los daños causados por éstas. La inspección ocular fue realizada con citación y audiencia de la United Fruit Company, y con la intervención de peritos, uno de los cuales fue el señor John E. Murphy, designado por aquella compañía, quien le pagó el honorario correspondiente, según el recibo agregado a las diligencias prejudiciales y firmado por Murphy.

A poco de contestada la demanda el señor Bennet, representante de la Magdalena, presentando copia del recibo expedido por Murphy a la United en las diligencias prejudiciales, invocó el artículo 571 del Código Judicial, para obtener que no se oyera al demandante mientras no se le abonara lo pagado a su cuenta. El juez decretó la súplica de conformidad. Vásquez entonces consignó el valor del peritazgo en el juzgado, quien lo puso a disposición de la demandada. La demandada recibió esa suma ($ 70) "para reembolsar a la United Fruit o a la Magdalena Fruit Company lo que ésta pagó por dicho señor Vásquez al perito señor Murphy en la inspección ocular extrajuicio que ha hecho valer como prueba en el ordinario que adelanta contra la Magdalena Fruit Company sobre perjuicios".

Esto es todo lo que en el expediente sirve de prueba a la pretensión del actor encaminada a que la demandada responde de los daños que a él le causara la United Fruit Company en su propiedad de Los Mangos.

Pero elemento de convicción tan débil, de nada sirve al fin propuesto. Constituyendo en sí un recurso procesal al cual se apeló indebidamente, con el ánimo de entorpecer la marcha del pleito, no reviste el carácter de confesión, ni es la aceptación plena y expresa de que la Magdalena es la sucesora de la United en la obligación de verificar las indemnizaciones que se demandan. La demandada, aprovechándose del recibo expedido a favor de la United, y pidiendo a su favor el reembolso del valor correspondiente, con la aquiescencia inexplicable del juzgado, asumió para ese caso especial la calidad de acreedor de que carecía, sin repercusiones más allá del incidente respectivo. Darle a este incidente el pretendido alcance de aceptación del carácter que el actor le asigna a la demandada, es desviar su verdadera significación estrictamente procesal atribuyéndole una intención y un fin de que está exento tanto por la ley, como por la manera en que fue planteado. La ley exige para que haya confesión la manifestación expresa de ser cierto el hecho que perjudica, de manera que a ella no puede llegarse por inferencias basadas en hechos singularmente equívocos y vagos.

El error de hecho proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, tiene que ser manifiesto, esto es, que aparezca tan de bulto que sin vacilación atraiga inmediatamente la atención. Nada de eso ocurre con la falta de apreciación de la prueba dimanada de los elementos del incidente, de que se acusa al tribunal, pues para ver en esos elementos una confesión de la demandada acerca de la identidad de las dos compañías, sería necesario violentar en demasía el alcance y la significación del recurso a que aquella acudió.

Además, aquí como en las anteriores causales el recurso es incompleto. De suerte que si se ha examinado ha sido más bien por abundar en razones.

Cuarta.—Violación del artículo 665 del Código Judicial, porque los hechos recordados, si no se les estimase como confesión tendrían a lo menos la calidad de indicio, y

como no se les dio valor alguno, sufrió quebranto la disposición citada.

Aun suponiendo en gracia de discusión que la aislada disposición del artículo 665 diese margen al recurso de casación por infracción de ley sustantiva, la acusación está desprovista de todo fundamento, ya que a establecer un aconfesión nunca es posible hacerlo por la vía de meros indicios, pues la prueba de confesión y la indiciaria están colocadas siempre en distintos planos y categorías.

Pero si la acusación consiste más bien —no lo indica el recurrente— en que los indicios tienden a establecer la identidad de intereses entre las dos compañías ya general o ya particularmente en lo relacionado con este pleito, tampoco es operante, para lo cual basta recordar lo que se acaba de decir anteriormente acerca del significado del incidente o recurso de reembolso, y la necesidad de que en materia de errores de hecho o de derecho por falta o equivocada apreciación de pruebas, el error sea manifiesto.

Quinta.—Violación por falta de aplicación del artículo 697 del Código Judicial. En legal forma vinieron al proceso las declaraciones de Gabriel J. Ebrat, Esteban Navarro y Samuel Restrepo F., quienes están conformes en declarar cómo la Magdalena es sucesora de la United.

Se observa:

Con declaraciones no se prueba el hecho desnudo de que una persona es sucesora de otra. Además, los declarantes no dicen si la Magdalena es sucesora universal de la United, ni expresan por qué les consta el carácter de causante que le atribuyen a la United, en una frase incidental de sus declaraciones, tomadas con el fin de comprobar las inundaciones.

Observación que se hace no obstante que el cargo en sí carece de fuerza tanto por el defecto de las demás acusaciones estudiadas, como porque en la hipótesis de que el tribunal se hubiera equivocado en la apreciación de las declaraciones, esa equivocación sería insuficiente, en su caso, para casar, sin haberse demostrado que el error asume tal magnitud que es manifiesto.

---

No siendo otros los cargos deducidos contra la sentencia del tribunal, y visto que ellos no dan margen para casar así debe declararlo la Corte.

Por ende, 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 materia del presente recurso, pronunciada por el tribunal superior de Santa Marta en el juicio ordinario de que dan cuenta estos autos, el 29 de septiembre de 1937.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en el próximo número de la Gaceta Judicial.

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

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO—INTERPRETACION DE LA DEMANDA

**1.—Al tratarse de la ley, previniendo graves peligros, el legislador establece la prevalencia de su tenor literal cuando su sentido es claro, en forma de no poderse desatender "a pretexto de consultar su espíritu" (C. C., artículo 27); y con todo, no deja de abrir el campo a la equidad natural, a los principios de derecho natural y a las reglas de la jurisprudencia, ya para ilustrar la constitución, ya para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes (Ley 153 de 1887, artículos 4º y 5º). En los contratos y actos de los particulares, en que no hay la valla impuesta por el temor de los aludidos peligros, es afortunadamente más amplio y completo el dominio de la realidad, y así, por ejemplo, el legislador mismo prescribe que en los testamentos "para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido", y en los contratos se estará a la intención de las partes claramente conocida", más que a lo literal de las palabras" (C. C., artículos 1127 y 1618). Análogamente ha de procederse y por constante jurisprudencia se ha procedido en el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, en lo cual el senteciador obedece, no sólo el imperativo de equidad y de verdad que dictó las disposiciones que acaban de citarse, sino también preceptos tan terminantes como los contenidos en los artículos 837 del C. J. antiguo y 471 y 472 del hoy vigente.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Como relato de antecedentes se transcribe en lo pertinente el informe presentado por el Magistrado sustanciador en la audiencia pública de treinta de enero del presente año.

"Por medio de apoderado el señor Alfredo Prieto B. demandó 'para la sucesión del señor Eudoro C. Prieto', al señor Carlos García y a la sucesión del señor Cristóbal Rodríguez representada por su cónyuge sobreviviente señora Raimunda Cortés y por sus hijos Isabel, Ana Eduvigis, Ana Elisa y Samuel Rodríguez, a fin de que se declare resuelto y rescindido (sic) por falta de pago el contrato de compraventa celebrado entre Eudoro C. Prieto y Carlos García por medio de la escritura número 742 otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá el 26 de agosto de 1913, y consiguientemente la compraventa celebrada en escritura número 582 del 21 de septiembre de 1919 en la Notaría de Fusagasugá entre dicho García y Cristóbal Rodríguez, contratos en que respectivamente García compró a Prieto y trasfirió a Rodríguez los bienes determinados en tales escrituras. La demanda formula las súplicas consecuenciales sobre restitución de bienes y pago de frutos, así como la de cancelación de las inscripciones de aquellos instrumentos en la Oficina de Registro.

Cursó el juicio en su primera instancia en el Juzgado 1º del Circuito de Fusagasugá, en donde ella terminó por sentencia absolutoria de 31 de octubre de 1934. Apelada, se tramitó en el Tribunal Superior de Bogotá la segunda instancia, decidida en fallo de 30 de noviembre de 1936 que decidió no haber lugar a hacer las declaraciones pedidas en el libelo por estar probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de personería en la parte actora.

Interpuso ésta recurso de casación que, negado inicialmente, quedó concedido por la Corte con motivo del recurso de hecho a que esa negativa dio lugar. El de casación se ha tramitado debidamente. Solicitada por el recurrente audiencia pública, en oportunidad se señaló para ella el día de hoy.

Entre los hechos fundamentales de la demanda se destacan estos: en la citada escritura 742 de 26 de agosto de 1913 aparecen como vendedores Eudoro C. Prieto "y su esposa la señora Betsabé Benavides de

Preito", quienes dicen vender a García el globo de terreno denominado El Zaque, en el punto denominado Gúchipas, jurisdicción de Pasca, y los derechos de Dioselina y Concepción Benavides como herederas de su padre legítimo Pedro Benavides en el mismo terreno, derechos que Prieto les compró por el instrumento allí citado; y además la señora Benavides de Prieto vende al mismo García las acciones y derechos que en ese mismo terreno le correspondan como heredera de su padre legítimo Pedro Benavides y a cualquiera otro título. Así se resume la cláusula primera de aquella escritura. En la segunda se dice que el precio total son $ 18,000 por el terreno y $ 2,000 por los derechos herenciales y que los vendedores han recibido en dinero $ 10,000 y los $ 10,000 "restantes en un documento privado que les ha otorgado el comprador". La cláusula tercera contiene la declaración de libertad de lo vendido y de no haberlo enajenado ellos antes. La cuarta declara la entrega material al comprador; y la quinta, la obligación de sanear. García acepta estas declaraciones y el contrato.

Efectivamente, el mismo 26 de agosto firmó García un documento privado por $ 10,000, pagaderos no a Prieto o su consorte, sino a Concepción Arévalo y a Margarita, Jorge y Ubaldina Benavides, así: $ 4,000 a aquélla y $ 2,000 a cada uno de estos tres; más precisamente: García se constituye deudor de Prieto y se obliga a pagar como acaba de decirse. El documento advierte que la deuda procede de dicha venta, y cuanto en la identificación de esta fuente haya de defiencia allí, lo suple o complementa el mismo García al absolver posiciones el 1º de junio de 1931.

Es sobre estas bases y la de falta de los pagos de que acaba de hacerse mérito como se ejercita la acción resolutoria de aquella compraventa. Y es dentro de los mismos conceptos como se ejercita igual acción respecto de la venta de García a Cristóbal Rodríguez, la que, según la demanda, no es, por decirlo así, sino repetición de aquélla, en cuanto García declara haber adquirido por y para Rodríguez.

El Juzgado se funda para absolver en que el precio total quedó cubierto por el comprador García, parte en dinero y parte en el citado documento; en que no son los vendedores Prieto y señora los acreedores de la obligación expresada en el documento, sino los terceros prenombrados, y en que, por lo mismo, la falta de pago no daría acción a Prieto ni, por ende, a su sucesión, para cobrar exigiendo el pago ni para prestaciones o consecuencias distintas; y agrega que esos terceros acreedores al tenor del documento no fueron partes en la compraventa, por lo cual la demanda no podría prosperar aun entendiéndola comprensiva de los derechos de esos terceros, esto es, de la señora Arévalo y de los Benavides A.

El Tribunal observa que los bienes vendidos por los consortes Prieto y señora eran de la sociedad conyugal existente a la sazón entre ellos y que cualesquiera acciones que ocurrieran para invalidar su enajenación y recuperarlos corresponden a esa sociedad o a quien o quienes la liquidación de ella indique; pero no a la sucesión del marido en cuyo favor no aparece adjudicación. De ahí y de haberse demandado para la sucesión de Prieto deduce el Tribunal la excepción que declara probada para llegar, aunque por vía dsitinta del Juzgado, a conclusión adversa también a las pretensiones del demandante".

---

Como se ve, el fallo del Tribunal estriba en la carencia de personería en la parte actora; de manera que, ajustándose él lógicamente a este concepto, se halló en situación de no entrar al fondo de los problemas planteados con la demanda y sus contestaciones. De ahí, como es lo natural, que el mayor empeño del demandante ahora como recurrente sea el de rebatir aquella opinión atacando ante todo la sentencia en lo atañedero a esa personería.

Se justifica la afirmación del Tribunal de que la acción incoada corresponde a la sociedad conyugal Prieto-Benavides disuelta y por ende puesta en liquidación con la muerte del señor Prieto, porque los bienes respectivos pertenecían a aquélla y porque la acción se encamina a invalidar la enajenación de los mismos y, por tanto, a que

vuelvan al dueño que los vendió por medio del contrato atacado en la demanda. Y se justifica también porque ni esos bienes, ni el crédito correspondiente a la parte insoluta del precio de su venta, ni la acción en referencia aparecen salidos del patrimonio de aquel dueño, como habrían salido, por ejemplo, por habérseles incluído en la liquidación de esa sociedad y adjudicado a tal o cual de los socios en su propia persona o en la de sus herederos, que aquí, para satisfacer la actuación habida tal como se la planteó, habría sido uno o más de los herederos del cónyuge difunto señor Prieto o todos ellos.

El Tribunal, hallando las cosas en el pie que acaba de esbozarse y viendo por otra parte que el abogado del actor lo presenta pidiendo para la sucesión del señor Prieto, en vez de hacerlo para la sociedad, es como encuentra y declara la carencia de personería sustantiva bastante a negar lo demandado.

Pero acontece que, si es verdad que el libelo formula la declaración expresa de que se demanda "para la sucesión del señor Eudoro C. Prieto", contiene al propio tiempo elementos clarísimos en contrario de la limitación o exclusión que esto significaría al pensar en las diferencias que existen entre aquellas dos comunidades sucesión y sociedad. Esos elementos cifran la expresión y aun por decirlo así la definición de lo que entiende la demanda por sucesión al declarar que se pide para ésta. Ellos son ante todo el hecho 13º de los fundamentales concebido en estos términos: "El señor Eudoro C. Prieto falleció y su sucesión está representada por el cónyuge sobreviviente señora Betsabé Benavides v. de Prieto y por sus hijos Alfredo, Martín, Juan, Rosaura, María de la Cruz, Amalia Elvira, Aristides y Pedro Anselmo Prieto Benavides..."

A mayor abundamiento sobre la inteligencia que el libelo da a la palabra **sucesión**, viene el hecho 15º de los aducidos como fundamentales, redactado así: "El señor Cristóbal Rodríguez falleció y su sucesión está representada por el cónyuge sobreviviente señora Raimunda Cortés v. de Rodríguez y por sus hijos Elías, Abel, Isabel, Anita, Eduvigis, Ana Elisa y Samuel Rodríguez Cortés".

Al tratarse de la ley, previniendo graves peligros, el legislador establece la prevalencia de su tenor literal cuando su sentido es claro, en forma de no poderse desatender "a pretexto de consultar su espíritu" (C. C., artículo 27); y con todo, no deja de abrir el campo a la equidad natural, a los principios de derecho natural y a las reglas de la jurisprudencia, ya para ilustrar la constitución, ya para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes (Ley 153 de 1887, artículos 4º y 5º). En los actos y contratos de los particulares, en que no hay la valla impuesta por el temor de los aludidos peligros, es afortunamente más amplio y completo el dominio de la realidad, y así por ejemplo, el legislador mismo prescribe que en los testamentos "para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido", y en los contratos se estará a la intención de las partes claramente conocida, "más que a lo literal de las palabras" (C. C., artículos 1127 y 1618).

Análogamente ha de procederse y por constante jurisprudencia se ha procedido en el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, en lo cual el sentenciador obedece, no sólo el imperativo de equidad y de verdad que dictó las disposiciones que acaban de citarse, sino también preceptos tan terminantes como los contenidos en los artículos 837 del C. Judicial antiguo y 471 y 472 del hoy vigente.

De ahí que, si en el presente caso el actor declara demandar para la sucesión en una frase en que debió decir que demandaba para la sociedad, no por ello puede procederse como correspondería a este error no atendiendo o leyendo del libelo sino exclusivamente esta frase, en lo pertinente, sino que, tomando el libelo en su integridad, como es de rigor, sin prescindir, por lo mismo, de ninguno de sus componentes y menos aún de algo de tan señalada importancia y entidad como son sus hechos fundamentales, el juzgador forzosamente tie-

ne que reconocer cuál fue la intención del demandante y que ella fue traicionada por aquella frase, cuyas palabras no la pueden sacrificar.

No se está diciendo que jurídicamente haya de hallarse identidad entre las dos comunidades referidas, sucesión y sociedad, cuando la muerte de una persona determina a la vez la apertura de su sucesión y la disolución de la sociedad conyugal de que ha sido socio (C. C., artículos 1012 y 1820), sino simplemente que en el presente caso al decir el libelo que se demanda para la sucesión, no por eso dejó la intención de ser la de demandar para la sociedad, porque, así sea con error, entendió por sucesión, y en esta forma se valió de este vocablo en la frase citada y trascrita, no tan sólo los herederos del marido difunto, sino también el cónyuge sobreviviente y fue al conjunto de éste y de aquéllos a quien señaló como demandante, al propio tiempo que, aun valiéndose de la misma palabra sucesión, fue no sólo a los herederos de García, sino al conjunto de ellos con el cónyuge sobreviviente de este señor, a quien señaló como demandado.

Lo dicho conduce a acoger el cargo de error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda y de consiguiente violación de las disposiciones sustantivas pertinentes citadas por el recurrente a este fin y con tal motivo, entre ellas los artículos 1834 y 2324 del C. C. por haberlos dejado de aplicar el Tribunal al desoír la demanda en virtud de la referida carencia de personería en la parte demandante.

Hallándose fundada esta causal, sin considerar las restantes debe dictarse la resolución que reemplace la sentencia recurrida, cuya casación queda determinada por la acogida de tal cargo (C. J., art. 538).

**Sentencia de instancia**

La demanda se encamina a invalidar la venta de Prieto y su señora a García y la de éste a Rodríguez y a obtener las prestaciones consecuenciales. Las súplicas dirigidas contra los contratos las formula el libelo pidiendo tanto sobre el uno como sobre el otro que se le declare "resuelto y rescindido". Afortunadamente para el propósito y sentido de la demanda no obsta el yerro de juntar como una misma o al menos cual si no fuesen opuestas entre sí esas dos acciones, porque, a pesar de él, es claro que se pide la resolución.

Este concepto se impone en vista de las disposiciones legales aducidas en el libelo como fuente del derecho y sobre todo en atención a los hechos fundamentales, que son los correspondientes a esa acción y en manera alguna a la rescisoria, pues, aparte de los relativos a celebración de los contratos con cita de su respectiva escritura pública, y de los referentes al estado de las partes en esas fechas y a los matrimonios y defunciones aludidos, los cardinales son: no haber pagado García al comenzar sino parte del precio, haber suscrito él el documento privado referido con el fin de proveer al pago del resto y estar en mora en estas obligaciones.

Este estado de mora en el comprador es elemento indispensable para que la acción resolutoria se produzca. Nuestro Código Civil así lo establece, tanto en su artículo 1546 en general para los contratos bilaterales, cuanto el 1930 en singular para la compraventa; de modo que este último declara que la acción asiste al vendedor "si el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio ....." Esta es cabalmente la frase con que principia.

Por tanto, en un pleito en que se ejercita esa precisa acción, lo primero que debe indagarse es si el comprador está constituído en mora.

Para saberlo hay que contemplar el caso ante el artículo 1608 de ese Código, cuyos tres numerales señalan taxativamente los caminos que a ella conducen o, por mejor decir, la manera de producirse. El 1º supone fijación de plazo en las estipulaciones de los contratantes. Aquí ellos, hoy sus causahabientes, están acordes en que no hubo tal estipulación, en cuanto el documento privado no fija la oportunidad de los pagos establecidos en él y, además, la escritura pública no la fija tampoco ni contiene indicaciones que condujeran a fijarla. El numeral 2º atiende a una situación que claramente no corresponde a la que se ventila; de

manera que las partes ni se han referido a él. Y el numeral 3º, que abarca globalmente todas las modalidades o eventos distintos de los contemplados en los precedentes numerales del mismo artículo 1608, indica como recurso para constituír en mora al deudor una reconvención judicial. Esta brilla por su ausencia en este proceso.

Así las cosas, no puede reputarse en mora al comprador.

El demandante sostiene que cabalmente por no haberse estipulado plazo, debe reputarse que hay esa mora, porque para tal evento el artículo 1929 del C. C. previene que el pago del precio debe hacerse por el comprador al recibir la cosa comprada, lo que aquí significa que ese pago debió ser a más tardar al otorgarse la escritura de compraventa contentiva de declaración de estar hecha tal entrega. Pero esta reflexión es inadmisible por la incompatibilidad de tales circunstancias con el pacto escriturario sobre pago de la mitad del precio total mediante el documento y con el otorgamiento de éste en la forma en que lo suscribió el comprador y lo aceptó la parte vendedora. No se compaginan estos hechos con esa orden de simultaneidad entre el recibo de lo comprado y el pago de la totalidad del precio, porque ellos demuestran que algo muy diferente de esta simultaneidad convinieron los contratantes y que ese algo implica posterioridad del pago de esa parte del precio en relación con la escritura y la entrega en ella declarada, por más que no se fijara la extensión de esa posterioridad. No se precisó el plazo; pero lo referido sobre el documento impone la afirmación y reconocimiento de que sí lo hubo o, al menos, de que no es posible aplicar dicho artículo 1929 como lo pretende el demandante.

La reflexión de que pudo haber el plazo tácito para esa obligación del comprador, tal como para aquél entiende el artículo 1551 del C. C., o sea, el indispensable para cumplirla, y de que, aun así, el deudor está en mora por consistir esa obligación en buscar a los Benavides y en hallando a cada cual pagarle la suma para él señalada, gestiones a que sobradamente dio campo el lapso transcurrido desde la escritura hasta la demanda, no es admisible tampoco. Y no lo es, porque aun admitiendo la base inicial de ese supuesto, no se podría dar por probado lo atañedero a las conclusiones, puesto que no hay prueba alguna en el proceso sobre los elementos conducentes a establecer lo tocante a la búsqueda y hallazgo de dichas personas y al tiempo que ello exigiría, ya que, por ejemplo, se ignora la residencia de cada cual, la facilidad o dificultad de conseguirlo, etc. En otras palabras, no se puede proceder cual si estuviesen establecidos debidamente todos los elementos necesarios para reputar que efectivamente se está ante un plazo tácito y, sobre todo, que éste quedó vencido y cuándo.

En suma: debe declararse la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido.

Pudiera argüirse que la demanda misma inicial de esta causa equivale al requerimiento o que consigo lo lleva; de suerte que es inmotivado por innecesario exigirlo y echarlo menos, con el alcance exceptivo anotado. Pero al respecto se observa que ello podría haberse estimado así si, por ejemplo, se hubiera demandado el pago. Si, v. gr., simplificando el paradigma, el documento sobre pago de parte del precio de una compraventa se ha otorgado en favor del vendedor y éste demanda al comprador por el pago, la falta de fijación del plazo, determinante de reconvención judicial al tenor de dicho artículo 1608 en su ordinal 3º, no sería óbice para acceder ni justificaría la exigencia de esta formalidad como separada y previa, porque en tales circunstancias a tanto equivaldría la demanda misma y sería exagerado formulismo requerir además la reconvención para hallar acreditada la mora. Bien se ve cuán diferente es el caso al demandarse, no ya el cumplimiento, o sea el pago de lo pendiente del precio, sino la resolución de la compraventa. Como ya se dijo, la acción resolutoria es efecto de una causa que debe haberse producido ya cuando aquélla se ejercita, y esa causa es el hallarse constituído en mora el comprador. Así lo requiere el artículo 1930 citado. Y como ya se vio también, no puede en el pre-

sente caso reputarse al comprador constituído en mora ya para cuando se formuló y se le notificó la demanda inicial de este pleito.

El juzgado absolvió a los demandados. Es claro que desde el punto de vista de las aspiraciones del demandante, tanto da esa absolución como declarar la excepción ya indicada; pero legalmente hablando hay marcada diferencia entre una parte resolutiva que consume o agota la acción y otra que deja la posibilidad de incoarla ulteriormente. Esto último es lo que en su caso debe hacer el sentenciador, no en manera alguna para provocar litigios, sino para reducir a sus límites legales los efectos de su negativa cuando ésta no se refiere ni por su motivación puede referirse a la acción misma sino simplemente a la oportunidad con que se ha incoado.

---

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida, o sea, la dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el treinta de noviembre de mil novecientos treinta y seis, y revocando la de primera instancia dictada el treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y cuatro por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Fusagasugá, falla la causa así: está probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido y, por ende, no es el caso de hacer en este fallo las declaraciones pedidas en la demanda inicial.

Sin costas en las instancias ni en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

## RESPONSABILIDAD CIVIL RENUNCIA AL RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS

**1. Cuando para exonerarse de la responsabilidad civil el demandado invoca el hecho de un tercero, para los efectos, tanto de la prueba como de la liberación misma, tal hecho, a opción del demandado, puede ser aducido o no como culposo. En el primer caso no le basta probar al demandado la circunstancia del hecho del tercero sino que también le es necesario acreditar que ese hecho es atribuíble a una persona determinada, porque de lo contrario aparecería equívoco, en el sentido de poder ser obra del azar o culpa cometida por persona de quien el demandado tiene el deber legal de responder y nada permitiría excluír cualquiera de esas dos posibilidades. Y además, subsidiariamente, para permitir a la víctima poder perseguir a ese tercero. Cumplidas estas condiciones, el hecho culposo del tercero exonera de suyo por regla general al demandado, porque, en principio, nadie está obligado a prever las culpas de los tercerros. En el segundo caso, el hecho del tercero invocado por el demandado se asimila a la causa extraña no imputable, y, por consiguiente, no le basta probarlo sino que es necesario que acredite que reviste las características de irresistible e imprevisible. En ambos supuestos, el hecho del tercero debe aparecer como inevitable, debido a que todos tenemos el deber, dentro de nuestras actividades, de evitar el hecho dañoso y atenuar sus consecuencias. La escogencia de uno de los términos de la opción dicha no implica pérdida del otro, y así, el juzgador que no encontró llenadas las condiciones exigidas para la existencia del hecho culposo del tercero, debe estudiar si se halla comprobada la causa extraña no imputable.—2. El derecho al resarcimiento de los perjuicios ocasionados por una lesión corporal que impida trabajar a la víctima, no puede ser renunciable cuando ésta carezca de otros medios de subsistencia, debido a que en esas circunstancias tal acto no mira al interés individual del renunciante. En efecto, el ejercicio del derecho para restablecer el menoscabo sufrido en su vida fisiológica por quien sólo cuenta con su capacidad de trabajo para cumplir sus deberes consigo mismo y como miembro de la colectividad, no puede ser renunciado válidamente, porque ello sería desplazar hacia el Estado, de facto y en forma unilateral, contra lo dispuesto en el artículo 39 de la Codificación Constitucional, la prestación de la persona obligada según la ley civil.**

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

(Magistrado ponente, doctor Juan Francisco (Mújica).

### Materia del pleito

Julio Rada P., amparado para litigar como pobre, demandó a la sociedad extranjera The Santa Marta Railway Company, Limited, con la acción procesal de condena, para el pago del valor de los perjuicios causados al actor por la demanda con motivo del accidente ferroviario sufrido por aquél.

Son éstas, en síntesis, las afirmaciones hechas en el litigio por una y otra parte: A eso de las cuatro de la tarde del 1º de marzo de 1931, Rada, que viajaba en el tren como pasajero, fue víctima en la estación de bandera denominada La Colonia de un accidente de tránsito que le ocasionó lesiones corporales. El accidente se debió a que muy cerca de los esribos del tren se hallaba colocado un cargamento de leña y en las estaciones de bandera el tren no se detiene sino unos segundos. Rada viajaba con destino a la mencionada estación.

Durante doce días fue atendido Rada por cuenta de la empresa en el hospital de la United Fruit Company. Dado de alta, la demandada pagó al actor cien pesos ($ 100) a título de indemnización de perjuicios. Con posterioridad enfermó de nuevo gravemente Rada y los médicos que lo examinaron diagnosticaron que sufría una hernia de origen traumático.

La empresa negó ser responsable del per-

juicio, y adujo las excepciones de prescripción, carencia de acción y pago, transacción, renuncia y condonación de la deuda, si alguna vez existió. En apoyo de sus pretensiones presentó el siguiente documento suscrito ante testigos por el demandante: "Conste por el presente documento que yo, Julio Rada P., mayor, viudo, natural y vecio de Ciénaga, he recibido la suma de cien pesos ($ 100) oro legal, por razón de indemnización de perjuicios y daños sufridos en mi persona, al bajar del tren local en la estación de bandera, Colonia, kilómetro número 44, siendo yo pasajero de dicho tren el 1º de marzo de 1931.

"Hago constar que la empresa me ha dado médico y medicinas y medios de subsistencia hasta hoy.

"Por tanto declaro que la empresa The Santa Marta Railway Company, Limited, ha quedado y queda a paz y salvo conmigo con relación a los daños y perjuicios que he recibido por razón de ese accidente y por tanto renuncio toda clase de pretensión, acción o derecho que contra ella pudiera tener, así como también a favor de sus sucesores..

"En constancia de lo cual firmo este documento, hoy veinte de marzo de 1931, en Santa Marta, capital del Departamento del Magdalena, en la República de Colombia".

### Sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Santa Marta falló en el sentido de desestimar las pretensiones de Rada.

Consideró el Tribunal que el accidente ocurrió, "no cuando Rada se preparaba a bajar del tren sino ya al bajar y que se produjo debido a estar unos bultos de leña muy cerca de la línea férrea".

Para el Tribunal, debido a que la "colocación de los bultos fue la determinante del suceso, reviste capital importancia examinar si esa circunstancia constituye una culpa imputable a la demandada.

De acuerdo con lo probado, considera el Tribunal "que en La Colonia, como en los paraderos similares, son los remitentes quienes sitúan su carga cerca de los carros", sin que se haya acreditado que tal colocación se haga en "el sitio indicado por la orden general de la empresa".

"Pudiera creerse que hubo descuido de la empresa al no prever que hubiera cargadores capaces de entender en forma tan torcida la orden de colocación de la carga, pero ello se desvirtúa con sólo pensar que los que proceden en las condiciones dichas son irremediablemente los menos: la generalidad procede en forma más acorde con la razón".

Además, en las estaciones de bandera la empresa ferroviaria no tiene celadores y sus empleados no intervienen en la colocación de la carga, lo cual se hace por los remitentes un poco antes de llegar el tren.

En virtud de todo ello "no se advierte la relación de causa y efecto que haya entre lo hecho por la empresa y el daño de Rada".

"En resumen: Si la causa del suceso la determinó la colocación de la carga, obra exclusiva y única de los remitentes y no de la empresa, y si ésta no tiene en las estaciones de bandera empleados que atiendan esos menesteres, y si, por último, no se ha probado que según el contrato de arriendo del ferrocarril esté la compañía obligada a tener estaciones en forma en todos los lugares donde pára el tren, no es el caso de imputarle la culpa del pleito".

### Materia del recurso de casación

Contra la sentencia el actor interpuso recurso de casación, apoyándolo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., diciendo:

"Violó el Tribunal los artículos 63 y 1604 del C. C. y no aplicó o aplicó indebidamente el 2341, ibídem".

Estimó el Tribunal que el accidente se produjo por estar colocados unos bultos de leña muy cerca de la línea férrea, pero como no se acreditó que los remitentes escogieran el sitio indicado por la orden general de la empresa, el hecho no es imputable a la demandada ni de él es ésta culpable.

Se descuidó en la sentencia el precepto del inciso 3º del artículo 1604 del C. C. que estatuye a quién incumbe probar la diligencia o cuidado. A la demandada, pues, correspondía, para poderla declarar libre de

culpa, demostrar "que había puesto de su parte la atención y diligencia indispensables para prevenir hechos como el ocurrido a Rada". No habiéndose probado "la diligencia y cuidado procedentes, no es posible considerar exenta de culpa a la compañía". En virtud de lo cual, el Tribunal, por no haber aplicado el citado artículo, "tampoco le dio la aplicación debida al 2341, ibídem".

Está acreditado que los bultos de leña, causa del accidente, permanecieron varios días en el lugar que ocupaban "sin que los empleados de la empresa tomaran ninguna providencia que eliminara posibles percances". En tales circunstancias, hay una culpa manifiesta de la compañía. El desconocimiento por el Tribunal de esta realidad, lo condujo a aplicar indebidamente el artículo 2341 del C. C.

**Motivos**

Visto el artículo 2341 del C. C., y considerando:

Que cuando para exonerarse de la responsabilidad civil, el demandado invoca el hecho de un tercero, para los efectos, tanto de la prueba como de la liberación misma, tal hecho, a opción del demandado, puede ser aducido o no como culposo.

Que en el primer caso no le basta probar al demandado la circunstancia culposa del hecho del tercero sino que también le es necesario acreditar que ese hecho es atribuíble a una persona determinada, porque de lo contrario aparecería equívoco, en el sentido de poder ser obra del azar o culpa cometida por persona de quien el demandado tiene el deber legal de responder y nada permitiría excluír cualquiera de esas dos posibilidades. Y, además, subsidiariamente, para permitir a la víctima poder perseguir a ese tercero.

Que cumplidas estas condiciones, el hecho culposo del tercero exonera de suyo por regla general al demandado, porque, en principio, nadie está obligado a prever las culpas de los terceros.

Que en el segundo caso, el hecho del tercero invocado por el demandado se asimila a la causa extraña no imputable, y, por consiguiente, no le basta probarlo sino que es necesario que acredite que reviste las características de irresistible e imprevisible.

Que en ambos supuestos, el hecho del tercero debe aparecer como inevitable, debido a que todos tenemos el deber, dentro de nuestras actividades, de evitar el hecho dañoso y atenuar sus consecuencias.

Que la escogencia de uno de los términos de la opción dicha no implica pérdida del otro, y así, el juzgador que no encontró llenadas las condiciones exigidas para la existencia del hecho culposo del tercero, debe estudiar si se halla comprobada la causa extraña no imputable.

Que en este pleito la demandada tiene las obligaciones a que se refieren los artículos 9º y 26 de la Ley 76 de 1920 y que, por lo tanto, aun en la hipótesis de que estuviera establecido en el proceso que fueran personas conocidas y determinadas las que colocaron la carga muy cerca a la vía férrea, contraviniendo las órdenes generales de la empresa, no por ello se exoneraría de responsabilidad porque no evitó encontrarse en la situación en que ella misma se colocó, desde luego que la culpa de los terceros que causó el perjuicio es consecuencia de la de la demandada, debido a que contra su deber legal de vigilancia en la explotación de su negocio, la empresa no mantiene celadores en las estaciones de bandera y sus empleados no intervienen en la colocación de la carga.

Que por tales motivos el Tribunal violó, por falta de aplicación, el artículo citado del C. C., y, en consecuencia, procede la casación del fallo.

**Sentencia de instancia**

Por sí sola la conducta de Rada no llena las condiciones que se requieren para que exista culpa de la víctima. La demandada, a quien correspondía la carga de la prueba al respecto, no la suministró.

En cualquiera de las dos hipótesis en que el 1º de marzo de 1931 se produjo el acci-

dente, sea al bajar del tren, porque la leña colocada junto a la vía lo hubiera arrebatado del estribo, sea al acabar de bajarse (que ha sido lo juzgado), porque el tren en esas estaciones de bandera no se demora sino unos instantes, no aparece que Rada se hubiera expuesto al peligro, provocando el accidente voluntaria o negligentemente.

Del contexto mismo de la demanda aparece que Rada fue resarcido por la empresa, y con el consentimiento de él, de las lesiones corporales que inicialmente sufrió. De ahí la necesidad de reducir las pretensiones del actor a la indemnización por las consecuencias de la culpa ignoradas en el primer momento y no previstas cuando el pago. A este respecto Rada probó que con motivo del golpe recibido y con posterioridad a la época dicha, le apareció una hernia, la cual le ha impedido trabajar y lo ha reducido al lecho y que para su reducción se requiere una intervención quirúrgica. (Dictámenes de los médicos que lo examinaron).

Con lo dicho hasta aquí y lo del capítulo anterior, aparecen reunidos los tres elementos de la responsabilidad civil, a saber: un daño, consistente en las lesiones corporales ocasionadas al actor; una culpa, o sea la negligencia de la empresa en la vigilancia de la vía férrea, respecto de la colocación de la carga destinada al embarque en la estación de bandera La Colonia; y una relación de causalidad entre el daño y la culpa, porque si el cargamento de leña no se hubiera hallado en ese sitio el accidente no habría sucedido.

Con el objeto de fundamentar su excepción propuesta de "pago, transacción, renuncia y condonación de la deuda, si alguna vez existió", la demandada presenta la carta de pago que otorgó Rada y cuyo texto se reprodujo en el capítulo primero de esta sentencia.

De ese documento privado aparece el pago de los perjuicios iniciales que convencionalmente hizo la empresa a Rada. Prospera, pues, esta excepción en lo relativo al pago parcial de los perjuicios.

Sobre la segunda parte de ese documento, o sea la de la renuncia de Rada al derecho y a la acción contra la empresa por concepto de la responsabilidad civil de ésta, la Corte prescinde de analizar el alcance de ese acto jurídico, en cuanto a la extensión de sus efectos, porque estima que el derecho al resarcimiento de los perjuicios ocasionados por una lesión corporal que impida trabajar a la víctima, no puede ser renunciable cuando ésta carezca de otros medios de subsistencia, debido a que en esas circunstancias tal acto no mira al interés individual del renunciante. En efecto, el ejercicio del derecho para restablecer el menoscabo sufrido en su vida fisiológica por quien sólo cuenta con su capacidad de trabajo para cumplir sus deberes consigo mismo y como miembro de la colectividad, no puede ser renunciado válidamente, porque ello sería desplazar hacia el Estado, de facto y en forma unilateral, contra lo dispuesto en el artículo 39 de la Codificación Constitucional, la prestación de la persona obligada según la ley civil.

A la anterior conclusión se llega porque el demandante litiga aquí amparado por pobre, lo cual significa que se halla en el estado a que alude el artículo 584 del C. J.

**Prescripción.** — La excepción alegada a este respecto no procede, puesto que no se ha cumplido el tiempo exigido por el artículo 2536 del C. C. Y el artículo 2358 ibídem, en que se apoya la excepcionante para los efectos de su pretensión, versa sobre relaciones jurídicas ajenas a las anudadas entre la víctima y el civilmente responsable.

En suma. La sociedad demandada debe pagar a Rada, a título de indemnización de los perjuicios sobrevinientes, el valor de la intervención quirúrgica y consiguiente hospitalización, que según los dictámenes de los médicos que obran en este expediente constituye la manera de remediar la disminución fisiológica sobreviniente causada a Rada por culpa de la empresa y el valor de lo que el actor ha dejado de producir por razón de su incapacidad para trabajar desde cuando ésta empezó, con motivo de la hernia, hasta cuando recobre esa capacidad, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho; descontando, por consiguiente, aquellas que, debidas a la negligencia o a la vo-

luntad de Rada, prolonguen su incapacidad para trabajar.

Rada fijó en su demanda la cifra de cuatro mil quinientos pesos ($ 4,500) como valor de los perjuicios cuya indemnización pretende. Debido a que la compañía le pagó cien pesos ($ 100), el saldo de cuatro mil cuatrocientos pesos ($ 4,400) es el máximum posible de la condena, de acuerdo con el artículo 471 del C. J.

No debe pasarse inadvertida la queja que formula el opositor en el sentido de que en la "zona bananera del Magdalena el negocio de pleitear contra la compañía se ha convertido en un tráfico mucho más productivo y mejor que el del cultivo de la fruta".

A la Corte le es imposible prohijar semejante tesis, desde luego que ella envuelve la aseveración tácita de que el órgano judicial, al reconocer el derecho en favor de los que litigan contra la compañía, está, en la realidad, amparando actividades deshonestas. La razón de ser del órgano judicial se debe ante todo a que la lucha por el derecho es un deber. Una de las manifestaciones de esta última es precisamente el pleito, ya que hacer justicia corresponde al Estado y no al individuo. Si acaso en verdad ocurren muchos pleitos contra la compañía y de éstos son numerosos los que ella pierde, la explicación de ello no puede consistir en la creación de un lucrativo tráfico de intereses turbios realizado al través del Estado en su función judicial. Para la Corte la interpretación de ese fenómeno, si es que existe, no puede ser distinta a la de que, sencillamente, la compañía de la zona bananera ha desconocido derechos que asistían a quienes la demandaron.

## Resolución

Por tales motivos, 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 en este juicio ordinario pronunció el Tribunal Superior de Santa Marta con fecha 20 de abril de 1938 y en su lugar resuelve:

1º Infírmase la sentencia de primer grado proferida el 19 de noviembre de 1936 por el Juzgado 2º del Circuito de Santa Marta.

2º Declárase probada la excepción de pago parcial propuesta por la demandada, y, por consiguiente, se estiman pagados por ella a Rada los perjuicios iniciales sufridos por éste con motivo del accidente de tránsito de que fue víctima el 1º de marzo de 1931, o sea hasta el día 20 de los mismos, fecha de la carta de pago suscrita por el actor. Se desestiman las excepciones restantes.

3º Condénase a The Santa Marta Railway Company Limited a pagar a Julio Rada P., a título de indemnización de los perjuicios sobrevinientes por el accidente dicho, el valor de la operación quirúrgica de la hernia que padece, el valor de su consiguiente hospitalización y el de lo que ha dejado de producir por razón de su incapacidad para trabajar, desde cuando ésta empezó, con posterioridad al 20 de marzo de 1931, hasta cuando, teniendo en cuenta las circunstancias de hecho a que se refiere la parte motiva de esta sentencia, recobre Rada su capacidad para trabajar.

4º Por tanto el monto de la condena pronunciada en el numeral precedente se fijará por medio de peritos dentro del procedimiento que establece el artículo 553 del C. J.

5º Ese monto no podrá pasar de los cuatro mil cuatrocientos pesos ($ 4,400) a que el demandante limitó sus pretensiones en el libelo.

6º Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

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

## RECURSO DE HECHO

**En tratándose de juicios divisorios, la única decisión que puede ser sometida a acusación en recurso de casación, si se llenan los demás requisitos, es la sentencia aprobatoria de la partición que es a la que corresponde la calidad y denominación de definitiva.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Contra la resolución judicial de fecha 31 de agosto de 1938, proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Medellín en el juicio divisorio de un lote de terreno en esa ciudad, adelantado por Guillermo Barrientos H. contra Alberto y María Teresa Barrientos, interpusieron oportunamente recurso de casación los demandados. El Tribunal, en auto de fecha 25 de noviembre de 1938, negó la concesión del recurso por considerar que la providencia contra la cual se interpuso no es de las enumeradas en el ordinal 2º del artículo 519 del C. J. Ante esta negativa, los demandados interpusieron el recurso de hecho, para lo cual, como lo establece la ley, pidieron reposición del auto negatorio y en subsidio copia de las piezas procesales necesarias, con las cuales han ocurrido ante la Corte con el objeto de que les sea concedido el recurso de casación denegado.

Se considera para resolver:

En el juicio de división en referencia, el Juzgado del conocimiento, 2º Civil del Circuito de Medellín, en providencia de 22 de septiembre de 1936 consideró la petición en que los demandados copartícipes en el dominio del lote ejercitaban el derecho de compra que les concede el artículo 2336 del C. C., y en ella se negó a aceptar la consignación hecha por los peticionarios y a decretar a su favor la adjudicación de la cuota del actor por considerar que el derecho fue mal ejercitado por no haberlo sido en la oportunidad que señala el artículo 1143 del C. J., o sea, dentro del término del traslado de la demanda. Apelado este proveído, el Tribunal Superior lo confirmó en su decisión de 31 de agosto de 1938, que es la providencia contra la cual consideran los recurrentes de hecho que ha sido mal negado el recurso de casación.

Esta breve enunciación de los antecedentes de este recurso de hecho pone de manifiesto, sin necesidad de añadir ninguna consideración, la legalidad completa de la negativa que el Tribunal hizo del recurso, porque la resolución judicial que se pretende acusar ante la Corte no reúne las condiciones legales indispensables que exige la ley para las sentencias sometidas a este recurso extraordinario. En tratándose de juicios divisorios, la única decisión que puede ser sometida a acusación en recurso de casación, si se llenan los demás requisitos necesarios, es la sentencia aprobatoria de la partición que es a la que corresponde la calidad y denominación de definitiva.

No siendo procedente, conforme a la ley, el recurso de casación para cuya concesión se ha interpuesto el de hecho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, estima bien denegado el recurso de casación contra la resolución judicial proferida por el Tribunal Superior de Medellín el día 31 de agosto de 1938, en el juicio a que se ha hecho referencia.

Dése cuenta al Tribunal para que conste en los autos.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

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

## ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE MUTUO

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

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

### Materia del pleito

Leonardo Cala, ejercitando la acción procesel constitutiva, damandó a Eusebio S. Rendón y a Julio C. Santos para que se decretara la nulidad del contrato de mutuo celebrado por el actor con Rendón, en virtud de la falta de entrega de la suma convenida, "quedando así sin perfeccionar el contrato", el cual consta en la escritura número 445, pasada ante el Notario 1º de Bogotá el 26 de febrero de 1925. Que por causa de la inexistencia del crédito dicho la cesión que de éste hizo Rendón a Santos no da acción a éste contra el actor. Que a consecuencia de ello se ordene la terminación del juicio ejecutivo entablado por los actuales demandados contra el actor y contra Belisario Cala ante el Juzgado 4º de este circuito. Que Rendón y Santos deben pagar al demandante el valor de los perjuicios que le han ocasionado "al pretender hacer efectivo un crédito procedente de un contrato que no tuvo existencia legal". Que los demandados deben pagar, además, las costas de este juicio.

Cala pidió ante el Juzgado que, con motivo de las dificultades surgidas para notificar la demanda a Rendón de la acción contra él, se continuara la actuación solamente contra Santos, a lo cual accedió el Juzgado.

Afirmó en el libelo el demandante: Que en el instrumento público relacionado, en donde consta un contrato de compraventa de un bien raíz celebrado por Rendón y Cala, como compradores, con unos terceros dueños de la finca, como vendedores, se consignó que Cala debía a Rendón veinte mil pesos ($ 20,000), cuyo pago se garantizó por el deudor Cala con la hipoteca de unas fanegadas del fundo comprado.

Cuando el actor exigió de Rendón el perfeccionamiento del contrato de mutuo mediante la entrega de los veinte mil pesos ($ 20,000), éste se negó a ello pretendiendo haberlos pagado por Cala a Cuéllar Durán, quien cedió a ambos la promesa de venta que los vendedores de la finca habían hecho a éste. "Siendo así que en pago de los derechos que a Rendón pudieran corresponderle en tal cesión, el demandante le había entregado documentos en contra de Rendón y a favor del demandante por valor igual al que pudiera corresponderle en la cesión comprada a Cuéllar Durán".

Rendón inició juicio ejecutivo para el pago del crédito dicho, el cual cedió luégo a favor de Santos.

Rendón ha confesado judicialmente en distintas ocasiones no haber entregado a Cala los veinte mil pesos ($ 20,000) y no ha probado tampoco que éste "se los deba por cualquier otro concepto".

"Los demandantes Rendón y Santos, en el ejecutivo dicho, aunque convencidos de la injusticia de sus reclamacionse, han continuado en ellas, con lo cual me han ocasionado enormes perjuicios".

### Sentencia recurrida

El 31 de agosto de 1938, el Tribunal Superior de Bogotá falló en el sentido de confirmar la sentencia proferida por el Juzgado 7º Civil de este Circuito, la cual desestimó las pretensiones del demandante.

Consideró el Tribunal que habiendo prescindido el actor de su acción contra Rendón, quien fue el que celebró el negocio jurídico cuya nulidad se impetra, no es posible decretar ésta contra Santos, ajena a ese acto jurídico y simple cesionario del crédito a que dio origen.

Por consiguiente, como no se ha oído ni

demandado a Rendón, no es el caso de estudiar lo referente a la nulidad del contrato de mutuo. Y sin haber oído previamente el cedente de ese crédito, no es procedente decretar la invalidez de la cesión hecha por Rendón a Santos. Tampoco pueden prosperar las demás pretensiones del actor que "están sujetas al resultado favorable de las súplicas iniciadas como principales".

### Materia del recurso

El demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia, apoyándolo en las causales 2ª y 7ª del artículo 520 del C. J.

El Tribunal "no contempló el caso propuesto" porque auncuando Rendón dejó de figurar como demandado a solicitud del actor y en virtud de resolución del juzgador, ha debido resolver la sentencia todas y cada una de las súplicas del libelo, a causa de que Santos "aceptó los derechos de Rendón sin reserva; esto es: que lo que se dice de Rendón es aplicable y extensivo a Santos, y todo lo que se pueda alegar y aparezca probado en contra de Rendón, es obligatorio para el cesionario Santos, comoquiera que jurídicamente forman una sola parte".

Si Santos representa a Rendón "en todos los derechos y obligaciones que se derivan del contrato cedido, se podía prescindir de la demanda contra éste último, desde luego que por virtud de la cesión el cesionario vino a ocupar el lugar del cedente".

La segunda de las causales invocadas la sustenta el recurrente afirmando que es con el cesionario con quien deben ventilarse los puntos controvertidos, desde luego que éste representa al cedente, en virtud de su expresa voluntad manifestada por el hecho de la cesión.

### Motivos

Visto el ordinal 2º del artículo 520 del C. J., y considerando:

Que la circunstancia de haber absuelto el Tribunal al demandado no significa por sí sola quebrantamiento de forma, desde luego que llegó a esa conclusión en virtud del estudio que hizo de los elementos constitutivos del pleito y que los fundamentos de la casación no proceden en relación con la causal dicha, puesto que ellos darían asidero, en su caso, para la violación de la ley sustantiva, cargo que no se ha formulado.

Vista la causal 7ª del artículo 520 del C. J., y teniendo en cuenta:

Que el Tribunal, no por haber absuelto al demandado se abstuvo de conocer un asunto de su competencia sino que, por el contrario, no otra cosa significa fallar, y que para desestimar la acción tampoco se basó en la consideración de ser incompetente, ni aquí, igualmente, los argumentos de la demanda de casación proceden para fundamentar esa causal, no es el caso de casar la sentencia recurrida.

### Resolución

Por tales motivos, 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 en este juicio ordinario profirió el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 31 de agosto de 1938.

Las costas son de cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese en la **Gaceta Judicial** copia de esta providencia.

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

## PETICION DE HERENCIA

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Trátase en este pleito sobre el ejercicio de la acción de petición de herencia consagrada por el artículo 1321 del C. C. En efecto, se pide en la demanda que se declare que Rubén Lizarazu o Villarreal y María Trinidad de Becerra en su condición de primos hermanos legítimos de José Fabio Tarazona, como herederos de éste, tienen derecho, en concurrencia con Bárbara Fideligna, Arcelia y María Dolores Velandia, primas hermanas también del causante, a que se les adjudique la cuota que les corresponde en los bienes del difunto José Fabio Tarazona.

El libelo contiene otras peticiones; pero quedaron fuera del debate por haberlo manifestado así la parte actora. Por eso la sentencia de segundo grado no recayó sino sobre la primera petición y sólo interpuso recurso de casación uno de los demandados, pues el demandante se conformó con la sentencia.

Los hechos básicos del pleito pueden resumirse así: por auto de veinte de noviembre de mil novecientos treinta y tres dictado por el Juez primero del Circuito de Soatá, se declaró abierto el juicio de sucesión intestada de José Fabio Tarazona y se reconocieron como herederos del causante a Bárbara Fideligna, María Dolores y Arcelia Velandia. El juicio siguió su curso hasta terminarse por la partición y adjudicación de los bienes relictos a las herederas reconocidas.

En dicho juicio, según el actor, no se dio campo para que intervinieran Rubén Lizarazu o Villarreal y María Trinidad Becerra, cuyos derechos representa hoy Luis A. Esteban V. por compra que de ellos hizo a los expresados Rubén y María Trinidad. El reconocimiento como herederos hecho a favor de Bárbara Fideligna, Aracelia y Mercedes, lo fue en su condición de primas hermanas de José Fabio Tarazona, y Rubén Lizarazu y María Trinidad Becerra, alegan la misma calidad o sea el mismo grado de parentesco que los herederos reconocidos en el juicio de sucesión tenían con el causante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en sentencia de veinte de julio del año próximo pasado decretó la primera súplica de la demanda y negó las demás, revocando la sentencia de primer grado favorable en un todo a la parte demandada.

Del fallo del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado de la demandada Bárbara Fideligna Velandia de Pinto, recurso que concedido, admitido y debidamente tramitado, pasa hoy a decidirse.

El Tribunal falló favorablemente a la parte actora la primera súplica de la demanda porque encontró que estaba comprobado el parentesco legítimo de consanguinidad entre las demandantes y el causante. Esta comprobación la halló establecida el Tribunal, en una parte con las pruebas del estado civil, de origen eclesiástico, y en otra, con la posesión notoria del estado de casados de los abuelos de las demandantes y con la posesión notoria del estado de hija legítima de Santos Becerra, madre de uno de los demandantes.

La impugnación al fallo rueda toda sobre error de hecho y por lo tanto violación de la ley sustantiva, cometida por el Tribunal al estimar que estaban comprobadas adecuadamente con la posesión notoria del estado civil las calidades de casados, de los abuelos de los demandantes, y la calidad de Santos Barrera de madre de uno de los demandantes.

Por eso el recurrente acusa la sentencia como violatoria de los artículos 395, 396, 398 y 399 del C. C., por cuanto en su sentir el Tribunal apreció erróneamente la prueba de la falta del acta de matrimonio de Florencio Becerra y María de los Angeles Duarte o Eslava, tronco de los colaterales de Fabio Tarazona, error que lo condujo a la violación de los artículos citados. El cargo segundo al fallo, consistente en la violación de los mismos artículos, implícitamente está contenido en el primer cargo, y el cargo tercero, en que se citan como violadas también las mismas disposiciones, está fundado en el concepto de que el Tribunal apreció erróneamente como prueba la falta de la partida de nacimiento de Santos Becerra y por eso aceptó la prueba de la posesión notoria del estado de hija legítima de ésta respecto de Florencio Becerra y María de los Angeles Duarte.

La Corte considera: El tronco común de las demandantes y de las demandadas lo constituyen Florencio Becerra y María de los Angeles Duarte o Eslava. Si se comprueba el matrimonio de éstos y teniendo en cuenta las partidas de origen eclesiástico que figuran en los autos y si se comprueba además que Santos Becerra antecesora inmediata de una de las demandantes fue hija legítima de Florencio Becerra y María de los Angeles Duarte, resulta acreditado el parentesco en el cuarto grado civil de consanguinidad entre las demandantes y el causante y en el mismo grado entre los demandantes y las demandadas entre sí y entonces prospera la primera petición de la demanda; si esa comprobación no existe, la demanda no puede prosperar.

El Tribunal resolvió por la afirmativa para lo cual tuvo en cuenta, como ya se ha dicho, la prueba de posesión notoria del estado civil, las partidas de origen eclesiástico y otros documentos.

El Tribunal se expresa así: "En el caso presente, como no existe el acta o partida de matrimonio de Francisco Becerra con María de los Angeles Duarte o Eslava según lo certifica el señor Cura Párroco de Sátivanorte, lugar donde se afirma se efectuó el matrimonio y como posiblemente tampoco existan, por ser un hecho tan antiguo, los testigos que presenciaron el hecho constitutivo del estado civil del matrimonio entre Florencio Becerra y María de los Angeles Duarte o Eslava, se ocurrió a la última prueba o sea la supletoria o constitutiva de la posesión notoria de este estado civil (el matrimonio) de que se trata. Igual o idéntica cosa sucedió en relación con el estado civil de hija legítima de Santos Becerra como procreada dentro del matrimonio de Florencio Becerra con María de los Angeles Duarte o Eslava".

Según lo anterior, el Tribunal no admitió la prueba de la posesión notoria del estado civil, sino en cuanto se comprobó que no existían los documentos a que se refiere el artículo 395 del C. C., con lo cual se ajustó a esta norma legal.

El Cura Párroco de Sátivanorte, lugar donde se afirma contrajeron matrimonio Florencio Becerra y María de los Angeles Eslava o Duarte, certifica que buscadas cuidadosamente las partidas de matrimonio de Florencio Becerra y María de los Angeles Duarte y de Santos Becerra, no se hallaron en los libros parroquiales. El recurrente estima que el Tribunal incurrió en error de hecho, al haber aceptado esa certificación como si hubiera sido expedida por el Cura Párroco de Sátivanorte. Mas a juicio de la Corte no existe el error por lo siguiente: El presbítero José B. Forero A. cuando expidió las partidas de origen eclesiástico era Cura Párroco de Sátivanorte y estaba encargado de la parroquia de Sátivasur. Cuando expidió copias de partidas que reposan en el archivo parroquial de Sátivasur, hizo la aclaración de que estaba encargado de esa parroquia, y cuando dio copia de las partidas que reposan en la parroquia de Sátivanorte, lo hizo como Cura propio, lo cual es obvio. El certificado sobre la no existencia de las partidas de matrimonio de Florencio Becerra y María de los Angeles Eslava o Duarte y de no existencia también de la partida de bautizo de Santos Becerra, lo dio como Cura de Sátivanorte y por eso ese certificado lleva el sello de esa parroquia. No existe, pues, el error anotado por el recurrente, el error manifiesto, que requiere la ley para que una sentencia pueda ser casada. Pero hay más: El Tri-

bunal formó su convicción al respecto, y esto aparece de la sentencia, por otras pruebas colaterales que son de grande importancia en este debate, a saber: La misma parte demandada está favorecida por el hecho básico de que se trata en este pleito o sea el matrimonio de sus antepasados Florencio y María de los Angeles. Numerosas partidas de origen eclesiástico, presentadas para establecer el estado civil de casi todos los interesados en este juicio se refieren al matrimonio de Florencio y María de los Angeles y una de las hijas de éstos aparece bautizada en Sátivanorte hace casi noventa años. Está establecido en autos el recorrido de dicha pareja de casados por tierras boyacenses en la siguiente forma: Sátivanorte, Sátivasur, Soatá, Boavita y por último La Uvita, donde fallecieron. La parte demandada quiso impugnar la prueba de ese matrimonio constituída por la posesión notoria del estado civil de casados, pero le resultó completamente fallido su esfuerzo.

Ante todos estos elementos, repite la Corte, no puede existir el error manifiesto que es imputa al Tribunal; y siendo así las cosas el cargo que se estudia no puede prosperar.

El segundo cargo, como se observó arriba, implícitamente está contenido en el primero y por dicha razón lo dicho en éste es aplicable a aquél, siendo pertinente observar que el Tribunal no se basó en la prueba de testigos presenciales de la celebración del matrimonio entre Florencio y María de los Angeles sino en la posesión notoria del estado civil de casados por un lapso mucho mayor que el requerido por la ley y lo cual se comprobó con un número plural de declaraciones y con pruebas colaterales como las ya mencionadas antes.

En cuanto al tercer cargo la Corte observa: a) Ya se vio que quien expidió el certificado sobre la falta de la partida de nacimiento de Santos Becerra fue el Cura de Sátivanorte; b) La parte demandante afirmó que ese había sido el lugar de su nacimiento, y sobre esa base procedió. Esa afirmación no fue desvirtuada por la parte demandada; b) Establecido que Florencio Becerra y María de los Angeles Eslava o Duarte se casaron en Sátivanorte y allí tuvieron su domicilio durante los primeros años de su matrimonio, es lógico deducir y presumir que allí nació Santos Becerra, y d) El Tribunal no tuvo solamente esto en cuenta sino también otras pruebas colaterales como la partida de matrimonio de Demetrio Tarazona con Santos Becerra donde ésta aparece que tiene como padres a los expresados Florencio Becerra y María de los Angeles Eslava o Duarte.

Siendo esto así, no aparece el error manifiesto en que haya incurrido el Tribunal y a que se refiere el recurrente.

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, o sea la de fecha veinte de junio de mil novecientos treinta y ocho dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo.

Las costas del recurso son del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de su origen.

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

DEMANDA DE RESCISION DE UN CONTRATO.—TECNICA DE CASACION. INCONGRUENCIA

**1. Los artículos 227, 329 y 472 del C. J. no dan lugar a casación, sino en tanto que su desconocimiento por el Tribunal sentenciador haya conducido a la violación de leyes más sustantivas, concernientes al derecho reclamado por el actor, juzgado y sentenciado en el pleito de que se trate. Pero para ello es preciso además que se exprese la disposición o el principio sustantivo vulnerado y el concepto en que lo haya sido. En el caso del artículo 472 lo que debe atacarse es la infracción de disposiciones más radicales de las que sí dan margen al recurso de casación.—2. La incongruencia en un fallo, que cuando existe y se formula la respectiva acusación, le confiere a la Corte facultad para casarlo, consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos por la demanda y su contestación, o cuando decide sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto. No hay tal incongruencia cuando el juez estima que es defectuoso el ejercicio del derecho porque hay insuficiencia de personería de una de las partes. El juez decide entonces dentro de la órbita del pleito, al declarar que el derecho está mal invocado y dar esta razón para inhibirse de examinarlo a fondo. En tal hipótesis el recurrente debe atacar por la causal primera, que es la adecuada, porque la segunda persigue otros fines.**

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Por escritura pública número 1017 de fecha 9 de diciembre de 1919, otorgada en la Notaría de Zipaquirá, la señora Ifigenia Forero de García, casada con José Ignacio García, y con la intervención de éste, enajenó a título de venta en favor de Hipacio Correa un terreno de propiedad de la primera, ubicado en jurisdicción del municipio de Tabio, por la cantidad de dos mil pesos moneda corriente ($ 2,000) que la vendedora recibió de contado.

No obstante que se trataba de un bien propio de la mujer, la enajenación efectuóse sin la licencia judicial que entonces requería la ley; pero en la escritura se dijo: "Que la vendedora y su esposo se comprometen a obtener la correspondiente licencia judicial y ratificar esta escritura, dentro del término de seis meses contados desde hoy".

## Demanda

En el mes de octubre de 1934 la citada vendedora, por medio de apoderado, instauró juicio ordinario, encaminado a que se declare rescindido, por causa de nulidad relativa, el contrato de compraventa, a causa de haber faltado la formalidad de la licencia judicial; se declare sin ningún valor la respectiva escritura, mandándola cancelar; y se condene a Hipacio Correa a restituír la finca materia del contrato, junto con sus frutos naturales y civiles, considerándolo como poseedor de mala fe.

Contrademandó Correa por el valor del precio de la compraventa; los intereses legales de esta cantidad; los perjuicios por el incumplimiento de la cláusula de ratificación de la venta; y el valor de las mejoras hechos por él en el terreno.

## Sentencia de instancia

El juez de primera instancia, primero del Circuito de Facatativá, concedió las súplicas principales de la demanda, pero condenando al demandado a restituír frutos como poseedor de buena fe. Negó las súplicas de la contrademanda.

El Tribunal Superior de Bogotá revocó ese falló. En su lugar declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad sus-

tantiva de la personería de la parte demandada.

Se fundó en que en el juicio no fue parte el señor José Ignacio García, "quien concurrió al otorgamiento del contrato para autorizar a su esposa y para obligarse a obtener su ratificación, luego la litis está mal trabada ya que se pide la rescisión del convenio sin audiencia de una de las personas que intervinieron en su celebración".

"Por otro lado, si se declara rescindido el contrato, como consecuencia ineludible se debe declarar sin valor y efecto la escritura y ordenarse la cancelación del respectivo registro, lo que daría por resultado que con relación al señor García desaparecería (sic) los efectos del contrato por causa de una nulidad relativa que, si bien la ley ha establecido en su favor, él no ha alegado ni intervenido en su declaración y que no puede el juez decretar de oficio".

Además el sentenciador citó la jurisprudencia unánime de que cuando se demanda por vía de acción la nulidad de un contrato, tienen que ser traídos al juicio los que intervinieron en dicho contrato, porque hay derechos y obligaciones que tendrán que hacerse valer personalmente o por sus representantes; y no podría una sentencia afectar al que no fue parte en el juicio.

**Recurso de casación**

El recurrente ataca por dos causales la sentencia del tribunal.

**Primera**

Si bien fue cierto que José Ignacio García concurrió al otorgamiento de la escritura de venta, no lo hizo con el carácter de vendedor, pues ese carácter le pertenecía exclusivamente a su esposa la señora Efigenia Forero de García, dueña del terreno vendido; lo hizo únicamente para autorizar la enajenación hecha; y aunque también es verdad que el señor García junto con su esposa contrajo la obligación de obtener posteriormente la licencia judicial y ratificar el contrato, respecto de esta última obligación dejó de cumplirse con el deber de registrar la escritura en el libro de registro número segundo, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 2641 del Código Civil, en su ordinal 2º "De modo que sobre esta obligación accesoria no presta mérito probatorio la referida escritura. Y si esto no se alegó en ninguna de las instancias del juicio fue porque esta cuestión no fue ni es materia del litigio".

Quien podía ejercitar el derecho correlativo de la obligación de García, era su titular señor Correa, y éste ni siquiera mencionó la cuestión en la demanda de reconvención.

Además, al declararse la rescisión del contrato de compraventa celebrado únicamente entre la Forero de García e Hipacio Correa, y declararse sin ningún valor ni efecto la respectiva escritura en relación con éste, que es de lo que se trata, así como la cancelación del registro, hecho sólo en el **Libro número 1º**, tales declaraciones no tienen por qué afectar a quien no ha sido parte en el juicio ni exonerarlo de sus obligaciones.

Al incurrir el tribunal en los errores de hecho apuntados, incurrió en error de derecho, por haber violado a causa de no darles aplicación o dársela equivocadamente las siguientes disposiciones:

El artículo 227 del Código Judicial.

Los artículos 329 y 472 del mismo Código, por haber interpretado erróneamente el primero, y no haber dado aplicación al segundo.

Y los artículos 1759, 2641, ordinal 2º, y 2673 del Código Civil, por haber dejado de aplicarlos al caso de la litis.

Se considera:

El artículo 227 del Código Judicial da las definiciones de lo que se entiende por **demadante** y **demandado** en un juicio.

El artículo 329 del mismo estatuto explica la noción de **excepción perentoria.**

El artículo 472, ibídem, le indica a los jueces cuál es el objeto primario de los procedimientos judiciales, a efecto de que en todo caso la interpretación de la ley adjetiva se subordine a la efectividad de los derechos reconocidos por ley sustantiva.

El artículo 1759 del Código Civil determina cuál es el valor del instrumento público y el de las declaraciones que en él hagan las partes.

El artículo 2641 ibídem enumera los libros que debe llevar el registrador de instrumentos públicos y el objeto de cada libro.

Por último el artículo 2673, ibídem, consagra la sanción por la omisión del registro de los instrumentos públicos que deben registrarse, la cual consiste en la carencia de valor en juicio o fuera de él, de los instrumentos.

Ninguna de las disposiciones citadas pueden fundamentar la casación.

Las dos primeras del Código Judicial contienen solamente definiciones. Son preceptos descriptivos encaminados a aclarar nociones básicas del procedimiento. En la casación solamente tienen oportunidad en tanto que su desconocimiento por el tribunal haya conducido a la violación de leyes más sustantivas, concernientes al derecho reclamado por el actor, juzgado y sentenciado en el pleito de que se trate. Pero para ello es preciso además que se exprese la disposición o el principio sustantivo vulnerado y el concepto en que lo haya sido. Por ejemplo, en este pleito la infracción de los preceptos adjetivos citados podría ser el medio para demostrar que exigiendo la intervención en el juicio del marido de la demandante, por el hecho de figurar en la escritura de compraventa, aunque con carácter secundario, el tribunal olvidó cómo debe entenderse la noción de parte en juicio al tenor del artículo 227 citado y el principio que el artículo 329 consagra de la noción de excepción perentoria, lo cual condujo a violar las determinadas disposiciones civiles reguladoras de la compraventa en lo que jurídica y realmente son el comprador y el vendedor, o las disposiciones civiles reguladoras de la nulidad relativa, que estime el recurrente como de aplicación en el pleito, para situar la discusión en el terreno que le corresponde y enmendar los yerros del tribunal. Ello es así, porque de ser equivocado el razonamiento y conclusión del fallo, y por ende ilegal el que se haya dejado de examinar la acción de nulidad con el pretexto de que dejó de citarse a una persona a quien se reputa como contratante, sin serlo realmente, o siéndolo, su intervención en el pleito redundaba por razón de la clase de relaciones contractuales sometidas a controversia, lo que en realidad entran en juego son principios sustantivos relacionados con la compraventa en lo tocante a quien asume la calidad de vendedor, y con la nulidad, por tratarse de saber si el demandante tiene o no esa acción en su plenitud. Las reglas procesales pertinentes desempeñan papel en cuanto ellas deslindan la posición judicial de cada parte y son el medio para singularizar la aplicación de la ley abstracta.

El artículo 472 del Código Judicial tampoco funda la casación por la misma circunstancia. Este precepto cuando por algún respecto ha sido infringido, por sí mismo no puede motivar la infirmación del fallo; siendo como es de simple recordación a los jueces de lo que se persigue con el procedimiento judicial, quienes a él faltan habrán infringido con él otras disposiciones más radicales de las que sí dan margen al recurso; en ese caso lo que debe atacarse es la infracción de esas disposiciones, pero no meramente la del artículo 472.

Igual suerte corren la citada de los artículos 1759, 2641 y 2676 del Código Civil y los conceptos del recurrente basados en esas disposiciones.

La primera disposición tiene por objeto establecer el valor de las escrituras públicas. Pero al recurrente le faltó indicar cómo entiende él que repercute la violación de ese precepto sobre la ley sustantiva reguladora del derecho invocado.

Las dos últimas disposiciones referentes al registro de los instrumentos públicos son inconducentes en el recurso. Por haber el tribunal apreciado debidamente la escritura pública contentiva del contrato, fue por lo que —equivocadamente o no— exigió en el juicio la presencia del señor José Ignacio García, en orden a complementar la personería sustantiva de la parte demandada.

Y en cuanto a que el tribunal no ha debido considerar la intervención del señor García en la escritura, por no estar registrada ésta en el libro número 2º, es argumento exótico desconectado con la cuestión planteada por el actor y juzgada por el tribunal. No se ha indicado ni se vislumbra

siquiera cuál sea la incidencia que tenga aquel supuesto error de derecho en la apreciación de la escritura, sobre la ley que gobierna la acción.

**Segunda**

La segunda causal de casación invocada es la 2ª del artículo 520 del Código Judicial, o sea no estar la sentencia en consonancia con las peticiones oportunamente deducidas por los litigantes. Y hay incongruencia, porque el derecho de la demandante para demandar la rescisión del contrato de venta del bien raíz enajenado a Hipacio Correa es exclusivamente suyo. Sin embargo, el tribunal resolvió eludir el fallo de fondo entre las partes para exigir la presencia en el juicio de una tercera persona, y concluír que puesto que ésta no había sido demandada había una insuficiencia de personería de la parte demandada.

Se considera:

La incongruencia en un fallo, que cuando existe y se formula la respectiva acusación, le confiere a la Corte facultad para casarlo, consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos por la demanda y su contestación, o cuando decide sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto.

Pero cuando, como en el caso presente, el juzgador estima que es defectuoso el ejercicio del derecho porque hay insuficiencia de personería de una de las partes, entonces no es que haya incongruencia en el fallo, puesto que decide dentro de la órbita del pleito, al declarar que el derecho está mal invocado y dar esta razón para inhibirse de examinarlo a fondo.

En tal hipótesis el recurrente debe atacar por la causal primera, que es la adecuada, porque la segunda persigue otros fines.

Es oportuna la cita de un fallo de la Corte en caso semejante, que hace el opositor del recurso:

"Si no tiene fundamento el sentenciador para llegar a esa conclusión, sería el caso de infracción de leyes, lo que mira a la primera causal de casación, pero no puede casarse la sentencia por la segunda causal, que es la indicada por el recurrente, porque aun suponiendo que no hubiera sido materia del debate la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva, el artículo 51 de la ley 105 de 1890 (hoy artículo 343 del actual Código Judicial), faculta al juzgador para declarar la excepción que halle justificada, aunque no se haya propuesto ni alegado". (**Gaceta Judicial**, tomo XXVIII, página 119).

---

De lo expuesto resulta que la demanda de casación no le ofrece entrada a la Corte para avocar el examen de fondo de la sentencia del tribunal, y examinar hasta dónde le asistió la razón. La Corte se ve obligada a hacer esta advertencia para prevenir la apariencia de contradicción en que podría quedar al confrontarse la parte resolutiva de este fallo con la de otros sobre problemas similares en que esta corporación sí ha podido entrar en el fondo de la cuestión cardinal propuesta en la demanda.

Por ende, 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 pronunciada por el tribunal superior de Bogotá el 31 de marzo de 1937.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en el próximo número de la **Gaceta Judicial.**

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



# SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

## HOMICIDIO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá veintidós de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El señor Procurador Delegado relata como sigue el acontecimiento materia del proceso cuya sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de San Gil ha venido a la Corte en casación:

"Los hechos a que se contrae este expediente pueden sintetizarse así: Andrés y Salustiano Soto, Julio Torres y Antonio Muñoz o Rico, después de tomar licores embriagantes, se dirigieron como a las 11 de la noche del 16 de septiembre de 1934, a la casa de campo de Saúl Rueda, ubicada en en el sitio llamado "El Curo", del Municipio de Aratoca. Andrés Soto iba vestido de mujer y llevaba una escopeta. En la mencionada casa se encontraban Martín Beltrán, Santos Adarme, Virgilio Quintero, Antonio Carreño, Pompilio Quintero y Catalina Carvajal, quienes fueron sorprendidos con los toques que hacían a la puerta los dos hermanos Sotos y sus compañeros Muñoz y Torres. Los ocupantes de la casa se abstuvieron de abrir la puerta porque no conocieron la voz de las personas que deseaban entrar. En esos momentos, llegó al grupo que se encontraba fuera de la casa, Félis Soto, habitante de ella y hermano de Andrés y Salustiano. Se dice que Félix fue obligado por sus hermanos, especialmente por Andrés, para que pidiera a las personas que se encontraban adentro que abrieran la puerta, lo que en efecto llevó a cabo Virgilio Quintero, ayudado por Catalina Carvajal. Después de entrar a la casa, Muñoz y Salustiano Soto cogieron a Martín Beltrán, quien afirma, junto con algunos testigos, que fue atacado a cuchillo sin que en realidad hubiera sido herido. Al darse cuenta Santos Adarme de la presencia de personas extrañas en la casa, se incorporó en su lecho con el intento, según parece, de atravesar el dormitorio y escapar, intento que no pudo realizar porque Andrés Soto le disparó la escopeta causándole una herida que le prdujo la muerte. A consecuencia de ese mismo disparo Julio Torres, compañero de Andrés Soto, recibió una herida que le ocasionó una incapacidad para el trabajo de 50 días, con un defecto funcional de por vida, de carácter levísimo. A Félix Soto le fue quitado un cuchillo que fue avaluado en $ 0.20; y Martín Beltrán afirmó también que los asaltantes le habían sustraído una argolla de oro y un cinturón de faja de cuero, que no fueron encontrados después, pero que fueron avaluados en las sumas de $ 5.00 y $ 2.00, respectivamente".

Después de varios incidentes procedimentales y tras la reunión de un nuevo jurado, el Tribunal condenó en definitiva a Andrés Soto como responsable de los delitos de homicilio, robo y heridas, a la pena de trece años, cuatro meses y quince días de presidio; e impuso a Salustiano Soto, Antonio Muñoz o Rico y Julio Torres, como cómplices del homicidio y autores en concurso del robo, la pena de diez años de presidio.

La sentencia es tan empalagosa y rebuscada, que la Corte, consciente de que su labor en casación no puede traspasar los límites de la confrontación legal del problema planteado, anota ese detalle, para encarecer a los juzgadores claridad y sencillez en las providencias judiciales.

El único reo que permanece preso es Andrés Soto, pues los otros andan prófugos.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el defensor de los procesados, e invoca las causales 2ª, 3ª y 5ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

El señor Procurador delegado analiza en su vista el fundamento de estas causales, y por su parte sustenta el recurso así:

**"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'.

"Apoya el recurrente esta causal en el hecho de que hubo equivocación en cuanto a la denominación genérica del delito porque se llamó a los acusados por la infracción de cuadrilla de malhechores no existiendo en el expediente los elementos constitutivos de ese delito. Tal equivocación constituye nulidad de acuerdo con el ordinal 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887.

**"Se considera:**

"La equivocación consistente en haber abierto el Juzgado causa criminal por el delito de cuadrilla de malhechores, quedó subsanada en la sentencia, materia del recurso de casación, puesto que se prescindió de condenar a los sindicados por tal delito. Ninguna finalidad de orden jurídico o de orden práctico tendría un nuevo auto de proceder en que se descargara a los acusados de una infracción que fue descartada en la sentencia.

"Estima, por tanto, este Despacho que no debe prosperar esta causal.

**"Causal tercera**

'Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito'.

"El recurrente alega esta causal en lo que se refiere al robo, afirmando que no se encuentra demostrada la violencia en la sustracción del cuchillo perteneciente a Félix Soto, y en no haberse demostrado que a Martín Beltrán le hubieran arrebatado por la fuerza el cinturón y la argolla, porque tal acto no fue visto por ninguna persona y al respecto sólo existe el dicho del mismo Beltrán.

**"Se observa**

"Tiene razón el recurrente porque no aparece acreditado que el robo hubiera tenido lugar.

"Beltrán afirma que le robaron una argolla y un cinturón, pero esta aseveración no está demostrada.

"Su afirmación pierde crédito, por otra parte, si se considera que el ataque de que dice haber sido víctima resulta poco atendible, pues no sufrió heridas a pesar de ser varios los hombres que le lanzaron puñaladas en momento en que él se encontraba inerme. Por estas razones se puede sostener que sus cargos tienen cierto aspecto de fantástico, o por lo menos, carecen de apoyo en las probanzas.

"En cuanto al cuchillo de Félix Soto, no se descubre el ánimo de apropiárselo, ni tampoco está demostrada la violencia. A este respecto la tesis más verosímil es la de que Félix fue desarmado con el objeto de que no pudiera usar del cuchillo para agredir o repeler a sus hermanos y los compañeros de éstos.

"Conceptúa, pues, este Despacho que debe prosperar esta causal en cuanto al delito de robo.

**"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'.

"Alega esta causal el recurrente en los siguientes términos:

'La injusticia notoria se deduce de las consideraciones de que si no existe la cuadrilla de malhechores, se les declara responsables de ella, se les declara responsables de un delito que no existe; lo mismo en lo relativo al robo; luego si se condena por un delito que no existe, es evidente la injusticia del veredicto. Por otra parte la sentencia no está en consonancia ni con los cargos del

auto de proceder, ni con el veredicto del jurado, debido a la situación anómala del proceso; pues creo que al reconocer que la cuadrilla no existe, tal vez habría cuadrado mejor la declaratoria de nulidad, que la sentencia condenatoria'.

"Habiendo desechado la sentencia del Tribunal la existencia de cuadrilla de malhechores y no estando comprobado, como ya se dijo, el cuerpo del delito de robo, la causal quinta resulta por estos aspectos improcedente.

"En cambio, la Procuraduría, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 6º de la Ley 118 de 1931 fundamenta esta causal en lo que hace referencia a la complicidad de homicidio porque fueron condenados Salustiano Soto, Antonio Muñoz o Rico y Julio Torres.

"En efecto: el estrambótico ataque que se hizo a la casa de "El Curo" no presenta una finalidad bien definida. Por deficiencias en la investigación no se ha descubierto si el propósito de los sindicados fue el de atacar a la propiedad, o el de obtener satisfacciones sexuales — así lo insinúa uno de los acusados—, pues en aquella casa había mujeres, o el de suprimir la vida de alguno o algunos de los habitantes de esa finca, o simplemente el de cometer un desplante creado por la incitación del alcohol.

"Descartada la cuadrilla del malhechores, podría subsistir el concierto de los cuatro acusados para la realización de uno o de varios delitos. Pero ese concierto hacia qué objetivo estaba encaminado? No lo dice claramente el expediente.

"En todo caso, lo cierto es que el único sindicado que disparó y que dio muerte a Santos Adarme, fue Andrés Soto, sin que aparezca que en la perpetración de ese hecho hubieran contribuído directamente con su acción o con su voluntad los acompañantes del homicida.

"Al tratar del homicidio, el Juzgado Superior no habló en ningún momento de premeditación; y en el auto de proceder se cargó a los sindicados la imputación de un homicidio simplemente voluntario. Esto está revelando que en la mente de los juzgadores estaba la creencia de que Andrés dio muerte a Santos Adarme de modo impremeditado, esto es, por impulso instantáneo e improvisado.

"El Juzgado Superior en el auto de proceder que fue confirmado por el Tribunal sostiene lo siguiente:

'Como dice el señor Agente del Ministerio Público en el última vista, no se ha establecido el fin que llevaron los asaltantes Andrés y Salustiano Soto, Antonio Muñoz o Rico y Julio Torres, desgraciadamente no se ha podido acreditar si tuvieron deliberación previa sobre los actos que iban a ejecutar en la casa de Rueda; si sólo tenían la intención de robar y con tal fin se asociaron como parece deducirse de las confesiones de dos de los sindicados y si existía o nó el propósito de ultimar a Santos Adarme. Se halla acreditado, si, que los asaltantes iban armados de cuchillos, excepto Andrés Soto, quien portaba una escopeta, que su actitud era francamente agresiva y hostil y que habían estado ingiriendo licor en bastante cantidad en la población de Aratoca. También se halla comprobado de manera cierta, que cabecilla de la cuadrilla lo era Andrés Soto y que éste disparó contra Santos Adarme hiriendo con el mismo disparo de escopeta a su cuadrillero Julio Torres. Es de tenerse muy en cuenta la declaración del folio 24 v. sobre la posible enemistad de Adarme con Andrés Soto, y la actitud asumida por los sindicados que confesaron, respecto a su nó participación en la muerte de Santos Adarme'.

"Como la cuestión de la injusticia fue debatida, en términos generales, en las instancias, conceptúa este Despacho que la causal 5ª debe prosperar.

"En resumen, opina la Procuraduría que la condena proferida contra Andrés Soto por el delito de homicidio simplemente voluntario en la persona de Santos Adarme, calificada la delincuencia en segundo grado, es legal; Que la condena impuesta al mismo Andrés Soto, por el delito de heridas en la persona de Julio Torres también es legal; Que el cuerpo del delito de robo no está comprobado plenamente y la sentencia debe ser invalidada por este motivo; Que debe ser invalidada igualmente la sentencia recurrida por estar viciado de injusticia el veredicto que afirmó la complicidad homicida

de Salustiano Soto, Antonio Muñoz o Rico y Julio Torres, y debe, en consecuencia, ordenarse la convocación de un nuevo jurado para que decida sobre este asunto.

"Para llegar a estas conclusiones, no ha desconocido este Despacho la gravedad de los hechos imputados a los recurrentes, ni ha olvidado que tres de éstos no están encarcelados por haberse fugado. Pero la circunstancia de haberse levantado de manera deficiente la investigación y el confusionismo en que incurrieron los falladores, especialmente el Tribunal, no autorizan al Estado para reprimir hechos que no se esclarecieron plenamente y para exigir responsabilidades que no fueron bien fijadas".

Acoge la Sala de los razonamientos del señor Procurador como base del presente fallo; y en consecuencia, al infirmar por la causal tercera la sentencia recurrida, en cuanto al delito de robo, procede a absolver por este cargo a los cuatro acusados, con lo cual la pena imponible a Andrés Soto se reduce a nueve años de presidio por la muerte de Santos Adarme y a cuatro meses quince días de la misma pena por las heridas causadas a Julio Torres (total nueve años, cuatro meses, quince días de presidio), pues aun cuando hay un error de cinco días en el cómputo de esta última sanción, de ese error, que favorece al acusado, debe prescindirse, por no ser materia del recurso.

La infirmación de la sentencia por la causal quinta respecto de Salustiano Soto, Antonio Muñoz o Rico y Julio Torres, implica ordenar la convocatoria de un nuevo jurado, para que se les juzgue otra vez por el cargo de homicidio.

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 parcialmente** la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el tres de diciembre de mil novecientos treinta y siete, y

**Resuelve:**

1º—Absuélvese a los procesados Andrés Soto, Salustiano Soto, Antonio Muñoz o Rico y Julio Torres, por el delito de robo;

2º—Se declara notoriamente injusto el veredicto del jurado que declaró responsables a Salustiano Soto, Antonio Muñoz o Rico y Julio Torres del delito de homicidio; y

3º—Ordénase la convocatoria de un nuevo jurado para el juzgamiento de los tres procesados de que trata el numeral anterior, por el delito de homicidio en concurso recíproco, sin lugar al cargo de cuadrilla de malhechores que se descartó en la sentencia recurrida.

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

**José Antonio Montalvo. — Pedro Alejo Rodríguez. — Salvador Iglesias. — Alberto Malo Baños,** Srio. en ppdd.

## SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

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

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El 16 de junio de 1936 el señor Juan B. Villarreal B. denunció al Juez 1º Superior de Bogotá, doctor Alejandro Copete Mafla, por responsabilidad.

Esta denuncia la presentó ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Acompañó copia de las diligencias pertinentes a su denuncia.

El primero de agosto de mil novecientos treinta y seis el Tribunal, sobreseyó definitivamente en pro del Juez Primero Superior doctor Copete Mafla.

La Corte, por auto de 21 de octubre de 1936, en vista de que el informativo adolecía de deficiencias, deficiencias que anotó la Procuraduría, y que por tanto era prematuro decidir de su mérito, revocó el sobreseimiento del Tribunal y ordenó la práctica de varias diligencias.

Intertanto el doctor Copete Mafla había dejado de ser Juez Primero Superior y pasaba a ocupar una plaza en el Tribunal Superior de Bogotá.

Por lo tanto, dejaba de ser juzgable por el Tribunal en primera instancia y pasaba a ser el negocio de competencia de la Corte Suprema de Justicia, conocimiento que aún corresponde a ésta, por estar todavía el doctor Copete Mafla en ejercicio de la magistratura (artículos 76, numeral 4º, 33, numerales 5º y 6º, de la Ley 105 de 1931).

Comprobada la calidad de Magistrado del doctor Copete Mafla, y recibidas varias declaraciones necesarias para complementar el informativo, ha llegado el momento de decidir del mérito de los autos.

Para ello se considera:

### 1º La naturaleza de los cargos

Son de responsabilidad.

El denunciante los concreta en los artículos 485, numerales 1º y 2º (Código Penal de 1890) y 539 del mismo Código, es decir, "prevaricato y omisión, demora y otras faltas de los empleados públicos en la persecución de los delincuentes, en la administración de justicia o prestación de protección o servicio público".

### 2º Los hechos imputados

a) No recepción de declaraciones de testigos en la audiencia pública del juicio contra Juan de Dios Castelblanco, por homicidio;

b) Negativa de dar lectura a algunas piezas del informativo en la misma audiencia;

c) Haber impedido que el apoderado de la acusación particular se refiriese en las audiencias a los instigadores del delito, conminándolo con multa de veinte pesos; y

d) No haber resuelto nada acerca de los instigadores del delito en la sentencia correspondiente.

Enfocado el caso con los elementos que figuran en el proceso ya perfecto, elementos que son los que primitivamente sirvieron al Tribunal Superior de Bogotá para dictar el auto de sobreseimiento que, como queda dicho, se revocó luégo, y con los elementos dimanados de las ampliaciones posteriores y de la comprobación del fuero que tiene el sindicado por su calidad de Magistrado en ejercicio, fuero que le da competencia a la Corte, se halla:

Que el aspecto de la responsabilidad y el aspecto de los hechos es el mismo que determinaban los primeros elementos del informativo, y que las ampliaciones posteriores no han modificado en nada.

Al respecto el señor Procurador Delegado en lo Penal, analizando este negocio, conceptúa que su síntesis es la siguiente, la misma que hizo el Tribunal cuando la competencia era suya y dictó el sobreseimiento ameritado:

"El señor Juan B. Villarreal B. formuló denuncia criminal de responsabilidad contra el señor Juez 1º Superior doctor Alejandro Copete, y acompañó copia de algunas diligencias.

"El denuncio se funda, en síntesis:

"Que su apoderado Gustavo Atuesta, en la causa contra Juan Castelblanco, solicitó en la audiencia se recibieran algunas declaraciones y el señor Juez no accedió por estimar innecesaria dicha diligencia; que tampoco accedió a darle lectura a algunas piezas del informativo según petición de Atuesta y de uno de los miembros del Jurado; que el señor Juez le impió a su apoderado referirse a los instigadores del delito y llegó a conminarlo con una multa de veinte pesos, y por último, que no resolvió nada sobre los instigadores del delito.

"Pero en el acta de la audiencia están explicadas las resoluciones del señor Juez, debidamente fundadas en la ley:

"No se recibieron las declaraciones porque ya obraban en el informativo y no se veía objeto en demorar y prolongar el debate.

"No se ordenó la lectura de algunas piezas porque dichas piezas se referían a personas que ya habían sido sobreseídas definitivamente y se trataba de un auto ejecutoriado: dichas personas estaban fuera del debate; además, a los jurados y a las partes se les había dado traslado del expediente.

"El señor Juez conminó al señor apoderado con una multa, por su actitud y censura a los funcionarios que habían intervenido en el asunto debatido; y, finalmente, el señor Juez nada resolvió sobre instigadores o sobornadores porque el Jurado no expresó nombres, y los que habían sido sindicados de tales, habían sido sobreseídos definitivamente por auto ejecutoriado que tiene la autoridad de cosa juzgada (art. 33, Ley 104 de 1922). Olvidó ordenar la investigación sobre el particular, pero tal olvido, no es delito".

"A lo anterior sólo cabe agregar que de acuerdo con los artículos 83 y 84 de la Ley 100 de 1892, que regían cuando el doctor Copete actuó como Juez Superior, él estaba investido en las audiencias de un poder discrecional para dirigir el debate e impedir todo aquello que tendiese a prolongar el acto sin dar más luz ni ofrecer probabilidades de certeza sobre los hechos criminosos. Y como él estimó que era innecesario acceder a las peticiones del acusador, porque no conducían a nada práctico en relación con la responsabilidad de Juan de Dios Castelblanco, esa decisión hay que respetarla, ya que no existe prueba de que ella obedeciese a motivos distintos de los del cumplimiento de la ley.

"Lo anterior es suficiente para que la Procuraduría solicite a la H. Corte, de manera respetuosa, que sobresea definitivamente en favor del doctor Alejandro Copete Mafla por los cargos que le hizo el señor Juan V. Villarreal en escrito presentado ante el Tribunal Superior de Bogotá el día 16 de junio de 1936".

La Sala acoge el análisis anterior como fundamento de este fallo, y agrega que respecto de la omisión que considera delictuosa el denunciante, porque la sentencia en la causa contra Castelblanco nada dijo acerca de los instigadores o autores intelectuales del delito, unos señores Rugueles, el cargo tampoco tiene fundamento, por estas dos razones:

**Primera.** Porque el juicio y las audiencias se referían a Castelblanco, y

**Segunda.** Porque a los Rugueles no se les juzgaba en ese momento, y de consiguiente la sentencia no podía versar sino sobre el proceso del citado Castelblanco.

Y aparece esto más claro por la explicación que da el sindicado y que asienta que los señores Rugueles estaban descartados de ese juicio por un sobreseimiento a su favor.

De otro lado consta en los documentos traídos por el mismo denunciante la copia de los cuestionarios sometidos al Jurado de la causa a que se refiere la acusación, que aquéllos sólo versaron sobre la responsabi-

lidad de Castelblanco, por lo tanto la sentencia no podía referirse ni a otro juicio ni a otros responsables, y tenía que atemperarse a la investigación referente a la sola responsabilidad de Castelblanco.

El cargo analizado, como los otros, resulta, pues, sin asidero legal.

El artículo 33 de la Ley 104 de 1922 establece que el sobreseimiento se decretará como definitivo, entre otros casos, cuando el hecho o hechos imputados no sean constitutivos de delito.

Las actuaciones del ex-Juez Primero Superior de Bogotá, doctor Copete Mafla, a que se refieren estas diligencias, no constituyen infracción legal capaz de perfilar una responsabilidad. Por tanto, la investigación abierta al efecto ha de clausurarse con un sobreseimiento definitivo a su favor.

A mérito de las consideraciones expuestas, 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, **sobresee definitivamente** a favor del doctor Alejandro Copete Mafla, actual Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, por los cargos que se le imputaron como ex-Juez Primero Superior del mismo Distrito Judicial, y a que se refiere el denuncio presentado contra él por el señor Juan B. Villarreal B., el 16 de junio de 1936, ante el mencionado Tribunal.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese.

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

## SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO

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

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias).

Se acusó al señor Teódulo Ramírez Duque, ex-Juez de Girardota, de haber tomado para sí y no haber devuelto oportunamente a sus dueños, algunas cantidades de dinero depositadas en el Juzgado a su cargo, sumas procedentes de remates verificados en varios juicios ejecutivos y provenientes también de sucesiones tramitadas en ese despacho judicial.

El Tribunal Superior de Medellín sobreseyó definitivamente en este negocio.

El fundamento de esta providencia es el de prescripción.

Cońsulta el Tribunal de Medellín el fallo.

Los cargos están debidamente analizados. El Tribunal encuentra probados algunos de ellos, pero por el fenómeno de la prescripción consumada en el momento de dictar la sentencia, declara extinguida la acción penal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal en su vista correspondiente, refiriéndose al análisis de esa providencia, dice:

"Tiene razón el Tribunal. Bien se considere el delito a través del artículo 505 del anterior Código Penal, o bien se le califique de abuso de confianza de acuerdo con el nuevo Código, lo cierto es que la prescripción está cumplida. En ambos casos, el tiempo requerido para ello no excede de cinco años. Y como el doctor Ramírez Duque dejó de ser Juez el día 15 de diciembre de 1932, ese término se encuentra agotado.

"En consecuencia, es el caso de dar aplicación al artículo 33, ordinal 5º, de la Ley 104 de 1922.

"Como el Tribunal afirma muy bien que 'si los autos no aportan elementos probatorios de deslumbradora evidencia para establecer en todos los cargos las dolorosas actuaciones del sindicado, sí dejan en el ánimo la profunda convicción de que sus actuaciones no fueron las de un hombre escrupulosamente celoso de su reputación y digno de llevar con decoro la investidura de Juez', la Procuraduría confía que la única sanción que hoy queda contra el expresado doctor es la de no volverle a conceder esa honrosa investidura.

"Por tanto, este Despacho pide atentamente a la H. Corte que confirme el sobreseimiento consultado".

**Se considera:**

**Primero.** Se trata de un delito crónico o continuado: disposición de fondos que venían a manos del Juez de Girardota, por razón de la investidura, y de los cuales dispuso.

Considéresele por este solo aspecto, que es el de empleado público que ejerce negociaciones o contratos incompatibles con su destino por tomar para sí los dineros que pasaban por sus manos en calidad de Juez (artículo 505, Código Penal de 1890).

O considérense los actos como simple abuso de confianza, abstracción hecha de la calidad de Juez del sindicado (artículos 836 y concordantes del Capítulo 6º, Título 3º, Libro 3º del mismo Código), lo crónico de ellos, su continuidad, es una característica esencial para fijar la prescripción.

El punto de partida será el día en que cesó la continuación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 96 del viejo Código Penal.

El Tribunal fija esa cesación de actos ilícitos en la fecha en que fue destituído el Juez, o sea, el 15 de diciembre de 1932.

De esa fecha a la de la sentencia va transcurrido un tiempo suficiente para la extinción de la acción penal.

Para ese cómputo la sentencia tiene en cuenta el nuevo Código Penal, y concluye que como el delito no llegaría a castigarse con pena privativa de la libertad excedente de cinco años, el fenómeno de la prescripción está operado, pues el artículo 105 del nuevo Código Penal es el aplicable al caso por ser disposición más favorable al reo (artículos 22 de la Constitución y 3º de la Ley 95 de 1936, nuevo Código Penal).

Y todo ello porque las sanciones que establece el Capítulo 5º, Título 3º, Libro 2º de la nueva ley penal (artículos 412 y 413) le serían también más benignas.

**Segundo.** La aplicación de estas disposiciones favorables del nuevo Código determinan por consiguiente un sobreseimiento definitivo, con base en la prescripción, al tenor del artículo 104. Ese sobreseimiento es definitivo, carácter que se desprende del fenómeno consumado de la prescripción.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** el auto consultado, proferido por el Tribunal Superior de Medellín, de fecha 31 de agosto de 1938, por el cual se sobreseyó definitivamente a favor del ex-Juez de Circuito de Girardota, señor Teódulo Ramírez Duque, por los cargos a que se refiere la misma sentencia.

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

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

FUERZA Y VIOLENCIA.—LOS ARTICULOS 13 Y 14 DE LA LEY 97 DE 1936 NO SON DISPOSICIONES SUSTANTIVAS

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

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias).

Esta causa, ahora en casación, es por el delito de fuerza y violencia.

El autor responsable es un menor de edad.

La víctima es una impúber.

El hecho se encuentra resumido en el cuestionario correspondiente sometido al jurado.

Reza ese cuestionario:

"El acusado Mario Rafael Ospina, es responsable, sí o nó, de haber abusado deshonestamente de la menor impúber Micaela Rodríguez, de nueve años de edad, en la propia casa de habitación del procesado Ospina el día 26 de marzo de 1936, como de 9 a 10 de la mañana, hecho ocurrido en esta ciudad el día, mes y año expresados, todo de conformidad con el auto de proceder?"

El veredicto del jurado, que actuó en Barranquilla, sitio de los sucesos, fue afirmativo y unánime.

El Juez Superior de Barranquilla, acatando este veredicto, condenó al menor Mario Rafael Ospina, de 17 años de edad, a la pena principal de ocho años de presidio, con aplicación del artículo 683, disposición que considera como forzador en cualquier caso, a quien abuse deshonestamente de una impúber.

Por ausencia de circunstancias agravantes y existencia de varias atenuantes notorias, la sentencia aplicó el mínimo de la pena que el citado artículo estatuye.

Ida en apelación la decisión condenatoria al Tribunal Superior de Barranquilla, fue confirmada en todas sus partes.

El reo interpuso recurso de casación.

El defensor y curador ataca la sentencia por ser violatoria de la ley penal sustantiva.

Sustenta, pues, la casación en la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Y motiva esta causal en los artículos 13 y 14 de la Ley 97 de 1936, porque se trataba, dice, de un delincuente menor de diez y siete años.

Estos artículos se refieren a la prisión preventiva.

Dispone el primero que los procesados menores de diez y siete años sufrirán la prisión preventiva en una casa de corrección, y dispone el segundo de esos artículos que cuando no exista casa de corrección, ni haya persona, sociedad o empresa que se encargue de la guarda del menor sindicado o penado, el funcionario de instrucción, Juez o Tribunal lo pondrá en el establecimiento correspondiente; pero ordenará que se le tenga separado de los sindicados o reos mayores y se le ocupe de manera que en lo posible se efectúe su corrección.

Además dispone el segundo citado artículo que en cualquier tiempo en que, durante la detención o condena haya quien se encargue de la guarda y corrección, el funcionario de instrucción, Juez o Tribunal podrá entregar el menor al individuo, sociedad o instituto respectivo.

Las dos disposiciones citadas que el defensor curador del recurrente considera violadas por la sentencia, no son disposiciones de la ley penal sustantiva.

La primera de ellas se refiere a la prisión preventiva que debe hacerse en casa correccional cuando el sindicado es menor de diez y siete años, o en establecimientos similares.

Y la segunda hace relación a la ejecución de la pena, que ha de cumplirse en esos casos también en establecimientos de corrección, o en casa de persona que de ella se encargue.

Las disposiciones citadas son desde luego un beneficio que estableció el legislador

para menores delincuentes menores de diez y siete años, y representan un avance de la legislación penitenciaria acorde con los postulados de la penalogía contemporánea.

Obsérvase, sin embargo, que la ley que tal dispuso es la Ley 97 de 1936, coetánea al hecho delictuoso investigado y juzgado, y que esa ley se refiere a menores de diez y siete años.

Cuando la sentencia se profirió, así la de primera como la de segunda instancia, el menor Mario Rafael Ospina tenía ya más de diez y siete años, luego no le era aplicable al beneficio.

Y como se dijo antes, no es ésta una ley sustantiva penal, sino procedimental y referente a la ejecución de la pena.

No cabe, pues, relacionarla con la causal 1ª, que hace referencia a la ley sustantiva penal, es decir, a la fijación de la pena y no a la ejecución de ella.

La causal invocada no prospera.

En su vista el señor Procurador Delegado en lo Penal conceptúa que la sentencia recurrida debe mantenerse.

Insinúa sí que el Juez debe tener en cuenta las disposiciones del nuevo Código Penal y decidir si es el caso de aplicar al sentenciado una medida de seguridad.

Como queda expuesto, el punto relativo a la casación por la causal 1ª, a la demanda de la sentencia del Tribunal de Barranquilla que condenó al menor Mario Rafael Ospina a ocho años de presidio, debe resolverse negativamente.

Resto sólo el punto de la aplicabilidad al caso de las sanciones que para el mismo delito establece el nuevo Código Penal, y consecuencialmente en atención a la edad del reo, porque pudieran ser estas disposiciones más favorables.

El punto lo resuelve el artículo 6º de la Ley 94 de 1938 y el Código Penal nuevo (Ley 95 de 1936) en su artículo 3º, todo relacionado con el inciso 2º del artículo 22 de la Constitución, que estatuye que en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Y como al Juez de primera instancia, o al Tribunal que pronunció la sentencia, bien de oficio o a petición de parte, incumbe la resolución de esta aplicabilidad favorable, la Sala llama la atención al Tribunal de Barranquilla y al Juez Superior de ese Distrito acerca de este punto, que abarca la cuantía y calidad de la pena y la ejecución de ella, teniendo en cuenta las disposiciones del Título 12 sobre delitos contra la libertad y honor sexuales del Libro 2º del nuevo Código Penal, y las correspondientes sobre medidas de seguridad del Capítulo 1º, Título 2º del Libro 1º de la misma obra, por tratarse de un menor.

Siendo de anotarse, en cuanto a la misma sanción, que la violencia carnal, o sea, el forzamiento, está sancionado con una pena de dos a ocho años de prisión aumentada hasta en una cuarta parte, entre otros casos si se comete en una mujer virgen.

Y de observarse, además, que la naturaleza de la pena varía, pues en el nuevo Código Penal ella es de prisión y no de presidio.

---

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, declara que no es el caso de infirmar, y **no infirma** la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de fecha 27 de junio de 1938, que condenó al menor Mario Rafael Ospina a la pena principal de ocho años de presidio por el delito de fuerza y violencia perpetrado en la persona de la impúber Micaela Rodríguez, hecho ocurrido en Barranquilla el 26 de marzo de 1936.

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

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

## HOMICIDIO.—NULIDAD DEL PROCESO PENAL

**Omitiéndose en la parte resolutiva de un auto de proceder mencionar de manera inequívoca el Capítulo y el Título correspondientes del Código Penal como lo determina enfáticamente el artículo 345 de la Ley 105 de 1890. La denominación genérica del cargo que se hace a un enjuiciado debe quedar claramente precisada conforme a la nomenclatura del Código Penal, que por otra parte especifica los delitos en Títulos y subdivide esta especificación en Capítulos que concretan más el cargo, por manera que el acusado sabe entonces cómo se traba la litis, prepara sus descargos y hace su defensa. Sin cumplir estas formalidades que la ley determina, resultaría equívoco el cargo en el enjuiciamiento, y, por lo mismo, impreciso.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, cinco (5) de diciembre de mil novecientos treinta y ocho (1938).

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Al Jurado reunido en esta causa se le propuso el siguiente cuestionario:

"Alfredo Correa Castaño es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Trina Guzmán de Benjumea, el día 29 de junio de 1937, en la población de Barrancamerbeja?".

El Jurado contestó: "Sí".

Sobre este veredicto simplemente afirmativo, el Juez del conocimiento condenó a Alfredo Correa Castaño a siete años de presidio, aplicando para ello el artículo 600 del Código Penal y calificando la delincuencia en grado ínfimo con un aumento de la sexta parte diferencial que el mismo Código autoriza.

Apelada la sentencia, el Tribunal Superior de Bucaramanga la confirmó en todas sus partes. Este fallo es de fecha 17 de marzo de 1938.

Interpuso recurso de casación el reo.

Ni en el escrito de interposición del recurso, ni en el memorial que posteriormente presentó a la Corte, invoca causal alguna.

No está fundada la casación.

Razones referentes a la validez de los testimonios y otras propias de alegatos de instancia, son las que aduce el recurrente.

En estas condiciones el recurso debería declararse desierto.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, no obstante lo anterior, demanda la sentencia por la causal 2ª.

Al hacerlo, ejercita la atribución que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931.

Para fundamentar su demanda dice el señor Procurador Delegado:

"**2ª causal.** Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

"Es nula la causa porque se incurrió en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, por no haberse precisado éste en la parte resolutiva del auto de proceder conforme al Libro, Título y Capítulo en que el Código Penal define y sanciona el homicidio (artículo 264, ordinal 7º, de la Ley 57 de 1887)".

En consecuencia el Procurador Delegado pide a la Corte invalide la sentencia recurrida y declare nulo el proceso a partir del auto de injuiciamiento, inclusive.

Para resolver, se considera:

1º La causal alegada es la 2ª: nulidad procedimental que afecta el juicio.

2º La nulidad es la contemplada en el artículo 264, ordinal 7º, Ley 57 de 1887.

Esta nulidad consiste en haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, a la época y lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido.

3º Y esta nulidad existe por cuanto en el auto de proceder se llamó a juicio a Alfredo Correa Castaño por el delito de homicidio en la persona de Trina Guzmán de

Benjumea, puntualizando la fecha del hecho y el lugar de su ocurrencia. Pero se omitió en esa parte resolutiva mencionar de manera inequívoca el Capítulo y el Título correspondientes del Código Penal como lo determina enfáticamente el artículo 345 de la Ley 105 de 1890.

La denominación genérica del cargo que se hace a un enjuiciado debe quedar claramente precisada conforme a la nomenclatura del Código Penal, que por otra parte especifica los delitos en Títulos y subdivide esta especificación en Capítulos que concretan más el cargo, por manera que el acusado sabe entonces cómo se traba la litis, prepara sus descargos y hace su defensa.

Sin cumplir estas formalidades que la ley determina, resultaría equívoco el cargo en el enjuiciamiento, y por lo mismo impreciso. La ley lo que ha querido es la imputación de un cargo claro.

Las consideraciones anteriores emanadas de las citas legales y de la confrontación de la parte resolutiva del auto de proceder, parte visible al folio 86 del cuaderno primero, llevan a concluír que la causal 2ª de casación, alegada por el señor Procurador Delegado, prospera.

A mérito de lo expuesto, 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 del Tribunal Superior de Bucaramanga de fecha diez y siete (17) de marzo de mil novecientos treinta y ocho (1938), que condenó a Alfredo Correa Castaño a la pena principal de siete (7) años de presidio, como responsable de la muerte violenta de Trina Guzmán de Benjumea; **declara nulo** lo actuado a partir del auto de proceder, visible al folio 82 del cuaderno primero, providencia que lleva fecha cinco (5) de noviembre de mil novecientos treinta y siete (1937), y **ordena** reponer el procedimiento de ahí en adelante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la **Gaceta Judicial.**

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

## FALSEDAD Y ESTAFA

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

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Por los delitos de falsedad y estafa se adelantó esta causa.

Concluyó con sentencia condenatoria proferida por el Juez Segundo Superior de Pasto.

La confirmó el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial en providencia de 3 de mayo de 1938.

La pena total impuesta al reo cuyo nombre es Fernando J. Portilla fue la de 6 años, 5 meses, 10 días de presidio.

La síntesis de los hechos de esta causa se encuentra en los siguientes cuestionarios y en los veredictos correspondientes, que a la letra rezan:

"**Serie primera.** El acusado Fernando J. Portilla es responsable de haber falsificado la firma y rúbrica de Aníbal A. Córdoba, en su carácter de Fiscal del H. Tribunal Superior, tratando de imitar sus signos caligráficos en el reverso del cheque número 98, de la chequera 1161, de 2 de diciembre de 1935, girado por la Administración de Hacienda Nacional, a cargo del Banco de Colombia, Sucursal de Pasto, y a favor del citado señor Córdoba, por la suma de cuatro pesos ($ 4,00), y de haber alterado los guarismos y las palabras en el citado cheque, hecho acaecido en esta ciudad entre el 2 y el 3 de diciembre de 1935? (fs. 4, cuaderno 1º). Sí.

"**Serie segunda.** El acusado Fernando J. Portilla es responsable de haber estafado al Banco de Colombia, Sucursal de Pasto, la suma de ciento treinta y seis pesos ($ 136.00), por medio del cheque número 98, de la chequera 1161, de 2 de diciembre de 1935, girada por la Administración de Hacienda Nacional, a favor de Aníbal A. Córdoba, en su carácter de Fiscal del H. Tribunal Superior y a cargo del Banco de Colombia, por la suma de cuatro pesos ($ 4,00), cheque en el cual se sustituyó la palabra **cuatro** por la de **ciento cuarenta**, lo mismo que el guarismo o número "4", por el de "140", hecho ocurrido en esta ciudad el 3 de diciembre de 1935? (fs. 4, cuaderno 1º). Sí.

"**Serie tercera.** El acusado Fernando J. Portilla es responsable de haber redactado la nota de primero de enero de mil novecientos treinta y seis, que figura a fs. 73 del cuaderno 1º, y haber extendido los cheques números 3 y 4 de la chequera 3310, que aparecen a fs. 79 y 80 del mismo cuaderno, y de haber falsificado la firma y rúbrica de Aníbal A. Córdoba en la nota y cheques, ya indicados, en los cuales trató de imitar sus signos caligráficos, cheques que aparecen girados por el citado señor Córdoba a favor de Samuel Peña Q., por la suma de ciento sesenta pesos ($ 160.00) y de Arsenio Benavides, por la suma de ciento cincuenta pesos ($ 150.00), respectivamente, ambos a cargo del Banco de Colombia, Sucursal de Pasto, hecho acaecido en esta ciudad el 4 de enero de 1936? (fs. 73, 79 y 80 del cuaderno 1º). Sí, excepto en la responsabilidad de la persona que redactó la carta del doctor Córdoba al Banco.

"**Serie cuarta.** El acusado Fernando J. Portilla es responsable de haber estafado a Carlos R. Narváez en la suma de trescientos diez pesos ($ 310.00), por medio de los cheques números 3 y 4, de la chequera 3310, expedidos el 10 de enero de 1936, y que aparecen girados por Aníbal A. Córdoba, contra el Banco de Colombia y a favor de Samuel Peña Q. y Arsenio Benavides, por las sumas de ciento sesenta y ciento cincuenta pesos, respectivamente, hecho ocurrido en esta ciudad el 4 de enero de 1936? (fs. 73, 79 y 80, cuaderno 1º). Sí."

El defensor del reo Portilla considera vulnerable el fallo del Tribunal de Pasto.

Interpuso por lo tanto recurso de casación, que le fue concedido.

Invocó entonces estas causales: violación de la ley penal; error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito; incongruencia del fallo definitivo con los cargos formulados en el auto de proceder.

Son, pues, estos los motivos que contemplan, respectivamente, los numerales 1º, 3º y 4º del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

En alegato presentado ante la Corte, el reo Portilla sustenta estas causales: la 3ª: error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito; la 2º: nulidad sustancial en el procedimiento; la 4ª: desacuerdo entre la sentencia y los cargos formulados, y, por último, la de veredicto contradictorio, o sea, la 6ª de las causales legales.

La demanda contra la sentencia versa sobre los puntos concretados en el alegato de fundamento, porque son los sustentados.

El señor Procurador Delegado en lo Penal conceptúa que debe invalidarse el fallo recurrido con base en la causal 3ª, por cuanto el delito de falsedad en el cheque que aparece al folio 4 del cuaderno principal no existe, y que para los demás cargos debe mantenerse en firme el fallo.

Es, pues, una casación parcial la que solicita el señor Procurador Delegado.

Para resolver, se considera:

Son varios los cargos contra Portilla:

Estos cargos son:

Falsificación de la firma y rúbrica de Aníbal A. Córdoba al respaldo del cheque número 98 que figura al folio 4 del cuaderno principal, imitando la rúbrica de Aníbal A. Córdoba y alteración de los guarismos y palabras del mismo cheque, girado por cuatro pesos y que aparece por ciento cuarenta pesos, y estafa al Banco de Colombia, Sucursal de Pasto, por la suma de $ 136.00, por medio de ese cheque.

Facción de la nota que aparece al folio 73 del cuaderno primero, con falsificación de la firma de Aníbal Córdoba en esa nota y en los cheques números 3 y 4 por $ 150.00 y $ 160.00 a cargo del Banco de Colombia.

Y finalmente estafa a Carlos R. Narváez por la suma de $ 310.00, por medio de los cheques 3 y 4 antecitados, que aparecen girados por Aníbal Córdoba contra el Banco de Colombia y a favor de Samuel Peña Q. y Arsenio Benavides, por las sumas que rezan esos cheques.

En concepto de la Corte no hay lugar ni a la casación total ni a la casación parcial.

El cuerpo del delito, o sea, la falsedad de los documentos, materia del proceso, ya por la imitación de las firmas, ya por el intercalamiento de palabras que adulteraron el contenido o adulteraron los nombres de los beneficiarios, está suficientemente acreditado en todos esos documentos. Y no cabe duda respecto de este hecho.

El argumento del señor Procurador Delegado, que versa sobre la adulteración del cheque número 98 del folio 4, serie 1161 y que sintetiza expresando que la imitación es inepta y por tanto la falsificación inexistente, no es aceptable, porque de un lado la alteración de los guarismos del cheque para que produjera sus efectos, no necesitaba hacerse en forma de imitación, y de otro, la firma de Aníbal A. Córdoba, al respaldo del cheque, escritura que era indispensable para hacer efectivo el documento librado a favor de Córdoba, sí está imitada y no de manera burda, sino con bastante perfección.

Descartada la causal 3ª por lo antedicho, no prospera tampoco la de veredicto contradictorio.

En efecto: ésta estriba en que la respuesta del cuestionario tercero expresa que el acusado es responsable de la falsedad de los cheques a que hace referencia ese cuestionario, y de la firma del documento o nota suscrito por Aníbal Córdoba y dirigida al Banco de Colombia, visible al folio 73, pero agrega dicha respuesta del Jurado que la responsabilidad del sindicado no se extiende a la redacción del documento.

No se descubre contradicción en esta respuesta explicativa porque ella se refirió a dos hechos: el de la falsedad caligráfica en firmas y contenido en dos cheques y en dos documentos, y el Jurado respondió que cheques y documentos falsos eran cargables al reo, pero excepcionó la redacción del documento. La redacción pudo ser hecha por otra persona, como pudo pareciarlo el Ju-

rado, pero eso no contradice la esencia misma de la falsificación y del medio como se valió para la estafa el reo, pues lo esencial constituye un solo acto que ejecutó el mismo reo, o sea, la falsificación de las firmas y la adulteración de los cheques. Era un medio para cobrar los cheques.

Tampoco prospera la causal 4ª, pues dada la naturaleza de los veredictos, no hay inconformidad entre la sentencia y los cargos formulados. Los cargos fueron de falsedad y estafa, y la sentencia, de acuerdo con los veredictos, basándose en ellos, condenó al acusado.

Tampoco hay mala aplicación de la ley, y no prospera la primera causal, puesto que la sentencia recurrida aplicó las sanciones correspondientese a los cargos mismos, de acuerdo con las prescripciones penales.

Tampoco hay nulidad sustancial en el procedimiento que afecte la sentencia.

Alega el recurrente que él era diputado suplente; que por tanto no era el Juzgado Superior el competente para conocer del negocio. Había incompetencia de jurisdicción..

No está acreditada la irregularidad alegada.

---

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, 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 invalidar, y **no invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, de fecha 3 de mayo de 1938, que condenó a Fernando J. Portilla a la pena principal de 6 años, 5 meses, 10 días de presidio, por varios delitos de falsedad y estafa.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la **Gaceta Judicial.**

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

# SALA DE NEGOCIOS GENERALES

## APLICACION E INTERPRETACION DE LA LEY 200 DE 1936, SOBRE REGIMEN DE TIERRAS

Contra la presunción de ser baldíos los predios rústicos no poseídos económicamente, que establece el artículo 2º de la ley 200 de 1936, autoriza el 3º a que se acredite la propiedad privada, y se desvirtúe dicha presunción, por uno de estos medios: 1ª Los títulos inscritos, anteriores a la ley 200, en que consten tradiciones de dominio entre particulares por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria; 2º El título originario expedido por el Estado, que no haya perdido su eficacia legal. Acredita atmbién dominio, según lo establece el artículo 4º, el título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

La posesión inscrita, de títulos entre particulares, es eficaz para trasladar el dominio del Estado al particular cuando se exhiben títulos anteriores a la ley 200 que demuestren tradiciones durante el lapso requerido. Los títulos inscritos se hallan provistos, frente al Estado, de una fuerza probatoria que no tenían antes de la ley 200 de 1936. Ellos son, además, no sólo un medio nuevo de prueba del dominio particular, sino que al propio tiempo constituyen o crean el dominio privado, ya que éste no existía, en relación con el Estado, por no haberse desprendido antes de sus tierras baldías. Los títulos inscritos son bastantes, por sí solos, para demostrar propiedad territorial superficiaria, sin que sea necesario establecer que el terreno respectivo salió del poder del Estado.

Expresa el artículo 3º que los títulos inscritos han de comprender un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Importa determinar si este término es el de 30 años que se indicó en el proyecto de ley, o el de 20 a que se redujo la prescripción extraordinaria en la ley 50 de 1936. Se ha pensado, sin suficiente fundamento que tal término es de 30 años, por considerarse que el artículo consagra una prescripción. Pero él no es, en modo alguno, un estatuto de prescripción. Esta se basa en el hecho de la posesión material, y el artículo 3º se refiere a la posesión inscrita. Falta un elemento constitutivo esencial de la prescripción. Y como ésta no existe, no puede deducirse la consecuencia que se pretende con base en la prescripción. Al decir hoy la ley 200 que las tradiciones de dominio deben comprender un término no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, ha de entenderse que alude a la que actualmente se halla establecida y para la cual se fija el lapso de 20 años.

La jurisprudencia de 1926 puso de presente cómo el Estado, aunque intervenga como actor, se halla libre de la carga de la prueba, pero no determinó en qué consiste dicha prueba, o sea, por qué medios ha de acreditarse la propiedad privada. La jurisprudencia de 1934 exige acreditar que el bien de que se trata salió del patrimonio nacional y que el reclamante es el actual dueño, y que lo primero debe comprobarse con la exhibición del título originario. La Corte afirma en este fallo que puede válidamente demostrarse la existencia del dominio territorial superficiario con sólo aducirse títulos inscritos, otorgados entre particulares antes de la ley 200, en que consten tradiciones de dominio por un lapso de 20 años.

Hay mucha analogía entre el título emanado del Estado y el anterior al 11 de octubre de 1821, en lo que se refiere a la prueba de la existencia de la propiedad territorial, pues sus efectos son idénticos respecto a la comprobación del dominio y a sus resultados frente a los derechos de los colonos. El título originario ha de ser no solamente el documento que consagra la merced, venta, composición o adjudicación de las tierras, sino, en general, el hecho jurídico que conforme a la legislación española o a la de la República ha dado origen al dominio privado de tierras realengas y baldías.

El título originario, posterior o anterior a 1821, realiza la prueba de la propiedad privada, para los fines del artículo 4º de la ley 200. El título traslaticio de dominio, anterior a 1821, otorgado entre particulares, forma también la prueba exigida en el citado artículo 4º. Si transcurrieron los cuatro años señalados para el registro de las propiedades rurales, sin el lleno de esa formalidad por los propietarios, ello no los afecta, ya que la ley dejó a cargo del Gobierno la obligación de cumplirla.

La ley 200 de 1936, al decir que puede acreditarse la propiedad con la exhibición de un título anterior al 11 de octubre de 1821, ha hecho de dicha ley una interpretación con autoridad. En efecto, los artículos 13 y 14 de la de 1821 reconocen el dominio particular de las tierras adquiridas antes por compras sucesivas u otros títulos, con sólo el registro respectivo, y aun sin éste, en los casos en que por no hacerlo los dueños, quedaba esa obligación de cargo del Gobierno. Las otras tierras, las que fueron adquiridas

**por merced o composición, quedaron expuestas a ser reincorporadas al dominio de la República; no así las emanadas de ventas sucesivas u otros títulos. Luego el legislador de 1821 tuvo como buena y válida la propiedad particular que no tuviese origen en mercedes y composiciones. Por lo cual el de 1936 no hace otra cosa, al reconocerles validez a los títulos traslaticios otorgados con anterioridad al 11 de octubre de 1821, que reconocer los hechos cumplidos antes de aquel año e interpretar dicha ley. Los títulos traslaticios anteriores a 1821 han de entenderse hoy, por tanto, en el sentido de que si por virtud de ellos el Estado no se desprendió de las tierras a que se refieren, pues los tales instrumentos corrían entre particulares, sí estimó, según lo previsto en el artículo 14, que esos títulos eran válidos y debían respetarse.**

**Las disposiciones comentadas de la ley 200 que consagran el reconocimiento y la renuncia del Estado tocantes con las tierras baldías, obran, como se ha dicho, desde la vigencia de la ley y operan, por lo mismo, con la plenitud de sus efectos, en los juicios que se adelantaban entre la Nación y los particulares cuando la ley se expidió.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios generlaes. — Bogotá, marzo trece de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá propuso demanda, a nombre de la Nación, el Fiscal 2º para que con audiencia de la Sociedad denominada "Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A." y previos los trámites de un juicio ordinario, se hagan estas declaraciones:

"Primera. Que pertenece a la Nación, con el carácter de baldío, por no haber salido del patrimonio del Estado, en ninguna de las formas determinadas por la legislación española durante el régimen colonial, ni por las leyes administrativas de la República, el globo de terreno situado en los municipios de Bogotá, Usme y Pandi, del Departamento de Cundinamarca, comprendido dentro de los siguientes linderos:

'Del mojón B. situado en la cuchilla que baja de Buenosaires en dirección Norte-Sur, toda la cuchilla abajo, hasta dar a una piedra que está errada, lindando con Portezuelas; de esta piedra línea recta al río Santa Rosa; éste aguas abajo hasta su confluencia con el río del Chochal, lindando con Laguna Verde; estos dos ríos, que ya toman el nombre de río Blanco, aguas abajo hasta la desembocadura de la quebrada de Las Animas frente a la vega de Guarumal; quebrada de Las Animas agua arriba, hasta donde se le reúne su segundo brazo oriental; este brazo oriental aguas arriba, hasta dar con los lindes del páramo del Nevado y volviendo por estos deslindes a buscar la quebrada del Ramal, lindando con el terreno de río Blanco; de aquí, línea recta, a dar a un peñón alto y redondo que se halla al oriente del denominado El Sitial o Nevada; de este peñón alto y redondo línea recta a la desembocadura de la quebrada Humad, ésta en el río Nevado; esta quebrada aguas arriba a su nacimiento; de aquí línea recta a la cordillera de Gramotal o Gramalote, y siguiendo al sur por el pie oriental de esta cordillera, hasta el río Duda; de este punto siguiendo la orilla derecha de este río, aguas arriba, por donde iba el antiguo camino de los quineros y pasando por Mata de Chusque a dar a la boca del monte de las Oseras, lindando con terrenos de la antigua Compañía de Colombia y de don Carlos Bonitto; de aquí por la falda occidental de la cordillera, hasta el punto denominado Nudo o Cielorroto; de este punto, por la cima de la misma cordillera hasta la quebrada de Ariari; de aquí, por la cima de la cordillera que domina el río Sumapaz, hasta el extremo de visual que divide las haciendas de Doa y Sumapaz; río Sumapaz agua arriba hasta donde se le reúne el río Piiar; éste último aguas arriba y comprendiendo la cueva de San Antonio, hasta ponerse en línea recta con la Media Naranja, lindando con tierras de El Pilar; de la cuchilla o peña de la Media Naranja al nacimiento de la quebrada de este nombre llamada también Taquecito; de aquí a la peña alta de Jomoma o los Huecos a dar a una piedra marcada que está situada en los Romerales de Taquecito; de este punto a dar a la senda de Juan Viejo, deslindando por este costado con tierras que fueron de Gaspar Torres; de esta senda, deslindando con los resguardos de Pasca, a encontrar el mojón I, y de éste, línea recta al Mojón B, que es la divisoria entre las

haciendas de El Hato y de los lotes denominados Santa Rosa, de esta sucesión, y a que se refiere la escritura de transacción número 955 de 28 de mayo de 1925, de la Notaría 3ª de Bogotá.'

Segunda. Que, como consecuencia de la declaración anterior, las personas que ocupan con cultivos, desmontes, casas de habitación o ganados, parte del terreno alinderado en el punto anterior, tienen el carácter de colonos y ocupantes de terrenos baldíos y los derechos correlativos a esa calidad, de acuerdo con las leyes administrativas, a las cuales deben someterse en forma absoluta.

Tercera. Que la Sociedad "Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A." no tiene derecho de dominio sobre el terreno alinderado en la primera petición de esta demanda, por no haberlo adquirido, directa, ni indirectamente por medio de sus causantes, en ninguna de las formas previstas por la legislación española durante el régimen colonial del país, o por las leyes administrativas de la República.

En el caso improbable de que no se resuelva favorablemente ninguna de las peticiones anteriores, solicito que se declare lo siguiente:

Que pertenece a la Nación con el carácter de baldío, por no haber salido del patrimonio del Estado, en ninguna de las formas determinadas por la legislación española durante el régimen colonial, ni por las leyes administrativas de la República, en favor de la Sociedad denominada o de sus causantes, la porción de terreno determinado en la primera petición de esta demanda, acerca de la cual no demuestren los demandados haber adquirido legítimamente dominio, de acuerdo con las citadas leyes administrativas, y que, en consecuencia, las personas que ocupan con cultivos, desmontes, casas de habitación, o con ganados, partes del terreno sobre el cual recaiga esta declaración, tienen el carácter de colonos y ocupantes de terrenos baldíos y los derechos correlativos a esa calidad, de acuerdo con las leyes administrativas, a las cuales deben someterse en forma absoluta.

Cuarta. Que son nulos por objeto ilícito los contratos que constan en las escrituras citadas en los hechos fundamento de la demanda.

Quinta. Que los contratos que consten en las escrituras a que se refiere la petición anterior no trasmitieron dominio sobre los predios que alinderan, ni a la Sociedad demandada ni a sus causahabientes, y los registros de estos títulos deben cancelarse en cuanto se refieren a la trasmisión del dominio de los terrenos alinderados en la petición primera.

Sexta. Que la merced de seis estancias hecha a Francisco Contreras en el año de 1789 comprende una extensión que expresada en hectáreas abarca una área de 1341 hectáreas, 9632 metros cuadrados".

Como hechos se exponen los siguientes en el libelo:

"Primero. Que la Sociedad de Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A. fue constituída por escritura pública número 1061 otorgada en la notaría 4ª de Bogotá el día 1º de julio de 1927, y su actual representante es el señor Wenceslao Pizano Valenzuela, según certificado que adjunto.

Segundo. El terreno sobre el cual pretende dominio la sociedad de Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A., está determinado en los títulos que invoca, por los siguientes linderos, según consta en la escritura número 712 otorgada el 16 de marzo de 1929, en la notaría 4ª, sobre protocolización del juicio de sucesión del señor Juan Francisco Pardo Roche: (aquí se trascriben los mismos linderos indicados para la primera de las declaraciones que se piden en la demanda).

Tercero. La sociedad Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A., adquirió el tereno por adjudicación que se le hizo en el juicio de Juan Francisco Pardo Roche y es actualmente poseedora inscrita de él.

Cuarto. Parte de esos terrenos los adquirió Juan Francisco Pardo Roche( causante de la sociedad, por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión del señor Félix María Pardo Roche, según título registrado el 8 de mayo de 1905 (escritura número 395 de 18 de marzo de 1905, de la Notaría 4ª de Bogotá).

Quinto. Félix María Pardo Roche adquirió la porción de terreno a que se refiere el

hecho anterior, por compra a Francisco Escallón Gómez, según escritura número 280 de 16 de marzo de 1894, otorgada ante el notario 1º de Bogotá.

Sexto. Francisco Escallón Gómez adquirió por compra a Martiniano Sánchez, según contratos que constan en las escrituras números 716 de 14 de mayo de 1891 y 878 de 13 de junio de 1892, otorgadas en la notaría 2ª de esta ciudad.

Séptimo. Martiniano Sánchez adquirió por compra a Francisco Escallón Gómez, según contrato consignado en la escritura número 708 de 25 de mayo de 1888, otorgada ante el notario 2º de esta ciudad.

Octavo. Francisco Escallón Gómez adquirió una parte de esos terrenos por compra a Ramón González Ordóñez, según contrato consignado en la escritura número 680 de 9 de julio de 1887, otorgada ante el notario 3º de esta ciudad, y por otra parte por adjudicación en el remate efectuado en el juicio de concurso de acreedores seguido contra Lino y Teodoro Quijano y Parra & Quijano, ante el Juzgado 3º del Circuito de Bogotá, remate que fue aprobado y registrado.

Noveno. Aquilino Quijano adquirió por compra a Diego Rivas, según contratos que constan en escrituras números 1032 de 21 de octubre de 1857 y 1048 de 2 de octubre de 1856, otorgadas ambas en la notaría 1ª de esta ciudad.

Décimo. Diego Rivas adquirió parte de esos terrenos por compra al albacea y cónyuge sobreviviente de Menandro Valenzuela, señora Florentina Pieschacón, según contrato que aparece en la escritura número 760 otorgada el 28 de junio de 1855 en la notaría 1ª de esta ciudad; y parte por contrato celebrado con Luis Umaña, que aparece en la escritura de fecha 10 de diciembre de 1852 otorgada en la notaría 3ª de Bogotá, bajo el número....

Undécimo. Luis Umaña adquirió por compra al señor Cristóbal Umaña, según escritura otorgada el 24 de octubre de 1845 en la notaría 3ª de Bogotá.

Duodécimo. Cristóbal Umaña adquirió por compra a José María Plata, según contrato que consta en la escritura otorgada el 14 de marzo de 1842 ante el notario 3º de Bogotá.

Décimotercero. José María Plata adquirió según contrato otorgado ante el Escribano Manuel Mendoza con fecha 18 de octubre de 1841.

Décimocuarto. Menandro Valenzuela adquirió por compra al señor Sinforoso Calvo, según contrato que aparece en la escritura otorgada el 18 de agosto de 1851 y que se halla protocolizada en la notaría 3ª de esta ciudad, bajo el número....

Décimoquinto. Sinforoso Calvo adquirió por compra al señor José María Plata, según contrato consignado en la escritura otorgada el 21 de abril de 1846, protocolizada en la notaría 3ª de Bogotá.

Décimosexto. José María Plata adquirió según contrato que aparece en la escritura otorgada el 18 de octubre de 1841.

Décimoséptimo. Los linderos de los terrenos cuyo dominio se dijo trasmitir en los diversos instrumentos a que se ha hecho referencia en los hechos anteriores, son de una vaguedad e indeterminación tan grandes, que no sirven para particularizar el inmueble que se dijo trasmitir.

Décimooctavo. Los linderos expresados en los títulos, en algunas ocasiones no cierran polígonos; y se observa en lo general que a partir del instrumento otorgado en el año de 1841, los linderos expresados en las escrituras posteriores se refieren a extensiones territoriales cada vez mayores, hasta llegar a la que hoy hace figurar en sus títulos la sociedad demandada;

Décimonono. Ni la Nación ni el Gobierno a nombre de ella, ha transferido el dominio de los terrenos a que se refiere esta demanda, ni a la sociedad demandada, hijos de Juan Francisco Pardo Roche S. A., ni a ninguno de sus causantes.

Vigésimo. Existe prueba solamente de que la Nación hizo merced a Francisco Contreras, en el año de 1789, de seis estancias de ganado mayor ubicadas dentro de un globo general, cuyos linderos se expresan en el título con suma vaguedad. En el título por el cual se hizo la merced se impuso como condición para que fuera definitiva, que los terrenos se poblaran y cultivaran en el término de dos años, requisito que no aparece cumplido.

Vigésimo primero. No hay prueba de que la sociedad Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A. sea causahabiente legítima de los derechos que pudieron haberse otorgado a Francisco Contreras.

Vigésimo segundo. Aunque en los mismos títulos antiguos se hace referencia a mercedes otorgadas al señor Felipe de la Maza (ocho estancias) y a los señores Luis y José Caycedo, en una extensión que no se ha podido determinar, es lo cierto que respecto de la realidad de esas mercedes no hay comprobante auténtico, ya que las declaraciones en que se hace referencia a ellas, provienen de individuos interesados y constan en títulos que no tenían por fin establecerlas.

Vigésimo tercero. No hay prueba de que en el caso de haberse otorgado esas mercedes (la de Felipe de la Maza y la de Luis y José Caycedo), la sociedad demandada, Hijos de Juan Francisco Pardo Roche S. A., sea la sucesora legítima de los primitivos adjudicatarios.

Vigésimo cuarto. En todo caso, las extennes territoriales comprendidas en las mercedes de que hablan los cuatro últimos hechos, en el supuesto de que existieron, y de que la sociedad demandada sea causahabiente legítima de los primitivos adjudicatarios, abarcan un perímetro territorial muy inferior a la extensión que actualmente reclama la sociedad Hijos de Juan Francisco Pardo Roche S. A."

En derecho se fundó la demanda en lo dispuesto en los artículos 4º y 202 de la Constitución Nacional, 669 y siguientes del Código Judicial, 44 del Código Fiscal y sus concordantes que hayan estado o estén en vigencia, en virtud de los cuales son baldíos los terrenos situados dentro del territorio nacional que carecen de otro dueño, y en la presunción que implícitamente establecen a favor de la Nación estos preceptos, en cuanto la negación de dominio privado que hace la Nación en un juicio como el presente, implica una negación indefinida que no puede ser objeto de prueba, y la afirmación contraria que pueden hacer los demandados implica la atestación de un hecho concreto que debe ser demostrado en el curso del juicio. Y para sustentar este fundamento alude el libelo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia contenida en sentencia de 15 de abril de 1926, Jurisprudencia, Tomo III, número 357, que trascribe así: "Tratándose de un juicio entre la Nación y un particular en el cual se disputa la propiedad de un terreno que la Nación alega pertenecerle como baldío, si el particular no demuestra el dominio, el litigio debe fallarse en favor de aquélla. La aseveración que hace el Estado de ser baldío un terreno, entraña una negación indefinida, o sea la de no haber salido de su patrimonio, la cual, según los principios sobre pruebas, debe destruírse con la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el dominio por quien se pretende dueño. Aquí la Nación tiene a su favor la presunción de dominio, y auncuando intervenga como actor en el juicio, está dispensada del peso de la prueba."

**Litis contestación**

El traslado de la demanda del señor Fiscal lo descorrió la sociedad por medio de apoderado especial. Este aceptó íntegramente algunos de los hechos trascritos, calificó otros y negó los demás. En lo que al derecho atañe planteó así la posición de sus poderdantes en el debate:

"Me opongo a que se hagan todas y cada una de las declaraciones, principales y subsidiarias a que se refieren los puntos petitorios de la demanda.

Niego el derecho y la causa o razón de la demanda.

Alego como acción (sic) y como excepción la prescripción ordinaria y extraordinaria, en favor de mis mandantes".

**Desistimiento**

Durante la secuela de la primera instancia el señor Agente del Ministerio Público, previamente autorizado por medio de Resolución Ejecutiva, desistió parcialmente del pleito, en nombre de la Nación. Al hacerlo manifestó que el desistimiento se refería al lote comprendido dentro de los siguientes linderos:

"Desde la desembocadura de la quebrada de los Cáquezas en el río Chochal, se sigue esta quebrada de los Cáquezas aguas arriba hasta su nacimiento más oriental; desde este punto, línea recta, a dar a un peñón alto y redondo que se halla al oriente del sitio denominado El Sitial o Nevado; de este peñón alto y redondo a la desembocadura de la quebrada Humadeita en el río Nevado; esta quebrada aguas arriba a su nacimiento; de aquí, línea recta, a la cordillera de Gramotal o Gramalote, y siguiendo al sur por el pie de esa cordillera hasta el río Duda; de este punto, siguiendo la orilla derecha de este río, aguas arriba por donde iba el antiguo camino de los Quineros y pasando por Mata de Chusque, a dar a la boca del monte de las Oseras, lindando con terrenos de la antigua Compañía de Colombia y de Juan Carlos Bonitto; de aquí, por la falda occidental de la cordillera, hasta el punto denominado Nudo o Cielorroto; de este punto, por la cima de la misma cordillera, hasta la quebrada de Ariare o Ariari; de aquí, por la cima de la cordillera que domina el río Sumapaz, hasta el extremo de la visual que divide las haciendas de Doa y Sumapaz; de aquí al mojón que se halla en la margen izquierda del río Sumapaz; éste, aguas arriba, hasta donde se le reúne el río Pilar; este último, aguas arriba, hasta la desembocadura de la quebrada de San Antonio en el río Pilar; se sigue por esta quebrada, aguas arriba, hasta su nacimiento en una laguna; de aquí, línea recta, a dar a la laguna de Anda-bobos; de este punto, cortando la cordillera alta que domina dicha laguna, línea recta a encontrar el paso del Chochal en el río del mismo nombre; siguiendo este río, aguas abajo, hasta su confluencia con la quebrada de los Cáquezas, punto de partida".

El funcionario dicho agregó que el juicio debía continuar con relación al resto del globo general objeto de la demanda.

El memorial de desistimiento fue además suscrito, en señal de aceptación, por el apoderado en el juicio de la parte demandada.

El Tribunal, en auto autorizado por el respectivo Magistrado sustanciador, declaró admitir "el desistimiento parcial de la acción a que se refiere el anterior memorial, con la limitación que allí se determina".

### Fallo de primera instancia

El fallo del Tribunal, fechado el día 11 de junio de 1937, termina así:

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

Primero. Declárase que pertenece a la Nación en el carácter de baldío, el globo de terreno ubicado en los municipios de Bogotá, Usme y Pandi, Departamento de Cundinamarca, y comprendido dentro de los siguientes linderos: —aquí se reproducen los linderos indicados para la primera de las declaraciones que se piden en la demanda, y se agrega—: con excepción del terreno llamado Santa Rosa, materia del desistimiento presentado y cuyos linderos son: —aquí se insertan los linderos consignados en el memorial de desistimiento presentado por ambas partes al Tribunal—.

Segundo. Niégase la petición tercera del libelo.

Tercero. No es el caso de hacer las declaraciones pedidas en los puntos segundo, cuarto, quinto y sexto de la anterior demanda; y

Cuarto. No se hace condenación en costas.

### La segunda instancia

El Agente del Ministerio Público y el personero de la sociedad demandada apelaron de la sentencia, y concedido el recurso, el asunto recibió en la Corte la tramitación correspondiente hasta ponerlo en estado de proferir el fallo que decida de la apelación.

### El lote de terreno materia actual del pleito

El presente juicio se inició para que se declare que pertenece a la Nación, con el carácter de baldío, un extenso globo de tierras situado en los municipios de Bogotá, Usme y Pandi, del Departamento de Cundinamarca. Posteriormente el Gobierno Nacional y los demandados celebraron un con-

trato en virtud del cual estos últimos declaran que venden a aquélla los derechos que tengan sobre una gran parte del lote a que la demanda se refirió, se reservan como de su propiedad, reconocida así en el convenio, dos lotes llamados Sumapaz y Púnchica, dentro de la alinderación general, y respecto de los lotes conocidos con los nombres de Santa Rosa no hubo acuerdo y quedó a la decisión del órgano judicial el fallo sobre la propiedad de esas tierras. La Nación desistió parcialmente del pleito, respecto de lo que fue objeto de la venta al Gobierno y de los lotes que se reservó la compañía, y el juicio siguió, limitado a los lotes de Santa Rosa.

En la parte resolutiva del fallo del Tribunal se incurre en el error de decirse que se declara que pertenece a la Nación con el carácter de baldío el globo de tierras alinderado en la demanda, "con excepción del terreno llamado Santa Rosa, materia del desistimiento presentado". El lote de Santa Rosa no fue objeto del desistimiento, pues éste se refirió a otros terrenos, como ya se ha visto.

A fin de precisar las tierras que son materia del presente pleito, conviene determinar los demás lotes de que se ha tratado, y establecer en consecuencia estas alinderaciones: la del lote general a que se refirió la demanda, la del que fue objeto del desistimiento, la de los que se reservó como de su propiedad la compañía demandada, y la de los lotes denominados Santa Rosa.

**Globo general a que se refirió la demanda**

Los linderos globales señalados en la demanda son los de la escritura 712 de 16 de marzo de 1929, notaría 4ª de Bogotá, de protocolización del juicio sucesorio de Juan Francisco Pardo Roche, en el cual se adjudican dichas tierras a la sociedad "Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A." Allí se lee: "a esta sociedad, representante en su calidad de cesionaria de todos los derechos y acciones de los herederos del causante, le corresponde la suma de cuatrocientos cuarenta y seis mil pesos quinientos setenta y tres pesos y cuarenta y seis centavos ($ 446,573.46), y para cubírsela se le adjudican en pleno dominio y posesión los siguientes bienes: a) Los lotes de terreno denominados Santa Rosa, San Juan, Sumapaz, El Nevado (o hacienda de Santa Bárbara), y el de Santa Rosa (que fue de Celso María Torres), lotes que forman hoy un sólo cuerpo de extensión superficiaria continua, conocido con el nombre de 'Hacienda de Sumapaz', situada en los municipios de Bogotá y Pandi y comprendidos dentro de estos linderos generales: —los mismos que figuran en la primera petición de la demanda"—. (Folios 5 v., 6 y 6 v., cuaderno número 4).

**Lote materia del desistimiento**

En la escritura número 2875, de 31 de octubre de 1934, notaría 4ª de Bogotá, que contiene el contrato celebrado entre la Nación y la sociedad demandada, se declara: ".....Cuarto. La historia de la presente negociación es como sigue: A) La sociedad vendedora alega tener dominio sobre el globo de terreno denominado hacienda de Sumapaz, ubicada, según los títulos, en los municipios de Bogotá y Pandi del Departamento de Cundinamarca, globo general que está dividido hoy en tres lotes denominados Sumapaz, San Juan y el Nevado, todos los cuales se hallan comprendidos dentro de los siguientes linderos generales, según la escritura de constitución de la sociedad y la demanda presentada por la Nación de que luégo se hablará (exceptuados los lotes de Santa Rosa): 'Desde la desembocadura de la quebrada de los Cáquezas en el río Chochal, se sigue la quebrada de los Cáquezas aguas arriba hasta su nacimiento más oriental; de este punto, línea recta a dar a un peñón alto y redondo que se halla al oriente del sitio denominado El Sitial o Nevado; de este peñón alto y redondo, a la desembocadura de la quebrada Humadeita en el río Nevado, esta quebrada arriba, a su nacimiento; de aquí, línea recta a la cordillera de Gramotal o Gramalote y siguiendo al sur por el pie oriental de esta cordillera hasta el río Duda; de este punto siguiendo la orilla derecha de este río, aguas arriba, por donde iba el antiguo camino de los Quineros y pasando por Mata de Chus-

que a dar a la boca del monte de las Oseras, lindando con terrenos de la antigua Compañía de Colombia y de Juan Carlos Bonitto; de aquí por la falda occidental de la cordillera hasta el punto denominado Nudo o Cielorroto; de este punto por la cima de la misma cordillera hasta la quebrada de Ariare o Ariari; de aquí por la cima de la cordillera que domina el río Sumapaz, hasta el extremo de la visual que divide las haciendas de Doa y Sumapaz; de aquí al mojón que se halla en la margen izquierda del río Sumapaz, éste aguas arriba hasta donde se le reúne el río Pilar; este último aguas arriba hasta la desembocadura de la quebrada de San Antonio en el río Pilar; se sigue por esta quebrada aguas arriba hasta su nacimiento en una laguna; de aquí en línea recta a dar a la laguna de Andabobos; de este punto cortando la cordillera alta que domina dicha laguna, línea recta a encontrar el paso del Chochal en el río del mismo nomrbre; siguiendo este río aguas abajo hasta su confluencia con la quebrada de los Cáquezas, punto de partida' ". Y luégo, en la misma escritura, se lee: "9ª La Nación en cuanto al terreno alinderado en el ordinal cuarto letra a) desistirá del pleito que contra la sociedad vendedora ha promovido el Fiscal 2º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, tan pronto como sea firmada la escritura pública por medio de la cual se perfeccione la presente promesa de venta, puesto que queda entonces sin objeto dicho litigio".

La alinderación de las tierras a las cuales debía referirse y se refirió el desistimiento es, pues, la que acaba de copiarse, y ellas se denominan Sumapaz, San Juan y El Nevado.

**Lotes que se reservó como suyos la sociedad**

Asímismo se dijo en el contrato mencionado: "1ª La sociedad vendedora se obliga a traspasar a la Nación, a título de venta, todos los derechos y acciones, inclusive el derecho de dominio que ella tenga sobre el globo general determinado y delimitado en el ordinal cuarto de este documento, letra A), incluyendo también expresamente los derechos y acciones que la sociedad vendedora pueda tener entre los antiguos arrendatarios de la hacienda o contra los ocupantes actuales de los terrenos a que se refiere esta promesa de venta, con excepción solamente de los que radican sobre los lotes especificados en la cláusula siguiente. La sociedad vendedora transferirá, además, a la Nación todos los derechos que por cualquier título tenga sobre la zona comprendida dentro del triángulo formado por el río Pilar y las quebradas Cortaderales y San Antonio, advirtiendo que nunca ha estado ni está en posesión de dicha zona. Esta zona está comprendida dentro de los linderos de la demanda presentada por la Nación y también dentro de los linderos generales de la hacienda. 2ª De la promesa de venta a que se refiere la cláusula anterior, excluye expresamente la sociedad vendedora las siguientes porciones: A) La parte de los globos denominados Sumapaz y Púnchica, comprendidos dentro de los siguientes linderos: 'desde un punto situado veinte metros abajo de la estancia que fue de Honorio Vásquez, y en la cual existe una casa en construcción, línea recta al punto más alto del filo de la cordillera que domina el sitio de La Playa, se sigue el filo más alto de esta cordillera hasta llegar al punto de donde ella se desprende la serranía o cordillera de Púnchica; de aquí se toma la línea más corta para llegar al filo o cuchilla de esta cordillera o serranía, o sea la de Púnchica; de este punto se toma por la ceja o filo más alto de la cordillera o serranía de Púnchica o Cañabradal hasta llegar al sitio llamado La Casueleja; desde aquí, volviendo a la izquierda, se sigue por el filo de la cordillera más alta, pasando por el Alto de los Mortiños, hasta llegar al Alto del Rayo; de aquí se sigue por el filo más alto de la cordillera del Rayo y Pedregal hasta ponerse frente a los nacimientos de la quebrada Humadeita o hasta llegar al sitio más próximo a dichos nacimientos; la quebrada de Humadeita hasta su desembocadura en el río Nevado, este río, aguas arriba, hasta encontrar la última estribación sur de la cordilerra El Arroz, que divide las hoyas de El Arroz y Totuma, se sigue por la ceja o filo más alto de esta cordillera hasta el punto de donde se desprende o nace dicha cordillera; de aquí, línea recta al nacimiento de la quebra-

da El Salitre; esta quebrada, aguas abajo, hasta ponerse frente al alto de El Soche, donde está situado el cementerio; de aquí, línea recta a dar a una piedra grande que se marcará y que está situada cerca a la casa de Antonio Páez; de aquí, por el filo más alto de la cuchilla o pretil que domina Los Alpes, La Playa y La Unión, hasta ponerse frente al punto de partida, en el sitio más próximo a este punto y de aquí línea recta a dicho punto de partida'. B) El potrero denominado La Unión; que forma parte del lote de San Juan, con su casa de habitación y una porción de terreno adyacente a dicho potrero, hasta completar ciento cincuenta hectáreas (150). Este pequeño lote, así formado, está comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el occidente, el Río Pilar; por el sur una cerca de alambre que divide la estancia de Gregorio Molina, hasta encontrar el camino que conduce a San Juan, siguiendo por este camino arriba hasta el alto denominado Monserrate; por el oriente, volviendo a la izquierda, se sigue por el filo más alto que domina el río Pilar, hasta encontrar el mojón que se fije para cerrar por el lindero norte con una línea que terminará en el río Pilar', quedando comprendidas dentro de esta alinderación ciento cincuenta (150) hectáreas. La Nación, en virtud del presente contrato reconoce el dominio privado de la sociedad vendedora sobre los lotes a que se refiere esta cláusula y que dicha sociedad tiene en su mayor parte ocupados con ganado y bajo su posesión material".

En este acápite se ha trascrito la alinderación de los lotes denominados Sumapaz y Púnchica y del potrero La Unión, que se reservó como suyos la sociedad en el contrato con el Gobierno Nacional y que éste aceptó ser del dominio privado de aquélla.

### Los lotes de Santa Rosa, objeto actual del pleito

También se expresó en el citado contrato entre el Gobierno Nacional y la sociedad demandada lo siguiente: "La sociedad considera ser propietaria de la extensa zona que forman los cuatro globos conocidos con los nombres de Santa Rosa o Las Animas, El Nevado, San Juan y Sumapaz, según los linderos especificados en el memorial respectivo. La sociedad excluye de la propuesta el globo de Santa Rosa o Las Animas, porque, según lo afirma, pertenece en la actualidad a los señores Hernando y Juan Pardo Acevedo en virtud de la liquidación amigable que tuvo lugar entre los miembros de la sociedad, liquidación que se hizo constar en el acta número diez y siete (17) de treinta y uno (31) de marzo de mil novecientos treinta y uno (1931) y en la cual convinieron unánimemente todos los miembros de la Asamblea General de Accionistas..... En consecuencia, limitó su oferta a la zona formada por los otros tres lotes, es decir, los de El Nevado, San Juan y Sumapaz, comprendidos todos dentro de los linderos generales que se indican en la cláusula cuarta de este documento".

El globo de Santa Rosa o Las Animas, integrado por el lote de Santa Rosa adjudicado a Juan Francisco Pardo, y por el lote de Santa Rosa que fue de Celso María Torres, se halla comprendido dentro de la siguiente alinderación, según el certificado expedido por el notario 4º del Circuito de Bogotá que obra a folios 3. v. y 4 del cuaderno número 4: "Linderos de Santa Rosa.—De la laguna Chisacá, lindando con El Hato, todo su desagüe abajo, hasta la quebrada de Media Naranja, lindando por este desagüe con tierras que fueron de Mariano Bello; esta quebrada de Media Naranja arriba hasta la cuchilla de la hoya de Media Naranja, lindando con tierras del mismo Bello, siguiendo la cuchilla hacia el sureste, hasta ponerse en línea recta con el puente de piedra y paso del río Chochal, lindando con San Juan; este río abajo hasta su confluencia con el río Santa Rosa; este río arriba, hasta ponerse en línea recta frente a la piedra que está herrada en la cuchilla que deslinda con Pontezuelas; esta cuchilla arriba, hacia el norte, hasta ponerse en línea recta a la laguna de Chisacá, y de aquí a la laguna de Chisacá, punto de partida. Linderos de Santa Rosa que fue de Celso Torres. Desde la peña alta de Tamona o los Huecos a dar a una piedra marcada, situada en los Romerales de Taquecito, a dar a la senda de Juan Vie-

jo, deslindando por este costado con tierras de Gaspar Torres; de esta senda, deslindando con los Resguardos de Pasca, a dar a la piedra alta de Tembladales y de aquí a la laguna de Chisacá; y de ésta aguas abajo, a dar a la quebrada de Coloraditos, deslindando con terrenos de la hacienda de El Hato; esta quebrada abajo hasta dar a una cerca de piedra colindando con terrenos de esta misma sucesión, y ésta arriba a dar a la peña más alta de los Huecos, primer lindero".

### Declaraciones que debe contener la sentencia

Determinados los varios lotes en que se subdivide el globo general que fue materia de la demanda, pueden ya precisarse las declaraciones que han de hacerse en el presente fallo.

La sentencia del Tribunal dice (punto 1º) que pertenece a la Nación con carácter de baldío el globo de tierra a que se refirió la demanda, por los linderos fijados en ella, con excepción del terreno llamado Santa Rosa, "materia del desistimiento presentado". El desistimiento no se refirió a esos lotes, y el Tribunal, al llamar Santa Rosa el lote que quedaba fuera de la declaración de propiedad en favor de la Nación, alinderó el lote del desistimiento.

En el contrato celebrado entre la Nación y la sociedad demandada se convino en lo siguiente: 1º La compañía se reservó los lotes de Sumapaz y Púnchica y el potrero de La Unión y el Gobierno reconoció dominio privado sobre ellos; 2º En cuanto a la propiedad del lote de Santa Rosa, se dejó al Organo Judicial la definición correspondiente; 3º Sobre el área restante del mismo globo el Gobierno se obligó a desistir del pleito.

Acerca de las tierras que se reservó la sociedad demandada, no es el caso de hacer declaración alguna en el presente fallo.

Dentro del área a que se refirió el desistimiento quedó comprendida la de los lotes denominados Sumapaz, Púnchica y La Unión; lo restante pertenece a los lotes de Santa Rosa. Por tanto, hecho el desistimiento, quedó como único objeto del litigio y del pronunciamiento judicial el terreno de Santa Rosa.

La Corte ha de decidir si estos terrenos son baldíos o de propiedad particular, en todo o en parte.

### Fundamentos de la sentencia del Tribunal

Respecto a la propiedad de las tierras que son objeto del pleito, el fallo de primera instancia sostiene que es principio general el de que pertenecen a la Nación por ser baldías las tierras que estando dentro de los límites del territorio, carecen de dueño, pues así lo prescriben los artículos 675 del Código Civil y 44 de la Ley 110 de 1912, armónicos con lo que sobre presunción establece el artículo 66 del C. C., por lo cual en juicios de esta clase no corresponde a la entidad demandante acreditar que los terrenos respectivos carecen de dueño, ya que la Nación tiene la presunción legal a su favor, siendo de cargo de la parte demandada la prueba del dominio privado. Dice el fallo que aunque la sociedad demandada sostiene que las tierras les han pertenecido a sus causantes desde hace más de cincuenta años y auncuando invoca algunos títulos en su favor, sin embargo en el plenario no se presentó ninguna de esas escrituras. Y agrega: "Como el demandado alega en su favor la prescripción ordinaria y extraordinaria conviene tener en cuenta que en tratándose de baldíos existe la disposición del Código Fiscal de la Nación (artículo 61), según la cual los baldíos no pueden adquirirse por prescripción; pero se dirá que si esto es verdad, después de la expedición del Código, esta norma legal no existía antes de su vigencia (1873) y por tal razón no es viable, si no la prescripción ordinaria sí la extraordinaria. Pero no habiéndose acreditado por la parte demandada la prueba de la prescripción, es claro que debe negarse por este motivo semejante medio de defensa. En estas condiciones no puede prosperar la excepción alegada en el supuesto de que sea admisible, cuestión que en estas circunstancias es innecesario examinar".

Se basa pues la sentencia apelada en el concepto de no haberse desvirtuado la presunción de dominio en favor del Estado,

por falta de pruebas que acrediten el hecho de haberse desprendido de él la Nación, adjudicándolo a terceros, o de que éstos lo hayan ganado por medio de la prescripción, si ella fue posible legalmente.

**Adquisición por la sociedad demandada de los lotes de Santa Rosa**

En el certificado número 3761 del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, de 4 de octubre de 1937, folios 116 y siguientes del cuaderno número 5, se afirma que en la sucesión de Juan Francisco Pardo Roche, registrada el 11 de marzo de 1929, se le adjudicó a la sociedad Hijos de Juan Francisco Pardo Roche "los lotes de terrenos denominados Santa Rosa, San Juan, Sumapaz, El Nevado (o hacienda de Santa Bárbara), y el de Santa Rosa (que fue de Celso María Torres"), que forman un solo cuerpo denominado hacienda de Sumapaz, y que Juan Francisco Pardo Roche adquirió parte en la sucesión de Félix María Pardo R., protocolizada bajo el número 395 de mayo 18 de 1905, notaría 4ª de Bogotá, y parte en la sucesión de Concepción Acevedo, protocolizada con el número 860 de mayo 16 de 1923, notaría 3ª de Bogotá; que Concepción Acevedo hubo por compra a Celso María Torres, por escritura 174 de 24 de febrero de 1915, notaría de Fusagasugá, y Celso María Torres adquirió en la sucesión de José María Torres, protocolizada en la notaría 5ª de Bogotá, bajo el número 1627 de 11 de noviembre de 1902.

Refiriéndose el señor Procurador Delegado en lo Civil a los lotes de Santa Rosa, dice:

"Segundo.—El causante Juan Francisco Pardo Roche, según consta en la escritura 395 de 13 de mayo de 1905, Notaría 4ª de Bogotá, adquirió en la partición de los bienes de Félix María Pardo Roche, los lotes de Santa Rosa (que fue de Francisco Escallón Gómez), San Juan, Sumapaz y la mitad del Nevado. En esta escritura constan los linderos de la hacienda de Santa Rosa solamente. Tercero. En relación con la otra mitad del Nevado, y con el otro lote de Santa Rosa (que fue de Celso María Torres), se dice en la hijuela de adjudicación de la sociedad Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A., que los adquirió el causante Pardo por adjudicación en la mortuoria de su cónyuge doña Concepción Acevedo de Pardo, según escritura 860 de 16 de mayo de 1923. Pero este instrumento no se ha allegado a los autos. Tampoco aparece la escritura número 174 de 24 de febrero de 1915, notaría de Fusagasugá, por la cual se afirma que Concepción Acevedo hubo el lote de Santa Rosa por compra a Celso María Torres. En estas condiciones, ningún valor jurídico tiene la escritura número 1027 de 11 de septiembre de 1902, por la cual Celso María Torres adquirió dicho terreno de Santa Rosa, ya que no hay constancia de haberlo adquirido el causante Pardo Roche (fls. 40 a 54, cuaderno número 5)".

Y concluye el señor Procurador diciendo: "Por consecuencia: la sociedad demandada solamente ha podido demostrar propiedad en forma legal sobre el lote de terreno denominado Santa Rosa (que fue de Francisco Escallón Gómez), distinguido con los siguientes linderos: 'la laguna de Chisacá, lindando con el Hato, todo su desagüe abajo hasta la quebrada de Media Naranja, lindando por este desagüe con tierras que fueron de Mariano Bello; esta quebrada de Media Naranja, arriba hasta la cuchilla de la hoya de Media Naranja, lindando con tierras del mismo Bello, siguiendo la cuchilla hasta el sudeste, hasta ponerse en línea recta con el puente de piedra y paso del río del Chochal, lindando con San Juan; este río abajo hasta su confluencia con el río de Santa Rosa; este río arriba, hasta ponerse en línea recta frente a la piedra que está herrada en la cuchilla que deslinda con Portezuelas; esta cuchilla arriba, hacia el norte, hasta ponerse en línea recta a la laguna de Chisacá, y de aquí a la laguna de Chisacá, punto de partida' ".

El lote de Santa Rosa (que fue de Celso María Torres), a cuya propiedad se refieren los reparos del señor Procurador, se halla comprendido, como ya se expresó, por estos linderos: "Desde la peña alta de Tamona o los Huecos a dar a una piedra mar-

cada, situada en los romerales de Taquecito, a dar a la senda de Juan Viejo, deslindando por este costado con tierras de Gaspar Torres; de esta senda deslindando con los Resguardos de Pasca, a dar a la piedra alta de Tembladales y de aquí a la laguna de Chisacá; y de ésta aguas abajo a la quebrada de Coloraditos, deslindando con terrenos de la hacienda del Hato; esta quebrada abajo hasta dar a una cerca de piedra colindando con terrenos de esta misma sucesión, y ésta arriba a dar a la peña más alta de los Huecos, primer lindero".

Durante la segunda instancia se trajeron varias copias de instrumentos públicos, entre ellas la escritura número 174 de 24 de febrero de 1915, notaría de Fusagasugá, referente a la venta que hizo Celso María Torres a Juan Francisco Pardo R. En ella Celso María Torres declara ser dueño, por adjudicación, entre otros bienes, de los siguientes: Segundo. — El terreno llamado Santa Rosa, jurisdicción de Usme, deslindado así: desde la peña alta de Tabornaco o los Huecos, a dar a una piedra marcada, situada en los Romerales de Taquecito a dar a la senda de Juan Viejo, deslindando por este costado con tierras de Gaspar Torres; de esta senda deslindando con los Resguardos Pasca a dar a la peña alta de los Tembladales y de ahí a la laguna de Chisacá; de ésta aguas abajo, a dar a la quebrada de Coloraditos, deslindando con terrenos de la hacienda de El Hato; esta quebrada abajo, hasta dar a una cerca de piedra, colindando con terrenos del señor Juan Francisco Pardo Roche; ésta arriba en dirección a la peña más alta de los Huecos, primer lindero. Y dice asímismo este instrumento: "Tercero.—Que con respecto a dicha finca el otorgante le vendió al señor José María Peñalosa un derecho equivalente a una onceava parte de su cabida o valor, lo que se hizo constar en escritura pública número seiscientos diez y ocho, de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos cuatro, otorgada en esta misma notaría, que original he tenido a la vista, de lo que doy fe. Cuarto.—Que para garantizarle al señor Alejandro Cárdenas la suma de veinticinco mil pesos ($ 25,000) papel moneda que de él recibió en mutuo o préstamo y en pago de los correspondientes intereses y costas de cobranza, le dio él otorgante a aquél en hipoteca expresa y formal los restantes derechos y acciones que a él le restaban en el indicado terreno de Santa Rosa, cuya ubicación y linderos particulares se dejan determinados arriba". Finalmente declara venderle a Pardo Roche, así: "Quinto. Que habiendo convenido con su expresado acreedor señor Alejandro Cárdenas en venderle las diez décimas (sic) partes restantes del indicado terreno de Santa Rosa al señor don Juan Francisco Pardo Roche, con el fin u objeto principal de cancelar o pagar el crédito de que se ha hablado anteriormente, que se hizo constar en la escritura pública número cuatrocientos veinticinco de fecha dos de agosto de mil novecientos doce (1912) otorgada en esta misma notaría, por la presente escritura da en venta real y enajenación perpetua a dicho señor Juan Francisco Pardo Roche las referidas diez décimas partes (sic) del terreno de Santa Rosa, restante, que se relacionan antes y tal como lo ha sido".

La escritura 2477 de 1928, notaría 4ª de Bogotá, contiene la compra que la sociedad Hijos de Juan Francisco Pardo Roche le hizo a Gervasio Peñalosa de un derecho proindiviso vinculado al lote de terreno denominado Santa Rosa. La misma sociedad adquirió de Casino, Ismael, Alejandrina, Edelmira, Julia y Maximina Peñalosa sus derechos y acciones en la sucesión de José María Peñalosa.

Celso María Torres adquirió por adjudicación en el juicio sucesorio de José María Torres, según lo acredita la escritura correspondiente número 1627 de 11 de septiembre de 1902, notaría 5ª de Bogotá, folios 40 a 54 del cuaderno número 5, el lote de Santa Rosa de que ahora se trata.

Por los títulos a que se ha hecho mención resulta establecido que la sociedad Hijos de Juan Francisco Pardo Roche adquirió los dos lotes de Santa Rosa en virtud de sendas titulaciones que arrancan respectivamente de los años de 1905 y 1902: la sociedad adquirió el primer lote en la sucesión de Juan Francisco Pardo Roche, y éste, a su vez, en la sucesión de Félix María Pardo Roche. El otro lote lo adquirió también la

sociedad, parte en la sucesión de Juan Francisco Pardo Roche (diez undécimas partes) y parte por compras hechas a Gervasio Peñalosa y otros. Estas titulaciones, en el período corrido desde los años de 1905 y 1902, son completas y legalmente válidas.

**Solicitud de reconocimiento de la propiedad con origen en títulos anteriores a 1821**

El apoderado de la sociedad demandada solicita de la Corte se reforme el fallo de primera instancia haciendo estas declaraciones: a) Que la sociedad Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A. ha comprobado su derecho de dominio sobre el lote de Santa Rosa que fue de Escallón Gómez, mediante una prescripción fundada en títulos inscritos que se remontan hasta el primero de abril de 1818; b) La misma sociedad ha acreditado propiedad privada sobre el lote de Santa Rosa que fue de Celso Torres, mediante títulos inscritos otorgados con anterioridad a la ley 200 de 1936, en que constan tradiciones de dominio por un término mayor que el que se exige para la prescripción extraordinaria.

Se dice que como los artículos 3º y 4º de la ley 200 de 1936 establecen dos clases de prescripciones adquisitivas de dominio, con consecuencias diversas respecto a las personas que en las tierras se hayan establecido dos años antes de la vigencia de la ley sin reconocer dominio distinto al del Estado, debe hacerse la primera declaración en tal forma que obre aun en relación con terceros ocupantes.

La consideración de la solicitud mencionada implica el estudio de varios aspectos que ofrece la aplicación de la ley 200 de 1936, o ley sobre régimen de tierras, a la cual se acoge la entidad demandada por medio de su representante en el juicio.

**Comprobación de la existencia de la propiedad privada**

En los litigios en que se discute acerca de la propiedad territorial, para definir si ella le pertenece al Estado por tratarse de tierras baldías, o si a los particulares, por haber entrado válidamente al dominio privado, la expedición de la ley 200 de 1936 marca el comienzo de una nueva etapa, rica en modalidades jurídicas, que influirá de modo decisivo en la clarificación de un problema oscuro y complejo, de importancia máxima para la estabilidad de uno de los derechos que más se relacionan con el bienestar individual y colectivo y el progreso ordenado y seguro de los pueblos.

Un largo período de la vida económica y jurisprudencial del país se desenvolvió bajo el erróneo concepto, generalmente admitido, de que 30 años de títulos inscritos constituían plena prueba de la existencia de la propiedad privada. Las urgencias de la civilización, que reclama la entrega al comercio universal de codiciadas riquezas que albergan extensas zonas de nuestro territorio, ya en los bosques y la superficie, ya en el subsuelo, produjo un movimiento de actividades y esfuerzos en torno de esas comarcas que así se presentan como objeto propincuo a adquisiciones por particulares. El Estado salió a la defensa del patrimonio común y puso de manifiesto la verdad incuestionable de que las tierras baldías no se convierten en propiedad privada por la sola inscripción en los registros públicos de transacciones sobre ellas entre particulares. El Gobierno Nacional adelantó muchas acciones judiciales para el rescate de tierras que ilegalmente se hallaban en poder de aquéllos, y esto dio oportunidad a que la jurisprudencia hiciera declaraciones que han revestido innegable interés en orden a dilucidar estas cuestiones tocantes con la separación de los baldíos y las tierras de dominio privado.

Debe mencionarse aquí en primer término, el fallo de la Corte Suprema de Justicia dictado con fecha 15 de abril de 1926, que sirve de base a la demanda que es materia de la presente sentencia, donde se consagra esta tesis:

"Tratándose de un juicio entre la Nación y un particular en el cual se disputa la propiedad de un terreno que la Nación alega pertenecerle como baldío, si el particular no demuestra el dominio, el litigio debe fallarse en favor de aquélla. La aseveración que hace el Estado de ser baldío un terreno, en-

traña una negación indefinida, o sea la de no haber salido de su patrimonio, la cual, según los principios sobre pruebas, debe destruírse con la afirmación concreta y definida de haberse adquirido el dominio por quien se pretende dueño. Aquí la Nación tiene a su favor la presunción de dominio, y aun cuando intervenga como actor en el juicio, está dispensada del peso de la prueba. (Jurisprudencia, tomo III, número 357)".

Esta sentencia se basó principalmente en el artículo 44 del Código Fiscal, que define los baldíos así:

"Artículo 44. Son baldíos, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56".

Se dijo en esa decisión que aunque el Estado intervenga como actor en tales juicios, se halla dispensado de la carga de la prueba. Sin embargo, no se determinó cuál ha de ser dicha prueba, o en otros términos, por qué medios debe el particular acreditar la existencia de la propiedad privada.

Otro fallo de la Corte Suprema de Justicia avanzó bastante en el particular, y por su importancia ha de transcribirse en su parte doctrinaria:

"Y como la acción aquí instaurada por el opositor tiende a que se haga el reconocimiento que del derecho de dominio pretende tener sobre una determinada porción del terreno comprendido en ella, lo que equivale a decir que se trata de acción petitoria de dominio, es claro que, no obstante la diferencia que media entre esta acción y la reivindicatoria, en ambas existe el carácter común que implica ese reconocimiento;..... De suerte que en casos como el presente, si bien no puede exigirse la presentación de una cadena perfecta de títulos desde que el bien reclamado haya salido del patrimonio nacional hasta el opositor, lo cual sería en muchos casos imposible, sí se debe al menos exhibir el título originario que demuestre con precisión y de manera concreta que el inmueble demandado ha salido legalmente de dicho patrimonio y que quien se presente a reclamar el todo o parte de aquél ha adquirido el dominio conforme al derecho común....." (Sentencia de 26 de mayo de 1934).

Según esta doctrina, para probar la existencia de la propiedad privada, debe acreditarse que el bien de que se trata salió del patrimonio nacional y que su dominio radica en quien actualmente se pretende dueño. Tales comprobaciones han de hacerse con la exhibición del título originario que demuestre que el inmueble salió legalmente del patrimonio del Estado, y con la prueba de que quien reclama ha adquirido el dominio conforme al derecho común.

En tal forma se determinaron los hechos que deben probarse: que las tierras salieron del patrimonio nacional y que el particular reclamante es el dueño actual de ellas.

Sobre los medios o elementos probatorios para acreditar esos hechos se guardó silencio en el fallo a que se alude.

La Ley 200 de 1936 contiene preceptos importantes en lo que se refiere a la manera de acreditar la existencia de la propiedad privada.

### Los artículos 3º y 4º de la Ley 200 de 1936 en relación con la prueba del dominio privado

Si la ley sobre régimen de tierras se inspira y orienta en el propósito de dar una prudente y justa solución a delicados problemas de orden social y económico, tocantes con los derechos de los trabajadores que explotan la tierra y con un eficaz aprovechamiento de ella, también hay que abonar a la cuenta de su elevada finalidad la orientación que la informa en orden a estabilizar la propiedad particular de las tierras, revistiéndola, en el campo del derecho, de la firmeza y seguridad de que careció en el anterior sistema jurídico. Este objetivo aparece de manifiesto en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por el Gobierno al estudio del congreso en 1935, pues allí se dijo que por medio de la presunción de dominio privado sobre los terrenos económicamente explotados, se sustrae la riqueza agrícola del país del campo litigio-

so para colocarla en el de seguridad que le corresponde, y que no hay razón alguna para que esa riqueza pueda continuar sufriendo las consecuencias de un régimen de litigios y de violencia, con el solo pretexto de definir una cuestión puramente académica, cual es la de determinar el momento en que el terreno en donde ella radica dejó de ser baldío, siendo así que si ese hecho no ha sucedido o no puede demostrarse, el único deber del Gobierno es suplir tales deficiencias y expedir el título correspondiente. Esto, en cuanto a las tierras económicamente explotadas. Más idéntico criterio, de dar firmeza a la propiedad, inspiró el proyecto de ley respecto a los terrenos incultos, como adelante se verá.

Los artículos 3º y 4º de la Ley 200 de 1936 consagran disposiciones que mucho interesan a la prueba del dominio territorial privado. Su texto es el siguiente:

Artículo 3º Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, y en consecuencia desvirtúan la presunción consagrada en el artículo anterior, fuera del título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

Lo dispuesto en el inciso anterior sobre prueba de la propiedad privada por medio de títulos inscritos, otorgados entre particulares con anterioridad a la presente ley, no es aplicable respecto de terrenos que no sean adjudicables, estén reservados, o destinados para cualquier servicio o uso público.

Artículo 4º Lo dispuesto en el artículo 3º no perjudica a las personas que con dos años de anterioridad a la vigencia de esta ley se hubiesen establecido, sin reconocer dominio distinto al del Estado, y no a título precario, en terreno inculto en el momento de iniciarse la ocupación.

En este caso, el carácter de propiedad privada del respectivo globo de terreno sólo podrá acreditarse en una de estas formas:

a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado; y

c) Con exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

Los poseedores de que habla este artículo, aunque fueren vencidos en juicio reivindicatorio, tendrán derecho a hacer suyo el terreno poseído mediante el pago del justo precio del suelo, o garantizando este pago con hipoteca del terreno y las mejoras permanentes puestas en él, si el propietario ha dejado trancurrir más de noventa días, contados desde la vigencia de esta ley, sin presentar la demanda del respectivo juicio reivindicatorio; o si, cuando el juicio fue iniciado antes de dicho término y la sentencia está ejecutoriada, han transcurrido treinta días, contados desde la fecha en que hayan quedado tasadas judicial o contractualmente las mejoras, sin que el demandante vencedor en el juicio respectivo las haya pagado.

La hipoteca de que aquí se habla será por un término de cinco años, y en cuanto a intereses y sistema de amortización, se pactarán los que estén en uso para las operaciones bancarias de esta índole.

Antes de expedirse la Ley 200, y a causa de la dificultad de acreditar el dominio privado de las tierras, bien podía estimarse que en los casos de litigios entre la Nación y los particulares, éstos saldrían perdidosos en la mayoría de las veces, por la imposibilidad casi absoluta de producir la prueba del dominio particular. En el sistema anterior, los títulos entre particulares servían tan sólo para demostrar en qué persona se radicaba el derecho de propiedad cuando él existía realmente, por haberse adquirido con origen en un acto o hecho del Estado, pero nó acreditaban su existencia.

El artículo 3º de la citada ley realiza en este punto una notable innovación. Para hacer el examen de su contenido, ha de recordarse que los artículos 1º y 2º de la ley contienen sendas presunciones legales: la

de que son de propiedad privada los terrenos poseídos y explotados económicamente, y la de que son baldíos los terrenos no poseídos en tal forma.

Contra la presunción de ser baldíos los predios rústicos no poseídos económicamente, que establece el artículo 2º, autoriza el 3º a que se acredite la propiedad privada, y se desvirtúe dicha presunción, por uno de estos medios:

1º El título originario expedido por el Estado, que no haya perdido su eficacia legal, y

2º Los títulos inscritos, anteriores a la Ley 200, en que consten tradiciones de dominio entre particulares por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

**Títulos inscritos de veinte años, creación y prueba del dominio particular**

Por lo que toca a los títulos inscritos entre particulares, hay que anotar, en primer término, cómo la disposición se refiere a la sola inscripción de las tradiciones entre ellos, por el término que allí se señala. No se exige la ocupación efectiva de las tierras, su posesión material. La posesión inscrita es eficaz para trasladar el dominio del Estado al particular, cuando se exhiben títulos otorgados antes de la Ley 200 que demuestren tradiciones durante el lapso requerido.

Y como la presunción del artículo 2º es la de que se consideran **baldíos** los predios rústicos no poseídos en la forma prevista en el artículo 1º, o sea por medio de la explotación económica del suelo, es claro que al admitir la ley que contra esa presunción se acredite la propiedad privada mediante títulos inscritos, es porque le reconoce a éstos valor contra la Nación, ya que a ella le pertenecen los baldíos, mientras no los adjudique, y porque la controversia sobre el carácter de baldío o de propiedad privada de un terreno, es litigio que se desenvuelve entre un particular y la Nación; de donde resulta que los títulos inscritos que a éste favorecen se hallan provistos, frente al Estado, de una fuerza probatoria que no tenían antes de la Ley 200 de 1936.

El poder que el artículo 3º les reconoce a los títulos inscritos impone otra deducción interesante, y es la de que no sólo son un medio nuevo de prueba del dominio particular, sino que al propio tiempo constituyen o crean el dominio privado, ya que éste no existía, en relación con el Estado, por no haberse desprendido antes de sus tierras baldías.

Los títulos inscritos son bastantes por sí solos para demostrar propiedad territorial superficiaria, sin que sea necesario establecer que el terreno respectivo salió del poder del Estado. Esta apreciación, sobre el contenido jurídico del artículo 3º, la sustenta el pensamiento en el particular de la exposición de motivos citada, donde se dice que en cuanto a terrenos incultos en que no se hayan radicado colonos, el Gobierno estima que si se adopta la idea de subordinar la existencia de la propiedad a su explotación económica, y si se atiende a la realidad nacional, que ha vivido al amparo del concepto de que treinta años de titulación son prueba adecuada para acreditarla, es equitativo un criterio transaccional, ya que sería injusto insistir en la exigencia de un título originario para conservar una propiedad de subsistencia limitada, olvidando voluntariamente la dificultad, si nó la imposibilidad de hallar ese título originario.

Establece el artículo 3º que los títulos inscritos en que consten tradiciones de dominio han de comprender un lapso no menor del terminó que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

Importa constatar si ese término es el de treinta años, que se señaló, así en el proyecto de ley como en su exposición de motivos, o es, en cambio, el de veinte años a que se redujo el de la prescripción extraordinaria por efecto de la Ley 50 de 1936.

Se ha estimado por algunos comentadores de la Ley 200 que dicho término es el de treinta años, por considerar, sin suficiente fundamento, que el artículo 3º consagra, como lo entiende el señor abogado de la sociedad demandada, una prescripción en favor de quienes hayan poseído con titulación inscrita durante el lapso que la disposición prevé. A pensar así induce la circunstancia de referirse la ley **a la prescripción** ex-

traordinaria. Pero si se examina con atención el artículo se encuentra que él no es, en modo alguno, un estatuto de prescripción. En efecto, la prescripción se basa en el hecho de la posesión material, y el artículo 3º apenas se refiere a la posesión inscrita. Falta un elemento constitutivo esencial de la prescripción. Y no existiendo ésta, mal puede deducirse, con base en la prescripción, la consecuencia que se pretende en cuanto al término que se señaló en el artículo comentado.

Ya se expresó cómo la Ley 200 se expidió con el pensamiento de reconocer a las titulaciones entre particulares la validez que en general se les atribuía, por considerarse, erróneamente, que las tradiciones por el término de treinta años, que era el que entonces se requería para la prescripción extraordinaria, saneaban todo vicio, así entre los particulares mismos como entre éstos y el Estado. La realidad nacional — se dijo al expedirse la ley — ha vivido al amparo del concepto de que treinta años de titulación son prueba adecuada para acreditar la existencia de la propiedad; pero dicha realidad estuvo construída sobre la base de que los treinta años correspondían al término requerido para que se operara la prescripción extraordinaria. Si esa prescripción hubiera sido la de cincuenta años, las titulaciones, para estimarse válidas, habrían exigido también el mismo término de los cincuenta años.

Por donde se ve que la referencia del proyecto al lapso de treinta años se hizo para aludir al término de la prescripción extraordinaria. Y en consecuencia, al decir hoy la Ley 200, artículo 3º, que las tradiciones de dominio deben comprender un término no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, ha de entenderse que alude a la que actualmente se halla establecida, y para la cual se fija el lapso de veinte años en la Ley 50 de 1936.

El parecer de la Sala encuentra apoyo sólido y cierto en la muy clara dilucidación que de este punto se hizo en oportunidad por el doctor Guillermo Amaya Ramírez, uno de los autores de la reforma legal, director o Jefe de la oficina del Ministerio de la Economía Nacional que tiene adscrito el ramo de tierras, y quien en conocido memorándum elaborado para ilustración de las Cámaras Legislativas se expresó así: ".... Aun cuando no fue punto tratado por el representante Jaimes, creo que es conveniente aclarar cuál es el término, en número concreto de años, a que se refiere el proyecto, cuando habla del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. En la Cámara se ha repetido muchas veces que ese término es de treinta años, porque la ley que redujo el lapso para la prescripción extraordinaria, sólo es aplicable a hechos futuros. Creo equivocada esta apreciación, porque el artículo 3º del proyecto no consagra prescripción alguna, sino que se limita a darles eficacia de título originario a títulos entre particulares; si esto es así, y si el proyecto expresa que los títulos entre particulares para que adquieran esa virtud probatoria deben cubrir un lapso igual al que señalan las leyes para la prescipción extraordinaria, basta leer la ley vigente que fija un término de 20 años para que se opere la prescripción, para concluír que este es el término que deben cumplir los títulos entre particulares para que tengan la eficacia del título originario. La confusión en este punto proviene de que esa eficacia nueva que les da el proyecto a los títulos en mención, equivale en el fondo a una extinción o renuncia del Estado a sus propios derechos, fenómeno éste semejante al de prescripción, pero fundamentalmente distinto en este caso, puesto que la validez de los títulos se reconoce por el artículo 3º con prescindencia absoluta de la posesión material de la cosa que es la base misma de la prescripción adquisitiva de dominio".

La jurisprudencia sentada en 1926 puso de presente cómo el Estado, en los juicios sobre el dominio de las tierras baldías, aunque intervenga con el carácter de actor, se halla libre de la carga de la prueba; mas no determinó en qué consiste dicha prueba, o sea, por qué medios ha de acreditarse la propiedad privada. Según la doctrina del fallo dado en 1934, para acreditarla se requiere establecer que el bien de que se trató salió del patrimonio nacional y que el reclamante es el actual dueño de él. Y lo pri-

mero debe comprobarse con la exhibición del título originario.

Las consideraciones precedentes, hechas a la luz de los preceptos de la ley 200 de 1936, y de otros textos, le permiten a la Corte afirmar, en este fallo, que puede hoy válidamente acreditarse la existencia del dominio territorial superficiario con sólo aducirse títulos inscritos, otorgados entre particulares antes de la ley 200, en que consten tradiciones de dominio por un lapso de veinte (20) años.

**El título originario y el anterior al 11 de octubre de 1821**

Los artículos 3º y 4º de la ley 200 se refieren al valor, como prueba del dominio, del llamado título originario, que la última de estas disposiciones califica asímismo de título emanado del Estado.

Dice el artículo 3º, que acredita propiedad privada el título originario que no haya perdido su eficacia legal.

El artículo 4º expresa que sólo puede demostrarse la propiedad privada de un terreno en el que con dos años de anterioridad a la vigencia de la ley se hayan establecido colonos, con la presentación del título originario emanado del Estado, o de uno traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821, o con otra prueba asímismo plena.

El derecho del propietario que así acredita su dominio afecta a los colonos establecidos antes de la vigencia de la ley, y ello entraña una diferencia apreciable, en cuanto a sus efectos, entre el artículo 3º y el 4º, pues los títulos inscritos no alcanzan a tener la eficacia que la ley les concede a los títulos de que trata el artículo 4º, en relación con los colonos.

Hay mucha analogía entre el título emanado del Estado y el anterior al 11 de octubre de 1821, en lo que se refiere a la prueba de la existencia de la propiedad territorial, pues sus efectos son idénticos respecto a la comprobación del dominio y a sus resultados en frente a los derechos de los colonos. Uno y otro, por disposición expresa del texto, acreditan la propiedad privada, con las consecuencias que allí se prevén.

Como ya se insinuó, ni la ley ni la doctrina han definido el título originario. El artículo 4º que se comenta da base para estimar que son uno mismo el título originario y el título emanado del Estado. Este ha de ser no solamente el documento que consagra la merced, venta, composición o adjudicación de las tierras, sino, en general, el hecho jurídico que conforme a la legislación española o a la de la República, ha dado origen al dominio privado de tierras realengas y baldías. El acto o el hecho del Estado que legalmente ha producido o produce el tránsito de la propiedad del patrimonio de aquél al patrimonio particular es lo que constituye realmente el título, y ese hecho o acto se podrá acreditar según las reglas generales sobre pruebas. Lo que lleva a la deducción de que el título llamado originario no lo forma, como se ha entendido, el documento contentivo de un acto de enajenación del Estado, sino el hecho capaz de originarlo.

Tratándose especialmente del título anterior al 11 de octubre de 1821, conviene recordar que la exposición de motivos varias veces aludida dice que en el punto de que se trata es prueba admisible para acreditar la propiedad privada, no sólo el título originario sino uno traslaticio de dominio entre particulares, anterior al 11 de octubre de 1821, con fundamento en que la ley expedida en esa fecha, que es la primera entre las de la República que da normas sobre baldíos, consagró precisamente como principio de legislación, para separarlos de la propiedad particular, el respeto a las titulaciones existentes entonces.

Las disposiciones de la ley de 1821 a que se hace referencia son estas:

Artículo 13. Dentro de cuatro años, contados desde la publicación de la presente ley, todos los ciudadanos y extranjeros residentes en Colombia deberán registrar sus propiedades rurales en las oficinas particulares de cada Provincia, y desde ese tiempo ningún Juez ni Escribano podrá autorizar contratos de compra y venta de dichas pro-

piedades, sin que se acompañe un certificado del Agrimensor de haberlo verificado.

Artículo 14. Si pasados los cuatro años, los propietarios no cumplieren con el requisito prevenido, sus tierras si fueron adquiridas por merced o composición, se reincorporarán al dominio de la República, y si fueron adquiridas por compras sucesivas u otros títulos, el Gobierno hará practicar los registros a expensas de los propietarios.

Los artículos 3º y 4º de la ley 200 aluden al título originario o emanado del Estado que no haya perdido su eficacia legal, y cuando el 4º se refiere al título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821, no exige que no haya perdido su eficacia legal. Este silencio de la ley pudiera dar base a pensar que la sola presentación de un título anterior a aquella fecha es suficiente para acreditar el dominio privado. Y con tal interpretación no sería necesario examinar, en cada caso, si respecto del título se cumplieron determinados requisitos señalados en las leyes, v. gr., el del registro de la propiedad establecido por la ley de 11 de octubre de 1821.

Empero, una cosa es el efecto que la ley 200, artículos 3º y 4º, les atribuye a los títulos anteriores a 1821, para acreditar el traspaso de la propiedad de la Nación al dominio de los particulares, en lo cual —y ello es mucho— se equiparan estos títulos a los originarios o emanados del Estado, y otra distinta el que aquéllos puedan no estar sujetos a la legislación general sobre régimen de la propiedad de las tierras. Tal legislación no reconoce excepciones y abarca por lo mismo a los títulos referidos. Una tesis contraria a ésta, discriminativa entre unos títulos y otros, conduciría al absurdo de entender la ley en el sentido de hacer de mejor calidad el título anterior al 11 de octubre de 1821 que el título originario o emanado del Estado. Supóngase que en 1818 se expide un título de venta de tierras nacionales y que al propio tiempo se otorga otros traslaticio de dominio entre particulares; que el primero queda sujeto al registro establecido en 1821 y no el segundo, teniendo no obstante este último el poder de trasladar la propiedad de la Nación al particular, según lo previene la ley 200 de 1936, y se verá cómo de tal supuesto resulta claro que las leyes que establecen formalidades, como la del registro, han de aplicarse, por ordenamiento de lógica, a todos los títulos sobre propiedad de tierras, sin distinguir para tal evento entre las que provienen de títulos originarios y las que derivan de títulos traslaticios entre particulares.

Debe, por tanto, inquirirse, para los fines de este fallo, acerca del cumplimiento, en relación con los títulos expedidos antes del 11 de octubre de 1821, de las disposiciones contenidas en los artículos 13 y 14 de la ley citada.

Considerado el registro de la propiedad rural en lo que mira únicamente a las tierras adquiridas "por compras sucesivas u otros títulos" distintos a la merced y a la composición— categoría aquélla que comprende los de venta anteriores al 11 de octubre de 1821, como el que se aduce en el pleito, ha de anotarse que la sola presentación actualmente de un título de esa clase obliga al reconocimiento del dominio territorial privado.

Este puede acreditarse, según lo establece el artículo 4º de la ley 200:

a) Con la presentación del título originario, emanado del Estado, que no haya perdido su eficacia legal;

c) Con la exhibición de un título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

Es obvio que por razones de técnica legislativa cada uno de estos apartes contempla situaciones diferentes, y por lo mismo no son idénticos los casos de la prueba por el título originario y los de comprobación por el título traslaticio. El título originario puede "trasladar" la propiedad del Estado al particular, pero no se confunde con el "traslaticio de dominio", letra c), que no es el originario, y por lo tanto ha de referirse, necesariamente, a traslaciones de propiedad entre particulares.

El solo título originario, sea posterior o anterior a 1821, realiza la prueba de la propiedad privada, para los fines del artículo 4º de la ley 200.

El título traslaticio de dominio, anterior a 1821, otorgado entre particulares, forma

también la prueba exigida en el citado artículo 4º.

Sin que contra la deducción hecha, respecto a la validez actual y completa de los títulos traslaticios entre particulares, anteriores al 11 de octubre de 1821, valga observar que el artículo 14 de la mencionada ley estableció la reincorporación al dominio de la República de las tierras no registradas; porque al final de ese precepto se dice que "el Gobierno hará practicar los registros" de las que fueron adquiridas "por compras sucesivas u otros títulos", luego si transcurrieron los cuatro años señalados para el registro de las propiedades rurales de que aquí se trata, sin el lleno de esa formalidad por los propietarios, ello no los afecta, ya que la ley dejó a cargo del Gobierno la obligación de cumplirla.

La ley 200 de 1936, al decir que puede acreditarse la propiedad con la exhibición de un título anterior al 11 de octubre de 1821, ha hecho de dicha ley una interpretación con autoridad. En efecto, los artículos 13 y 14 de la de 1821 reconocen el dominio particular de las tierras adquiridas antes por compras sucesivas u otros títulos, con sólo el registro respectivo, y aun sin éste, en los casos en que por no hacerlo los dueños, quedaba esa obligación de cargo del Gobierno. Las otras tierras, las que fueron adquiridas por merced o composición, quedaron expuestas a ser reincorporadas al dominio de la República; no así las emanadas de ventas sucesivas u otros títulos. Luego el legislador de 1821 tuvo como buena y válida la propiedad particular que no tuviese origen en mercedes y composiciones. Por lo cual el de 1936 no hace otra cosa, al reconocerles validez a los títulos traslaticios otorgados con anterioridad al 11 de octubre de 1821, que reconocer los hechos cumplidos antes de aquel año e interpretar con autoridad la mencionada ley en el punto aludido.

Los títulos traslaticios de dominio anteriores al 11 de octubre de 1821 han de entenderse hoy, por tanto, en el sentido de que si por virtud de ellos el Estado no se desprendió de las tierras a que se refieren, pues los tales instrumentos corrían entre particulares, sí estimó, según lo previsto en el artículo 14 de la ley, que esos títulos eran válidos y debían respetarse, por versar sobre tierras adquiridas por compras u otros títulos, en armonía con lo allí establecido.

Sobre la validez probatoria del título originario o emanado del Estado que no haya perdido su eficacia legal, el estatuto de 1936 sienta una norma que permite estudiar en cada caso la eficacia jurídica de la situación, teniendo en cuenta las modalidades que rodean el hecho o acto constitutivo de aquél y su prolongación en el tiempo. Será preciso, por tanto, examinar el título de que se trata, en sí mismo, para ver la forma en que se expidió, y cuando en él se establecen condiciones, si ellas se cumplieron por el pretendido adquirente; y confrontar cada título con la legislación respectiva, de la Colonia o de la República, para verificar si en él se satisfacen sus ordenamientos.

**Otra prueba de que el terreno salió del patrimonio del Estado**

También dispone el artículo 4º de la ley 200 de 1936 que puede establecerse el carácter de propiedad privada, así:

"b) Con cualquiera otra prueba, también plena, de haber salido el terreno legítimamente del patrimonio del Estado".

Este ordinal del artículo parece referirse a una posible adquisición de las tierras realengas y baldías en virtud del fenómeno jurídico de la prescripción. La Sala no entra en el estudio de esta importante y delicada materia, por no ser necesario para fundamentar la presente sentencia.

**Aplicabilidad de la ley 200 de 1936 a los juicios en que se discute la propiedad privada frente a la del Estado y que se hallaban en curso cuando dicha ley se expidió.**

El presente litigio se inició y adelantó, en gran parte de su secuela, antes de expedirse la ley 200 de 1936, por lo cual la demanda fue propuesta y la litis contesta-

ción se trabó con fundamento en las normas anteriores reguladoras de la propiedad de las tierras baldías y de la prueba de su adquisición por particulares. Dada aquella ley, con reglas que consagran medios nuevos de comprobación del dominio, importa establecer si ellas se aplican a los juicios en curso cuando ella se expidió, y por ende, al pleito a que esta sentencia se refiere.

Para dilucidar ese tópico conviene ver cuál es el contenido legal de las disposiciones aludidas, en el punto cuestionado.

**Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial**, dice el artículo 3º de la ley, fuera del título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la dicha ley; y el 4º dispone que **la propiedad privada del respectivo globo de terreno podrá acreditarse** como allí se indica.

No es tan sólo un medio nuevo de prueba del dominio particular el que se consigna en la ley, al decirse que la propiedad privada puede acreditarse con títulos inscritos, en unos casos, y en otros con el título anterior al 11 de octubre de 1821. Si estas normas se aplicaran entre particulares, para comprobar el dominio, serían únicamente un medio de prueba de la propiedad; pero como han de producir efectos entre aquéllos y el Estado, tales disposiciones no juegan apenas el papel de permitir o autorizar una forma de comprobación del dominio, sino de constituírlo, porque se trata de tierras sin título emanado de aquél y que por virtud de la ley 200 adquieren el carácter de particulares. Los medios nuevos allí previstos son el elemento trasmisor de la propiedad del patrimonio nacional al patrimonio privado. Y vistos por este aspecto entrañan el reconocimiento de la legitimidad en la apropiación de los baldíos, en condiciones especiales, no permitidas antes.

El Estado, al entregar la propiedad de los baldíos, en las formas nuevas de la ley 200, renuncia al **status** legal que hasta la expedición de dicho estatuto protegía su dominio sobre ellos, y se coloca en el plano jurídico que corresponde al orden creado por aquélla. Esa renuncia a usar de los antiguos elementos defensivos de la propiedad de la Nación, impone como consecuencia necesaria la de que los mandatos de la ley operan desde el momento en que ella entra en vigor. El Estado resuelve que el traspaso a particulares de la propiedad de las tierras baldías se haga en determinadas condiciones: treinta años de títulos inscritos, presentación de uno anterior al 11 de octubre de 1821. Su determinación debe producir efectos inmediatos, si los particulares satisfacen los requisitos exigidos, porque a la voluntad del órgano competente del soberano, nada cabe agregar.

Existe en el procedimiento judicial lo que se llama el derecho a la prueba. Las partes contendientes en el litigio están sujetas al estatuto probatorio preexistente, al cual han de ceñirse para sus comprobaciones en el juicio; pero también se hallan protegidas por él, en forma de asegurarles una posición sólida, de suerte que cada una pueda defenderse con seguridad de las pretensiones de su contraria. Es el derecho a la prueba según el sistema legal vigente.

Cuando una ley nueva cambia el régimen probatorio, trayendo elementos de prueba que antes no se reconocían como válidos, o modificando los existentes, por atenuación o agravación de los requisitos establecidos, o modificando la prueba por otra causa cualquiera, dicha ley obra, respecto a los juicios en curso, según varias normas de técnica procesal que traducen principios generalmente admitidos por la doctrina y la jurisprudencia.

Mas no es necesario ni oportuno entrar en este fallo a hacer un examen de esas normas, para decidir de su aplicación al caso que se contempla, pues ellas rigen relaciones probatorias de los particulares entre sí, y no las muy otras y singulares de la prueba sobre traslación de la propiedad de las tierras baldías al patrimonio particular. Esta regulación normativa del derecho público escapa a los preceptos ordinarios y opera directa e independientemente entre el órgano estatal y los ciudadanos.

Las disposiciones comentadas de la ley 200 de 1936 que consagran el reconocimiento y la renuncia del Estado tocantes con las tierras baldías, obran, como se ha dicho,

desde la vigencia de la ley, y operan, por lo mismo, con la plenitud de sus efectos, en los juicios que se adelantaban entre la Nación y los particulares cuando la ley se expidió.

**Aplicación de las normas de la ley 200 al caso de autos**

La sociedad demandada, según se ha visto, ha aducido en apoyo de la pretensión de dominio privado que alega tener sobre los lotes de terreno llamados de Santa Rosa, objeto actual del pleito, títulos inscritos traslaticios de dominio, legalmente válidos, que abarcan, considerados para cada lote desde 1902 y 1905, respectivamente, un período mayor de 20 años, que es el exigido por el artículo 3º de la mencionada ley para comprobar la propiedad privada de las tierras. En tal virtud y por este concepto procede la declaración solicitada.

En cuanto al reconocimiento de la propiedad de que se trata con origen en un título anterior al 11 de octubre de 1821, ha de verse, en primer término, si tales declaraciones son pertinentes en casos como éste.

La ley 200 de 1936 permite acreditar el dominio privado respecto de tierras que ocupen colonos con dos años de anterioridad a su expedición, siempre que se presente una de las comprobaciones indicadas por el artículo 4º. Demandado en juicio un particular por el representante del Organo Ejecutivo en orden a obtener la declaración de ser baldío un terreno que aquél ocupa diciéndose dueño, y si para el demandado se reúnen las condiciones previstas en la ley citada, puede contestar el libelo aduciendo, para alegar dominio privado, un título originario, o uno anterior a 1821 u otra prueba plena de que el terreno salió legítimamente del patrimonio del Estado. Y en cualquiera de tales eventos la sentencia que ponga término al pleito dirá si prosperan o nó las pretensiones de la demanda, por negarse o reconocerse validez al título que adujo el demandado. La consideración de ese título es pues indispensable para dar oportunidad a la defensa ejercitada por aquél.

Uno de tales títulos — en un caso como éste en que se ha admitido por las dos partes en litigio que había ocupantes llamándose colonos en las tierras respectivas con más de dos años de anterioridad a la vigencia de la Ley 200 — es el que se ha aducido por la sociedad denominada Hijos de Juan rancisco Pardo Roche, S. A., sobre el globo de Santa Rosa para contraprobar acerca de la afirmación hecha por el actor de ser baldíos los terrenos. El documento presentado debe, por consiguiente, tenerse en cuenta en el presente fallo.

Del título referido ha de hacerse un análisis en relación con los linderos que le señala a las tierras y acerca de otras disposiciones que él contiene.

Es obvio que para decretar el reconocimiento de una propiedad particular con origen en un título anterior al 11 de octubre de 1821, debe establecerse una relación tal entre los linderos del primer título y los del título actual, que demuestre que las tierras a las cuales se pretende aplicar la primitiva titulación son las mismas que se poseen por quien alega el dominio privado. Si ello no se acredita, no se demuestra la pertinencia de la prueba.

Con el fin de aclarar lo tocante a linderos, en relación con el pleito, la Corte dispuso lo siguiente en auto para mejor proveer:

—Este juicio se inició para que se declare que pertenece a la Nación, con el carácter de baldío, un extenso globo de tierras situadas en los Municipios de Bogotá, Usme y Pandi, Departamento de Cundinamarca. Posteriormente el Gobierno Nacional y los demandados celebraron un contrato en virtud del cual éstos declaran que venden a aquéllos los derechos que tengan sobre una gran parte del lote a que la demanda se refirió, y se reservaron como de su propiedad, reconocida así en el convenio, dos lotes llamados Sumapaz y Púnchica, dentro de la alinderación general, y respecto de los lotes conocidos con los nombres de Santa Rosa no hubo acuerdo y quedó a la decisión del Organo Judicial el fallo sobre la propiedad de esas tierras. El demandante desistió parcialmente del pleito, respecto de lo que fue objeto de la venta al Gobierno y de lo

que se reservó la Compañía, y el juicio se siguió, limitado a los lotes de Santa Rosa.

Importa, para sentar en bases sólidas y claras la sentencia que ha de proferirse, que se traiga a los autos una delimitación precisa de los varios lotes mencionados, a saber, el globo general a que se refirió la demanda, el que fue objeto del desistimiento, los que se reservaron los vendedores en el contrato celebrado por ellos con la Nación por escritura número 2875 de 1934, Notaría 4ª de Bogotá, folios 71 a 80, cuaderno número 5, y los lotes llamados de Santa Rosa, cuyos linderos se señalan en la copia expedida por el mismo notario y que obra a folios 2 v. y 3 del cuaderno número 4 del expediente.

Como aparece de autos que el Ministerio de Industrias elaboró un plano completo de tales tierras, al celebrar el convenio con los demandados, plano que ilustraría el presente pleito, se resuelve solicitar de ese despacho, hoy Ministerio de la Economía Nacional, el envío a la Corte, para ser agregado a este negocio, de una copia del plano mencionado, con las delimitaciones, indicaciones y datos relacionados—.

Como consecuencia de esa actuación vino al juicio una copia del plano o croquis solicitado, en el cual se señalan los varios lotes referidos.

El título presentado, anterior al 11 de octubre de 1821, lo constituye la escritura de venta, que obra en copia a los folios 36 a 38 del cuaderno número 5, que Rafael Flórez y su esposa Ignacia Solórzano y González y María Francisca Duarte y González le hicieron a Ignacio Umaña en la escritura pasada el 1º de abril de 1818 ante el Escribano Público de la ciudad de Santa Fe, de derechos de un globo de tierra llamado el Hato de los González, del Palmar y Fucatame, en el pueblo de Usme, globo que en tal instrumento se alindera así: "Desde la laguna de Chisacá por la cabecera de la hoya redonda hasta el morro o Media-Naranja; de hay cortando una sierra en derechura, tda. la quebrada que llaman el Chochal aguas abajo hta. el Palmar, donde se junta con el río de Santa Rosa, volviendo por éste aguas arriba hta. encontrar el primer lindero de la laguna de Chisacá".

Verificados los anteriores linderos con los que encierran los lotes de Santa Rosa dibujados en el croquis elaborado por el Ministerio, el cual se hizo teniendo en cuenta las alinderaciones que figuran en los títulos actuales de la sociedad demandada, se observa que coinciden en la línea que va de la laguna de Chisacá a la Media-Naranja; que adolecen de vaguedad en la parte en que se refieren al lindero entre este último punto y la quebrada del Chochal, pues se dice en ellos que "de hay cortando una sierra en derechura, tda. la quebrada que llaman el Chochal aguas abajo", lo que da a entender que de la Media-Naranja se va al nacimiento de la quebrada del Chochal, cortando la sierra en un punto que no se determina; los linderos que forman la quebrada del Chochal hasta su confluencia con el río Santa Rosa y este río arriba hasta volver a la laguna de Chisacá, coinciden con los que se señalan en el croquis.

Separándose del croquis, y siguiendo dichas alinderaciones en los títulos, se llega asímismo a conclusiones análogas, pues de ese examen se deduce que los linderos de los terrenos de Santa Rosa, según los títulos actuales, son sensiblemente los mismos que se fijaron, en forma un tanto imperfecta, en el documento público de 1818.

La vaguedad anotada respecto a un sector de los linderos, y otra cualquiera que exista en ellos, no constatada por la Corte, pueden ser objeto de aclaración en juicio distinto, más no constituyen fundamento bastante para negarle validez al título aducido, por el aspecto cuestionado de los linderos de las tierras.

Con el objeto de hacer el examen de otras declaraciones contenidas en el título, se inserta aquí en lo pertinente:

"En la ciudad de Santa Fe, a primero de abril de mil ochocientos diez y ocho, ante mí, el Escribano Público del Número y testigos, parecieron presentes Dn. Rafael Flórez, marido y su legítima esposa Dña. Ignacia Solórzano y González, y Dña. María Fnca. Duarte y González, de este vecindario, a quienes doy fe, conozco y dijeron: Qé. habiendo seguido pleito como herederos de Bárbara González con Dn. Pablo González sobre la sexta parte del globo de tierras

llamado el Hato de los González, del Palmar y Fucatame, fincada en el pueblo de Usme de esta jurisdicción, en el qé. se les declaró herederos de otra sexta parte de tierra a los cinco hijos de la expresada Bárbara González qé. lo son la citada Ignacia y Mariana, Rosa y Ramón y Vicente González, a quienes se les mandó dar posesión de otra parte de tierra, habiéndose comisionado pa. qé. la diesen al D. D. Ignacio de Herrera, quien en efecto la dió asociado de otros herederos y de los agrimensores nombrados, las qé. fueron medidas y valoradas por la diligencia practicada en veintitrés de Eno. de mil ochocientos diez y seis, corrte. a José S. Herrera del Cuadnº conste y siguientes, con cuya fha. se les dió otra porción deslindándolas pr. unánime consentimiento de todos los herederos, bajo los siguientes linderos; a saber desde la Laguna de Chisacá por la cabecera de la hoya redonda hasta el morro o media naranja; de hay cortando una sierra en derechura, tda. la quebrada que llaman el Chochal aguas abajo hta. el Palmar, donde se junta con el río de Santa Rosa, bolviendo por éste aguas arriba hasta encontrar el primer lindero de la laguna de Chisacá, cuyo globo deslindado según el juicio de los peritos comprende veinte y cinco estancias de ganado mayor, y aunq: la entrega y posesión no podrá concederse a más de las seis estancias y media qé. es la sexta parte qé. previene la sentencia ejecutoriada, los interesados con el objeto de evitar el nuevo pleito que se les preparaba pr. el dro. de Ignacio González qé. murió intestado, y sin sucesión, y el qe. conforme a la ley corresponde a los hermanos, y teniendo en consideración que las estancias comprendidas en los linderos qe. se acaban de especificar, son de mucho menor valor que el resto de las otras catorce estancias, pues éstas se justiprecian a doscientos ps. cada uno, y aquellas a veinte y cinco, se convinieron amigablemente en los términos expresados, renunciando cada uno de los interesados cualquiera otro dro. y pa. mayor seguridad del compromiso juraron entrar pr. él en todo tiempo, y se impusieron la multa de quinientos ps. contra el qe. lo reclame, con lo qe. quedaron dhos. herederos metidos y puestos en posesión de otras veinte y cinco estancias, comprendidas bajo los linderos denominados, según qe. todo por menor resultó de los citados autos qe. paran en la Escribanía de mi cargo, los qe. pa. documentarme he tenido a la vista de qe. doy fe, y a qe. en caso necesario me remito.—Qe. según consta de escritura otorgada ante mí a primero de Octubre de mil ochocientos diez y siete pr. Rosa González como una de dhos. herederos hizo de su parte de tierra donación verdadera, remuneratoria intervivos al referido su cuñado Dn. Rafael Flórez en consideración a que las gestiones, gastos de litis y costos imprevistos, se le debían a la generosidad de éste, y otros servicios pecuniarios que en testimonio he tenido a la vista de qe. doy fe.—Que por otra otorgada ante mí a veinte y nueve de Fbo. de mil ochocientos diez y seis pr. Dn. Felix Ramón Duarte, qe. así mismo por testimonio he tenido a la vista, éste vendió al citado Dn. Rafael Flórez la parte de tierras qe. le tocaron pertenecientes en la citada división y en globo qe. quedan deslindados, en precio y cantidad de cien ps. en dinero efectivo confesó haber recibido a toda su satisfacción.—Que como dueño de los dos dros. de sus cuñados Rosa y Ramón según las escrituras de qe. se ha hecho mención, y la del Dn. Vicente como su apoderado pa. el efecto, según consta en el poder qe. obra en los citados autos, dijo: Que otros tres dros. con el de la mujer Dña. Ignacia Solórzano, y el de Da. María Ana, quienes estando de presente iggualmte. dijeron los dan pr. la presente pública escritura y en la vía y forma que más haya lugar en dro., en venta y enajenación perpetua desde ahora y pa. siempre jamás, a Dn. Ignacio Umaña, vecino de esta ciudad, todos cinco dros. comprendidos bajo los límites y linderos qe. quedan relacionados, qe. por sentencia del Juzgado Ordinario de esta Capital, y confirmación del Supor. Gnral. se les declararon a los otorgantes y demás herederos de Bárbara González, madre común, en precio y cantidad de ochocientos ps. qe. ha de dar y pagar a los otorgantes dentro del preciso y perentorio término de ocho años, sin más plazo ni dilación, qe. han de correr y contarse desde

esta fecha en adelante con obligación de pagar entre tanto el correspondte. rédito de un cinco pr. ciento anual.—Se los venden con todas sus entradas y salidas, pastos, abrevaderos, aguas corrientes y vertientes, usos, costumbres y otras de servidumbre, y qe. libre de todo gravamen real perpetuo, temporal, general, tácito ni expreso, pues los causantes pr. la presente venta se traspasan según consta del recibo qe. aquí se agrega y su tenor dice: Recibí de mano de Dn. Ignacio Umaña, la cantidad de quarenta ps. deducidos de las tierras qe. compró a Dn. Rafael Flórez, nominadas Sta. Rosa en Felifresía del Pueblo de Usme, en cantidad de ochocientos ps. y pa. qe. conste doy el presente qe. firmo como Asentista de Fta. Partido de Usme, Santafe, Abril dos de mil ochocientos diez y ocho.—Frnco. H. Borja Díaz. Pr. $ 40 pm. Pr. lo qe. desde hoy en adelante, y para siempre jamás se desisten, quitan y apartan del dro. de usufructo, acción, dominio y señorío qe. en dhs. tierras tenían adquirido, y todo con las acciones que les competen lo ceden, renuncian y traspasan en el comprador, y los suyos; pa. qe. como cosa adquirida con legítimo dro. disfrute de ella a su volùntad".

Aunque se dice en la escritura que la entrega y posesión no podrán referirse a más de seis estancias y media, se agrega que todos los interesados, para evitar un nuevo pleito respecto a los derechos de Ignacio González, se convinieron amigablemente en cuanto a la posesión de otras veinticinco estancias, comprendidas dentro de los mismos linderos globales. Que los derechos de Rosa González pasaron a Rafael Flórez, lo mismo que los de Félix Ramón Duarte; que Flórez aparecia asímismo como dueño de los derechos de sus cuñados Rosa y Ramón y como apoderado de Vicente; que en tal carácter y asociado de su esposa Ignacia Solórzano y de María Ana (Mariana) hicieron la venta de todos los derechos a Ignacio Umaña. Los nombrados Mariana, Rosa, Ignacia, Ramón y Vicente González, hijos y herederos de Bárbara González, en cuyo carácter adelantaron el pleito a que se refiero la escritura, con Pablo González. De todo lo cual se deduce que los derechos que todos ellos "por unánime consentimiento" localizaron dentro de la alinderación señalada en dicho título, pasaron por virtud del mismo al comprador Ignacio Umaña.

b) **Comprobaciones de la propiedad por el demandado.** En juicio de esta clase, en que ha de determinarse sobre la calidad de las tierras, para decidir si son baldías o de dominio privado, el interesado particular debe comprobar estos hechos, como fundamento de su pretensión:

1º Que las tierras salieron del poder del Estado;

2º Que es dueño actual de ellas.

El primero, que es dueño frente al Estado, lo prueba con los títulos inscritos de veinte años anteriores a la ley 200, o con el título originario, o con el anterior al 11 de octubre de 1821, o con otra prueba plena del acto o hecho que trasladó la propiedad de la Nación al particular.

El segundo, que es dueño entre particulares, lo acredita conforme a las reglas comunes del derecho civil, una de las cuales es, para lo pasado, la de la prescripción treintenaria.

La Sala ha verificado los títulos aducidos referentes a los terrenos llamados Santa Rosa, objeto del pleito, y los ha hallado satisfactorios. En relación con el Estado, porque contienen traslaciones de dominio inscritas respecto a un período de más de veinte años anteriores a la vigencia de la ley 200 de 1936, o sea hasta 1902 y 1905, respectivamente, para cada titulación, y porque además se adujo un título legalmente válido anterior al 11 de octubre de 1821. En relación de unos particulares a otros, porque los propios títulos abarcan, en el tiempo examinado por la Corte, que ya se indicó, más de treinta años de posesión, comprobada, contados desde hoy hacia atrás.

c) **No se exige la cadena de títulos.** Consecuencia lógica de los hechos que han de comprobarse en estos juicios por los particulares, o sea el de haber salido las tierras del poder del Estado, y el de su calidad de dueños actuales de ellas, es la de que realizadas tales comprobaciones, no se requiere, a la luz de las leyes que rigen la materia,

acreditar una cadena perfecta y continua de títulos, entre el originario o emanado del Estado y el actual. Exigirla equivaldría a pedir la prueba de hechos no pertinentes, por no hallarse comprendidos entre aquéllos que por la naturaleza de estos juicios son los únicos que han de establecerse para triunfar en la litis con la Nación.

### La prescripción

El demandado propuso la excepción de prescripción, y aunque en sus alegatos no concreta su pensamiento en tal forma que permita deducirse si se refiere a la prescripción como fenómeno del derecho civil, de la sociedad demandada contra otros propietarios particulares, o a la prescripción frente al Estado, no hay lugar, sin embargo, al estudio de este medio de defensa, por haberse llegado ya, en el presente fallo, a deducciones contrarias a la prosperidad de la acción intentada en la demanda.

### Otras declaraciones pedidas en el libelo

La demanda contiene, en relación con la propiedad de la tierras, dos peticiones principales, la primera y la tercera, y una subsidiaria. Las conclusiones a que se ha llegado en esta sentencia determinan la negación de todas ellas.

Los otros puntos petitorios se refieren a la merced hecha a Francisco Contreras en el año de 1789 (petición sexta), respecto a la cual se solicita que se declare qué extensión abarca la merced, y a los contratos que constan en las escrituras traslaticias de dominio que forman los títulos de la sociedad demandada, para que se declaren nulos por objeto ilícito (petición cuarta), y que no trasmitieron dominio sobre los predios que alinderan, por lo cual los registros de tales títulos deben cancelarse en cuanto a la trasmisión de él (petición quinta).

No es necesario hacer la declaración que se pide acerca de la extensión que comprende la merced a Contreras, porque el título primitivo a que se acoge la sociedad demandada es el de 1818. El estudio hecho en este fallo y las deducciones a que en él se llega ponen de manifiesto que las declaraciones cuarta y quinta no son procedentes.

La petición segunda principal y la correspondiente parte de la subsidiaria tienen por objeto el que se declare que las personas que ocupan con cultivos, desmontes, casas de habitación o ganados, el terreno que dentro del globo general le pertenece a la Nación, tienen el carácter de colonos y ocupantes de tierras baldías y los derechos correlativos a esa calidad. Como la solicitud se refiere a terceros en el litigio, que no han acreditado una situación jurídica concreta que les dé ese carácter, ella no procede.

### Fallo

En virtud de todo lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar falla:

**Primero.** No es baldío, y no le pertenece a la Nación con tal carácter, el lote de terreno denominado Santa Rosa, comprendido dentro del globo general de la demanda, ubicado en el municipio de Usme, Departamento de Cundinamarca y alinderado así, según el título de 1º de abril de 1818: "Desde la laguna de Chisacá por la cabecera de la hoya redonda hasta el morro o Media Naranja; de hay cortando una sierra en derechura, tda. la quebrada que llaman el Chochal aguas abajo hta. el Palmar, donde se junta con el río de Santa Rosa, volviendo por éste aguas arriba hta. encontrar el primer lindero de la laguna de Chisacá".

**Segundo.** Niéganse las peticiones primera, tercera, cuarta y quinta del libelo; asímismo la subsidiaria.

**Tercero.** No es el caso de hacer las declaraciones segunda y sexta de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

SE REVOCA UN AUTO EJECUTIVO.—NOTIFICACIONES

**Ninguna resolución produce efecto sin haber sido notificada legalmente a las partes. La primera resolución que se dicte en un proceso ha de notificarse personalmente, lo mismo que las relacionadas con terceros.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Corresponde a la Sala decidir la apelación, interpuesta por los ejecutados, del mandamiento ejecutivo proferido por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad contra los señores Hernando y Benito Navarro.

Sirve de título al juicio la Resolución número 114 de 23 de diciembre de 1933, del Ministerio de Guerra, por la cual se condena a los señores Navarros, en su calidad de obligado principal y fiador solidario, respectivamente, al pago de la cantidad de $ 600.00, suma en la cual fija el Ministerio la liquidación que prevé el contrato celebrado entre la Nación y los ejecutados por escritura pública número 1846 de 5 de agosto del propio año.

Los convenios como el de que se trata se celebran bajo las siguientes estipulaciones: El Estado da instrucción gratuita en la Escuela Militar a sus contratantes. Fuera del derecho de matrícula, que necesariamente tienen que pagar los cadetes, el Estado provée a su educación, alimentación y alojamiento. Los cadetes se comprometen a cumplir las disposiciones reglamentarias pertinentes; a servir en el Ejército, una vez obtenido el grado de Subteniente, tantos años cuantos permanezcan en la Escuela, y a pagar las cantidades que se estipulen, por cada año en que no presten tales servicios o hayan estado en el instituto militar, cuando de él sean retirados, antes de la terminación de sus estudios, por mala conducta, desaplicación o a solicitud propia.

Con estos contratos persigue el Estado tanto el que el Ejército cuente con personal directivo idóneo y técnicamente preparado como el reembolsarse de los gastos hechos inútilmente cuando tal propósito no se cumple por culpa de los alumnos.

De los varios reparos que el señor apoderado de los ejecutados formula a la providencia recurrida, quiere la Sala precisar uno que, a su juicio, fundamenta la revocación que se pide.

La Resolución ejecutiva cuestionada declaró que Navarro (Hernando) había perdido el curso a causa de su desaplicación y condenó a él y a su fiador al pago de la cantidad que se ha nombrado. Esta resolución, según se desprende de sus términos, fue la primera providencia que se dictó en la actuación adelantada por el Ministerio con mira a la liquidación de las sumas que debían satisfacer los ejecutados de conformidad con el convenio. En tal carácter la notificación a los interesados debía hacerse personalmente y no en la forma edictal en que aparece realizada (fl. 10, cuaderno principal). No obstante, la propia providencia ni siquiera dispuso que fuera notificada sino que se comunicase y publicase. Y es más: tal ordenamiento no fue cumplido, pues no aparece en el expediente constancia de que hubiera sido comunicada en la forma administrativa usual, ni su publicación se llevó a efecto, ya que no puede entenderse como tal la inserción del edicto hecha en el Diario Oficial.

Son principios de derecho universal que generalmente ninguna resolución produce efecto sin haber sido notificada legalmente

a las partes y que han de notificarse personalmente la primera que se dicte en un proceso y las que deban hacerse a terceros. Estas tres normas, consagradas en nuestro derecho positivo, han sido desconocidas y violadas en la actuación que se examina. (Benito Navarro, en su calidad de fiador, es un tercero).

Y no se crea que se trata de informalidades procesales que entrañan una incorrección, sin consecuencias, de los trámites: grave es el perjuicio que ellas producen a los interesados. La falta de notificación, es decir de conocimiento de la mentada providencia, hizo que ésta adquiriera la calidad de definitiva, cerrando así el camino de su revisión y negando a los ejecutados las oportunidades que la ley les otorga para su defensa.

Como perjuicio concreto que tales informalidades traen para sus representados hace valer una el señor abogado que la Sala estima causada en realidad. El contrato principal y el accesorio de fianza contenidos en la escritura 1846 se perfeccionaron el día 5 de agosto de 1933. Según decreto número 1678 de octubre siguiente, el cadete Navarro fue retirado de la Escuela Militar el día 6 de los mismos mes y año. Del texto de la escritura aparece claramente que la fianza no se extendió a tiempo pasado. Sin embargo, la liquidación de las sumas que se cobran se verificó sobre la base de que el cadete permaneció en la Escuela durante un lapso de diez y ocho meses. Los ejecutados, de conformidad con las reglas del Código Civil sobre alcance, extensión y condiciones del contrato de fianza, bien hubieran podido obtener una reducción en el monto fijado, con base en las estipulaciones contractuales.

Los hechos analizados, en concepto de la Sala, constituyen razón suficiente para la prosperidad del recurso intentado.

Y en tal virtud, la Sala de Negocios Generales de la Corte decide revocar, como en efecto lo hace, la orden de pago proferida en este juicio por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales y ordena el levantamiento del embargo de los bienes que a él se hallan sometidos.

Notifíquese y cópiese.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## INCIDENTE DE NULIDAD DE LO ACTUADO

**1.—En el juicio especial de venta del bien hipotecado no es una formalidad para el remate la presentación con la demanda del título del crédito en forma que preste mérito ejecutivo, sino que es éste un requisito esencial, básico de la acción. Si el título no se presenta, o si no se acompaña en debida forma para que preste mérito ejecutivo, puede paralizarse la acción comprobándose tal deficiencia del título. Ello es materia de una excepción perentoria que ha de decidirse en la sentencia de excepciones o en la que le ponga término al juicio. El demandado debe proponer y demostrar la excepción. — 2. Expedida una segunda o tercera copia de una escritura pública por el Notario sin la autorización del Juez, equivale a otorgarla sin el lleno de los requisitos esenciales consignados en el Código Civil. (Artículos 2602 y 2603).**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el juicio especial de venta seguido por el Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella, el apoderado de este último solicitó del Tribunal Superior de Bogotá que decretara la nulidad de todo lo actuado, desde el auto que admitió la demanda.

"Fundo este pedimento —dijo— en el hecho de que la demanda se admitió por el Tribunal con violación expresa del artículo 1189 del Código Judicial, toda vez que el título de la hipoteca que se pretende hacer efectiva, no reúne las condiciones legales, pues lo constituye una tercera copia de la escritura pública número 4054 bis de 12 de noviembre de 1929, de la notaría 2ª de Bogotá, que se expidió con infracción de las normas establecidas por los artículos 2602 y 2603 del Código Civil, ya que no precedió a su expedición el mandamiento judicial ni las formalidades señaladas en los textos citados para conseguirla. Apoyo este pedimento en la doctrina del artículo 448 del Código Judicial, en relación con el artículo 451, aplicable este último al juicio especial de venta, por mandato del artículo 1197 del Código Judicial".

El Tribunal falló contrariamente a las pretensiones del articulante, y como éste apelase de la respectiva providencia, surtido el recurso en la Corte, es llegada la oportunidad de ponerle fin al incidente propuesto.

Se invoca para fundar la nulidad lo prescrito por los artículos 448 y 541 del C. J. Sin embargo, una simple lectura de esos textos convence de que ellos no pueden ser base de la declaración que se solicita, por no comprenderse entre las que allá se mencionan como causales de nulidad la que aquí se pretende.

El interesado cree hallarle asidero legal en lo dispuesto a letra b) del artículo 451, que se refiere a "la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes", pues dice que una de ellas, al tenor del artículo 1189 del C. J., es la de que el actor presente el título de su crédito y que éste preste mérito ejecutivo, y que el que se adujo no satisface tal exigencia porque se halla contenido en una tercera copia de una escritura pública expedida sin la constancia de haberse autorizado por el notario, previa orden del Juez.

Las "formalidades prescritas para hacer el remate de bienes" se refieren a los actos previos que deben cumplirse para que pueda procederse a la subasta y que tienen una relación inmediata y directa con ella, como el aviso al público de la fecha del remate, la consignación en la oficina respectiva de

una parte del avalúo y los demás requisitos de que trata el capítulo del Código sobre esta materia.

Hay otras prescripciones que deben llenarse en todos los juicios o en particular en el de venta de la cosa hipotecada, pero que no tocan con las formalidades del remate. En el juicio especial de venta del bien hipotecado no es una formalidad para el remate la presentación con la demanda del título del crédito en forma que preste mérito ejecutivo, sino que es éste un requisito esencial, básico de la acción. Si el título no se presenta, o si no se acompaña en debida forma para que preste mérito ejecutivo, puede paralizarse la acción comprobándose tal deficiencia del título. Ello es materia de una excepción perentoria que ha de decidirse en la sentencia de excepciones o en la que le ponga término al juicio. El demandado debe proponer y demostrar la excepción.

En el caso de autos el demandado no excepcionó en relación con el punto de que se trata y su silencio, que implicaba aceptación de la validez del título aducido por el actor, permitió que el juicio se adelantáse sin la definición de este punto por la autoridad falladora, a no ser porque el Tribunal oficiosamente avocó en la sentencia de primera instancia el examen referente a la validez en juicio del instrumento público acompañado a la demanda y en que consta la hipoteca a favor del Departamento. El Tribunal estudió en dicho fallo la legalidad probatoria de la tercera copia de la escritura aducida por el actor y como consecuencia de ese análisis decidió que la copia presentada obraba válidamente en el proceso. El demandado no apeló de aquella providencia, y antes bien, se opuso a que el recurso interpuesto por el Fiscal fuese concedido, con lo cual expresó claramente su conformidad con la sentencia de primera instancia. Otorgada la apelación, el recurso debía concretarse a los puntos del fallo reclamados por la parte que lo interpuso, y de esta suerte la cuestión relativa a la calidad del instrumento público para obrar con mérito ejecutivo, no era materia del pronunciamiento de la Corte, pues la actitud de las partes al concederse la apelación dejó por fuera de ésta el aspecto aludido.

Del modo que queda explicado, por el silencio de la parte demandada, que no adujo la excepción correspondiente, ni reclamó de la sentencia del Tribunal, lo resuelto en su fallo acerca de la viabilidad jurídico procesal del título en que se basó el juicio, constituye para el mismo materia ya fallada, con las consecuencias naturales que comporta.

Sin que esto signifique que la tesis consignada en el fallo de primera instancia y que el Tribunal reproduce en el auto que ahora se revisa, respecto al valor probatorio de una tercera copia no autorizada por el Juez, sea doctrina no controvertida. El propio Tribunal había sustentado la tesis de que las copias expedidas con violación de lo prescrito en los artículos 2600 a 2602 del C. C. no tienen fuerza legal en juicio ejecutivo (demanda de Manuel Rudas contra Miguel Abadía Méndez, octubre 3 de 1899).

El Código Civil establece un verdadero juicio controvertido para que el Juez ordene la expedición de la copia de un instrumento público con el cual pueda exigirse el cumplimiento de la obligación cada vez que se presente (artículos 2602 y 2603). El Juez no puede mandar que se dé copia del instrumento sino cuando quien la solicita afirma bajo juramento que sin culpa o malicia de su parte se destruyó o perdió la copia que tenía en su poder, y que la obligación no se ha extinguido, y sin que el Juez cite a la parte contraria, y con su intervención se establezca que la deuda u obligación está vigente.

Tales exigencias y comprobaciones, contenidas en la ley sustantiva, no se explican de otra suerte sino como medios para proteger un derecho también sustantivo.

Expedida una segunda o tercera copia por el Notario sin la autorización del Juez, equivale a otorgarla sin el lleno de los requisitos esenciales consignados en el Código Civil. No puede, por tanto, afirmarse que tal omisión constituya una simple falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, que es la razón aducida en apoyo de la declaratoria de nulidad de lo actuado

en el proceso desde la notificación de la demanda.

Con todo, y por lo ya expuesto, la nulidad pedida no puede decretarse.

En consecuencia, el auto que ahora se revisa debe ser confirmado, como en efecto lo confirma la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Sin costas.

Notifíquese y cópiese.

**Eleuterio Serna R. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

---

## INDEMNIZACION POR CAUSA DE ENFERMEDAD

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Manuel Torres demandó, por los trámites ordinarios, ante el Tribunal Superior de Medellín, al Departamento de Antioquia para que éste fuera condenado a pagarle "la suma de $ 563.64 (quinientos sesenta y tres pesos con sesenta y cuatro centavos), suma que me adeuda en concepto de incapacidad definitiva y total, equivalente a un año de salario a razón de $ 1.54".

Apoyó el libelo de demanda en lo dispuesto por el ordinal c), artículo 1º, de la Ordenanza número 48 de 1935.

En fallo fechado el 27 de agosto del año pasado, el Tribunal absolvió al Departamento de los cargos formulados, por no haber aducido el actor ninguna prueba que acreditara los hechos fundamentales de su petición.

Apeló de él Torres y, por ello, toca a la Corte decidir definitivamente la controversia.

Durante el término probatorio de la segunda instancia las partes adujeron comprobaciones que establecen los siguientes hechos:

Manuel Torres trabajaba por cuenta de la Oficina de Ingeniería y Arquitectura del Departamento en la reparación del edificio de la Casa de Moneda. En ejercicio de su cargo enfermó de hemiparesia. A consecuencia de dicha enfermedad quedó incapacitado para toda clase de trabajo, de manera total y definitiva. El Departamento auxilió al trabajador enfermo con la cantidad de $ 277.20, correspondiente a ciento ochenta días del jornal de $ 1.54, devengado por él.

La forma poco técnica como se halla redactada la demanda y la circunstancia de que de los hechos aducidos por el actor pueda desprenderse la afirmación de que su enfermedad provino de intoxicación producida por escapes de cloro en la Casa de Moneda, han traído como consecuencia el que tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como el apoderado del demandante hayan planteado la cuestión en el campo de los accidentes de trabajo.

No obstante, tal estatuto es ajeno al negocio. La demanda, a pesar de los defectos anotados, indica que Torres persiguió nó indemnización por accidente de trabajo sino auxilio por causa de enfermedad. Su pedimento se funda en lo dispuesto por el artículo 1º, inciso c), de la Ordenanza número 48 de 1935, del siguiente tenor:

"Los empleados y obreros que presten servicios en el (sic) Departamento gozarán de los siguientes auxilios:

.....

c) Si a consecuencia de la enfermedad el empleado u obrero quedare definitiva y totalmente incapacitado para toda clase de trabajo, se le reconocerá su sueldo o jornal durante un año".

El propio demandante fijó nítidamente la naturaleza de su reclamo en memorial dirigido al Secretario de Higiene y Asistencia Social, con fecha junio 26 de 1936, "quiero abstenerme — dice — de entrar aquí a analizar aspectos que pudieran obviarse de una manera sencilla manifestando que desisto de la reclamación por accidente de trabajo y la formulo sobre indemnización por concepto de enfermedad y para el caso la documentación está completa".

Por modo que la labor de la Corte se reduce a constatar la viabilidad de aplicación del precepto invocado, independientemente de toda consideración sobre el régimen jurídico de las reparaciones por accidentes de trabajo.

De los documentos que obran en el expediente sobre la actuación administrativa anterior a la presente contención, se deduce que el Departamento no niega el auxilio al demandante sino que considera que su cuantía debe ser la correspondiente a seis meses de jornal y nó a un año, como se solicita, por estimar que la incapacidad es definitiva pero parcial. Así lo resolvió la Secretaría de Higiene y Asistencia Social en la Resolución 229 de 7 de septiembre de 1936.

La Sala estima que debe aplicarse la disposición contenida en el ordinal c) transcrito, pues según el concepto del Médico Departamental el obrero "por causa de la enfermedad sí quedó inhabilitado para toda clase de trabajo, de manera total y definitiva".

Sin que sea necesario establecer vínculo de causalidad entre la enfermedad y el accidente de que se ha hablado, pues por virtud de la Ordenanza mencionada el Departamento tomó sobre sí el riesgo de las enfermedades que se presentasen en los obreros bajo su dependencia y se obligó a auxiliarlos según las normas que allí se fijan.

Como se halla acreditado que el actor ha recibido los jornales correspondientes a ciento ochenta días, la condenación ha de hacerse en el tiempo que falta para completar el año que la Ordenanza señala como auxilio en estos casos.

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, revoca la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y en su lugar dispone:

El Departamento de Antioquia pagará a Manuel Torres, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la cantidad de doscientos ochenta y cuatro pesos noventa centavos ($ 284.90).

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

## ACCION DE IN REM VERSO

**Las condiciones de admisibilidad de la acción de IN REM VERSO son las siguientes: 1ª un enriquecimiento del demandado; 2ª un empobrecimiento del demandante; 3ª un vínculo de conexión entre el enriquecimiento del uno y el empobrecimiento del otro; 4ª la ausencia de todo derecho que permita al demandado conservar su enriquecimiento. Se ha considerado como empobrecimiento toda pérdida o disminución sufrida por el patrimonio de una persona, situación que se ha traducido en un enriquecimiento injustificado del patrimonio de otra. Sobre el particular la jurisprudencia francesa y autores como Ripert y Teisseire, han avanzado hasta el punto de sostener que basta sólo la ventaja obtenida "fuera de toda idea de empobrecimiento".**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos treinta y nueve.

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

El doctor Manuel Antonio Arciniegas J., apoderado del señor Jorge Holguín Arboleda, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Circuito Judicial de Bogotá, en libelo de fecha 25 de junio de 1936, para que, previos los trámites de un juicio ordinario y con audiencia del Fiscal del Tribunal, se declare lo siguiente:

"PRIMERO. — Que el señor Jorge Holguín Arboleda en el año de 1927 transportó desde Puerto Wilches hasta Bucaramanga doscientos setenta y seis (276) rollos de alambre de propiedad de la Nación y para beneficio del Ministerio de Correos y Telégrafos, remitidos desde Puerto Wilches con libranza número cincuenta y nueve (59) de nueve (9) de mayo de mil novecientos veintisiete (1927), con peso total de catorce mil seiscientos noventa y cinco kilogramos (14,695).

"SEGUNDO. — Que el señor Jorge Holguín Arboleda transportó durante el mismo año de mil novecientos veintisiete (1927), entre Puerto Wilches y Bucaramanga, doscientos veinte bultos (220) de materiales de telégrafos, de propiedad de la Nación y para beneficio del Ministerio de Correos y Telégrafos, con peso de once mil novecientos cuarenta y seis (11,946) kilogramos, despachados de Puerto Wilches con libranza número treinta y cuatro (34) sin fecha, y entregados satisfactoriamente de conformidad con el respectivo pasaporte.

"TERCERO. — Que en tal virtud, la Nación debe al señor Jorge Holguín Arboleda el valor del transporte de esos elementos, por no habérselo pagado hasta la fecha.

"CUARTO. — Que la Nación debe, en tal virtud, pagar al señor Jorge Holguín Arboleda, dentro del término prudencial que señaleis, la suma de dos mil novecientos treinta pesos, cincuenta y un centavos moneda corriente, como valor de ese mismo transporte, a razón de once centavos ($ 0,11) moneda corriente cada kilogramo transportado, de acuerdo con el reconocimiento que al efecto verificó el señor Ministro de Correos y Telégrafos, pago que hará la Tesorería General de la República de los dineros efectivos que se encuentren en caja".

En subsidio de esta última petición, el demandante solicita lo siguiente:

"Que la Nación debe pagar al señor Jorge Holguín Arboleda, dentro del término prudencial que acordéis, la suma de dinero que por medio de peritos sea señalada, como valor del transporte de elementos de propiedad de la Nación, desde Puerto Wilches hasta Bucaramanga, que pesaban en su totalidad veinteséis mil seiscientos cuarenta y un kilogramos, teniendo en cuenta las circunstancias de transporte en el año de 1927; la cantidad de animales y brazos que ocupó ese mismo transporte, etc."

Como fundamentos de la demanda expuso los siguientes hechos:

"PRIMERO. El señor Holguín Arboleda en el año de mil novecientos veintisiete transportó desde Puerto Wilches hasta Bucaramanga doscientos setenta y seis rollos de

alambre, remitidos desde Puerto Wilches con libranza número cincuenta y nueve de nueve de mayo de mil novecientos veintisiete, con peso total de catorce mil seiscientos noventa y cinco kilogramos;

SEGUNDO. En ese mismo año de mil novecientos veintisiete, el señor Jorge Holguín Arboleda, transportó entre Puerto Wilches y Bucaramanga doscientos veinte bultos de materiales de telégrafos, con peso de once mil novecientos cuarenta y seis kilogramos, despachados de Puerto Wilches con libranza número treinta y cuatro, sin fecha;

TERCERO. Para verificar esos transportes, ni la Nación, ni el Ministerio de Correos y Telégrafos suministraron al señor Holguín Arboleda, dineros ni gastos;

CUARTO. El transporte de esos elementos se hizo en beneficio del Ministerio de Correos y Telégrafos y por determinación de esa misma entidad;

QUINTO. En virtud de haber sido entregados satisfactoriamente esos elementos, de conformidad con el respectivo pasaporte, por parte del transportador señor Holguín Arboleda, al destinatario indicado por el Ministerio de Correos y Telégrafos, esta entidad nunca hizo reclamación alguna por ese concepto al señor Holguín Arboleda;

SEXTO. Ni el Ministerio de Correos y Telégrafos, ni la Nación, ni otra entidad de Derecho Público han pagado al señor Holguín Arboleda el valor de ese transporte;

SEPTIMO. El cuatro de mayo de mil novecientos veintiocho el Ministerio de Correos y Telégrafos, en "nombre del Gobierno Nacional, reconoce asímismo y a favor de Jorge Holguín Arboleda, las siguientes sumas por valor de los transportes de que se ha mención: mil seiscientos diez y seis pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 1,616.45) moneda legal, por los catorce mil seiscientos noventa y cinco kilogramos que pesaban los 276 rollos de alambre, o sea a razón de once centavos ($ 0,11) por cada kilogramo, y mil trescientos catorce pesos con seis centavos ($ 1,314.06), moneda legal, por los 11,946 kilogramos, que pesaban los 220 bultos de materiales telegráficos, a razón de once centavos por cada kilogramo, lo que da un total definitivo por la suma de dos mil novecientos treinta pesos con cincuenta y un centavos ($ 2,930.51) moneda legal como única remuneración por sus servicios.....";

OCTAVO. En ese mismo pacto, determinó el Ministerio conjuntamente con el señor Holguín Arboleda: "En este estado, las partes contratantes, de acuerdo con el concepto del honorable Consejo de Ministros, de fecha 18 de septiembre del año en curso, hacen constar que el presente convenio necesita para su validez de la aprobación del Congreso Nacional";

NOVENO. Con fecha 21 de diciembre de 1928, el Consejo de Ministros emitió dictamen favorable sobre lo pactado, como se expresó;

DECIMO. Con fecha 21 de diciembre de 1928, el Ejecutivo (el Presidente de la República y el Ministro de Correos y Telégrafos) aprobó ese pacto o principio de contrato;

DECIMO PRIMERO. Presentado el proyecto de contrato expresado al Congreso, el cinco de septiembre de 1934, "se aprobaron originales las cuatro cláusulas de que consta el contrato, el artículo único del proyecto y el título. Se cerró el segundo debate y el proyecto pasó a tercero";

DECIMO SEGUNDO. El 6 de septiembre de 1934, el proyecto fue "Adoptado en tercer debate por el honorable Senado en la sesión de hoy";

DECIMO TERCERO. En septiembre 8 de 1934, "En sesión de hoy la honorable Cámara consideró en primer debate el anterior proyecto de ley, y fue negado en votación secreta, por treinta y dos balotas negras contra veinticinco blancas, resultado del segundo escrutinio que se efectuó por los honorables Representantes Luis Felipe Pineda y Alfonso Paláu, designados por la Presidencia para este fin";

DECIMO CUARTO. El Ministerio de Correos y Telégrafos en la exposición de motivos del proyecto de ley, "por la cual se aprueba un contrato celebrado con Jorge Holguín Arboleda, relativo al transporte de materiales telegráficos en el año de 1927", determinó: **"Honorables Senadores:** El adjunto proyecto de ley tiene por objeto someter, por tercera vez, a la consideración

de las Honorables Cámaras, el contrato celebrado entre el Ministro de Correos y Telégrafos, y el señor Jorge Holguín Arboleda, el 4 de mayo de 1928, por el cual se reconoce que el señor Holguín transportó desde Puerto Wilches hasta Bucaramanga, en el curso del año de 1927, doscientos setenta y seis rollos de alambre de propiedad del Gobierno, con peso de catorce mil seiscientos noventa y cinco (14,695) kilogramos, y doscientos veinte bultos más de materiales telegráficos con peso de once mil novecientos cuarenta y seis (11,946) kilogramos, o sea un total de veintiséis mil seiscientos cuarenta y un kilogramos y se le reconoce por ese transporte la suma de dos mil novecientos treinta pesos con cincuenta y un centavos ($ 2,930.51). Como en las legislaturas anteriores el proyecto respectivo no alcanzó a recibir los debates constitucionales, cumplo ahora con el deber de someter nuevamente el contrato a la aprobación del Honorable Congreso. — Bogotá, 1º de agosto de 1934";

DECIMO QUINTO. — A pesar del cumplimiento del transporte por parte del señor Holguín Arboleda, para con el Ministerio de Correos y Telégrafos, transporte de materiales de propiedad de la Nación, por no haber aprobado el Congreso Nacional el proyecto de ley respectivo, no se le ha pagado el valor de ese mismo transporte;

DECIMO SEXTO. El señor Holguín obró de buena fe en el transporte de los expresados elementos de propiedad de la Nación, y en tal virtud se visaron por quien correspondía los pasaportes respectivos;

DECIMO SEPTIMO. El precio pactado y ofrecido por el Ministerio de Correos y Telégrafos al señor Holguín Arboleda por el transporte expresado, es aceptable y bajo, dada la distancia entre Puerto Wilches y Bucaramanga; la calidad y condiciones de la mercancía; la forma como se verificó el transporte de la misma; lo penoso del viaje en esa época y demás circunstancias de toda índole que deben apreciarse, precio que no excedió de once centavos por cada kilogramo de peso;

DECIMO OCTAVO. El transporte verificado de elementos de la Nación para el Ministerio de Correos y Telégrafos benefició a la Nación misma, la cual debe esos servicios a mi mandante, y

DECIMO NOVENO. Ese transporte cumplido en beneficio de la Nación por mi mandante, no se hizo a título gratuito".

Notificada la demanda al señor Fiscal 1º del Tribunal, aceptó los hechos séptimo a décimo cuarto y respecto de los otros manifestó que no le constan. Negó el derecho, causa o razón de la demanda.

El Tribunal, en sentencia de fecha 13 de diciembre de 1937, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO. Declárase que la Nación debe al señor Jorge Holguín Arboleda, el valor del transporte de Puerto Wilches a Bucaramanga de unas mercancías de su propiedad, servicio prestado en el año de mil novecientos veintisiete.

"SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación a pagar al señor Jorge Holguín Arboleda, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la cantidad de DOS MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS ($ 2,930.51) MONEDA CORRIENTE, valor del servicio prestado.

"TERCERO. Comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la República, para los efectos legales.

CUARTO. No se hace condenación en costas".

De este fallo apeló el señor Fiscal del Tribunal y el recurso se le concedió an el efecto suspensivo. Tramitada legalmente en esta Sala la segunda instancia, sin que se observen causales de nulidad, se pasa a decidir el negocio en definitiva, previas las consideraciones que se hacen a continuación:

**La prueba de los hechos**

En autos aparece plenamente comprobado que la conducción del material de telégrafos de propiedad del Gobierno, se cumplió por parte del señor Holguín Arboleda, a su costa, sin que por este motivo se le haya pagado suma alguna. Sobre el hecho del

transporte, el señor Procurador Delegado en lo Civil manifiesta lo siguiente:

"Con claridad meridiana aparece que el hecho del transporte de los materiales enumerados en el proyecto de contrato no puede discutirse. Hay pruebas tanto directas como indirectas que inducen a establecer que se movilizaron en el año de 1927 de Puerto Wilches a Bucaramanga dichos elementos (Certificado que corre a fs. 15, cuaderno segundo).

"Tampoco hay lugar a duda de lo siguiente: si hubo una movilización de materiales, ella fue realizada por la mano del hombre, pues que, alguien debió remesar y recibir, trasportar y entregar los respectivos bultos.

"Por otra parte: es indiscutible, la Nación no realizó el transporte de esos elementos con sus fondos, pues, si lo hubiera hecho, las partidas apropiadas para tal efecto no hubieran dado lugar a que se celebrara un convenio con un particular que se decía haber realizado el transporte por su cuenta, con sus dineros, y bajo su responsabilidad.

"De esto surge necesariamente una conclusión fatal: una persona — natural o jurídica — diversa del Estado hizo el transporte de esos elementos y, posiblemente, sufrió un empobrecimiento, pues hubo de pagar fletes, y en general, todos los suministros necesarios para realizar el transporte. Asímismo, el patrimonio nacional posiblemente se enriqueció a expensas del trabajo de la persona que prestó el servicio, ya que el Estado, sin hacer gasto alguno de su parte, adquirió un beneficio inequívoco que no pudo creerse hubiera sido hecho gratuitamente".

Aceptado este hecho por el señor Procurador, en vista de las numerosas pruebas que obran en autos, no es necesario hacer sobre el particular otras consideraciones.

Lo que no acepta el señor Procurador como probado en el expediente, es el hecho de que el transporte lo realizara el demandante señor Jorge Holguín Arboleda y por tanto, propone las excepciones de ilegitimidad de la personería del demandante y falta de interés en el señor Holguín Arboleda para ser actor en el presente litigio.

Para la Sala sí existe la prueba de que el señor Holguín Arboleda realizó el transporte. Esa prueba se desprende del proyecto de contrato celebrado por dicho señor con el Ministro de Correos y Telégrafos, documento en el cual el Ministerio reconoció el hecho referido en estos términos:

"PRIMERO. El Ministro de Correos, en nombre del Gobierno Nacional, reconoce que Holguín transportó desde Puerto Wilches hasta Bucaramanga, en el curso del año de 1927, la cantidad de DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS (276) rollos de alambre, remitidos de Puerto Wilches con libranza número 59 de 9 de mayo de 1927, entregados satisfactoriamente según pasaporte del mismo 9 de mayo de 1927, con peso total de catorce mil seiscientos noventa y cinco (14,695) kilogramos, sin que hasta la fecha el Gobierno le haya reconocido ni pagado ninguna suma por valor de tal transporte. SEGUNDO. El Ministro de Correos, en su carácter ya expresado y a nombre del Gobierno Nacional, reconoce también que Holguín transportó durante el citado año de 1927, entre Puerto Wilches y Bucaramanga doscientos veinte (220) bultos de materiales de telégrafos, con peso total de once mil novecientos cuarenta y seis (11,946) kilogramos, despachados de Puerto Wilches con libranza número 34 sin fecha y entregados satisfactoriamente de conformidad con el respectivo pasaporte, que junto con el mencionado en el punto primero de este reconocimiento se hallan en el Ministerio del Ramo, y por cuyo transporte el Gobierno no ha reconocido ni pagado ninguna suma".

El expresado contrato, de fecha 4 de mayo de 1928, aprobado por el Consejo de Ministros y por el Presidente de la República, no fue aprobado por el Congreso. Le faltó por consiguiente un requisito para su validez y no produjo ningún vínculo jurídico entre la Nación y el señor Holguín Arboleda. Por esta circunstancia, este último se vio en el caso de acudir a la justicia ordinaria para que se hiciera el reconocimiento del valor del servicio prestado a la Nación. Este proyecto de contrato no se trajo a los autos en copia para comprobar obligación alguna a cargo de la Nación, porque es obvio

que sin la aprobación del Congreso no producía efecto alguno; sino para comprobar los servicios prestados, por medio del reconocimiento explícito hecho por el señor Ministro de Correos y Telégrafos en las cláusulas transcritas, reconocimiento que aparece en el expediente corroborado por otras pruebas, como las notas del Ministerio de Correos y Telégrafos al Ministro de Industrias y al Presidente de la República y a los miembros del Consejo de Ministros, de fechas 11 y 28 de julio de 1928, respectivamente, y las declaraciones recibidas en el término de prueba de la segunda instancia.

El Tribunal estimó probado el servicio prestado por el señor Holguín Arboleda, conclusión que la Sala encuentra jurídica, de conformidad con lo que aparece de autos.

**Fundamentos de la sentencia del Tribunal**

El Tribunal como fundamento de la demanda dice que si está probado que fue el señor Holguín quien prestó el servicio y naturalmente a sus propias expensas, es lógico suponer que tiene el ejercicio de la acción **in rem verso**, pues si aparece que la Nación se benefició, merced al servicio prestado y a cargo del empobrecimiento de Holguín, es de equidad y justicia que se le reconozca al actor lo que hubiere gastado a favor de quien prestó el servicio. Más adelante agrega:

"Del estudio pormenorizado de los elementos probatorios hechos valer en el juicio por el demandante, se llega a la más completa convicción de que Holguín le prestó a la Nación el servicio de transporte de mercancías de su propiedad, y que tal servicio hasta hoy no le ha sido pagado; y como nadie puede enriquecerse a costa ajena con mengua del empobrecimiento de otro, y como la Nación no aparece ligada al demandante por un acto contractual, debe aplicarse la doctrina relativa al enriquecimiento sin causa, con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887 y que la jurisprudencia se ha encargado de establecer su fundamento, "delimitando el ámbito de su dominio, y precisando sus elementos constitutivos". (Casación, sentencia, noviembre 19 de 1936. G. J., Tomo XLIV).

"Es frecuente en la vida de los negocios entre particulares, y con alguna frecuencia entre particulares y entidades públicas, que el equilibrio del derecho se rompa por desplazamiento o disminución de su patrimonio con independencia de toda causa jurídica; y como no es tolerable que se anule el derecho por falta de determinados requisitos legales, la jurisprudencia se ha impuesto en los últimos tiempos, para atinar en el reconocimiento y triunfo de la justicia, cuando del proceso resalta la convicción completa, de que quien se presenta a reclamar de un derecho se halla respaldado por hechos incontrovertibles. En el caso que es materia de estudio, no falta ningún elemento de convicción que pueda poner en duda que el señor Jorge Holguín Arboleda le prestó un servicio al Estado, a sus propias expensas y que dicho servicio no le ha sido pagado".

**La doctrina del enriquecimiento sin causa**

Es norma fundamental del derecho dar a cada cual lo que le pertenece; y es su consecuencia la prohibición de enriquecerse sin causa a expensas de un tercero. La expresión de este ideal jurídico y moral fue reconocida y sancionada por el pueblo romano en diversos preceptos.

Muchas legislaciones han consagrado esta doctrina en los mandatos del derecho escrito. En otros países ha sido obra de la jurisprudencia la incorporación de este principio de equidad y de justicia en las instituciones del derecho.

El derecho moderno alemán marca en esta materia un progreso indudable. El artículo 812 del Código Civil establece el principio en la siguiente forma:

"Quien por una prestación, o de cualquier otro modo, realiza a costa de otro una adquisición sin causa jurídica, está obligado a restituírla. Esta obligación le incumbe igualmente cuando la causa jurídica desaparece, o cuando el resultado que según el contenido del acto jurídico constituía el fin perseguido por la prestación, no se produce".

Según el Código federal suizo de las obligaciones, éstas tienen su origen en los contratos, en los actos ilícitos, y en un enriquecimiento ilegítimo. Este Código consagra el enriquecimiento ilegítimo como generador de obligaciones y por lo tanto con existencia autónoma, en los artículos 62 a 67.

El Código Civil Japonés también consagra bajo la forma de una teoría general, el principio del enriquecimiento sin causa, en los artículos 704 y 708. Y con escasa variación el principio existe en las legislaciones rusas (Código Civil soviético, artículos 106, 399 y siguientes) y austriaca (artículos 1041 a 1043), consagrando esta última un principio general que no fue objeto de mayor reglamentación. (**Enriquecimiento sin causa**, Enrique Torino).

Por la falta en el derecho positivo francés de un principio general que regule el enriquecimiento, la doctrina ha recurrido allí a principios de derecho natural o de equidad, para la generalización de los casos legislados singularmente. El criterio de que esta acción se funda en la equidad natural, tiene su afirmación más autorizada en Pothier, para quien "la equidad natural sólo basta para producir una obligación civil y una acción".

También en Italia y en la Argentina el sostenimiento de la acción de **in rem verso** ha sido obra de la jurisprudencia y de la doctrina, a falta de disposiciones especiales en el derecho positivo.

La Corte de Casación Francesa dice que como "la acción de **in rem verso** derivando del principio de equidad que prohibe enriquecerse en detrimento de otro no ha sido reglamentada por ningún texto de nuestras leyes, su ejercicio no se somete a condición determinada alguna; siendo suficiente para su progreso que el demandante alegue y ofrezca establecer la existencia de una ventaja que por un sacrificio o un hecho personal habría procurado a aquel contra quien acciona".

Ernesto Vergniaud, en su obra **L' enrichissement sans cause**, estudiando las condiciones de admisibilidad de la acción **in rem verso**, enumera las cuatro siguientes: 1ª un enriquecimiento del demandado; 2ª un empobrecimiento del demandante; 3ª un vínculo de conexión entre el enriquecimiento del uno y el empobrecimiento del otro; 4ª la ausencia de todo derecho que permita al demandado conservar su enriquecimiento.

Esta Corte en varias sentencias ha reconocido la acción reparadora del enriquecimiento sin causa. En sentencia de fecha 19 de noviembre de 1936, dijo lo siguiente:

"A falta de una fórmula dogmática en nuestro Código Civil, como existe, tanto en las legislaciones suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuentes de obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5º, 8º y 48 de la ley 53 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1935, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elementos constitutivos.

"El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro.

"Los casos especiales de enriquecimiento sin causa contenidos en nuestro Código Civil, notoriamente en lo referente al pago de lo no debido, no destruyen la unidad de esta noción de derecho, fuente de obligaciones, por cuanto que las aludidas normas de aquella obra divergen sólo en las particularidades de esos casos.

"Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

"1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

"2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

"Es necesario aclarar que la ventaja del

enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

"Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

"El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

"3º Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.

"En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

"4º Para que sea legitimada en la causa la acción de **in rem verso**, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito o de las que brotan de los derechos abslutos.

"Por lo tanto, carece igualmente de la acción de **in rem verso** el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

"5º La acción de **in rem verso** no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

"El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo. Sobre la base del empobrecimiento sufrido por el demandante, no se puede condenar sino hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado". (**Gaceta Judicial**, Nos. 1918 y 1919, página 474).

Conforme a lo expuesto anteriormente, en el caso que se estudia concurren los elementos que caracterizan el enriquecimiento injustificado. La doctrina de los autores ha establecido que se puede acordar la acción de enriquecimiento sin causa, a fin de subsanar situaciones de hecho ya producidas, como, por ejemplo, cuando se hace por otro una prestación de servicios.

Cuando un patrimonio se beneficia o aumenta a costa de otro patrimonio, hay enriquecimiento del primero y empobrecimiento del segundo. En el caso de autos, la Nación se benefició con el trasporte de elementos de su propiedad y el demandante hizo las erogaciones necesarias para el trasporte, sin que se le hayan reembolsado por la parte beneficiada. Se ha considerado como empobrecimiento, toda pérdida o disminución sufrida por el patrimonio de una persona, situación que se ha traducido en un enriquecimiento injustificado del patrimonio de otra. Sobre el particular la jurisprudencia francesa y autores como Ripert y Teisseire, han avanzado hasta el punto de sostener que basta sólo la ventaja obtenida, "fuera de toda idea de empobrecimiento".

También concurre en el caso estudiado la relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. La situación se presenta relativamente sencilla, pues solamente hay dos intereses que conciliar: el de la Nación y el del demandante.

El enriquecimiento de que se ha tratado en este negocio es injustificado, porque en él hay ausencia de causa jurídica. Por consiguiente, es procedente la sentencia del Tribunal, que acoge los hechos expuestos en la demanda y suficientemente comprobados, como fundamentos de la acción **in rem verso.**

Por las razones que se han expresado, no pueden prosperar las excepciones propues-

tas por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

La cuarta petición de la demanda no fue aceptada por el Tribunal, porque el precio reconocido en el convenio celebrado con el Gobierno no fue admitido por el representante de la Nación en el juicio; pero como en subsidio se pidió que se señalara por medio de peritos el valor del transporte, la sentencia acoge el dictamen de los peritos. Este proceder es legal en concepto de la Sala, de conformidad con el inciso 1º del artículo 721 del C. J., por tratarse de un dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado.

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 declara no probadas las excepciones propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil en este juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## EXCEPCIONES

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos treinta y nueve.

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

La Recaudación de Hacienda Nacional de Sogamoso reconoció a favor de la Nación y a cargo de la Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama la suma de $ 1,321.46, por impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1933. Fundada en este reconocimiento, la recaudación mencionada libró mandamiento ejecutivo contra la Compañía por la cantidad expresada y por los intereses y costas, con fecha once de febrero del año pasado.

El señor Jorge Archila Reyes, a quien se notificó el auto ejecutivo como Gerente de la Compañía citada, propuso las excepciones de carencia de acción, error de cuenta y en consecuencia, falta de título para demandar, e inexistencia de la obligación tal como se demanda. El incidente fue enviado a esta Sala, donde se procede a fallarlo, terminada como está la tramitación legal correspondiente.

La Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama, presentó su denuncio de la renta correspondiente a 1933, pero no fue aceptado por la Administración de Hacienda Nacional de Boyacá, oficina que se apartó de él e hizo la calificación respectiva y la fijación del impuesto, aplicando a la entidad denunciante una multa del doble del impuesto por considerar que hubo omisión de la renta. No hay en autos dato alguno sobre los motivos que tuviera la Administración para hacer la calificación de la renta en la forma indicada y para desechar el denuncio dado por la Compañía de acuerdo con sus balances. Fue denunciada como renta bruta en el año de 1933, la suma de $ 10,068.20; como gastos o expensas del negocio, la suma de $ 8,228.19, y como renta líquida gravable, la cantidad de $ 1,840.01.

El excepcionante dice lo siguiente en su memorial:

"La Administración de Hacienda Nacional de Tunja desconoció por completo el denuncio de la Compañía, y para deducir el impuesto que se cobra en este juicio, hizo lo siguiente:

"(1) No reconoció a la Compañía la partida de $ 8,228.19 que representa el monto de los gastos de administración y conservación que la Empresa verificó durante el año gravable.

"(2) No reconoció a la Compañía la suma de $ 154.65 que representa el valor de los materiales invertidos por la Empresa en reparaciones durante el mismo año gravable.

"(3) Computó como cuentas gravables, por la suma de $ 8,646.35, las que en los balances presentados aparecen con los nombres de 'Dividendos', 'Fondo de Reserva', 'Utilidades Invertidas' y 'Utilidades por Repartir', acumulando dicha suma a la renta bruta de la Empresa, para cobrar sobre ambas o sea un total de $ 18,714.55 el impuesto de renta relativo al año en referencia.

"(4) Impuso además una multa del ciento por ciento a la Compañía, basándose en que había habido ocultación de utilidades en el denuncio presentado por ella.

"Con el procedimiento que dejo anotado en los puntos enumerados la Administración de Hacienda Nacional de Tunja consiguió hacer subir el monto del impuesto de la Compañía en el mencionado año de 1933 a la suma de $ 1,321.46, según el cómputo de liquidación que le fue pasado a la Empresa, con fecha 16 de noviembre de 1934, con lo cual casi quedó copada en su totalidad la ganancia obtenida por la Compañía en el primero de los años, que es materia del presente litigio. Por demás es hacer resaltar esta enorme injusticia que priva a

los accionistas de la Compañía, de algo más de las dos terceras partes de la utilidad que obtuvieron en el año discutido, utilidad que pretende el Gobierno hacer pasar a sus manos, mediante el cómputo errado hecho por la Administración de Hacienda Nacional de Tunja".

Con relación a los puntos 1º y 2º, se observa que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 81 de 1931 que regía en la época en que se hizo el denuncio, se debían hacer como deducciones de la renta bruta las expensas ordinarias pagadas o causadas durante el año gravable en el manejo de cualquier comercio o negocio, lo mismo que una cantidad razonable por depreciación causada por desgaste o rotura de la propiedad mueble o inmueble, usada en el comercio o negocio. Por consiguiente, se apoyan en la ley las deducciones propuestas por la Compañía y que fueron rechazadas por la entidad encargada de hacer la liquidación.

Sobre el cómputo como cuentas gravables, por la suma de $ 8,646.35, las que en los balances presentados aparecen con los nombres de "Dividendos", "Fondo de reserva", "Utilidades invertidas" y "Utilidades por repartir", acumulando dicha suma a la renta bruta de la empresa, para cobrar sobre el total el impuesto, se anota que en autos figura un telegrama procedente del Ministerio de Hacienda que desautoriza el procedimiento de la oficina recaudadora. Es el siguiente, que se trajo al juicio durante el término de prueba, en copia expedida por el Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales:

"Gerente Compañía Eléctrica, Sogamoso. 9365.—Suyo del 29. — Impuesto renta sólo grava saldo favorable cuenta 'Pérdidas y Ganancias'. Al cancelarse dicha cuenta por cuentas accidentales denominadas en nomenclatura contabilidades: 'Dividendos', 'Fondos de reserva', 'Utilidades por repartir', etc., tales cuentas no pueden ser gravadas puesto que ya lo fueron al computarse dentro del saldo crédito de la cuenta de 'Pérdidas y Ganancias'. Servidor, (fdo.) **Antonio Barrera Parra,** Subjefe de rentas nacionales'.

La multa de que trata el punto cuarto del memorial del excepcionante, es, por tanto, ilegal, porque el denuncio fue dado de conformidad con las normas señaladas por la ley sobre la materia.

Durante el término de prueba se practicó por el Juez Primero Civil del Circuito de Sogamoso una inspección ocular con asocio de peritos en los libros de la Compañía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama, por comisión de la Sala y a petición del apoderado del excepcionante, doctor José del Carmen Mesa. En ella se hizo constar por el Juez que los libros de la Compañía se abrieron en legal forma y son llevados correctamente. Los peritos, señores Marco Antonio Aulí y Gustavo Avella, dijeron lo siguiente:

"**Primer punto, letra A):** Comprobamos que el movimiento general de la cuenta de Pérdidas y Ganancias de la Compañía en el año de que se trata, o sea en el de 1933, arroja un total de $ 10,068.20 de renta bruta, y un total de $ 8,228.19 de erogaciones o gastos, de tal manera que la primera partida quedó afectada directamente con la segunda para efectos de las utilidades o ganancias obtenidas por la empresa en el referido lapso.

"**Segundo punto letra B):** Hecha la deducción de los gastos ocasionados en el año por la suma de $ 8,228.19 al total de la renta bruta o sea a la partida global de $ 10,068.20, aparece con claridad absoluta que la renta líquida o utilidad de la Compañía en el año de 1933 fue la suma de $ 1,840.01, la cual está de acuerdo con el balance de 31 de diciembre del citado año, el que tuvimos a la vista y estudiamos debidamente para su respectiva comprobación.

"**Tercer punto, letra C):** Las sumas que en los balances de la Compañía aparecen a cargo de las cuentas de Dividendos, Fondo de Reserva, Utilidades Invertidas y Utilidades por Repartir, son beneficios de la Compañía, obtenidos en años anteriores al de 1933, lo que pudimos comprobar plenamente examinando el balance general de 31 de diciembre de 1932, en el cual existían ya dichas cuentas con crecidos saldos que fueron los mismos que pasaron a formar parte del dato numérico con que se abrie-

ron las cuentas al iniciarse las operaciones en el año siguiente o sea en el de 1933. De lo dicho se desprende que los saldos de las mencionadas cuentas de Dividendos, Fondo de Reserva, Utilidades Invertidas y Utilidades por Repartir, no forman parte de la liquidación de utilidades de 1933 a que se refiere la parte final de este punto sometido a nuestro estudio.

"Cuarto punto, letra D): La partida de $ 2,068.00 que aparece en el balance de 30 de junio de 1933 a cargo de la cuenta de Dividendos, no es una utilidad obtenida por la Compañía en el primer semestre de dicho año, sino una deuda exigible a la Compañía, por parte de los socios, pues representa dividendos de años anteriores que se les estaban debiendo.

"Quinto punto, letra E): La partida de $ 962.00 que aparece en el balance de 31 de diciembre de 1933 a cargo de la cuenta de Dividendos, quiere decir sencillamente que de los $ 2,068.00 que la Compañía debía en 30 de junio de dicho año, por concepto de utilidades anteriores a 1933 y que estaba obligada a pagar a los socios, pagó en efecto en el curso del segundo semestre o sea de julio a diciembre, la suma de $ 1,106.00, por lo cual esta deuda o carga social de la Compañía quedó reducida en 31 de diciembre de 1933 a la suma redonda de $ 962.00 como resto de los dividendos o utilidades pendientes por pagar todavía a los socios, pero todo en relación, como ya lo hemos hecho ver, a saldos anteriores al año de 1933, tántas veces mencionado.

"Sexto punto, letra F): Los libros de la Compañía están debidamente registrados y legalizados con las correspondientes estampillas y están llevados en forma comercial y correcta.

"Séptimo punto, letra G): Este punto lo consignamos y aclaramos, mediante el estudio hecho sobre los libros, de la manera siguiente: del año de 1932 pasaron al de 1933 las cuentas de Dividendos, Fondo de Reserva, Utilidades Invertidas y Utilidades por Repartir, con un total, sumadas las cuatro cuentas enunciadas, de $ 7,189.05, suma que se modificó dentro del curso de 1933 con la distribución de utilidades del 2º semestre de 1932 que estaba pendiente y que se hizo según el art. Nº 11 del folio 90 del Diario General, tomo 3º; y con los pagos hechos por la cuenta de Dividendos, de que hemos hablado en el punto 5º, dando por resultado el que estas cuentas aparezcan en los balances generales de 30 de junio y 31 de diciembre de 1933, sumadas todas ellas, con la partida global de $ 8,646.35, que es a la que se refiere la pregunta. De todos modos, por el examen que hemos hecho, deducimos y comprobamos y así lo hacemos constar una vez más, que la partida o partidas que en los balances de la Compañía figuran a cargo de las Cuentas de Dividendos, Fondo de Reserva, Utilidades Invertidas y Utilidades por Repartir, que la Administración de Hacienda Nacional de Tunja, tomó como parte de las utilidades de 1933, no corresponden a utilidades de dicho año, sino que se relacionan a años anteriores.

"Octavo punto, letra H): Los saldos o partidas que en los balances de la Compañía aparecen a cargo de las cuentas de Dividendos, Fondo de Reserva, Utilidades Invertidas y Utilidades por Repartir, representan, de acuerdo con todo lo dicho a este respecto, la distribución dada por la Compañía a las ganancias obtenidas en años anteriores al de 1933".

El dictamen anterior, que hace plena prueba, deja suficientemente explicado el asunto y acredita la veracidad del denuncio dado por la Compañía ejecutada. Correspondía al excepcionante suministrar la prueba de los hechos fundamentales de su demanda y esa prueba surge de la inspección ocular practicada en los libros de contabilidad, los cuales están registrados y se han llevado de conformidad con las prescripciones de la ley. Es el caso, por consiguiente, de declarar probada la excepción de error de cuenta.

El señor Procurador Delegado en lo Civil rechazó la prueba de la inspección ocular, porque el nombramiento de los peritos hecho por el Juez comisionado, no se puso en conocimiento de las partes para los efectos de los artículos 708 y 709 del C. J. porque no se notificó el auto en que se fijó día pa-

ra la diligencia; y porque no se le dio intervención al perito designado por la Nación.

Las razones alegadas por el señor Procurador, no son suficientes para desestimar la prueba de la inspección ocular, por las razones siguientes:

En auto de fecha 19 de julio de 1938, se facultó al Juez comisionado para la práctica de la inspección ocular, para nombrar y posesionar los peritos, de conformidad con el artículo 714 del C. J. Este auto fue notificado al señor Procurador, quien lo consintió y quedó por tanto ejecutoriado.

En memorial de fecha 22 de julio siguiente, el señor Procurador designó al señor Carlos Arenas James como perito de la Nación, y en providencia de primero de agosto se mandó tener al señor Arenas como tal y se ordenó darle posesión.

Así las cosas, correspondía al representante de la Nación obtener la concurrencia del perito a la diligencia y no hay constancia de que sobre el particular se hubiera hecho ninguna manifestación al Juez comisionado, el cual tenía facultad para nombrar y reemplazar los peritos y darles posesión.

El Juez hizo el nombramiento según los términos de la comisión y de acuerdo con el artículo 706 del C. J. Es obvio que si la parte interesada tenía motivos para tachar los peritos o para objetar el dictamen, había podido hacerlos valer durante el término del traslado de aquél, en la forma legal, traslado que se corrió por la Sala, para corregir una omisión del proceso, el siete de febrero pasado.

Las irregularidades que hubieran podido cometerse por el Juez comisionado, no invalidan la diligencia, que hace plena prueba, de conformidad con los artículos 722 y 730 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, declara probada la excepción de error de cuenta, propuesta por el ejecutado señor Jorge Reyes Archila, como representante de la Compañía Eléctrica de Sugamuxi. La oficina recaudadora respectiva al hacer la nueva liquidación del impuesto correspondiente a la entidad mencionada sobre la renta del año de 1933, tendrá como base el denuncio de $ 1,840.01 de renta líquida, hecho por la Compañía de acuerdo con sus libros de contabilidad y con sus balances.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase a la oficina de origen.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo — Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

NULIDAD

**1. El Código de enjuiciamiento hace de los motivos de nulidad una clasificación exhaustiva y erige tan sólo como tales aquellos hechos que constituyen un evidente quebrantamiento de las normas procesales básicas o desconozcan el legítimo derecho de las partes a su defensa. La nulidad por falta de citación o emplazamiento obedece a este último principio. Indudablemente una actuación que se adelanta sin que a ella se llamen las personas contra quienes va dirigida, no debe mantenerse. En el caso de autos no existe la nulidad que vio el Tribunal sentenciador por no haberse violado el derecho de defensa de una de las partes.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre siete de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por auto fechado el 29 de septiembre último, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad declaró nulo lo actuado en el juicio ordinario que adelanta la Nación contra los comuneros de Apiay, a partir del emplazamiento de fecha 13 de marzo de 1936.

Conoce la Sala en virtud de apelación interpuesta contra tal providencia por el apoderado especial de la Nación.

Motiva la declaratoria de nulidad, a juicio del Tribunal, el hecho de que los demandados no han sido citados o emplazados en forma legal, incurriéndose, por tanto, en la causal que prevé la regla tercera del artículo 448 del C. J. Y esto porque la demanda se establece contra los causahabientes de Vicente y Jacinta Rey y el edicto emplazatorio citó a los sucesores de Vicenta y Jacinta Rey. El Tribunal admite la posibilidad de que se trate de un simple error tipográfico, pero considera que el cambio de la letra e por la a, en el nombre de Vicente, lleva consigo el cambio de sexo de las personas "lo cual no deja de tener importancia en cuanto se refiere a la titulación presentada en el juicio".

Se observa:

Los demandados en esta acción son personas inciertas. Ella se dirige contra los comuneros de Apiay, esto es, los que pretenden dominio sobre el globo materia del pleito.

Como en el libelo afírmase que se ignoraban sus nombres, número y domicilio, se dio aplicación a lo dispuesto por el artículo 317 del C. J. y se les citó en la forma allí prevenida. La Secretaría del Tribunal cometió el error de insertar en el edicto el nombre de VicentA en lugar de VicentE y con el mismo lapsus se hicieron las publicaciones en el Diario Oficial.

Por ello el Tribunal considera que el emplazamiento no se verificó legalmente y que en tal virtud existe una causal de nulidad.

No es esa la opinión de la Sala. Una declaratoria de tal naturaleza, de tan graves consecuencias en los juicios, no puede fundarse en la aplicación formalista de los textos y únicamente en su literalidad. El principio directivo de nuestra legislación en materia de nulidades se informa en un criterio de excepción; es muy claro el propósito de la ley de dar respeto y seriedad a las actuaciones judiciales, otorgándoles la necesaria firmeza. Con ello evita el inútil prolongamiento de los litigios y da certidumbre al reconocimiento de los derechos sustantivos. De ahí que el Código de enjuiciamientos haga de los motivos de nulidad una clasificación exhaustiva y erija tan sólo como tales aquellos hechos que constituyen un evidente quebrantamiento de las normas procesales básicas o desconozcan el legítimo derecho de las partes a su defensa.

La nulidad por falta de citación o emplazamiento obedece a este último principio. Indudablemente una actuación que se adelanta sin que a ella se llamen las personas contra quienes va dirigida, no debe mantenerse. Pero en el negocio que se examina no aparece que tal derecho de defensa haya sido vulnerado. En efecto: Fueron deman-

lados los causahabientes de VicentE y Jacinta Rey, la demanda se admitió contra ellos y el curador la ha contestado en nombre de los mismos. Y aunque el emplazamiento fue hecho con el error tipográfico del cambio de la letra final en el nombre Vicente, en virtud de aquél se presentaron al proceso tres interesados: los señores Sergio Convers, Vicente Vadillo y Adriano Carrillo Pérez. Todos los hicieron en su calidad de comuneros en Apiay. El segundo de los nombrados expresó que se presentaba de conformidad con el edicto emplazatorio y el último manifestó expresamente derivar título de Vicente Rey. Asímismo, la señora Alejandrina Romero de Pabón se dirigió al Tribunal, como interesada en la comunidad, y formuló en su propio nombre "y como fiel intérprete de numerosos familiares", solicitud sobre concesión de un término prudencial para la presentación de documentos que acreditasen su personería.

Como se ve, la irregularidad que el Tribunal anota no trajo consigo ningún perjuicio a los derechos de los interesados. Habiéndose presentado varios, es obvio que la citación o emplazamiento cumplió la finalidad que con ella persigue la ley: el que los demandados se apersonen en el juicio que se les promueve.

Lo anterior demuestra que no ha habido en la actuación la nulidad que se pretende. Y aún, en el supuesto de que ella hubiese existido no puede alegarse porque la norma contenida en el artículo 450 del C. J. impide el que prospere nulidad fundada en la dicha falta de emplazamiento o citación, cuando las personas que debieron ser citadas o emplazadas han representado en la causa sin reclamar la nulidad, como en el presente caso ha sucedido con algunos de ellos.

Por todo lo cual ha de revocarse el auto recurrido, como en efecto lo revoca la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, la que en lugar de aquél dispone que no hay lugar a declarar la nulidad observada y que se prosiga la actuación.

Notifíquese y cópiese.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo — Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

SOLICITUD DE REPOSICION DEL AUTO ANTERIOR.—NO SE ACCEDE A ELLA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero tres de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El curador de los demandados ausentes en el pleito que agita la Nación contra los comuneros de Apiay, pide reposición del auto de fecha 7 de diciembre último, que revocó la providencia objeto de la apelación.

Manifiesta el señor abogado que los razonamientos de la Corte acerca de la no existencia de la causal de nulidad son extemporáneos, pues ya está ejecutoriado el auto que puso en conocimiento de las partes dicha nulidad y, por consiguiente, quedó resuelto en firme que existe el vicio anotado. Y estime que el único punto sujeto a la decisión de la Corte es el de establecer si tal nulidad fue allanada o nó, y que no habiéndolo sido, procede la confirmación de la providencia recurrida.

Observa la Sala:

Por auto de fecha 10 de mayo pasado el Tribunal de Bogotá ordenó poner "en conocimiento de los causahabientes de Vicente Rey, personas inciertas, la causal de nulidad anotada y que consiste en no habérseles citado ni emplazado en forma legal en el presente negocio, para que manifiesten lo que estimen conveniente".

Dentro del término de su ejecutoria, el apoderado de la Nación se opuso a que se declarara la nulidad, alegando que ella no existía y solicitó que así lo resolviese el Tribunal.

Este, en auto fechado el 29 de septiembre, después de analizar las alegaciones de dicho apoderado las desechó por no estimarlas suficientes, y expuso sus consideraciones a favor de la existencia del vicio. La parte dispositiva de la providencia dice: "En vista de las razones expuestas, y teniendo en cuenta que las partes guardaron silencio en cuanto a la ratificación de lo actuado, lo cual da a entender que no ratifican (art. 455 del C. J.), se declara nulo lo actuado en el presente juicio desde el emplazamiento de fecha 13 de marzo de 1936 en adelante hasta el auto de diez de mayo del corriente año (1938). Condénase en la mitad de las costas al Magistrado responsable..."

Esta última providencia es la recurrida.

La Sala ha querido detallar estos antecedentes para poner de manifiesto cuál es precisamente la materia sujeta a la apelación.

El primer auto se limitó a poner en conocimiento de los causahabientes de Vicente Rey la existencia de una causal de nulidad, pero no declaró nulo el proceso ni hizo condenación en costas, como lo prevé el artículo 458 del C. J. Es obvio que esta providencia no contiene una decisión definitiva sobre materia tan grave; ella no puede tener objeto distinto del natural de advertir a las partes la creencia o apreciación del juzgador sobre la existencia de una informalidad que puede viciar la actuación. El representante de la Nación se opuso a que prosperáse la nulidad y adujo varios argumentos para sostener su tesis. En el auto recurrido, el Tribunal, como se ha visto, rechazó tales razonamientos y expresó otros que, a su juicio, eran suficientes para demostrar la existencia de la causal de que se trata y declaró expresamente nulo lo actuado, señaló precisamente la parte del proceso que debía anularse e hizo la condenación en costas. Al revisar la Corte, en grado de apelación, este proveído, es claro que tiene facultad para pronunciarse sobre la existencia o inexistencia de la nulidad que en él se declara, señala y sanciona, ya que estas declaraciones tan sólo se hicieron en la última providencia y no en la primera.

La Sala estima que la mera enunciación que se ha verificado de los hechos procesales, constituye razón suficiente para no acceder, como no accede, a la reposición solicitada.

Notifíquese y cópiese.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández**, Srio. en ppdad.

RENDICION DE CUENTAS.—BIENES DE LOS DEPARTAMENTOS.—CESION

**1.—Los Departamentos que reemplazaron a los antiguos Estados Soberanos sucedieron a éstos en su personalidad político-administrativa y en su personalidad civil, conforme al artículo 4º de la Constitución de 1886, en consonancia con el 188 de la misma. — 2.— La inexistencia del Departamento del Tolima fue muy breve, del 1º de enero de 1909 al 1º de abril de 1910; fecha en que por la ley 65 de 1909 se restableció la división territorial que existía en el país el 1º de enero de 1905; es decir, el 1º de abril de 1910 nació a la vida nuevamente el extinguido Departamento del Tolima. El artículo 6º de dicha ley le otorgó a ese Departamento, al nacer en 1910, un patrimonio que se señaló en la ley diciéndose que lo integraban los bienes que le pertenecían en 31 de diciembre de 1904. — 3.—La aceptación de la cesión puede ser también tácita, y resultar de la ejecución que al convenio se le dé por las partes contratantes. Es obvio que si una de ellas, la que puede reclamar el cumplimiento de un requisito legal, como el de la notificación a ella de la cesión o el de la aceptación respecto del traspaso, no lo hace, y al contrario reconoce en la práctica la cesión, por actos de entendimiento o relación con el cesionario, resulta superfluo agregar, a esa aceptación clara, aunque tácita, el acto de la aceptación expresa. — 4.—Los actos ejecutados por sociedades extranjeras en el país quedan sometidos a las leyes colombianas. — 5.—La constitución en mora, en virtud de requerimiento, es fenómeno distinto e independiente a la deducción en juicio de la obligación de rendir cuentas. Esta última puede ejercitarse sin que el requerimiento haya procedido a la demanda. Las normas que regulan el uno y la otra son diferentes. No es, por tanto, jurídico subordinar la rendición de cuentas a los efectos del requerimiento.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán)

El Departamento del Tolima, por medio de apoderado, propuso contra la Compañía denominada The Dorada Railway Company la demanda que en su parte expositiva y petitoria reza:

"1º. El siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno (1881) se celebró un contrato entre el Estado Soberano del Tolima y el señor Francisco J. Cisneros sobre construcción y explotación de la obra conocida con el nombre de Ferrocarril de la Dorada, en cuyo artículo 2º, modificación 4ª, se estipuló lo que se copia en seguida: 'En compensación de las concesiones que se hacen por este contrato, Cisneros o sus cesionarios se comprometen a pagar al Estado Soberano del Tolima desde el día primero de agosto de mil ochocientos ochenta y tres (1883) cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos de peso de las que transiten por el Ferrocarril, y si se considera necesario, el Gobierno del Estado Soberano del Tolima mantendrá un empleado que costeará y nombrará libremente para que inspeccione el movimiento del trasporte por el Ferrocarril'.

2º The Dorada Railway Co. es sucesora actual de The Dorada Extension Railway Co., por virtud de lo que consta en los documentos protocolizados por la escritura número doscientos ochenta y tres (283) de veinticuatro de marzo de mil novecientos veintiocho (1928) de la Notaría de Honda, con domicilio, capital y demás puntos que eran propios de su antecesora.

3º The Extension Railway fue constituída a virtud de los documentos protocolizados bajo el número novecientos sesenta y uno (961) de diez y nueve de noviembre de mil novecientos seis (1906) de la Notaría de Honda. Dicha sociedad había sido organizada en Londres ante el Notario Henry W. Woodbridge, de acuerdo con las leyes inglesas de mil ochocientos sesenta y dos (1862) a mil novecientos (1900), y le fue reconocida personería jurídica en Colombia por Resolución ejecutiva de 21 de septiembre de 1907, publicada en el **Diario Oficial** Nº 13074 de 27 de los mismos mes y año.

4º The Dorada Extension Railway Limited adquirió por cesión que le hizo The Dorada Railway Co. Limited la Empresa del Ferrocarril de la Dorada, viniendo a quedar subrogada en todos sus derechos y obligaciones, según escritura número mil novecientos veintinueve (1929) de veinticuatro de octubre de mil novecientos cinco (1905) de la notaría 5ª del circuito de esta ciudad, cláusula número veintiséis (26).

5º La primitiva Compañía denominada The Dorada Railway Co. Limited había adquirido la Empresa del Ferrocarril de la Dorada, con todos sus derechos y cargas por aporte que a ella hicieron el concesionario Francisco J. Cisneros y el señor José Germán Ribón. El aporte se hizo al organizarse la Compañía como consta en el instrumento número seiscientos sesenta y siete (667) de doce de septiembre de mil ochocientos ochenta y ocho (1888) de la notaría de Honda.

6º Francisco J. Cisneros cedió a Ribón Castro Co. la mitad de los derechos que le había otorgado el contrato de concesión para construír el Ferrocarril. Estos derechos pasaron luégo a ser propiedad de José Germán Ribón. Y como acaba de verse Cisneros y Ribón aportaron la totalidad de esos derechos al organizarse The Dorada Railway Co.

7º El actual Departamento del Tolima es sucesor del antiguo Estado Soberano del Tolima. Y la ley 65 de 1909 ordenó devolver a los Departamentos los bienes que les pertenecían en treinta y uno de diciembre de mil novecientos cuatro.

8º Por no haber pagado el sucesor del concesionario suma alguna al Departamento del Tolima, como participación correspondiente a la estipulación contenida en el contrato de siete de junio de mil ochocientos ochenta y uno (1881) a que se refiere el hecho primero de esta demanda, aquella entidad, o sea el Departamento demandó en juicio ordinario a The Dorada Extension Railway Limited en escrito de 29 de octubre de 1923. La demanda tenía por objeto no sólo obtener el pago de las participaciones estipuladas, sino obtener algunas otras declaraciones relacionadas con el mismo contrato de concesión.

9º En sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos treinta (1930) la Corte Suprema de Justicia condenó a la Compañía demandada a pagar al Departamento del Tolima, previo el correspondiente juicio de cuentas, la participación demandada, durante el lapso transcurrido entre el nueve de diciembre de mil novecientos tres (1903) y el nueve de diciembre de mil novecientos veintitrés (1923), fecha de la notificación de la demanda, e hizo otras declaraciones sobre puntos que fueron materia del debate, como lo acredita la copia autenticada de dicha sentencia, adjunta a este escrito.

10º Como consecuencia de este fallo el Departamento del Tolima pidió que se declarara judicialmente que The Dorada Railway Co. debía rendir cuentas comprobadas de la carga transportada en el Ferrocarril de la Dorada desde el nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés, y previa la tramitación legal correspondiente obtuvo el Departamento la declaración pedida. Posteriormente se inició el incidente relativo a la exhibición de las mencionadas cuentas, el cual está actualmente sustanciándose.

11º Como las acciones a que acabo de aludir se refieren al período comprendido entre el nueve de noviembre de mil novecientos tres (1903) y el nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés (1923) es procedente la acción que por este escrito instauro, referente a la rendición de cuentas entre el tiempo transcurrido entre el diez de noviembre de mil novecientos veintitrés y la fecha en que esta demanda sea notificada.

12º La Compañía contra quien se dirige esta demanda ha trasportado carga en la Empresa de trasportes férreos conocida con el nombre de Ferrocarril de la Dorada, en el lapso a que se contrae esta demanda, según aparece de las posiciones absueltas por el representante de dicha Compañía, las cuales en copia debidamente autorizada incluyo junto con esta demanda.

Fundado en los hechos que acabo de exponer, cuya prueba en lo pertinente agrego a este libelo, demando a nombre del Departamento del Tolima a la Compañía denominada The Dorada Railway Co., socie-

dad inglesa domiciliada en Londres y en Bogotá, para que rinda cuentas comprobadas al expresado Departamento de la carga trasportada en el Ferrocarril de la Dorada desde el diez de noviembre de mil novecientos veintitrés (1923) hasta el día en que se notifique esta demanda. En dichas cuentas debe expresarse el saldo líquido que corresponde al Departamento del Tolima en la explotación del Ferrocarril de la Dorada, a razón de cinco centavos por carga trasportada de ciento cincuenta kilogramos de peso. Al liquidarse la participación mencionada deberán computarse sobre las sumas líquidas los intereses al seis por ciento (6%) anual a favor de la entidad que represento, desde el día 3 de noviembre de 1933, fecha en que fue requerida la compañía, hasta el día del pago".

En derecho se fundó la demanda en la ley 65 de 1909, artículos 1º y 6º, y en los artículos 50 y 51 del Acto Legislativo número 3 de 1910.

El apoderado de la Compañía contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones pedidas en ella, proponiendo la excepción perentoria de extinción de la obligación principal, y manifestando en cuanto a los hechos lo siguiente:

"Al punto primero. Es cierto.

Al punto segundo. No es rigurosamente cierto.

Al punto tercero. Son ciertos los hechos que ahí se afirman.

Al punto cuarto. No es rigurosamente cierto. No se menciona en la demanda todo lo que hay en el particular.

Al punto quinto. No es rigurosamente cierto.

Al punto sexto. Es cierto.

Al punto séptimo. No es cierto.

Al punto octavo. Es cierto lo que se afirma; pero que la Compañía no fue demandada para que rindiese cuentas.

Al punto noveno. Es cierto; pero donde la sentencia dice "previo el correspondiente juicio de cuentas" no se hizo condenación a rendir cuentas".

Al punto décimo. Es cierto. Agrego: la sentencia de la Corte vino a ser desnaturalizada con la interpretación absurda que le dio la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia que funcionó hasta el mes de abril del año en curso.

Al punto undécimo. No es cierto lo que ahí se afirma.

Al punto duodécimo. Es cierto; pero lo que se llama hoy Ferrocarril de la Dorada no es lo a que se refiere el contrato celebrado entre don Francisco J. Cisneros y el Estado Soberano del Tolima.

Alego, como está dicho, no tener la Compañía demandada obligación de rendir cuentas, niego ser el Departamento del Tolima el acreedor y opongo la excepción perentoria de extinción de la obligación principal".

El Tribunal desató el litigio en la primera instancia por medio del fallo de 3 de agosto de 1938, que en su parte resolutiva dispone:

"Primero. Condénase a la Compañía denominada hoy The Dorada Railway Co., sociedad inglesa domiciliada en Londres y en Bogotá, a rendir cuentas comprobadas al Departamento del Tolima de la carga transportada en el Ferrocarril de La Dorada desde el diez de noviembre de mil novecientos veintitrés (1923) hasta el veinticuatro de octubre de mil novecientos treinta y cinco (1935), fecha en que se notificó la demanda al representante de la parte demandada. En dichas cuentas debe expresarse el saldo líquido que corresponde al Departamento del Tolima en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, a razón de cinco centavos por cada carga transportada de ciento cincuenta kilogramos de peso.

Segundo. Condénase también a la Compañía demandada a pagar los intereses del seis por ciento anual (6%), a favor del Departamento del Tolima, sobre las sumas líquidas que resulten desde el día tres (3) de noviembre de mil novecientos treinta y tres (1933), fecha en que aparece que fue requerida la Compañía para el pago de dichas sumas, hasta cuando el pago se verifique.

Tercero. Dichas cuentas deben rendirse en el término de dos meses contados en caso de apelación de la presente resolución, como lo indica el artículo 1123 del Código Judicial.

Cuarto. Decláranse no probadas las excepciones propuestas.

Sin costas".

El señor apoderado de la Compañía apeló del fallo y concedido el recurso y tramitado, el negocio se halla en estado de recibir sentencia de esta Sala de la Corte.

### Fundamento del fallo apelado

Al estudiar el Tribunal la personería de las partes en el juicio se refiere a los fallos dictados por el propio Tribunal y por la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, con fechas 5 de octubre de 1927 y 4 de noviembre de 1930, que pusieron término al juicio ordinario seguido por el Departamento del Tolima contra The Dorada Extension Railway, Limited, sobre pago de participaciones estipuladas por causa del transporte de carga en el mencionado Ferrocarril, y refiriéndose en particular a la decisión de la Corte, dice: "Siendo el presente juicio sostenido entre las mismas partes que actuaron en el anterior, y siendo la misma excepción la que se ha propuesto, es lógico aceptar como doctrina lo que sobre el particular dice la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, tanto más que no se han traído al debate argumentos nuevos tendientes a demostrar lo contrario".

En cuanto a la excepción de la Compañía sobre extinción de la obligación principal que se le demanda, la de rendir cuentas al Departamento del Tolima, basada en que el contrato de 29 de diciembre de 1905 exoneró a la Empresa de sus obligaciones para con el Departamento, observa asímismo el Tribunal cómo este punto fue tratado en la sentencia aludida de la Corte Suprema, donde se llegó a la conclusión de que la compensación establecida en tal contrato no era medio idóneo para que la Nación dispusiera del crédito del Departamento, pues la Compañía nada daba a la Nación a cambio de la obligación que le remitía, ya que The Dorada Railway Company, Limited, no era acreedora de la Nación el 9 de diciembre de 1905, porque dicha sociedad había cedido por contrato anterior, de 24 de octubre del mismo año, y con autorización del Gobierno, a The Dorada Extension Railway, Limited, el activo y pasivo de la Compañía, y entre el activo tenía que encontrarse, puesto que no se hizo excepción alguna, el crédito de la Empresa contra la Nación por indemnización de daños ocasionados en la guerra civil. En forma que cuando The Dorada Railway Company, Limited, dijo que remitía a la Nación este último crédito, en el contrato de 29 de diciembre, ya no era propietaria de él, pues lo había cedido a The Dorada Extension Railway, Limited, de modo que la remisión que hacía a su turno la Nación a aquella entidad en el mismo contrato, carecía manifiestamente de causa y no podía tener existencia legal.

Con apoyo en esto y en otras apreciaciones del fallo de la Corte, que se reproducen, como asímismo en la consideración de que se halla vigente la cláusula contractual que concede al Departamento el derecho a exigir la participación, el Tribunal concluye que es deber de la Compañía demandada rendir las cuentas en la forma y términos pedidos en el libelo.

### Alegaciones del apoderado de la Compañía

Dijo el señor apoderado, al número 24 de su extenso y razonado alegato que dirigió al Tribunal, que de los problemas planteados en el juicio anterior deben considerarse otra vez los atañederos a la personería sustantiva del actor, a la personería sustantiva de la parte demandada y a la extinción de la obligación.

Respecto a la personería sustantiva del actor, expresa el apoderado lo siguiente, reproduciendo lo que en este punto manifestó la Compañía demandada en el pleito referido:

El artículo 25 del Decreto número 457 de 1905 derogó todas las disposiciones anteriores sobre división territorial, política y administrativa, por consiguiente, dejaron de existir los antiguos Departamentos, entre ellos el antiguo del Tolima, y nacieron los nuevos Departamentos de que habla dicho Decreto.

Los términos empleados por el Acto reformatorio número 3 de 1905 muestran muy a las claras que se daba al legislador la facultad de acabar con los Departamentos en-

tonces existentes y crear otros nuevos, entre los cuales distribuía los bienes y las cargas.

El artículo 5º de la Ley 1ª de 1908, dice: "Las rentas y contribuciones de los extinguidos Departamentos ingresarán al Tesoro Nacional".

Luego los antiguos Departamentos, entre ellos el antiguo del Tolima, estaban extinguidos cuando se dictó esta ley, o, por lo menos, se extinguieron por virtud de ella.

El artículo 7º de la misma ley agrega: "El Gobierno Nacional toma a su cargo el activo de los Departamentos extinguidos por esta ley". Y el 8º dice que el Gobierno Nacional distribuirá entre los municipios y los nuevos Departamentos los bienes que les pertenecían como parte integrante que fueron de la entidad extinguida. Y, por último, el parágrafo del artículo 24, se expresa en los siguientes términos: "La vigencia de esta ley extingue los antiguos Departamentos y Provincias, conforme a lo que la misma estatuye". Si alguna duda quedare respecto a la extinción, a la muerte del antiguo Departamento del Tolima, ocurrida desde 1905, es incuestionable que a partir de la vigencia de la Ley 1ª de 1908, se produjo la extinción de los Departamentos que en ese momento existían y el nacimiento de los 34 creados por ella.

La Ley 65 de 1909, le hace mérito a favor al demandante, es la manifestación más concluyente de que los antiguos Departamentos estaban extinguidos. En el artículo 1º preceptúa que se restablecerán, desde el 1º de abril de 1910, es decir, que la ley reconoce que en ese momento no existían, y los vuelve a crear señalando una fecha futura para su nacimiento. Obsérvese que el artículo habla de los Departamentos que existían: esto es, que no existían en el momento en que se habla.

La resurrección no tiene cabida en materia de personas jurídicas; disuelta una de estas entidades no se la puede resucitar; apenas es dable formar una nueva que llene fines iguales o semejantes. El parágrafo 3º del indicado artículo 1º de la Ley 65 de 1909, añade que subsistirán los Departamentos que reúnan ciertos requisitos. Si subsisten es porque en el momento de dictarse la ley tienen existencia, de lo contrario es metafísicamente imposible que subsistan.

De acuerdo con el preindicado párrafo y por medio del Decreto número 340 de 1910, se declaró subsistente el Departamento del Huila por los mismos límites que en esa fecha tenía, y como el territorio de este Departamento es parte del que formó el antiguo Departamento del Tolima, este último no volvió nunca a quedar igual al antiguo Departamento del mismo nombre.

El artículo 7º de la Ley 65 de 1909 confirma lo dicho: "Las imprentas compradas con recursos propios de los Departamentos que dejen de existir, en conformidad a lo dispuesto en esta ley, quedarán de propiedad de los municipios que hoy son capitales". Si había Departamentos que dejaban de existir por virtud de la ley, es porque al dictarse la ley tenían existencia, luego el legislador de 1909 reconoció la existencia legal de los Departamentos creados antes, lo que implica forzosamente el reconocimiento de que los antiguos, los creados por la Constitución de 1886, habían dejado de existir.

Si el Departamento del Tolima antiguo dejó de existir, si murió, es claro que el actual Departamento del mismo nombre es una persona jurídica distinta, ya que, repito, las personas jurídicas no resucitan. Y queda demostrado que el Departamento del Tolima, el actual, no es el creado por la Constitución de 1886, y, por ende, no es parte contratante.

Refiriéndose a la personería de la parte demandada, expresa el señor apoderado, en su alegato a la Corte, que no halla defensable la tesis de la falta de personería sustantiva, que se sostuvo en el juicio anterior, ni tampoco la de que hubo ratificación por el hecho de la presentación de la demanda, pues así no se explica el contrato de 1896 ni el caducado anterior a él.

En orden a demostrar la extinción de la obligación a cargo de la Compañía, manifiesta el señor apoderado, aludiendo a la parte del fallo anterior de la Corte que se ocupó de este punto, y en el número 27 de su alegato presentado al Tribunal:

"Y allí hubo error de la Corte; porque de la escritura de 24 de octubre de 1905 (n. 18), citada por ella, no se deduce que desde esa fecha quedara la nueva Compañía como acreedora del Estado, en reemplazo de la Compañía antigua. La cesión del crédito, con efecto, no fue notificada ese día judicialmente al deudor ni fue aceptada por éste al firmarse la escritura entre la Compañía antigua y la nueva Compañía, ni aún había sido a la sazón autorizada por el Gobierno.

De tal manera, la Corte no tuvo en cuenta la disposición del artículo 1960 del Código Civil, conforme al cual la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor ni aceptada por éste, y el cual previene, conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 57 de 1887, que la aceptación del deudor, acto que viene a ligarle con el nuevo acreedor y le impide pagar al antiguo, debe hacerse al otorgarse el documento contentivo de la cesión o, al igual que la notificación, con posterioridad a ese acto.

La Corte afirmó, según lo transcrito, que la antigua Compañía cedió a la nueva Compañía el 24 de octubre de 1905 "el crédito de la Empresa contra la Nación por indemnización de los daños ocasionados en la guerra civil citada" y que lo hizo "con autorización del Gobierno". Lo último es lo que no consta en la escritura ni en parte alguna: allí se encuentra la prueba de que el Gobierno autorizó previamente al señor Ribón y a la Compañía antigua para traspasar a la nueva Compañía respectivamente el contrato de 17 de julio de 1905, sobre "construcción de un ferrocarril desde Honda o sus inmediaciones hasta Flandes o Girardot", y "la empresa ferroviaria entre Arrancaplumas y La Dorada", y falta la que la Corte dio por contenida en ese documento. Sobrará notar que tampoco puede hablarse de novación, afirmándose que se reunió el consentimiento del antiguo acreedor (la compañía antigua), del nuevo titular (la nueva compañía) y del deudor (el Estado), porque lo pactado fue la trasmisión de todo el activo y de todo el pasivo de la Compañía antigua y porque faltó el acto novatorio (el extintivo de la obligación existente y determinante de otra, y el que no se opera sino mediante la concurrencia de las partes a un mismo tiempo), y más cuando, según queda visto, el Gobierno se limitó a autorizar el traspaso de las concesiones, sin hacer lo mismo con relación al crédito que esa Compañía tenía o tuviera contra el Estado, y el cual se declaró extinguido por el contrato consignado en la escritura pública de 29 de diciembre de 1905 (n. 16).

Además, la Corte admitió la eficacia de la trasmisión universal en materia de sociedades, fenómeno desconocido en nuestro derecho civil, y que no ha sido admitido sino, a lo más, en lo concerniente a los Bancos, por efecto de la creación de la Superintendencia Bancaria; y así, cayó ella en la contradicción de reconocer existencia a compañía que no podía existir, en su concepto, por haber trasmitido la totalidad de su patrimonio: con arreglo a este concepto, la Corte debió entender más bien que la Compañía antigua no existía cuando se llevó a cabo el contrato de 29 de diciembre de 1905, y eso estaba contradicho por varias cláusulas de la escritura de 24 de octubre, y singularmente por la marcada con el número veintisiete, al tenor de la cual la Compañía antigua se obligó a hacer la tradición a la nueva Compañía de los muebles de su propiedad, sino también a hacerle cesión de los créditos existentes a su favor. En nuestro sistema jurídico, podrá una sociedad contraer obligaciones tocantes con la trasmisión de su activo y de su pasivo a cualquier persona, sea natural o jurídica; más ni esto valdría con relación a los acreedores ni ocurriría con la trasmisión del activo sino a virtud de la tradición que se hubiera hecho de cada bien y de la cesión que de cada crédito se hubiera efectuado.

Y si bien la parte demandada no alegó nada en el particular con ocasión del primer pleito, eso no justifica semejantes equivocaciones de la Corte ni disculpa lo manifestado por ella, sobre haber carecido "la compensación de causa jurídica".

En su memorial para la Corte dice el señor apoderado:

"Con lo que se ha visto el Tribunal llega al final de la página 21 de su proveído (página 172, infine del cuaderno), y destina las cinco y media restantes de la parte considerativa del mismo al capítulo que se llama 'La obligación de rendir cuentas de parte de la Compañía'.

Este comienza con los vocablos que traslado:

'Dice el señor apoderado de la parte demandada que la Compañía no tiene obligación de rendir cuentas al Departamento del Tolima, por cuanto que se extinguió el derecho que tenía el Departamento, en virtud del contrato o convenio celebrado entre la Nación y la Compañía y el cual fue elevado a escritura pública según consta de la número 270 de 29 de diciembre de 1905 de la Notaría 2ª de Bogotá, contrato o convenio por el cual se exonera a la Empresa del Ferrocarril de La Dorada de las obligaciones que tenía para con la Gobernación del Departamento del Tolima, en cambio de la desistencia sobre reclamaciones por servicios prestados en la última guerra'.

También aquí me incumbe rectificar al Tribunal: no he dicho lo que él me atribuye, pues otra fue mi tesis.

Quienes pensaron así fueron los representantes de la Compañía en el juicio anterior, cuyos conceptos no sigo.

Sencilla es mi tesis concerniente al punto en que estamos: sobre las bases admitidas por la Corte de que 'el contrato de 1905' había sido acto contractual, de ser indiscutible que la Nación hubiera 'podido disponer, como de cosa propia, del crédito materia de este juicio' y de que 'tal disposición hubiera sido revalidada por la Ley 1ª de 1908 que se ha venido citando', sobre esas bases, reitero, no tenía la Corte otro camino que absolver a la Compañía demandada, como lo había hecho el Tribunal en la sentencia de primer grado, y como habréis de hacerlo vosotros si aceptáis esos conceptos de la Corte, porque la consideración que tuvo ella en mira para condenar, la que fue el no ser The Dorada Railway Company, Limited, 'acreedora de la Nación el 29 de diciembre de 1905', carece de asiento como resultante de error manifiesto y que no admite excusa: el consistente en sacar de la escritura de 24 de octubre que desde esa fecha había quedado la Nueva Compañía como acreedora del Estado, en reemplazo de la Compañía antigua; de donde la Corte dedujo que el 'contrato de 1905' había carecido de causa y no había podido 'tener existencia legal'.

El punto se halla estudiado a espacio en el número 27 (folios 35 a 37) de mi alegato de primera instancia, que no tengo para qué transcribir en este lugar, como que vosotros no haréis lo que la Sala que dictó la sentencia apelada: o no leer, o no poner cuidado en lo que leía. No donde ésta la vio, sino en ese lugar de mi alegato, es donde califico algo de erróneo, e insisto en ello. Qué opinaría un Tribunal como el de La Haya si tuviera conocimiento de que en un país regido por el Derecho latino se admitía que la cesión de créditos producía efectos sin aceptación ni conocimiento del deudor?

A la verdad, lo único que medio sirve para disculpar a la Corte, ya que no al Tribunal, es la circunstancia de que en el pleito anterior la parte demandada no alegó nada sobre el tópico de la cesión a la Nueva Compañía; lo cual, según advierto en mi alegato de primera instancia, no justifica su equivocación sobre la realidad del traspaso ni, por lo tanto, su opinión sobre haber carecido 'la compensación' de causa jurídica.

A mi ver, esta conclusión no se justifica ni en el derecho patrio ni en el derecho sajón: no en el primero, porque antes de la notificación al deudor no se operó la cesión del crédito que existiera contra el Estado, según lo expuesto en el citado número 27 de mi alegato de primera instancia; y tampoco en el segundo, como lo demostraron Sir John Fischer Williams y Mr. S. P. J. Merlin, porque si hubiera de atenderse a él, no podría negarse que la antigua compañía obró como **trustee** de la primera, conforme a lo expuesto en los números 29 a 32 del propio alegato.

Y en los números citados se dijo:

Vuelvo sin embargo a la tesis de que 'el contrato de 1905' hubiera sido contrato porque se compensaran obligaciones recíprocas, y observo primeramente que la Corte

no tuvo a la vista, cuando pronunció el fallo en referencia, los contratos celebrados entre la Compañía Antigua y la Nueva Compañía el 20 de junio de 1905 y el 2 de enero de 1907, reproducidos en el número 19 de esta exposición, y los cuales aclaran la escritura otorgada en 24 de octubre de 1905 en la Notaría 5ª de Bogotá (n. 18). Esos contratos atestiguan:

a) Que la formación de la Compañía Nueva no fue sino procedimiento para aumentar el capital de la Antigua Compañía, pues la prolongación del ferrocarril hacía necesario aumentarlo.

b) Que no obstante que entre las partes debía entenderse que la trasmisión del patrimonio de la Antigua Compañía se efectuaba en la fecha del primer contrato, o sea el 20 de junio de 1905, se le dejó la administración de la Empresa. De ahí que en la cláusula 5ª de este contrato se pactara que la Nueva Compañía aceptaba cuanto hiciese la Junta Directiva de la Antigua Compañía.

c) Que así, la Antigua Compañía quedó en calidad de trustee de la Compañía Nueva.

d) Que la escritura de 24 de octubre de 1905 no fue sino el procedimiento para llevar a cabo la trasmisión del activo y del pasivo de la Antigua Compañía en favor de la Compañía Nueva, por lo referente al territorio de Colombia.

De suerte que admitiéndose que esta escritura produjo el efecto de trasmitir créditos y obligaciones no indicadas allí, como lo hizo la Corte, hay que reconocer que así fue porque las dos compañías se refirieron al contrato que habían celebrado entre sí el 20 de junio de 1905, acorde con la legislación inglesa en punto de trustee. Y a estimarse las cosas de otro modo, no puede afirmarse que la Compañía Nueva adquirió el 24 de octubre de 1905 el crédito a cargo del Estado y a favor de la antigua Compañía, ni por lo tanto, que ésta no era la acreedora de la Nación el 20 de diciembre del propio año.

A 7 de enero de 1932 Sir John Fischer Williams dio a la Compañía el concepto que presento con este memorial en unión de su consocio Mr. S. P. J. Merlin, jurisconsulto conocido en Europa y en Estados Unidos.....

Hé aquí, pues, el concepto de aquellas autoridades: ..... 1. "Nuestro concepto sobre lo que ha pasado es que según la ley inglesa, la Compañía Nueva se halla en la situación jurídica de la Antigua Compañía, por lo que hace a los efectos de la escritura de 20 de diciembre de 1905.

2. Como en lo que sigue explicamos lo que en nuestra opinión resulta del negocio con arreglo a la ley inglesa, necesariamente haremos uso de las expresiones trust (fideicomiso) y trustee (fideicomisario); y como entendemos que este concepto será estudiado por juristas versados en sistemas legislativos en que no se conoce el trust inglés, puede ser conveniente que manifestemos de una vez, sin detenernos a examinar el asunto, que según la ley inglesa (expresión en que incluímos las doctrinas fundadas en la equidad), un trustee, en términos muy generales y en lo referente al derecho civil, es persona que en su propio nombre y por cuenta de otro tiene derechos, sean muebles e inmuebles, corporales o incorporales, de tal manera que aun cuando en lo relativo a terceros que lo ignoren el trustee es el titular del derecho, lo es la persona beneficiaria por el trust, en lo que al trustee y al beneficiario conviene. Pertenece a la esencia de este fenómeno que el trustee no puede beneficiarse con el objeto del trust. Así, cualquier aumento en los bienes del trust pertenece al beneficiario y no al trustee, y al beneficiario y no al trustee corresponde cualquier disminución en los bienes del trustee que provenga de la acción legítima del trustee. Ejemplo corriente de trust es la venta de inmuebles o de una Empresa cuando no se ha pagado el precio ni se ha efectuado el traspaso formal. En tales hipótesis, aunque existe lo que empleando la terminología propia del sistema del derecho romano pudiera tal vez llamarse 'condición resolutoria' para el caso de no pago del precio, el vendedor es un trustee para el comprador, y entre los contratantes el comprador es el verdadero dueño'.

Según la escritura de 20 de junio de 1905, la Nueva Compañía compró todo el activo de la Antigua Compañía — sus derechos y privilegios cualesquiera que fueren y don-

de quiera que estuvieren — y desde entonces la Antigua Compañía, tanto por las estipulaciones expresas del contrato (cláusula 5ª) como por efecto de la doctrina general de la ley inglesa, continuó trabajando y reteniendo los bienes vendidos (inclusive cualquier otro derecho que adquiriera la Antigua Compañía en relación con esos bienes), como **trustee**, para la Nueva Compañía, y bajo la condición de que se pagaran las obligaciones de las partes. E igualmente, una vez pagadas estas obligaciones con la emisión de las acciones de la Nueva Compañía y con el traspaso formal de la Compañía Nueva de los bienes y derechos de la Antigua Compañía, realizado por la escritura otorgada en castellano el 24 de octubre de 1905, cualesquier derechos concatenados con negocios anteriores y referentes a los bienes vendidos y posteriormente adquiridos por la Antigua Compañía, inevitablemente fueron recibidos y tenidos por ella como **trustee** de la Nueva Compañía, y, por lo tanto, según la ley inglesa, corresponden a ésta".

Referentes a la existencia de la obligación que se demanda son también estas apreciaciones del memorial ante la Corte:

I. El contrato de 1905 no fue contrato, sino acto porque se reconoció que por fuerza mayor la Compañía no había podido pagar en el término fijado en la Ordenanza de 1889 sus obligaciones tocantes con el construír los puentes de hierro sobre los ríos Gualí, Guarinó, Quebrada-Seca ni continuar los comenzados trabajos de prolongación del Ferrocarril hacia el Sur y, en lo demás, documento en que se dejó testimonio de haberse cumplido las condiciones señaladas en las Ordenanzas de 1898 y 1899 para que el gravamen de cinco centavos se tuviera por subvención del Departamento a favor de la Compañía (número 28, alegato de primera instancia).

II. Este gravamen, distinto del pactado en 1881, resultaba del artículo 6º del contrato de 1896, y nó de la cláusula 4ª del artículo 2º del convenio primitivo (números 31 a 33, ibídem).

III. La Compañía deudora pagó las obligaciones resultantes del contrato de 1896, sobre el cual no se declaró caducidad por la Gobernación del Departamento, y aunque tales obligaciones hubieran dejado de pagarse antes del "contrato de 1905", o después, no por ello habría renacido la cláusula 4ª del artículo 2º del contrato de 1881, requiriéndose al efecto la declaración de caducidad pactada en 1896 (números 12 a 16).

Además, sobre la base de que exista la obligación demandada, la parte declarativa del fallo contiene el grave defecto de condenar a rendir cuentas en lo relativo a época posterior al requerimiento hecho el 3 de noviembre de 1933: esta fecha se considera en la sentencia como la determinante de la mora, como se ve por la condenación a pagar intereses, y en consecuencia, no ha debido condenarse a la Compañía, en lo que a la obligación principal atañe, sino hasta la fecha del requerimiento.

**Cuestiones planteadas ante la Corte**

Como ya se observó, el señor apoderado de la compañía demandada advierte, desde su alegato de primera instancia (número 24), que deben considerarse los problemas tocantes con la personería sustantiva del actor, con la de la parte demandada y con la extinción de la obligación principal, y a ellos concreta su examen.

En su memorial ante la Corte explica que su tesis nueva, relacionada con la extinción de la obligación, es la de que el crédito de la Compañía Antigua contra el Gobierno no pasó a la Compañía Nueva por la escritura de 24 de octubre de 1905, porque la cesión no se podía operar sin hacerse antes la notificación al deudor, según la ley colombiana, y porque de acuerdo con la ley inglesa, la Antigua Compañía era a la sazón **trustee** de la Nueva.

Los puntos que aquí se enuncian forman la materia controvertida en la presente instancia.

Sobre ellos recae, consecuencialmente, el estudio y pronunciamiento de la Sala, a los cuales contribuyen, en los puntos pertinentes, varios razonamientos hechos por la Corte en su fallo del 4 de noviembre de 1930.

**La personería sustantiva del actor**

Anota el señor apoderado que a partir de la vigencia de la Ley 1ª de 1908 se produjo la extinción de los Departamentos que en este momento existían, y que si el Departamento del Tolima antiguo dejó de existir, es claro que el actual Departamento del mismo nombre es una persona jurídica distinta, pues las personas jurídicas no resucitan; que el Departamento del Tolima, el actual, no es el creado por la Constitución de 1886, y por ende, no es parte contratante; de lo cual deduce la falta de personería sustantiva del actor en este pleito.

Conforme al artículo 4º de la Constitución de 1886, en consonancia con el 188 de la misma, las Secciones que componían la Unión Colombiana, denominados Estados, continuaron con los mismos límites, pero con la denominación de Departamentos, al verificarse el cambio del régimen federal al unitario del país, y los bienes, derechos y valores que a aquellos Estados habían venido perteneciendo pasaron a éstos. En virtud de las citadas disposiciones, el Departamento del Tolima sucedió al extinguido Estado en su personalidad político-administrativa y en su personalidad civil.

De acuerdo con lo autorizado por el artículo 5º de la nombrada Constitución y el 2º del Acto Legislativo número 3 de 1905, se expidieron varias leyes por las cuales se segregaron del Departamento del Tolima algunos municipios; lo que afectó la integridad territorial del Departamento del Tolima, pero nó su personalidad jurídica, y así siguió siendo adjudicatario legítimo de los bienes que habían pertenecido al antiguo Estado Soberano del Tolima, salvo naturalmente aquéllos que se refirieron a la materialidad del territorio que corrían la suerte de las porciones en donde se hallaban radicados.

La Ley 1ª de 1908, como lo observa el señor apoderado, extinguió el Departamento del Tolima creado por la Constitución de 1886. Y los bienes, derechos y valores de aquel Departamento pasaron al dominio del Estado, por mandato del artículo 7º de dicha ley.

La inexistencia del Departamento del Tolima fue muy breve, del 1º de enero de 1909 al 1º de abril de 1910, fecha en que por la Ley 65 de 1909 se restableció la división territorial que existía en el país el 1º de enero de 1905; es decir, en 1º de abril de 1910 nació a la vida nuevamente el extinguido Departamento del Tolima. El artículo 6º de tal ley que dispone: "Devuélvanse a los Departamentos los bienes que les pertenecían en 31 de diciembre de mil novecientos cuatro, salvo aquéllos de que haya dispuesto la Nación", le otorgó al Departamento del Tolima, al nacer en 1910, un patrimonio que se señaló en la ley diciéndose que lo integraban los bienes que le pertenecían en 31 de diciembre de 1904. Si en tal patrimonio se hallaba comprendido el crédito materia de este juicio, como evidentemente lo estaba, es obvio que él también pasó al dominio del nuevo Departamento del Tolima, no precisamente porque éste hubiese prolongado la personalidad jurídica del antiguo Departamento sino porque se creó dándole la ley un patrimonio que le pertenecía a la Nación y en el cual se hallaba el crédito de que se trata.

Del 1º de abril de 1910 en adelante el régimen territorial de Colombia, en lo que se refiere al Departamento del Tolima, se ha mantenido idéntico.

El antiguo Departamento del Tolima sucedió al Estado Soberano del mismo nombre; al desaparecer el antiguo Departamento, la Nación adquirió su patrimonio; cuando se creó de nuevo el Departamento del Tolima, la Nación le traspasó dicho patrimonio. Así el crédito que trata de hacerse efectivo en este juicio se incorporó legalmente en el haber del actual Departamento.

No son, pues, fundados los reparos que se hicieron a la personería sustantiva del Departamento del Tolima como actor en el pleito.

**La personería de la parte demandada y la extinción de la obligación**

Se tratan estos dos puntos en un solo capítulo por la estrecha relación con que se

presentan por el señor apoderado de la Compañía.

El examen de estos aspectos del negocio impone asímismo el de los contratos de 1881, 1896 y 1905.

En el contrato de 7 de junio de 1881, celebrado entre el Estado Soberano del Tolima y Francisco J. Cisneros, se estipuló lo siguiente, al artículo 2º:

"4ª En compensación de las concesiones que se hacen por este contrato, Cisneros o sus cesionarios se comprometen a pagar al Gobierno del Estado Soberano del Tolima, desde el día 1º de agosto de 1883, cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos de peso, de las que transiten por el Ferrocarril....."

Como lo expresan las escrituras número 667 de 12 de septiembre de 1888, otorgada en la ciudad de Honda, y la número 1929, del 24 de octubre de 1904, extendida en Bogotá, el señor Francisco J. Cisneros cedió la mitad de sus derechos en la concesión que para construír y explotar el Ferrocarril de La Dorada y el puente sobre el río Gualí, le había otorgado el Estado Soberano del Tolima en el contrato de 7 de junio de 1881, traspaso que hizo Cisneros a Ribón Castro & Cía. en escritura 277 del 2 de octubre de 1884. De las escrituras mencionadas aparece también que Ribón Castro & Cía. traspasó a José Germán Ribón los derechos que había adquirido de Cisneros en la aludida concesión. José Germán Ribón y Francisco Cisneros, ya únicos dueños de ella, la traspasaron a la sociedad denominada The Dorada Railway Company, Limited, por la escritura 667 de 1888, ya citada, y esta Compañía, a su vez, transfirió la misma concesión a The Dorada Extension Railway, Limited, por contrato que se hizo constar en la escritura número 1929 de 24 de octubre de 1905, también mencionada.

Todas las transferencias o traspasos de la concesión del Ferrocarril de La Dorada se hicieron sin exceptuar obligación alguna de las que emanaban del primitivo contrato de 1881, pues no aparece de los instrumentos de que se ha hecho mérito que el cedente hubiera reservado a su cargo alguna o algunas de las obligaciones que pesaban sobre el Ferrocarril a favor del Estado Soberano del Tolima o del Departamento del mismo nombre. Si en los traspasos anteriores no se halla el consentimiento del Estado Soberano del Tolima ni del Departamento, en el sentido de aceptar el nuevo deudor, debe advertir que dicho consentimiento pudo prestarse expresa o tácitamente, y si faltó el primero, no puede decirse lo propio del segundo, el cual resulta suficientemente establecido por las múltiples, continuas y permanentes relaciones del Estado Soberano y del Departamento del Tolima con la entidad demandada y con sus antecesores, como también del hecho de haber seguido el Departamento el presente juicio contra el actual cesionario, lo que significa tanto la aceptación del traspaso que a dicha sociedad se hizo como de todos los que le precedieron.

Carece por lo mismo de fundamento el reparo propuesto por el apoderado de la Compañía, sobre el cual se extiende en importantes consideraciones, y que consiste en afirmar que el traspaso hecho por la que él llama Antigua Compañía a la Nueva Compañía, en el contrato de 24 de octubre de 1905, no se efectuó jurídicamente porque a ello se opone el precepto del artículo 1960 del Código Civil, conforme al cual la cesión no produce efectos contra el deudor mientras no haya sido notificado a éste por el cesionario y aceptada por él.

Pero, como ya se insinuó, la aceptación puede ser también tácita, y resultar de la ejecución que al convenio se le dé por las partes contratantes. Es obvio que si una de ellas, la que puede reclamar el cumplimiento de un requisito legal, como el de la notificación a ella de la cesión o el de la aceptación respecto del traspaso, no lo hace, y al contrario reconoce en la práctica la cesión, por actos de entendimiento o relación con el cesionario, resulta superfluo agregar, a esa aceptación clara, aunque tácita, el acto de la aceptación expresa que echa de menos el señor apoderado.

Lo que acaba de expresarse, sobre juricidad del traspaso hecho por la Antigua a la Nueva Compañía, se sustentan por modo claro y completo en el texto que en seguida se copia del Código Civil:

"Artículo 1962. La aceptación consistirá en un hecho que la suponga, como la litis contestación con el cesionario, un principio de pago al cesionario, etc."

En lo tocante a la crítica que le merece al señor apoderado el traspaso del Ferrocarril, de la Compañía Antigua a la Nueva, por la forma de cesión universal de bienes que dice se empleó, ha de observarse: 1º La venta del Ferrocarril se hizo con una enumeración muy pormenorizada de todos sus bienes raíces, como zonas de terreno, edificios, etc. 2º El traspaso comprendía asímismo el de los derechos y obligaciones emanados de los contratos de concesión con las entidades públicas. Para realizarlo se dijo en el contrato: "DOCE. En consecuencia, la Compañía Nueva, o sea la denominada The Dorada Extension Railway Limited, ..... queda sustituída en todos los derechos y en todas las obligaciones de la Compañía Antigua, o sea, de The Dorada Railway Company, Limited, sea que esos derechos y obligaciones se deriven de los contratos que se han citado o que se deriven de otros contratos..... TRECE. La Compañía Nueva adquiere, por tanto, no sólo el ferrocarril, prolongado, como está, hasta Conejo, sino también todas las concesiones, derechos y facultades de la Antigua Compañía....."

La primera parte del traspaso no es la venta de la universalidad de un patrimonio, ilegal a la luz del artículo 1867 del C. C., sino la de bienes individualizados. La cesión de derechos y obligaciones no fue la de la universalidad del patrimonio de la Compañía, apenas de una parte, y se ajustó a la ley, ya que ésta no exige, para que ella se efectúe, la pormenorización a que alude el señor apoderado.

Estima la Sala que el señor apoderado pretende la aplicación a este pleito de la ley inglesa, que él ilustra con el concepto de dos eminentes abogados extranjeros. Tal pretensión, no expresada claramente, se colige por la importancia que aquél le asigna a la dicha legislación inglesa y al parecer de quienes conceptúan sobre ella. Con todo, las reglas traídas al juicio sobre las figuras jurídicas del trust y del trustee, según las leyes inglesas, no pueden tenerse en cuenta en el presente litigio. El acto de la cesión de la Compañía Antigua a la Nueva Compañía fue ciertamente ejecutado por sociedades extranjeras, pero quedó sometido a las leyes colombianas, como todos los contratos y actos de los extranjeros realizados en el territorio de la República.

Respecto a la vigencia del crédito que trata de hacerse efectivo, conviene observar que si bien es cierto que cuando en 1905 el Gobierno Nacional dispuso de dicho crédito, no le pertenecía a la Nación, no es discutible que la Nación pudo disponer, como de cosas ajenas de tal crédito, disposición que se revalidó por efecto de la Ley 1ª de 1908. Pero como tal disposición se hizo a título oneroso, es decir, con ánimo de compensar dicho crédito con la deuda de la Nación a favor de la Empresa del Ferrocarril, por perjuicios ocasionados en la guerra civil de 1889 a 1903, debe examinarse si la sociedad The Dorada Railway Company, Limited, era en la fecha del contrato de 29 de diciembre de 1905 acreedora de la Nación, pues si no lo era, es claro que la compensación no fue medio idóneo para que la Nación dispusiera eficazmente del crédito del Departamento del Tolima, pues por tal contrato dicha Compañía nada daba a la Nación en cambio de la obligación que ésta le remitía, y por tanto dicha remisión, por parte del Gobierno Nacional carecería de causa. Y no era The Dorada Railway Company, Limited, acreedora de la Nación el 9 de diciembre de 1905, porque dicha sociedad había cedido por contrato anterior, de fecha 24 de octubre del propio año, a The Dorada Extension Railway, Limited, no sólo la Empresa del Ferrocarril de La Dorada, sino todo el activo y el pasivo, y entre el activo tenía que encontrarse, puesto que no se hizo excepción alguna, el crédito de la Empresa contra la Nación por indemnización de daños ocasionados por la guerra civil. En forma que cuando The Dorada Railway Company, Limited, dijo que remitía a la Nación este último crédito, en el contrato de 29 de diciembre, ya no era propietaria de él, pues lo había cedido a The Dorada Extension Railway, Limited, por lo cual la remisión

que a su turno hacía la Nación a aquella sociedad en el mismo contrato carecía de causa y no podía tener existencia legal.

Ya se vio que estos razonamientos, con los cuales se concluye que la pretendida compensación no pudo realizarse y que por tanto quedó incólume el crédito referido, no le merecen reparos al señor apoderado, quien se situó, en el presente pleito, dentro de la tesis nueva de que la cesión del crédito, de una compañía a la otra, no pudo efectuarse legalmente, por las causas que apunta y que ya se examinaron.

Se alega que como el artículo 6º del contrato de 1896, sobre gravamen de cinco centavos a favor del Departamento, reemplazó a la cláusula 4ª del artículo 2º del convenio de 1881, también sobre pago de participación por transporte, y como la Compañía deudora cumplió las obligaciones resultantes del contrato de 1896, sobre el cual no se declaró caducidad, no pudo por lo mismo renacer la estipulación dicha del artículo 2º del contrato primitivo.

En el convenio aludido de 1896 se expresó:

"Artículo 5º La Compañía se obliga a construír puentes de hierro en la vía férrea sobre los ríos Yeguas, Purnio, Humareda, Gualí, Guarinó, Perico y Quebradaseca, antes del 1º de marzo de 1898".

El artículo 1º de la Ordenanza del Tolima número 9 de 1898 reza:

"Prorrógase hasta el 1º de julio de 1899 el término que para la construcción de puentes de hierro sobre los ríos Guarinó, Gualí y Quebradaseca se concedió al señor Tomás Germán Ribón, representante de la Compañía The Dorada Railway Company, Limited, en el artículo 5º del contrato de 14 de junio de 1896,....."

La Ordenanza número 18 de 1899 dice:

"Considerando: 1º Que la Ordenanza número 9 de 1898 'que concede una prórroga y una subvención a la Empresa del Ferrocarril de La Dorada', no ha surtido hasta el presente sus efectos, por cuanto los representantes de dicha Empresa se han abstenido de solicitar del Gobernador del Departamento la celebración del contrato que era de rigor ajustar para poder hacer efectivas las condiciones prefijadas por la misma Ordenanza; .....3º Que el día 1º de julio del presente año expira el tiempo que señaló tal Ordenanza para la construcción de los puentes de hierro sobre los ríos Guarinó, Gualí y Quebradaseca, ORDENA: Artículo 1º La Ordenanza número 9 de 1898 no surtirá efecto alguno si en el término de noventa días, a contar desde la publicación de la presente no se presentare algún representante legal de la sociedad anónima titulada The Dorada Railway Company, Limited, a celebrar contrato en forma legal con la Gobernación del Departamento, sobre aceptación y seguridad del cumplimiento de las condiciones que en dicha Ordenanza se especifican".

La Resolución de la Secretaría de Hacienda del Tolima dictada el 15 de junio de 1899 reza:

"Dice la Ordenanza número 18 de 1899, que la número 8 de 1898 no surtirá efecto alguno si en el término de noventa días, a contar desde la publicación de dicha Ordenanza número 18 del año que gira, no se presentare algún representante a celebrar contrato en forma legal con el Gobierno del Departamento. Y contando ese término conforme a la doctrina del artículo 63 del Código Político y Municipal, resulta lo siguiente: La Ordenanza número 18 fue publicada el 15 de marzo del presente año; y de esa fecha al 13 del presente mes han corrido los noventa días del término estatuído. De modo que la propuesta es extemporánea.

En mérito de lo expuesto, el suscrito encargado del despacho de Hacienda, Resuelve:

Por las razones aducidas no se accede a lo solicitado. En consecuencia es llegado el caso de ejercitar la facultad conferida por la Asamblea en los artículos 2º a 4º de la Ordenanza número 18 del presente año.

Sujétase esta Resolución a la censura del señor Gobernador del Departamento".

Como lo expresa el señor apoderado (alegato de primera instancia): "Esta Resolución fue reclamada por el doctor Melo; pero la Gobernación no accedió a revocarla....."

Queda demostrado que el contrato de

1896, no obstante las prórrogas que se concedieron para la ejecución de las obras estipuladas, no produjo efectos, y en particular el que pretende deducirle el señor apoderado, de la sustitución del gravamen establecido en el convenio de 1881 por el que se fijó en el de 1896.

Dice el señor apoderado que el fallo que se revisa contiene el grave defecto de condenar a rendir cuentas posteriores al requerimiento hecho el 3 de noviembre de 1933, fecha que se considera en la sentencia como la determinante de la mora, y que en consecuencia no ha debido condenarse a la Compañía a rendir cuentas sino hasta la fecha del requerimiento.

No adolece, sin embargo, el fallo del error que se le achaca.

La constitución en mora, en virtud de requerimiento, es fenómeno distinto e independiente a la deducción en juicio de la obligación de rendir cuentas. Esta última puede ejercitarse sin que el requerimiento haya precedido a la demanda. Las normas que regulan el uno y la otra son diferentes. No es, por tanto, jurídico subordinar la rendición de cuentas a los efectos del requerimiento.

Por ello la condena decretada no envuelve contradicción. Las cuentas deben rendirse, como es obvio, desde la contestación de la demanda. Y los intereses pagarse, según precepto legislativo especial, a partir del día en que se requirió a la Compañía demandada.

F a l l o :

Las consideraciones y conclusiones que preceden imponen la confirmación del fallo de primera instancia.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negociso Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la providencia que fue objeto de la apelación.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio.**

## ACLARACION DEL FALLO ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Expresa el artículo 482 del C. J. que las sentencias pueden aclararse, en los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes al de la notificación, y obrando en conformidad, el señor apoderado del Departamento pide que se aclare un concepto del fallo.

Tratándose en la sentencia de un supuesto y grave defecto que en opinión del representante de la empresa demandada tenía el fallo de primera instancia, en cuanto condenaba a rendir cuentas posteriores al requerimiento hecho el 3 de noviembre de 1933, estimándose allí mismo esa fecha como determinante de la mora, por lo cual no debió condenarse a la Compañía a rendir cuentas sino hasta la fecha del requerimiento, en el fallo de la Corte hizo ver cómo no es jurídico subordinar la rendición de cuentas a los efectos del requerimiento, y agregó: "Por ello la condena decretada no envuelve contradicción. Las cuentas deben rendirse, como es obvio, desde la contestación de la demanda. Y los intereses pagarse, según precepto legislativo especial, a partir del día en que se requirió a la Compañía demandada". El motivo de reclamo del señor abogado consistía en que a su juicio "no debió condenarse a la Compañía a rendir cuentas sino **hasta** (subraya la Sala) la fecha del requerimiento"; la sentencia declara que esta pretensión no prospera y que las cuentas deben rendirse como se dispuso en el fallo de primera instancia, o sea "hasta el veinticuatro de octubre de mil novecientos treinta y cinco (1935)." Se incurrió, pues, en un error de dicción en la sentencia de la Corte, en el pasaje transcrito, el cual ha de entenderse en el sentido de que las cuentas deben rendirse, no como se pedía por el apoderado, hasta la fecha del requerimiento, sino hasta la contestación de la demanda. En estos términos queda aclarada la anterior sentencia de esta Sala.

Notifíquese y cópiese.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández**, Srio.

CUENTAS. — MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

**Habiéndose condenado al demandado en una sentencia a pagar EN CENTAVOS, sin expresarse de qué unidad monetaria, ha de entenderse que la sentencia se refiere al peso legal colombiano, que es la moneda obligatoria para todos los actos y contratos, a menos de determinación o acuerdo distintos.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero veintitrés de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

El Departamento del Tolima, por medio de apoderado, demandó ante el Tribunal de Bogotá, en juicio especial de cuentas, a The Dorada Extension Railway, Limited, hoy The Dorada Railway Company, Limited, "para que rinda cuentas comprobadas de la carga transportada en el Ferrocarril de La Dorada, desde el nueve de noviembre de mil novecientos tres hasta el nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés; cuentas que deben expresar el saldo líquido de la participación que corresponde al Departamento del Tolima en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, a razón de cinco centavos por carga transportada, de ciento cincuenta kilogramos de peso, durante dicho lapso de tiempo. Al liquidarse esta participación deberán computarse, sobre las sumas liquidadas, los intereses del seis por ciento anual a favor de la entidad que represento, desde el diez y siete de octubre de mil novecientos veintitrés, fecha en que la Compañía demandada fue requerida para efectuar el pago de tales sumas".

El apoderado de la Compañía contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor.

En fallo del Tribunal, confirmado por la Corte, se ordenó a The Dorada Railway Company, Limited, que rinda las cuentas pedidas por el Departamento.

Presentadas por la Compañía y dadas en traslado al demandante, éste las objetó, por las siguientes razones:

"**Primera.** Por omisión de la cantidad de 254,048.632½ kilogramos de la carga transportada en el Ferrocarril de La Dorada en el lapso transcurrido del 9 de noviembre de 1903 al 9 de noviembre de 1923;

Segunda. Por omisión de la carga que movilizó la empresa del Ferrocarril de La Dorada en el mismo lapso, en forma de ambulancias o de alianzas con las compañías navieras, o directamente, cuyos detalles no fueron asentados en los libros de contabilidad que la empresa lleva en Colombia, pero sí figuran o deben figurar en los registros oficiales que lleva en Londres, asiento principal de la compañía; y

**Tercera.** Por la conversión a papel moneda que hace la compañía demandada del saldo que deduce a su cargo.

Como fundamentos principales de las anteriores objeciones, alego los siguientes:

I. Los cuadros obtenidos por el Interventor-liquidador nombrado por el Departamento del Tolima, acompañados a la demanda, indican que el volumen de carga transportada por el Ferrocarril del 9 de noviembre de 1903 al 9 de noviembre de 1923, no fue el que afirma la Compañía en las cuentas que ha presentado, sino el siguiente:

| | |
|---|---|
| Carga de subida ....Kls. | 615.969.788½ |
| Carga de bajada ..... | 785.603.208 |
| Suma .....Kls. | 1.401.572.996½ |

En las cuentas de The Dorada Railway

Company, Limited, la carga transportada aparece que es:

| | | |
|---|---|---|
| Total de la carga de subida . . . . . | Kls. | 498.496.018 |
| Total de la carga de bajada. . . . . | | 649.028.346 |
| Suma . . . . . | Kls. | 1.147.524.364 |

Diferencia entre el total de kilogramos obtenido por el Interventor-liquidador y el presentado por la Compañía: 254.048,632½ kilogramos.

Esta es la diferencia de las dos cuentas, sobre la cual ha dejado de computar la Compañía la participación de $ 0,05 por cada carga de 150 kls. que corresponde al Departamento.

Dividida esa suma por 150 se obtiene el cuociente de 1.693,657½. Al multiplicar esta cantidad por los $ 0.05, resultan $ 84,682.87 que representa la menor cantidad numérica — fuera de lo que adelante se dirá — que ha dejado de reconocer la compañía al Departamento en sus cuentas, según su propia contabilidad.

Y digo que según su propia contabilidad, porque la cuenta presentada por el señor Interventor-liquidador ha sido tomada de la contabilidad de la empresa. La compañía no ha explicado el motivo de esta omisión . . . . . .

II. A solicitud mía el señor Liquidador-interventor me informa que en sus cuentas ha omitido la Compañía la carga transportada por concepto de ambulancia, o de alianza con compañías navieras, o directamente, que no figura en la contabilidad que se lleva en Colombia, pero que figura o debe figurar en los registros que se llevan en Londres.

Y como toda esa carga no fue exceptuada del pago de la participación de $ 0.05 por cada 150 kls. su omisión en las cuentas perjudica al Departamento en una apreciable cantidad de dinero.

III. Las cuentas rendidas por la Compañía aparecen erradas también en cuanto a la arbitraria conversión que hace a papel moneda.

La Compañía deduce un saldo a su cargo de $ 382,508.15, y arbitrariamente lo convierte a papel moneda al cambio de 10,000%, lo cual da como resultado $ 3,825.08 en la actual moneda colombiana.

Esta conversión carece de fundamento en la ley, en el contrato y en la sentencia misma de la Corte; y es tan injusta e inequitativa que verdaderamente sorprende.

. . . . . .

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, pido a usted atentamente que, si no hubiere lugar a declarar que la Compañía no ha cumplido con la obligación de rendir cuentas comprobadas dentro del término que le señaló ese Tribunal, se sirva ordenar que las reforme al tenor de las tres objeciones que dejo formuladas".

El apoderado de la Compañía declaró no aceptar éstas, por estimarlas infundadas.

Consecuencialmente, el juicio se convirtió en ordinario y se adelantó por los trámites respectivos.

Puso término a la primera instancia el fallo del Tribunal dictado el 18 de febrero de 1938, que dispone:

"1º Declárase fundada la primera objeción a las cuentas presentadas por la parte demandada. En consecuencia, base numérica sobre la cual debe liquidarse la participación a favor del Departamento del Tolima a que se refiere la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos treinta, es la cantidad de 1,401.572,996½ kilogramos, o sea 9.343,819.97 cargas de 150 kilogramos de peso.

2º Declárase infundada la segunda objeción;

3º Declárase fundada la tercera objeción. En consecuencia la participación de que se trata debe liquidarse y se liquida, por principal, en la cantidad de cuatrocientos sesenta y siete mil ciento noventa pesos con noventa y nueve centavos ($ 467,190.99) en la moneda corriente en la actualidad, o sea en billetes representativos de oro o en billetes del Banco de la República, a la par, con intereses del seis por ciento (6%) anual desde el 17 de octubre de 1923 hasta el día del pago. Queda así fijado el monto líquido de la condena impuesta en la sentencia

de la Corte de fecha cuatro de noviembre de mil novecientos treinta.

4º Condénase a la parte demandada en las costas del juicio, las que serán tasadas oportunamente".

En segunda instancia recibió el juicio la tramitación legal, y durante ella se oyó por la Sala en audiencia pública a los voceros de las partes. Es llegada la oportunidad de proferir sentencia que decida el recurso que contra el fallo del Tribunal interpuso el apoderado de la Compañía demandada.

**El objeto del pleito**

La sentencia que sirve de base a la presente demanda, pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, el 4 de noviembre de 1930, dijo:

"1º Condénase a The Dorada Extension Railway, Limited, sociedad inglesa que tiene domicilio en Londres y en Bogotá, a pagar al Departamento del Tolima, previo el correspondiente juicio de cuentas en el cual debe liquidarse el monto de la suma debida, la participación que corresponde a aquella entidad en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, a razón de cinco centavos por carga transportada, de ciento cincuenta kilogramos de peso y durante el lapso transcurrido desde el nueve de noviembre de mil novecientos tres hasta el nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés, fecha de la notificación de la demanda. 2º Condénase también a la mencionada Compañía demandada al pago de los intereses del seis por ciento anual en favor de la entidad actora en este juicio sobre las sumas liquidadas; intereses que se contarán desde el diez y siete de octubre de mil novecientos veintitrés, fecha en que dicha Compañía aparece requerida para efectuar el pago de tales sumas. 3º No es el caso de mandar pagar la participación de cinco centavos por carga, ya expresada, en el tiempo posterior a la notificación de la demanda. 4º La Compañía demandada está en la obligación de permitir que el Departamento demandante tenga un Inspector que vigile el movimiento de transporte de la carga en el Ferrocarril de La Dorada, en los términos que declara la cláusula cuarta del contrato. 5º Absuélvese a la citada Compañía de todos los demás cargos deducidos en el libelo de demanda. 6º Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia. — Sin costas".

La demanda se dirige a obtener la rendición de cuentas, con expedición del saldo líquido que corresponde al Departamento del Tolima, por causa del transporte de carga en el Ferrocarril de La Dorada, del 9 de noviembre de 1903 al 9 de noviembre de 1923.

**Alegaciones del recurrente**

El señor apoderado de la Compañía demandada pide a la Corte la revocación de la providencia de primera instancia, para que en su lugar se declaren no probadas o no fundadas las objeciones a la cuenta presentada por su parte, y se apruebe dicha cuenta, reduciendo el saldo que en ella figura a favor del Departamento, a razón de un peso por cada ciento.

En orden a fundamentar su reclamo y a explicar la presentación de las cuentas en la forma que empleó la Compañía, su representante aduce, sintéticamente expresadas, estas razones:

1ª Las cuentas de la Compañía arrojan una cifra menor que la señalada por el Interventor-liquidador, respecto al número de cargas transportadas por la Empresa, porque aquella cuenta no incluyó sino la carga transportada de Honda a La Dorada y de La Dorada a Honda, y excluyó la del sector Honda-Ambalema y viceversa. Esto porque la sentencia de la Corte que dispuso el pago al Departamento no tuvo en cuenta sino el contrato de concesión de 7 de junio de 1881, en el cual se lee: ".....hemos celebrado un contrato para la construcción de un ferrocarril entre el punto denominado La Dorada y la ciudad de Honda o sus inmediaciones, bajo las bases y condiciones siguientes:

2ª El artículo 6º del contrato entre el Departamento del Tolima y el concesionario, que sustituyó el ordinal 4º del artículo 2º del contrato de 7 de junio de 1881, reza: "Desde el 1º de marzo de 1898 en adelante, el Departamento del Tolima tiene derecho a percibir, por mensualidades vencidas, cinco centavos por carga de importación o de

exportación que transporte el ferrocarril". De este artículo resulta que la deuda de cinco centavos por carga debía ser de papel moneda, reducible a la moneda en curso a razón de un peso por cada ciento de aquélla, puesto que el contrato de 14 de junio de 1896 se celebró bajo el régimen del papel moneda.

3ª El llamado contrato de 28 de diciembre de 1905 entre el Gobierno Nacional y The Dorada Railway Company, Limited, no es de compensación como lo consideró la Sala de Negocios Generales en su sentencia, entre la participación debida por la empresa y una reclamación de ella contra el Gobierno, en razón de perjuicios sufridos por la Compañía en la última guerra, reclamación de que desistió el concesionario según se consignó en el mismo llamado contrato. Cuando éste se firmó, ya la antigua Compañía había declarado en escritura pública que cedía las concesiones y todo su activo a la nueva, aunque no había prueba de que la cesión se hubiera perfeccionado porque el Gobierno la hubiera aceptado—sólo la había autorizado, pero se requería un acto de aceptación una vez que se hubiera efectuado — y aunque las leyes colombianas no prevén las cesiones de carácter universal, por lo cual no puede haber cesión sino de lo que se especifica, y la reclamación contra el Gobierno no estaba siquiera mencionada en la escritura pública, la Sala estimó que la compensación no había podido efectuarse, porque la antigua Compañía no podía disponer de un derecho de que se había desprendido. En otras palabras, la Sala declaró nulo el llamado contrato, por falta de una causa para la exoneración del concesionario, sin haber oído a las partes acerca de la cuestión decidida. Pero suponiendo que el llamado contrato fuera en verdad un contrato y compensatorio, la antigua Compañía era **trustee** de la nueva y bien podía disponer del derecho que la Sala tuvo por cedido por la antigua a la nueva.

**Cuestiones propias y cuestiones extrañas al pleito**

La sentencia de 1930, que trata de hacerse efectiva, condenó a The Dorada Extension Raliway, Limited, a pagar al Departamento del Tolima, previo el correspondiente juicio de cuentas, "la participación que corresponde a aquella entidad en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, a razón de cinco centavos por carga transportada, de ciento cincuenta kilogramos de peso....."

El objeto de este pleito es fijar el monto de la suma debida.

Para deducir argumentos que interesan a su mandante, el señor apoderado de la Compañía hace un estudio de varios contratos celebrados entre la Compañía y los concesionarios antecesores de ella, por una parte, y las entidades públicas, por la otra, de este examen deriva el señor apoderado estas conclusiones, para aplicarlas al negocio que se ventila:

a) La extensión del Ferrocarril a la cual debe referirse la presentación de las cuentas es tan sólo la comprendida entre La Dorada y Honda, pues el contrato entre Francisco J. Cisneros y el Estado Soberano del Tolima, del 27 de junio de 1881, que fue el que tuvo como base la Corte Suprema al dictar su fallo de 1930, expresa que el Ferrocarril ha de construírse entre los puntos mencionados, y nó de Honda hacia el sur.

b) El pago debe hacerse calculando la participación en papel moneda convertido a la moneda legal en curso, a razón de un peso de ésta por cada ciento de aquélla, pues el artículo 6º del contrato de 14 de julio de 1896, entre el Departamento del Tolima y el concesionario, estipuló una participación de cinco centavos por carga, que deben entenderse en papel moneda, de acuerdo con el régimen monetario bajo el cual se celebró.

c) El contrato de 28 de diciembre de 1905 entre el Gobierno Nacional y The Dorada Railway Company, Limited, está vigente, por varias razones que desatendió la Corte al declararlo sin valor en su sentencia de 1930, y por ende se halla en vigor la declaración que en aquel contrato se hizo de que el concesionario quedaba a paz y salvo por causa de la participación.

Son tres las conclusiones que el señor apoderado quiere que se apliquen a este pleito:

1ª La obligación sobre pago de la participación que se cobra, está extinguida;

2ª Si se considera existente, debe reducirse a la que corresponde por razón del transporte realizado únicamente entre La Dorada y Honda;

3ª El pago ha de hacerse convirtiendo la participación, de papel moneda, a la moneda en curso.

Debiendo reducirse el juicio de cuentas, conforme a la sentencia de la Corte, a la liquidación del monto de la suma por participación, a razón de cinco centavos la carga transportada de ciento cincuenta kilogramos de peso y durante el lapso transcurrido del 9 de noviembre de 1903 al 9 de noviembre de 1923, los hechos que han de acreditarse como fundamento de la liquidación son éstos:

1º Número de cargas de ciento cincuenta kilogramos de peso transportadas por el Ferrocarril en el tiempo señalado; y

2º Suma de dinero resultante de multiplicar por 0,05 la cifra obtenida de acuerdo con el numeral anterior.

La sola enunciación de los hechos a comprobar pone de manifiesto que el punto presentado por la Compañía demandada, referente a la extinción de su obligación de pago, es improcedente en este juicio, pues él debió ser materia, como lo fue, del estudio y pronunciamiento de la Corte en el fallo que ahora se trata de cumplir.

La demanda a que puso término el fallo de 1930 se refirió a la carga "que se haya transportado y se siga transportando en el Ferrocarril de La Dorada — nó en una sección — y la sentencia condenó a la Compañía a pagar la participación que corresponde al Departamento del Tolima "en la explotación del Ferrocarril de La Dorada".

No puede la Sala, al aplicar la sentencia anterior, limitarla a una parte solamente de la línea férrea; no es jurídico que la Corte distinga donde la sentencia de 1930 no distinguió.

También se deduce claramente del fallo de 1930 que el pago de la participación allí decretado, debe hacerse liquidándolo, como en la propia sentencia se ordena, "a razón de cinco centavos por carga transportada". Como la condenación se hace a pagar en centavos, sin expresarse de qué unidad monetaria, ha de entenderse que la sentencia se refiere al peso legal colombiano, que es la moneda obligatoria para todos los actos y contratos, a menos de determinación o acuerdo distintos. Para que otra cosa fuese procedente, en este punto del fallo mencionado, sería preciso que él lo dijese de modo expreso, ya que la norma de interpretación, obligatoria para los Jueces, es la señalada de un modo general por la ley, al establecer como moneda el peso oro colombiano o su equivalente en billetes representativos de oro, o en billetes del Banco de la República. La expresión de la sentencia "a razón de cinco centavos", no puede significar cinco centavos de dólar americano ni cinco centavos del peso chileno o argentino.

Todas las razones del señor apoderado de la Compañía dirigidas a demostrar que la obligación de pago por parte de ella está extinguida, o a que el movimiento de la carga ha de referirse a un sector y nó a toda la línea, o a que el pago debe hacerse en moneda distinta a la moneda legal en curso, carecen de oportunidad en el presente pleito. Para considerarlas habría que hacer el estudio planteado por el representante de la empresa, referente a la validez, en relación con las obligaciones de las partes, de los contratos de 1896 y de 1905, que fueron materia de examen en el anterior fallo de la Corte, y en tal hipótesis se entraría por la vía de revisar providencias judiciales que, como aquélla, tienen el sello de la ejecutoria.

Las cuestiones dichas, propuestas por el señor apoderado de la Compañía demandada, son extrañas al presente pleito.

**Las objeciones a las cuentas presentadas**

De las tres objeciones propuestas por el demandante a las cuentas de la Compañía, el Tribunal, en el fallo que se revisa, declara fundadas la primera y la tercera e infundada la segunda. Tal decisión merece confirmarse, pues el fundamento de los reparos hechos por la Compañía a las objeciones primera y tercera lo constituyen, esencialmente, las tres razones ya examinadas de inexistencia de la obligación, de limita-

ción del porcentaje a un sector del Ferrocarril y de pago en papel moneda convertido a la moneda en curso.

Y en cuanto a la segunda objeción, es infundada, porque estando incluído en la cuenta de los peritos lo que ella comprende por concepto de "alianzas", se halla refundida en la primera.

**Los materiales para el Ferrocarril y la carga para el Gobierno y otras entidades**

La diferencia entre el número de cargas trasportadas por el Ferrocarril, que se constató por los peritos y en la inspección ocular, y el número declarado por la Empresa en las cuentas presentadas, mereció esta explicación, en el acta de inspección ocular:

"El señor Contador de ésta de acuerdo con el señor Gerente, manifestó suponer, en su concepto, que tal diferencia podría deducirse de los siguientes motivos: a) Que la Empresa deduce todo cargamento cuyo peso no alcance a 150 kilogramos. b) Que deducen el peso de materiales para la Empresa; y c) Que sólo se tuvo en cuenta la anotación de los cargamentos que se movilizaron entre Honda y sur de Honda".

Ante la Corte el señor apoderado de la Compañía afirma que no se excluyó la carga de menos de 150 kilogramos, ni se la pudo excluír, porque faltan detalles en los libros para determinar cuál sea esa carga. Que los materiales para el Ferrocarril no casaron fletes, y por lo mismo, deben excluírse, y que sin embargo esa carga y la del Gobierno y otras entidades, que tampoco causó fletes, se incluyeron en los cuadros del Interventor y en la cuenta de los peritos.

Mas como lo observa el Tribunal, el demandado no probó su afirmación respecto a haber trasportado carga para el Gobierno u otras entidades públicas, y en qué cantidad. Este es un hecho exceptivo que ha debido acreditar quien lo alega, como medio parcialmente liberatorio de la obligación impuesta por el fallo de la Corte, toda vez que de la cuenta tomada en la inspección ocular no aparece carga trasportada y libre de flete para el Gobierno u otras entidades públicas sobre la cual no deba pagarse la participación materia del juicio.

En cuanto a la exclusión de la carga referente a materiales de la Empresa, los peritos afirman, y contra ello nada se ha establecido, que dicha carga quedó comprendida en su cómputo. "De la simple lectura de la cuenta presentada por nosotros y de la presentada por la Compañía —dicen— se observan claramente las diferencias numéricas existentes entre esas dos cuentas. Las causas de esas diferencias las explicó la Compañía, según se puede ver en las actas de la diligencia, diciendo que en la cuenta formada por ella se excluyó la carga correspondiente a los siguientes reglones: a) Carga de menos de ciento cincuenta (150) kilos; b) Carga trasportada al sur de Honda y viceversa; c) Carga relativa a materiales de la Empresa. Todos estos renglones están incluídos en la cuenta elaborada por el Interventor del Departamento y en la formada por nosotros; al formar esta última tomamos, mes por mes, toda la carga que figura en los libros examinados".

**El monto líquido de la participación**

Con las bases ya sentadas, el Tribunal liquida acertadamente la participación debida. De la liquidación resulta:

Cuentas presentadas por la Compañía, 1.147.524,364 kilos.

Cuentas del Interventor, inferiores a las que resultan de la inspección y del dictamen pericial, 1.400.572,996½ kilos.

Reducida a cargas de 150 kilos la cuenta del Interventor, da 9.343,819.97 cargas.

Multiplicado este número por $ 0.05, resulta $ 467.190.99.

Esta cantidad representa el monto líquido de la participación, al que debe agregarse el interés moratorio del 6 por 100 anual a partir del 17 de octubre de 1923.

En las cuentas presentadas por la parte demandada se incluyó ese interés en estos términos:

"Sobre el saldo habrán de liquidarse intereses a la tasa del seis por ciento (6 por 100) anual desde el 17 de octubre de 1923 hasta el día del pago".

La cuenta fue objetada únicamente en cuanto el monto de la cantidad principal materia de la prestación. El interés debe quedar como se formuló, siendo entendido que ha de referirse al saldo líquido que por principal se deduce a cargo de la empresa demandada.

Costas

No comparte la Sala el parecer del Tribunal en punto a costas, al condenar a la Compañía al pago de las causadas en el juicio.

Anota aquél, como motivos de tal condenación: que los apoderados de la Empresa no expresaron de manera categórica la causa por la cual presentaron una cuenta en desacuerdo con lo que aparece de la contabilidad, judicial y pericialmente examinada, sino que emplearon para ello términos dubitativos e hipotéticos; y que la pretensión al pago en papel moneda reducido a oro va contra textos claros y expresos de la ley.

El motivo principal de desacuerdo entre las cuentas presentadas por la Compañía y lo que resulta de la contabilidad, está en el parecer de ella, de no hallarse obligada al pago de la participación en toda la línea del Ferrocarril, sino en una sección solamente.

El propósito de hacer el pago en papel moneda convertido a oro lo basó la Compañía en la aplicabilidad a este pleito de una estipulación contractual que no le es pertinente.

Pero de la actitud de la Compañía en los puntos aludidos no resulta la temeridad de sus pretensiones, si se atiende a los motivos que alega, y por tanto no es el caso de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo del código procesal que previene la condenación en costas. En este punto ha de revocarse la providencia de primera instancia.

Fallo

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla:

**Primero.** Confírmase la sentencia apelada, en los numerales 1º, 2º y 3º de su parte resolutiva;

**Segundo.** Revócase el numeral 4º de la misma.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández, Srio.**

PETROLEOS—OPOSICION DE LA RICHMOND PETROLEUM COMPANY A UNA PROPUESTA DEL SINDICATO DE INVERSIONES.—MANERA Y OPORTUNIDAD DE ALLEGAR PRUEBAS EN ESTOS JUICIOS SUMARIOS

**No es extravagante, temerario o irrazonado el concepto de que si el actor, la Nación o el presunto concesionario acompañan a sus escritos los elementos probatorios denominados instrumentos públicos lo hacen, respectivamente, en una ocasión semejante, parecida o análoga a la presentación de la demanda o a su contestación, cuando se trata de procedimientos ordinarios. La ley, artículo 636 del C. J., permite que en estos últimos eventos las partes puedan allegar dichos instrumentos sin el lleno del requisito que la propia regla establece. La analogía consiste, sencillamente, en que en unos y en otros se halla el mismo motivo que justifica la excepción: las partes pueden presentar antes de que el litigio se trabe, o en el momento en que ello suceda, sin más formalidad, los documentos que estiman conducentes a sostener la posición que han asumido. Al propio tiempo puede afirmarse, que si se pretendiese traer a los autos instrumentos públicos durante el término probatorio de los juicios sumarios sería aplicable también la norma general de su obtención por medio del juez del conocimiento, ya que se estaría en frente de análoga razón a la en que descansa tal ordenamiento: el equilibrio procesal que debe asegurar a las partes iguales facilidad y medios para su defensa.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero diez y ocho de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

Solicita reposición el señor Procurador del auto que corre al folio 134 de este cuaderno y que como acertadamente observa tan distinguido funcionario lleva equivocadamente fecha del 27 de enero de 1938, debiendo ser ella del mismo día del corriente año.

Estima la Sala que el referido auto es de mera sustanciación y que, por ello, el recurso interpuesto es procedente.

En la providencia cuestionada se dispuso tener como pruebas varios documentos presentados por el señor apoderado de la Richmond Petroleum Company, los que consideró la Sala ya se hallaban incorporados al expediente, y se dijo que aunque algunos de tales documentos tenían la calidad de instrumentos públicos no les era aplicable la norma contenida para ellos en el artículo 636 del C. J., ya que habían sido allegados al proceso en oportunidad análoga a los casos de la excepción previstos en la propia regla.

Basa su reclamo el señor Procurador en la circunstancia de que los dichos documentos fueron recibidos por la Secretaría el 17 de octubre último, fecha en la cual él considera vencido ya el término de cuatro días comunes señalado para oír a los opositores. Agrega que no es exacta la apreciación de la Sala de que a la fecha del auto reclamado se hallasen los documentos incorporados al expediente; que ellos no pueden tenerse como pruebas sino a condición de que se presenten legalmente en el respectivo término probatorio, y que no ve cuál pueda ser la **oportunidad análoga** a los casos de excepción previstos en el artículo 636, ya que los documentos no vinieron a los autos con la demanda, su contestación o los memoriales sobre excepciones, y termina su interesante exposición con algunas consideraciones sobre el sistema preclusivo que rige nuestras instituciones civiles procesales.

Observa la Sala:

Cuando las partes pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, deben pedir —dispone el artículo 636 del estatuto de enjuiciamiento civil— dentro de los términos probatorios que se libre despacho para obtenerlos del funcionario respectivo.

Presenta el auto revisto un caso de aplicación de esta norma, cuya interpretación en el presente asunto constituye el fundamento del reclamo.

Se consideró en la dicha providencia que los instrumentos de que se trata habían sido acompañados en **oportunidad análoga** a las enumeradas como excepciones en el artículo 636, esto es, que no les era aplicable el principio general allí contenido. O lo que es lo mismo, que procedía su estimación, también por razón de analogía, de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 597 ibídem. No se afirmó en el memorado auto que los documentos vinieran al proceso acompañando a la demanda, a su contestación o a los escritos de excepciones. Se dijo sí que lo habían sido en oportunidad análoga, y esta afirmación envuelve, merced al significado del vocablo, la de que no se estaba precisamente en frente a uno de tales casos, sino en uno que, aunque siendo diferente, guardaba con ellos indudable similitud (analogía, según lo entiende la Academia de la Lengua, vale como relación de semejanza entre cosas distintas).

Como la Sala sostuvo que la ocasión en que fueron allegados los documentos era análoga a los eventos excepcionales que contempla el referido mandato, conviene expresar brevemente las razones que determinaron su aserto. Es necesario para ello precisar con nitidez la naturaleza y calidad que son propios a esta clase de juicios breves y sumarios.

Establecen las leyes del petróleo que escogida o admitida una propuesta sobre exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad nacional, se publique y anuncie ella de conformidad con especiales requisitos; si dentro del término al efecto fijado, cualquier persona formula oposición en cuanto a la propiedad del petróleo, acompañando las pruebas en que la base, se suspende la tramitación de la propuesta y se envía el expediente a esta Sala de la Corte, la que en juicio breve y sumario (artículos 1203 y ss. del C. J.), decide si es o no fundada la oposición.

De conformidad con los aludidos textos, al Ministerio de Industrias (hoy de la Economía Nacional) no cabe otra misión, en lo que toca a las oposiciones, que clasificar su procedencia legal, esto es, verificar si ellas se ciñen al requisito de la presentación de los elementos probatorios pertinentes, y sin que le sea dable pronunciarse sobre su valor jurídico ni acerca de cualquier circunstancia de fondo que diga relación al dominio de los terrenos materia de la propuesta, cuestiones éstas que caen bajo la esfera de competencia privativa de la Corte.

Si bien el escrito de oposición se presenta al Ministerio, ésta en realidad no se plantea sino ante el Organo Judicial. Si al memorial de oposición se acompañan las pruebas del caso, la Administración, sin audiencia del proponente ni del Ministerio Público, envía a la Corte el negocio, el cual puede convertirse de simple trámite administrativo —que se suspende— en verdadero asunto litigioso. Procede entonces la iniciación del juicio breve y sumario, en el que, según establece categóricamente la ley, serán tenidos como partes el opositor, la Nación y el presunto concesionario. Se dijo que el negocio **podía** adquirir el carácter de controversia judicial, y esta inflexión condicional se justifica. En efecto: como ni la Nación ni el proponente han sido oídos todavía, no se sabe si la intervención judicial venga a resolver sobre intereses opuestos y a desatar entonces una verdadera contención. Esto, porque la litis aún no se ha trabado ya que a las partes que en ella pueden figurar no se les ha dado oportunidad legal para tal fin.

De lo anterior se desprende que en asuntos de esta índole, únicamente surge la litis-contestatio, puede decirse que verdaderamente se plantea la oposición y se concreta la materia del pleito, en el momento en que las partes hayan manifestado en el juicio sumario sus pretensiones. Bien pueden darse, v. gr., estas hipótesis: El Ministerio Público y el proponente manifiestan que consideran el petróleo como de propiedad privada, o estiman que pertenece a la Nación, o uno adhiere a la primera tesis y el otro a la segunda; y más aún, tampoco sería extraño que el opositor considerase o que en realidad carece de derecho o que los terrenos señalados para el contrato no interfieren su propiedad, casos ambos en los cuales desistiría de su intervención y ni siquiera habría lugar, por desaparición de

la materia, a que la justicia adelantase el juicio de que se habla.

Por tanto, este fenómeno de planteamiento del problema o, técnicamente, de litiscontestación, solamente se verifica cuando la Sala de Negocios dispone que las partes se pronuncien sobre la oposición y éstas en los términos que para oírlas se señalan fijan su posición frente al negocio. Descorridos los traslados, la controversia adquiere existencia jurídica.

En estos juicios breves y sumarios, el opositor tiene el caráctr de actor y la Nación y el presunto concesionario adoptan comunmente la calidad de demandados.

Por modo que no es extravagante, temerario o irrazonado el concepto de que si aquél o éstos acompañan a sus escritos los elementos probatorios denominados instrumentos públicos lo hacen, respectivamente, en una ocasión semejante, parecida o análoga a la presentación de la demanda o a su contestación, cuando se trata de procedimientos ordinarios. La ley, artículo 636 del C. J., permite que en estos últimos eventos las partes pueden allegar dichos instrumentos sin el lleno del requisito que la propia regla establece. La analogía consiste, sencillamente, en que en unos y en otros se halla el mismo motivo que justifica la excepción: las partes pueden presentar antes de que el litigio se trabe, o en el momento en que ello suceda, sin más formalidad, los documentos que estimen conducentes a sostener la posición que han asumido. Al propio tiempo puede afirmarse que si se pretendiese traer a los autos instrumentos públicos durante el término probatorio de los juicios sumarios sería aplicable también la norma general de su obtención por medio del juez del conocimiento, ya que se estaría en frente de análoga razón a la en que descansa tal ordenamiento: el equilibrio procesal que debe asegurar a las partes iguales facilidad y medios para su defensa.

Expuesta claramente, y ratificada, la apreciación de la Sala que soporta la providencia recurrida, el problema en estudio se reduce a una simple confrontación de fechas. Ha de establecerse, por tanto, si los documentos de que se trata fueron traídos al proceso dentro del mismo término fijado para oír a los opositores o si, como lo afirma el señor Procurador, ello se hizo extemporáneamente.

La respuesta a esta cuestión se desprende de la nota de registro que trae el memorial que enumeró las pruebas y solicitó se tuvieran como tales y del informe de la Secretaría que precede a esta decisión. Con la primera se acredita que el pedimento fue recibido "con lo relacionado" el día 17 de octubre último. El segundo expresa que el término señalado para oír a los opositores expiró el propio 17 de octubre, a las cinco de la tarde.

El informe de la Secretaría descansa en el parecer varias veces manifestado por la Sala sobre la manera de contar los términos de días. Al folio 14 v. del cuaderno número 7 se halla la constancia de que el asunto queda en traslado a los opositores "desde hoy once de octubre", sin anotación de la hora precisa en que comienza. En estos casos se ha estimado que el término se cuenta a partir del día siguiente, y como los días 12 y 16 de octubre fueron feriados, se tiene que aquél sólo acabó el 17, a las cinco de la tarde, como dice la Secretaría. Por tanto, los cuatro días corrieron en las siguientes fechas: 13, 14, 15 y 17. En auto de 8 de abril de 1938 (G. J., Nº 1938, pág. 757), manifestó la Sala: "Como los términos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede, y como el traslado que se dio al Fiscal del Tribunal fue de días, aunque aquí no se trata de un término a partir de una notificación, pero sí de un término de días, éstos deben contarse desde el siguiente al de entrega del expediente, máxime si se considera que no existe en autos la hora del día en que se dio el traslado". No hay duda, pues, de que los tántas veces nombrados documentos se incorporaron al proceso en tiempo hábil.

Son éstas las razones que mueven a la Sala a no acceder a la revocatoria que solicita el señor Procurador.

Notifíquese.

**Aníbal Cardoso Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS —ESTAMPILLAS EN LOS AVALUOS

**De acuerdo con la noción del riesgo inherente a determinadas empresas por la peligrosidad que ellas ofrecen, la Corte en numerosos fallos ha sentado la doctrina de que existe una presunción de culpabilidad en contra de tales empresas, según el artículo 2356 del C. C., la cual no puede desvirtuarse sino con la demostración plena de que el hecho ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito.— 2.—La Sala de Negocios Generales había venido sosteniendo la necesidad de estampillar los avalúos, por estimar reformado el numeral 42 del artículo 1º del Decreto-ley número 92 de 1932, mas no expresamente derogado. Un estudio posterior de la cuestión ha hecho concluir que tal precepto no tiene vigencia en la actualidad. También la Sala de Casación Civil ha establecido que "la ley 78 de 1935, en su artículo 13, suprimió el impuesto de timbre para los avalúos judiciales en general, exigiéndolo únicamente para los que se rindan en juicios de sucesión".**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril diez y ocho de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Octavio Robledo, apoderado de la señorita Inés Zuluaga, demandó al Departamento de Caldas ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, para que mediante la tramitación de un juicio ordinario y con audiencia del Fiscal del Tribunal, se condene a aquella entidad, como propietaria del Cable Aéreo del Norte, a pagar a la demandante los perjuicios que se prueben en el juicio, sufridos por la mencionada señorita en un accidente ocurrido el 6 de noviembre de 1933, en momentos en que viajaba como pasajera en el trayecto comprendido entre la estación de "Altobonito" y la de Manizales.

El Fiscal del Tribunal negó los hechos de la demanda y desconoció el derecho de la peticionaria. Propuso la excepción de petición indebida.

Con fecha 20 de mayo de 1937, la demandante cedió al doctor Octavio Robledo Avendaño el derecho litigioso contra el Departamento de Caldas y el Tribunal lo reconoció como cesionario por auto de tres de junio siguiente.

En sentencia de fecha 1º de febrero de 1938, el Tribunal absolvió al Departamento de Caldas de los cargos de la demanda. De este fallo apeló el doctor Robledo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitada legalmente la segunda instancia sin que se observen causales de nulidad, se pasa a resolver en definitiva el negocio.

Dice el demandante que el Cable Aéreo del Norte, de propiedad del Departamento de Caldas, presenta en época lluviosa y de tempestades, por la manera como está construído y movido, serios peligros para los pasajeros que hacen uso de él en dicho tiempo. En diversas épocas ha tenido que suspender los servicios por ser éstos deficientes y peligrosos. La señorita Inés Zuluaga hizo uso del cable para que la trasportara el 6 de noviembre de 1933, de la ciudad de Neira a la de Manizales; iba en una vagoneta de pasajeros, en compañía de varias personas, que sufrieron con ella el accidente y los perjuicios consiguientes, con la caída de la vagoneta, hecho que ocurrió en el tramo del cable comprendido entre la estación de "Altobonito" y la de Manizales. La señorita Zuluaga sufrió varias lesiones, entre ellas la ruptura de la pierna derecha, a consecuencia de la cual quedó con una cojera permanente. Dice el actor que la empresa del cable fue responsable del accidente, porque la vagoneta no presentaba las debidas seguridades, o por descuido o imprudencia.

### La prueba de los hechos

El Tribunal fundó el fallo negativo en la falta de pruebas del expediente, por considerar que los daños sufridos por la señorita

Zuluaga no están comprobados, como tampoco están acreditados el hecho de que la mencionada señorita recibiera perjuicios por la caída de la vagoneta ni la causa del accidente. Agrega el Tribunal que aun suponiendo probados estos hechos, faltaría en autos la demostración de la relación de causalidad entre el hecho o la comisión que se imputa a la empresa y el perjuicio.

A juicio de la Sala, con las pruebas traídas al expediente durante la segunda instancia, se corrigieron las deficiencias anotadas por el Tribunal, como se verá a continuación:

Los testigos doctor Hernán Mejía Villegas y señor José Hurtado García, declaran que vieron a la señorita Inés Zuluaga antes del accidente del 6 de noviembre de 1933, buena y sana. El primero tuvo conocimiento del accidente en la estación de "Aranzazu" y el segundo comentó el suceso como Director de **Heraldo Liberal**, diario que editaba en Manizales.

Los testigos Luis Carlos Gómez Gómez y Francisco Quintero, en declaraciones rendidas ante el señor Juez 3º Civil del Circuito de Manizales y ratificadas durante el término de prueba de la segunda instancia, declaran que les consta lo siguiente por el oficio que desempeñaban en el cable el día del suceso: Que Inés Zuluaga llegó a la estación de "Altobonito" el 6 de noviembre de 1933, con su familia, en vagoneta de pasajeros, procedente de Neira; que estaba buena y sana de su cuerpo; que se bajaron en la estación para descansar y para aguardar que pasara un aguacero y un vendaval fuerte que en esos momentos hacía en esa región y como no escampaba, tomaron de nuevo las vagonetas del cable y se dirigieron a Manizales, siendo despachadas por Francisco Quintero en virtud del oficio que desempeñaba; que la vagoneta en que viajaban se zafó del cable, en la torre 21 del trayecto comprendido entre "Altobonito" y Manizales; que a consecuencia del golpe sufrieron heridas los pasajeros; que la señorita Inés Zuluaga como su familia, sufrieron varias heridas y que hubo una persona entre las que viajaban en la vagoneta que quedó muerta; que la señorita Inés Zuluaga con las heridas graves y contusiones que sufrió en al caída, quedó con una imposibilidad permanente parcial, que la ha inhabilitado para trabajar como antes. Dicen los testigos que el hecho les consta personalmente, por haber ayudado a levantar los heridos.

Durante el término de prueba de la segunda instancia se trajeron a los autos los reconocimientos practicados por los médicos legistas doctores Ricardo Jaramillo Arango y Alfonso Alvarez J., cuyo carácter oficial está debidamente comprobado, en la persona de la señorita Inés Zuluaga el 7 de noviembre de 1933 y el 5 de febrero de 1934. Le hallaron una fractura cerrada del tercio superior del húmero izquierdo y contusiones en la mejilla. Declararon que tendría cuarenta días de impedimento y podía perder el pie derecho, que es una deformidad de carácter leve. El 5 de febrero de 1934, la hallaron todavía incapacitada.

El 27 de febrero de 1937, el doctor Jaramillo Arango dijo que a Inés Zuluaga le había quedado una desviación de la pierna y una anquilosis del pie y que no podía andar sin una notable incapacidad del miembro inferior, siendo de por vida la lesión. El señor César Estrada G. corrobora lo anterior. (Folio 48, cuaderno de pruebas de la primera instnacia).

Con lo anterior queda suficientemente comprobado el accidente y los daños sufridos por la señorita Inés Zuluaga.

**La responsabilidad**

El artículo 2347 del C. C., establece el principio de la responsabilidad por hechos ajenos, y el artículo 2356 del mismo texto, sienta esta norma, bien se trate de responsabilidad directa o indirecta: "Por regla general todo daño que puede imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

Los ejemplos que allí se mencionan son ilustrativos y se refieren a hechos en que el daño aparece en la cosa misma, por cierta peligrosidad que en ella se transparenta.

La Corte ha sostenido la doctrina de que conforme a la disposición del artículo 2356 del C. C., existe una presunción de responsabilidad en contra del agente respectivo,

en los casos de daños causados por ciertas actividades que implican peligros, inevitablemente anexos a ellas, responsabilidad por la cual no se exonera de la indemnización, sino en cuanto se demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños.

En sentencia de 31 de mayo del año pasado, la Sala de Casación Civil, por unanimidad, dijo lo siguiente, al estudiar una demanda de perjuicios, provenientes de la muerte de una persona, ocasionada por el atropello de un motor, perteneciente a la compañía denominada "The Santa Marta Railway Co. Limited" y manejado por un empleado o dependiente de la misma:

"El fundamento básico de la sentencia y el modo como ha sido acusada lleva a la Corte necesariamente al estudio de la teoría de la responsabilidad basada en la culpa presunta y su conexión con la carga de la prueba a la luz de las disposiciones pertinentes del C. C., especialmente los artículos 2341 y 2356 de dicha obra. Nada más indicado que la reproducción de la doctrina sentada por la Corte en sentencia de 14 de marzo último y que en lo pertinente dice así: (Gaceta Judicial, número 1934).

"El artículo 2356 ibídem, que mal puede reputarse como repetición de aquél (el 2341), ni interpretarse en forma que sería absurda si a tanto equivaliese, contempla una situación distinta y la regula, naturalmente, como a esta diferencia corresponde. Así es de hallarse desde luego en vista de su redacción y así lo persuaden, a mayor abundamiento, los ejemplos que aduce o plantea para su mejor inteligencia, a manera de casos en que especialmente se debe reparar el daño a que esta disposición legal se refiere, que es todo lo que 'pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona'.

"Exige, pues, tan sólo que el daño pueda imputarse. Esta es su única exigencia como base o causa o fuente de la obligación que en seguida pasa a imponer.

"Esos ejemplos o casos explicativos corresponden, y hasta sobra observarlo, a la época en que el código se redactó, en que la fuerza del hombre como elemento material y los animales eran el motor principal, por no decir único, en la industria, en las labores agrícolas, en la locomoción, todo lo cual se ha transformado de manera pasmosa en forma que junto con sus indecibles favores ha traído también extraordinarios peligros...

"La teoría del riesgo, según la cual al que lo crea se le tiene por responsable, mira principalmente a ciertas actividades por los peligros que implican, inevitablemente anexos a ellas y miran a la dificultad, que suele llegar a imposibilidad, de levantar las respectivas probanzas los damnificados por hechos ocurridos en razón o con motivo o con ocasión del ejercicio de esas actividades. Un depósito de sustancias inflamables, una fábrica de explosivos, así como un ferrocarril o un automóvil, por ejemplo, llevan consigo o tienen de suyo extraordinaria peligrosidad de que generalmente los particulares no pueden escapar con su sola prudencia. De ahí que los daños de esa clase se presuman, en esa teoría, causados por el agente respectivo, como sería en estos ejemplos el autista, el maquinista, la empresa ferroviaria, etc. Y de ahí también que tal agente o autor no se exonere de la indemnización, sea en parte en algunas ocasiones, sea en el todo otras veces, sino en cuanto demuestre caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños.

"A esta situación se ha llegado en algunos países por obra de una labor jurisprudencial ardua en cuyo desenvolvimiento no han dejado de tropezar los juristas, en su camino hacia la humanización del derecho, con la rigidez de los textos legales.

"Fortuna para el juzgador colombiano es la de hallar en su propio código disposiciones previsivas que sin interpretación forzada ni descaminada permiten atender al equilibrio a que se viene aludiendo o, por mejor decir, a la concordancia o ajustamiento que debe haber entre los fallos y la realidad de cada época y de sus hechos y clima.

"Porque, a la verdad, no puede menos de hallarse en nuestro citado artículo 2356 una presunción de responsabilidad. De donde se sigue que la carga de la prueba, onus

**probandi**, no es del damnificado sino del que causó el daño, con sólo poder éste imputarse a su malicia o negligencia.

"No es que con esta interpretación se atropelle el concepto informativo de nuestra legislación en general sobre presunción de inocencia, en cuanto aparezca crearse la de negligencia o malicia, sino que simplemente teniendo en cuenta la diferencia esencial de casos, la Corte reconoce que en las actividades caracterizadas por su peligrosidad, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el hecho dañoso lleva en sí aquellos elementos, al tiempo que la manera general de producirse los daños de esta fuente o índole impide dar por provisto al damnificado de los necesarios elementos de prueba. La máquina, en el estado actual de la civilización, es algo que sencillamente supera al hombre, lo que vale como decir que él debe estar prevenido a este respecto, entre otros fines con el de no perder el control indispensable sobre ella. Por él comienza la peligrosidad, quien la usa y maneja es el primer candidato como víctima".

"Después de esta transcripción, continúa así el fallo antecitado:

"La civilización contemporánea, los adelantos en la ciencia, en la industria, en la técnica, y la complejidad de relaciones sociales y económicas han determinado la creación y desarrollo de ciertas empresas que como las ferrovías, entre otras, llevan en sí una actividad peligrosa tanto para los que se sirven de ellas y las dirigen o manejan, como en ocasiones para los extraños a esas actividades; en el primer caso se presenta como típico el accidente causado por un descarrilamiento, el hundimiento de un puente en que son víctimas los pasajeros y los que conducen la máquina; en el segundo, el atropello, la lesión y aun la muerte de un transeúnte causada por un tren, por un motor, por un autoferro, en general, por una máquina....

"El artículo 2341 se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad, demostrando su diligencia y cuidado y en que por lo tanto la carga de la prueba corresponde al demandante. El artículo 2356 parte de la base de la imputabilidad de la culpa a quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla, y entonces solamente tres factores pueden eximir al demandado de su responsabilidad.

"Se trata en la sentencia de mayo, que en parte se transcribe, de una culpa presunta para los casos de riesgo creado, o sea cuando el daño se produce por alguno de los elementos que en la civilización acarrean peligrosidad. En ese evento, la sentencia hace emanar del texto del artículo 2356 una presunción legal mixta, ya que se dice que no puede desvanecerse por cualquier medio en contrario, sino por determinados hechos".

De acuerdo con la noción de riesgo inherente a determinadas empresas por la peligrosidad que ellas ofrecen, la Corte en numerosos fallos ha sentado la doctrina de que existe una presunción de culpabilidad en contra de tales empresas, según el artículo 2356 del C. C., la cual no puede desvirtuarse sino con la demostración plena de que el hecho ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito, imprevisible e inevitable.

En el caso que se estudia no está probado que el accidente ocurrido en el Cable Aéreo del Norte, en el cual sufrió los daños que alega la señorita Inés Zuluaga, se debió a fuerza mayor o caso fortuito que exima de responsabilidad a la empresa. Por el contrario, de las pruebas que obran en autos, declaraciones de testigos e inspección ocular, se desprende que mediaron en el suceso circunstancias desfavorables a la empresa, como la falta de empleados suficientes, la deficiencia en el servicio de teléfonos, los desperfectos de la torre donde ocurrió el accidente, etc.

Por todo lo anterior se llega a la conclusión de que la empresa del Cable Aéreo del Norte, que según está comprobado es propiedad del Departamento de Caldas, debe responder por los perjuicios sufridos por la señorita Inés Zuluaga, en el accidente ocurrido el día 6 de noviembre de 1933.

### La cuantía de la indemnización

Los peritos señores Joaquín González Uribe y Manuel Lombana Villegas, avalua-

ron los perjuicios en la suma de $ 6,843.75, teniendo en cuenta que la señorita Inés Zuluaga perdió el cincuenta por ciento de la capacidad productora por causa de la lesión que le quedó.

El avalúo no fue estampillado. La Sala había venido sosteniendo la necesidad de estampillar los avalúos, por estimar reformado el numeral 42 del artículo 1º del Decreto ley número 92 de 1932, mas no expresamente derogado. Un estudio posterior de la cuestión ha hecho concluír que tal precepto no tiene vigencia en la actualidad. También la Sala de Casación Civil ha establecido que "la Ley 78 de 1935, en su artículo 13, suprimió el impuesto de timbre para los avalúos judiciales en general, exigiéndolo únicamente para los que se rindan en juicios de sucesión". En consecuencia es aceptable la forma del dictamen de los peritos sobre el avalúo de perjuicios.

El dictamen de los peritos dice así:

"Estimamos, de mutuo y común acuerdo, que el valor de los perjuicios que sufrirá Inés Zuluaga como consecuencia del accidente en referencia, es la suma de seis mil ochocientos cuarenta y tres pesos con sesenta y cinco centavos ($ 6,843.75), apreciación para la cual hemos tenido en cuenta las siguientes consideraciones:

"Inés Zuluaga es una muchacha de unos 24 años de edad, bien parecida y revela una buena salud. Dicha muchacha, según hemos podido constatar, vive de su trabajo personal, esto es, atiende por sí misma a su subsistencia, pues carece de otros parientes o allegados que velen por ella. Con motivo del accidente presenta en la actualidad la Zuluaga un grave y notorio defecto en la pierna derecha, que no sólo dificulta y hace penosa su marcha, sino que afea notoriamente su presentación personal. Tiene igualmente, como consecuencia del accidente, una fractura en el brazo izquierdo, el cual, en virtud de esa fractura, tiene una presentación notoriamente defectuosa e incapacita a la víctima para el rendimiento ordinario de toda labor manual.

"Inés Zuluaga es una mujer de la clase obrera. Bien sabido es que entre nosotros las mujeres de esta condición social tienen un radio reducido de actividades para ganar la vida, consistentes generalmente en labores esencialmente manuales como escogedora de café, costurera, etc., o en aquellas en las cuales es factor preponderante la presentación personal de la aspirante, como empleada de café, taquillera, etc. Para todas estas ocupaciones, que son las habituales en las mujeres que perteneciendo a la clase a que nos referimos se ven precisadas a atender a su subsistencia, ha quedado Inés Zuluaga en condiciones de evidente inferioridad, ya que es considerable la inhabilitación que para tales menesteres supone su defectuoso estado actual proveniente del siniestro de que fue víctima. Conceptuamos, como consecuencia de las anteriores consideraciones, que las posibilidades adquisitivas de la Zuluaga se han reducido en un cincuenta por ciento de su rendimiento anterior (50 por 100), en virtud de los defectos anotados, y de la inhabilidad para el trabajo que ellos determinan.

"En estas condiciones, calculando en veinticinco años más, a partir del siniestro, la vida normal de la damnificada; apreciando en un peso con cincuenta centavos ($ 1,50) el producto diario de las ocupaciones normales de la persona a que nos referimos, y deduciendo de ese rendimiento el cincuenta por ciento en que estimamos disminuída su capacidad productora, tenemos el resultado siguiente:

| | |
|---|---|
| "Producto normal del trabajo de la damnificada, en un año a razón de $ 1,50 por día.....$ | 547.50 |
| "Disminución de su capacidad productora por año, a razón del 50 por 100, calculado por nosotros. | 273.75 |
| "Valor de tal disminución en los 25 años en que apreciamos la vida normal de la damnificada... | 6,843.75 |

"Así, pues, tenemos que el valor de los perjuicios que sufrirá Inés Zuluaga como consecuencia del accidente de que fue víctima será la ya expresada suma de seis mil ochocientos cuarenta y tres pesos con setenta y cinco centavos".

El dictamen anterior es uniforme y está explicado y debidamente fundamentado.

Forma, por tanto, plena prueba, de conformidad con el artículo 721 del C. J. El monto de la indemnización debe ser, pues, de $ 6,843.75.

(En esta parte del fallo el Magistrado doctor Cardoso Gaitán expresa su inconformidad con el modo de fijación del perjuicio, concretado en una suma total por los veinticinco años; pues él estima que por ser el daño sucesivo, la reparación también debe serlo; y a propósito reafirma los conceptos de su salvamento de voto que aparece publicado en el número 1926 de la **Gaceta Judicial**).

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:

1º La empresa del Cable Aéreo del Norte, de propiedad del Departamento de Caldas, es responsable de los perjuicios causados a la señorita Inés Zuluaga, en el accidente ocurrido el seis de noviembre de mil novecientos treinta y tres, en el trayecto comprendido entre la estación "Altobonito" y la de Manizales.

2º Como consecuencia de lo anterior, se condena al Departamento de Caldas, a pagar al doctor Octavio Robledo Avendaño, como cesionario de los derechos de la señorita Inés Zuluaga, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, la suma de seis mil ochocientos cuarenta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($ 6,843.75), valor de los perjuicios ocasionados a la referida señorita.

3º Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández**, Srio. en ppdad.

## PENSION POR SERVICIOS CIVILES PRESTADOS DURANTE 30 AÑOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de fecha ocho de junio del año pasado, negó la pensión solicitada por el señor Antonio Pérez Rincón como empleado civil y absolvió a la Nación de los cargos de la demanda presentada el 27 de octubre de 1937 por el doctor José del Carmen Mesa, apoderado del señor Pérez Rincón.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación y le fue concedido en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente en la segunda instancia, sin que se observen en el proceso causales de nulidad, se pasa a ponerle fin al negocio, previas las siguientes consideraciones:

El fallo negativo del Tribunal se fundó en las deficiencias de las pruebas presentadas, especialmente la relativa a la edad del demandante. Durante el término correspondiente de la segunda instancia se practicaron a petición del apoderado del interesado varias diligencias, con las cuales se llenaron las omisiones observadas por el Tribunal, como lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil en su importante concepto rendido en este negocio, en el cual solicita que se conceda al señor Pérez Rincón la pensión que solicita.

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 exige que se comprueben los siguientes hechos:

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 cincuenta años; y

6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

Los requisitos 1º, 2º y 4º, aparecen suficientemente acreditados con las declaraciones de los señores Antonio Ramírez T., Antonio Quijano Torres, Gustavo Quijano Torres, Pedro Pablo Delgado, Joaquín Aldana y Rafael Argáez, quienes declararon durante el término de prueba de la segunda instancia en forma plenamente satisfactoria.

Con un certificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se acreditó que no ha recibido pensión ni recompensa ni goza de ellas.

Del análisis de los cargos públicos que desempeñó el señor Pérez Rincón se deduce que no ha sido empleado de manejo, y aparece además que se encuentra a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

A falta de la partida respectiva, se comprobó la edad con las declaraciones de los médicos doctores Celedonio Medina Z. y Antonio Camacho Ruiz, quienes examinaron al demandante detenidamente y concluyeron afirmando que tiene más de sesenta años de edad, por todos los signos somáticos que presenta. Esto aparece corroborado por los testimonios de los señores doctor Ricardo Hinestrosa Daza, Antonio Ramírez T., Roberto J. Barreto y Pedro Pablo Delgado.

Aparece comprobado en autos, con las certificaciones oficiales respectivas que el señor Antonio Pérez Rincón sirvió puestos públicos civiles por más de treinta años. Tales cargos fueron los siguientes: escribiente de la sección segunda del Ministerio del Tesoro, posesionado el 27 de febrero de

1893; Contador de Pensiones de la Pagaduría Central; primer tenedor de libros de la sección 4ª del Ministerio del Tesoro; Jefe de la sección 4ª del mismo Ministerio; Magistrado de la Corte de Cuentas; Visitador Fiscal del Departamento de Cundinamarca; Procurador de Hacienda; Visitador fiscal del Ministerio de Hacienda; auxiliar de la sección del impuesto sobre la renta; oficial 1º y oficial de registro del Ministerio del Tesoro; Inspector del Censo en Cundinamarca; Jefe de las secciones 3ª y 6ª de la Contraloría y Auditor del Magdalena y la Guajira.

El último sueldo devengado fue el de $ 170 como auxiliar del impuesto sobre la renta de la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca. Le correspondería la pensión de $ 85 mensuales, de acuerdo con la Ley 29 de 1905. Pero como el Decreto número 136 de 1932 dispuso en su artículo 9º que ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional sería mayor de $ 80, a esa cantidad debe reducirse la cuantía de la pensión correspondiente al demandante. No es posible acceder a lo pedido por el señor Pérez Rincón y por su apoderado, porque mientras el Decreto citado no haya sido derogado o anulado por la autoridad competente tiene toda la fuerza legal y debe ser cumplido, como lo ha resuelto la Corte en numerosos casos.

Como se han llenado los requisitos legales, la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

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 condena a la Nación a pagar al señor Antonio Pérez Rincón una pensión de ochenta pesos ($ 80) mensuales, desde el día veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y siete, fecha de la presentación de la demanda.

Envíese copia a los señores Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la República.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## REVOCACION DE UN AUTO DE EMBARGO

**Para que pueda cobrarse ejecutivamente una obligación proveniente de una decisión del Gobierno, es indispensable que la providencia esté ejecutoriada y sea definitiva. (Artículos 982 y 1059 del C. J.).**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veinte de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El Ministerio de Correos y Telégrafos, por Resolución número 2742 de 1938, declaró civilmente responsable de la pérdida de unas encomiendas al señor Luis Eduardo Díaz Agudelo, contratista de las Líneas del Norte, Segundo grupo. En la misma Resolución se dijo que una vez ejecutoriada ésta, debía consignar el señor Díaz o sus fiadores, señores Francisco J. Camacho y José María Velásquez V., la suma de $ 9,000, valor de la indemnización reconocida por la pérdida de la encomienda, más la de $ 20 por concepto de multa.

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto de fecha cuatro de marzo pasado, decretó el embargo preventivo y la retención de dos cuentas pendientes que el Ministerio le adeudaba al contratista señor Díaz, de la finca llamada "Versalles", del señor Camacho y de un lote de terreno con sus edificaciones, de propiedad del señor Velásquez, ubicado en esta ciudad.

Tanto el doctor Otto Barrios Guzmán, apoderado del señor Díaz, como el señor Camacho apelaron del auto de embargo preventivo y el recurso se les concedió en el efecto devolutivo. Tramitado el incidente en la Corte, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Conforme al artículo 274 del C. J., la primera condición requerida para decretar un embargo preventivo es la de que el acreedor presente o haya presentado prueba, siquiera sumaria, de la existencia del crédito con calidad de exigible. Para que pueda cobrarse ejecutivamente una obligación proveniente de una decisión del Gobierno, es indispensable que la providencia esté ejecutoriada y sea definitiva. (Artículos 982 y 1059 del C. J.).

El doctor Barrios presentó ante la Corte un certificado del Secretario General del Ministerio de Correos y Telégrafos, fechado el diez de abril pasado, que dice así:

"El suscrito Secretario General del Ministerio de Correos y Telégrafos, en atención a lo solicitado en el anterior memorial, certifica: Que el doctor Otto Barrios Guzmán, en su carácter de apoderado del señor Luis E. Díaz Agudelo, solicitó dentro de la oportunidad legal la reconsideración y reposición de la Resolución número 2742 de 29 de diciembre de 1938, por medio de la cual se dedujo responsabilidad a cargo del señor Díaz Agudelo, como contratista de correos, por la pérdida de una encomienda de nueve mil pesos ($ 9,000) y se le impuso una multa de veinte pesos ($ 20); y que dicha petición se halla al estudio de este Ministerio.—Dado en Bogotá a diez de abril de mil novecientos treinta y nueve.—G. Forero Franco, Secretario General".

Está comprobado con el anterior certificado que contra la Resolución que sirvió de base al embargo se interpuso en tiempo un recurso legal y que, por consiguiente, tal providencia no es definitiva ni estaba ejecutoriada el día en que se decretó el mencionado embargo. En consecuencia, el auto apelado es injurídico, porque se dictó faltando uno de los requisitos exigidos por el artículo 274 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto de fecha cuatro de marzo pasado, dictado por el señor Juez de Ejecuciones Fiscales de Bogotá y ordena el desembargo de los bienes que se mencionan en la referida providencia.

El señor Juez de Ejecuciones Fiscales dirigirá los despachos relacionados con el cumplimiento de esta decisión de la Corte.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo. — Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.



## NULIDAD DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA

**Un contrato celebrado en virtud de ordenanza de autorizaciones especiales, debe someterse al Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Si este requisito no se cumple el contrato queda imperfecto, o mejor, no alcanza vida jurídica.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El presente pleito tiene los siguientes basamentos de hecho:

1º El Departamento de Boyacá contrató con la Compañía Agrícola Industrial de dicha sección de la República la organización y administración de la Lotería de Beneficencia y el recaudo del impuesto sobre loterías extrañas.

2º La mencionada Sociedad cumplió las obligaciones contraídas.

3º El Gobierno del citado departamento dejó de cumplir o cumplió imperfectamente sus prestaciones.

4º En virtud de la resolución número 3 de 26 de agosto de 1936 se declaró la caducidad administrativa del contrato.

5º En la misma resolución se impuso a la Compañía una multa de $ 2,000.00, cuyo pago se aseguró mediante hipoteca.

Apoyado en tales fundamentos, el doctor Francisco Mariño Parra, como gerente de la prenombrada sociedad anónima, domiciliada en Tunja, promovió demanda ordinaria, ante el Tribunal de esa ciudad, para que se hiciera la siguiente declaración:

"Que es nula, por falta de causas legales, la resolución número 3 (tres) de veintiséis de agosto de mil novecientos treinta y seis, de la gobernación del departamento, por la cual se declaró administrativamente caducado el contrato que sobre organización y administración de la lotería de beneficencia de Boyacá y recaudación del impuesto sobre otras loterías, celebró el Gobierno del Departamento con la Compañía Agrícola Industrial de Boyacá".

Admitida la demanda se corrió traslado de ella al señor Fiscal del precitado Tribunal, funcionario que lo descorrió, conviniendo en unos hechos, pero negando otros. Se opuso a la acción por estas consideraciones:

"La Compañía contratista violó la cláusula tercera del contrato mencionado por cuanto ésta se comprometió a recaudar el impuesto de loterías extranjeras y de fuera del Departamento de manera escrupulosa; a rendir cuenta exacta y comprobada a la Contraloría departamental de los dineros recaudados y de las consignaciones hechas por tal concepto, y consignar dentro de los primeros diez días de cada mes esos dineros en la Tesorería Departamental.

También violó la mencionada Compañía el numeral (D) de la cláusula segunda del contrato que le imponía la obligación de poner en conocimiento del público, por anotaciones hechas en los billetes respectivos, el día y hora de los sorteos y lo esencial sobre el plan de éste".

En sentencia de 9 de diciembre de 1937, el Tribunal de Tunja falló así:

"A mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es nula, por falta de causas legales, la Resolución número tres (3), de veintiséis de agosto de mil novecientos treinta y seis, emanada de la Gobernación de Boyacá, por la cual se declara la caducidad del contrato celebrado el veintinueve de julio de mil novecientos treinta y cinco con el señor Carlos Julio Bernal, como gerente de la 'Compañía Agrícola Industrial' sobre organización y administración de la lotería de Beneficencia de Boyacá y la recaudación o cobro del impuesto de las loterías extranjeras y de

otros departamentos".

Apelado el fallo por el demandante, subió el negocio a la Cotre, donde se le dio la tramitación propia de esta segunda instancia hasta agotar todas las ritualidades legales.

Como no se observa causal de nulidad, la Sala procede a dictar el fallo que le corresponde.

Se considera:

La existencia legal de la Compañía actora y la calidad de Gerente del doctor Francisco Mariño Parra, están comprobadas con la certificación de la Cámara de Comercio de Tunja. (Fls. 16, cuaderno de pruebas del demandante, primera instancia).

En el mismo cuaderno, a fls. 17 vta. y siguientes aparece la escritura número 597, otorgada ante el Notario primero de Tunja, el 29 de julio de 1935. En este instrumento debidamente registrado, consta que la Compañía estaba obligada a lo siguiente:

"2ª.....ordinal j). A pagar en la Tesorería Departamental de Boyacá por mensualidades vencidas, dentro de los primeros quince días de cada mes, cuando el valor nominal de la edición sea de seis mil pesos ($ 6,000.00) o menos, como participación que al Departamento corresponde, con destino a la beneficencia, la cantidad de cuatrocientos diez y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 416.66) o sea de cinco mil pesos ($ 5,000.00) en el año. Cuando la edición pase de aquel valor, la participación que al Departamento corresponde y que la Compañía contratista deberá pagar, se aumentará proporcionalmente al valor nominal de las edificiones, de manera que cuando ésta sea de doce mil pesos ($ 12,000.00) la participación alcance a diez mil pesos ($ 10,000.00) moneda legal en el año)".

"2º..... ordinal d). A poner en conocimiento del público por anotaciones hechas en los billetes respectivos, el día y hora de los sorteos y lo esencial sobre el plan de éste".

3º Por lo que respecta al recaudo del impuesto de loterías extranjeras y de fuera del Departamento, la Compañía contratista contrae las siguientes obligaciones, además de las que de acuerdo con las leyes y ordenanzas vigentes corresponden a los empleados de manejo: a) A recaudar el expresado impuesto dentro del Departamento, de manera escrupulosa, ciñéndose en un todo a los preceptos de la ley 64 de mil novecientos veintitrés y de la Ordenanza 61 del mismo año, en cuanto éstos no fueren contrarios a aquéllos. b) A rendir cuenta exacta y comprobada a la Contraloría Departamental de los dineros recaudados y de las consignaciones hechas en la forma y dentro de los términos en que debe hacerlo todo empleado de manejo al servicio del Departamento. c) A consignar, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, el dinero recaudado por tal concepto, deducción hecha del porcientaje que por honorarios se le reconoce a la Compañía contratista y que es el veinte por ciento (20 por 100) de las sumas recaudadas, en la Tesorería Departamental".

Conviene para la historia de este fallo transcribir los siguientes apartes de la resolución de caducidad:

"Para interpretar claramente el numeral j) de la cláusula 2ª es preciso tener en cuenta que allí se encuentran dos factores de suma importancia y sobre los cuales reposa la existencia del contrato: el valor nominal de la edición y el número de ediciones. Y es natural que estas sean las bases fundamentales, ya que de esos dos elementos se desprenden las cantidades con que el Legislador ha querido ayudar a la beneficencia pública. El ordinal j) establece que si el valor nominal de la edición es de seis mil pesos ($ 6,000.00) o menos la Compañía pagará al Departamento con destino a la beneficencia cuatrocientos diez y seis pesos con sesenta y seis centavos ($ 416.66) o sea cinco mil pesos ($ 5,000.00) al año. Este cálculo permite interpretar que la voluntad del legislador departamental fue la de autorizar doce sorteos al año. Y si esto es así, ¿cómo explicar la cláusula 6ª que permite sorteos semanales, quincenales o mensuales? No se puede aceptar que en un contrato a cuya existencia se vincula un interés de tánta importancia como es la beneficencia pública se estableciera una contradicción que sólo traería un favoritismo a una compañía en contra de una Sociedad

y de una Institución. Se impone, por lo tanto, conforme lo determina el artículo 30 del Código Civil, tener en cuenta el contexto del contrato para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya en todas ellas la debida correspondencia y armonía". ".....El numeral j) que fija la participación que al Departamento corresponde con destino a la beneficencia, la funda en el valor nominal de las edificiones y en el número de éstas. Y si en este numeral estipula cantidad precisa es sencillamente porque tomó como base sorteos fijos y cantidades determinadas; pero como por la cláusula 6ª no puede saberse si la Compañía hace sorteos semanales, quincenales o mensuales ya que ello depende de la voluntad del contratista, no podría establecerse suma precisa y entonces para conocer lo que al Departamento corresponde se debe tomar como fundamento también el valor nominal de las ediciones y el número de sorteos que verifique. Así, pues, si la Compañía hace un sorteo mensual de $ 6,000.00 o menos, le corresponden al Departamento $ 416.66 mensuales. Si la edición pasara de $ 6,000.00 aumentaría proporcionalmente; si hace sorteos quincenales o semanales debería pagar según el valor nominal de cada edición o sorteo. De otra manera resultaría, y es lo que ha sucedido, que la Compañía contratista verificando cuatro ediciones o sorteos al mes solamente pagó lo de un sorteo, dejando para sí lo que le corresponde a la beneficencia en los tres sorteos restantes. Y cuántas ediciones ha lanzado la compañía contratista? En los meses de diciembre y enero hizo ocho sorteos por valor de $ 4,800.00 cada uno y consignó la suma de $ 833.32, debiendo pagar $ 3,333.32. En los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio y julio hizo veinticuatro sorteos por valor de ocho mil pesos cada uno y consignó $ 2,729.25 debiendo pagar $ 13,332.20. De esto se deduce que la beneficencia dejó de recibir sumas de gran consideración y que vino a acrecentar la riqueza de una compañía particular".

".....Por otro aspecto, las obligaciones contraídas por la Compañía contratista en los numerales a), b) y c) del artículo 3º del contrato no han tenido cumplimiento, pues no se ha cobrado el impuesto de las loterías extranjeras y de otros departamentos y por consiguiente, no se ha rendido cuenta a la Contraloría ni se ha consignado el dinero a la Tesorería Departamental. Esto se comprueba con los informes de la Contraloría del Departamento, de la Tesorería General y el informe rendido por el señor Guillermo Prieto Mariño, empleado de la Lotería de Boyacá y con una carta del señor Carlos Julio Bernal al señor Contralor Departamental".

"....Finalmente y para completar la argumentación sobre este punto, se considera que según la ordenanza 15 de 1935, por la cual se autorizó al Gobierno para celebrar el contrato con la Compañía Agrícola Industrial, se fijó claramente el doble objetivo del convenio, que fue simultáneamente la organización y administración de la lotería de beneficencia de Boyacá y la recaudación o cobro del impuesto de loterías extranjeras y de otros departamentos. Por consiguiente no podía dedicarse el contratista a cumplir el primer objetivo del contrato, descuidando el segundo de manera absoluta, ni aun con la disculpa dada en su carta por el gerente Bernal de que en los primeros meses se dedicaron a la organización de la lotería, pues ya se dejó anotado cómo el renglón de recaudo del impuesto sobre loterías extrañas, si en esa parte se hubiera cumplido el contrato, hubiera sido muy provechoso para la beneficencia, ya que a los otros departamentos por el impuesto sobre los billetes de Boyacá se les ha derivado pingües rendimientos".

".....Tampoco se ha dado cumplimiento estricto al numeral d) de la cláusula 2ª que impone a la compañía la obligación de anotar en los billetes el día y hora de los sorteos. La compañía se conformó con anotar el día y prescindir de la hora, siendo esto de importancia a fin de que el público pueda presenciar el sorteo y darse cuenta de la manera como él se verifica, para saber si se hace en forma honorable".

Alrededor de estas mismas causales se libró una justa interesante en la cual, los

doctores Gabriel Rodríguez Diago y Jesús Perilla, apoderados de la Compañía y del Departamento, respectivamente, exhibieron argumentos de distinto orden para defender las pretensiones de sus poderdantes.

La Sala no se adentra al análisis de los importantes alegatos de bien probado, porque ha observado que la existencia legal del contrato, fundamento principal de toda la demanda, no se ha acreditado de manera plena en el juicio.

Y para justificar esta premisa, hace las siguientes consideraciones:

A petición del doctor Perilla, apoderado del Departamento, durante el término probatorio, la Gobernación de Boyacá remitió varios folletos que contienen, entre otras, las ordenanzas de 1923 y 1935, y un ejemplar, debidamente autenticado, de "El Boyacense" número 1557, en el cual corre publicado el Decreto 580 de 1934, reglamentario de la ordenanza 61 de 1923, y el llamamiento a licitación para contratar la administración de la Lotería de Beneficencia de Boyacá.

La ordenanza 61 de 1923 (mayo 3), estableció en Boyacá la "Lotería de Beneficencia", y en el artículo 7 dijo: "Las boletas, cédulas o billetes de Lotería, distintos de la creada por esta ordenanza, estarán sujetos a las siguientes tarifas y condiciones:

"a) Las procedentes de empresas domiciliadas en el Exterior y que sean vendidas en el territorio del Departamento, pagarán un impuesto igual al cincuenta por ciento (50 por 100) del valor de la boleta, cédula o billete;

"b) Las procedentes de empresas nacionales, el impuesto será del veinte por ciento (20 por 100) del valor de las boletas, cédulas o billetes que se vendan en el territorio del Departamento".

Se expidió después la Ley 64 de 1923 (octubre 20), a la cual pertenecen los siguientes artículos:

"Art. 1º Sólo los departamentos podrán establecer, desde la promulgación de la presente ley, una lotería con premios en dinero, y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública.

"En los departamentos en que el producto de las loterías tenga destinación al servicio de la instrucción o de las obras públicas, se respetará esa destinación.

"Los contratos que celebren los departamentos en desarrollo de esta Ley deberán someterse a licitación pública, y en ella se entenderá como mejor propuesta la oferta de una mayor participación en el valor de cada sorteo para la asistencia pública del respectivo departamento".

"Art. 3º. Las loterías que existen en la actualidad en algunos departamentos, destinadas exclusivamente a fines de beneficencia, podrán continuar funcionando con la misma organización que hoy tienen".

"Art. 4º Facúltase a los departamentos para prohibir y reglamentar las loterías en su territorio, y para prohibir en él la circulación y venta de billetes de loterías extranjeras o de las de otros departamentos o para gravarlas hasta con un diez por ciento (10 por 100) del valor nominal de cada billete. Este gravamen ingresará íntegramente al fondo de la beneficencia pública".

El artículo 5º del decreto número 580 de 1934 dice: "Procédase a sacar a licitación privada, por convenir mejor a los intereses del Departamento, el contrato de administración de la lotería de beneficencia de Boyacá, para lo cual se publicará en oportunidad el respectivo pliego de cargos".

La póliza para la escritura respectiva fue del siguiente tenor, como puede verse en "El Boyacense" número 1557 citado:

"Los suscritos, a saber: X. X., en su carácter de gobernador del departamento de Boyacá, en nombre y representación de la junta administradora de la Lotería de Beneficencia, y N. N., varón, mayor de edad, de esta vecindad y con capacidad legal para obligarse, en su propio nombre, han celebrado el siguiente contrato, en virtud de la adjudicación hecha por la junta administradora de la Lotería de Beneficencia de Boyacá:

"N. N., en su carácter de rematador se obliga a administrar independientemente dicha empresa por el término de cuatro años contados desde la fecha en que se

efectúe el primer sorteo y se obliga asímismo a pagar al tesoro departamental el canon de arrendamiento correspondiente y que se establecerá más adelante.

"El rematador o contratista se obliga a rifar hasta el 60 por 100 o más del valor total de los billetes y se obliga a considerar vendidos en su totalidad éstos para los efectos fiscales consiguientes.

"El contratista se obliga al pago del impuesto de defensa nacional establecido por la ley 12 de 1932 y a pagar al departamento de Boyacá un canon de arrendamiento por sorteo equivalente al 10 por 100 del valor total de los billetes, siempre que la lotería sortee suma igual o mayor del 60 por 100 de dicho valor total; o se obliga a pagar al departamento el 14 por 100 de este mismo valor total cuando la suma sorteada sea menor del 60 por 100 del mismo valor total ya expresado.

"El gobierno de Boyacá admite que este canon de arrendamiento por sorteo, sea pagado hasta con treinta días de plazo después de efectuarse cada sorteo, siempre que al rematador no le sea posible reunir inmediatamente los valores en giro a su favor que estén en tránsito o pendientes en las dependencias de la empresa.

"Los billetes de la lotería de Beneficencia de Boyacá no tendrán validez si no estuvieren sellados con el siguiente sello. (Aquí el sello simplificado).

"El rematador o contratista se obliga a anunciar con anticipación las fechas y sitios de la ciudad o ciudades en que hayan de efectuarse los sorteos ordinarios, extraordinarios o simplemente extras, los cuales serán verificados y autorizados por las autoridades que designe la gobernación del departamento. El contratista no podrá efectuar más de cuatro sorteos **extraordinarios** durante el año y para este fin tendrá que comunicar a la junta administradora con 60 días de anticipación a la fecha del sorteo extraordinario que se proponga efectuar.

"Todo plan inicial de sorteos necesitará de la aprobación de la junta administradora ciñéndose estrictamente a lo dispuesto por la ley 64 de 1923 sobre la distribución del 64 por 100 en premio de los billetes vendidos.

"El gobierno de Boyacá autoriza al contratista para hacer uso de sistemas usuales o de otros que sean patentados por el ministerio de industrias y la presidencia de la república. Asímismo se obliga a coadyuvar con la influencia oficial a la mayor propaganda por medio de los funcionarios de su dependencia en los municipios y a conceder franquicia telefónica a la empresa para la rápida comunicación de los servicios de la misma.

"Esta lotería podrá llamarse más tarde 'Rifa Departamental de Beneficencia de Boyacá'.

"El rematador o contratista presenta para responder de sus obligaciones una caución constituída sobre finca o fincas, libres de todo censo, gravamen, condiciones resolutorias, etc., o a una prenda de valores que han sido avaluados previamente por la junta administradora en una suma por lo menos de.....

"El rematador se obliga a coadyuvar con la gobernación al cumplimiento de los artículos 7º, 8º, 10 y 11 de la Ordenanza 61 de 1923 que se refieren a los impuestos exigibles a las rifas o loterías establecidas por particulares.

"El presente contrato podrá ser transferible con autorización de la junta administradora de la Lotería de Beneficencia de Boyacá.—Tunja, 11 de diciembre de 1934. El Gobernador del Departamento, **H. Salamanca**".

Vino después la ordenanza número 15 de 1935 (julio 13) "por la cual se autoriza al gobierno para celebrar un contrato", la cual en el artículo 1º dijo: "Autorízase al gobierno del departamento para celebrar con la Compañía Agrícola Industrial de esta ciudad el contrato para la organización y administración de la Lotería de Beneficencia de Boyacá y la recaudación o cobro del impuesto de loterías extranjersa y de otros departamentos, de acuerdo con la ley 64 de 1923, contrato que quedará constituído en las siguientes cláusulas: (son doce estas cláusulas).

En este contrato se expresó lo que sigue en la cláusula primera:

"El Gobierno de Boyacá, debidamente autorizado por la ley 64 de 1923, por la ordenanza 61 del mismo año y por la junta de beneficencia antes citada da o delega a la Compañía Agrícola Industrial de Boyacá, mencionada ya, representada por su gerente señor Carlos J. Bernal, mayor y vecino de esta ciudad de Tunja, la organización y administración de la Lotería de Beneficencia de Boyacá y la recaudación o cobro del impuesto de loterías extranjera y de otros departamentos, creados por la misma ley 64, citada, por el término de cuatro años contados desde el día en que se verifique el primer sorteo de la lotería".

Si el contrato se formalizó en virtud de la ordenanza especial de autorizaciones explícitas y detalladas, era de obligatorio cumplimiento enviarlo al Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Aunque en el caso de autos el contrato se celebró mediante una póliza que en la Ordenanza dio la Asamblea, con todo, era necesario que una entidad distinta examinara si había conformidad entre las cláusulas de la convención y lo ordenado por la Corporación departamental. Esa entidad existe, y es el Tribunal de lo Contencioso.

El artículo 42 de la ley 130 de 1913 es de este tenor: "Los Tribunales Administrativos seccionales tienen, además, las siguientes funciones:

"a) Decidir acerca de la conformidad de los contratos celebrados por los Gobernadores de los Departamentos de sus respectivas jurisdicciones, con las autorizaciones dadas por ordenanzas especiales".

Es esta una formalidad esencial para que el Gobernador pueda dar su consentimiento legalmente, de suerte que si este requisito no se cumple, el contrato queda imperfecto, o mejor, no alcanza vida jurídica. Es que los departamentos como personas jurídicas de derecho público no pueden obrar sino por medio de otras personas, cuyos actos están sometidos a las leyes que les señalan las atribuciones y la manera de ejercerlas. De otro lado, para que un contrato se pueda reputar como fuente de derechos y obligaciones es necesario que se haya celebrado legalmente como lo dice el artículo 1602 del C. C. Si el Tribunal de lo Contencioso tiene el deber de examinar si el representante obró dentro del radio de las atribuciones que le señaló la respectiva ordenanza de autorizaciones, es claro que dicho representante está obligado a obtener aquel concepto. Sin cumplir esta formalidad el Gobernador no podría comprometer al Departamento.

Se trataba de una demanda sobre perjuicios, por violaciones de un contrato que se había celebrado por un departamento, en virtud de autorizaciones especiales y no se había sometido al dictamen del Tribunal de lo Contencioso. Dijo la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema en sentencia de once de diciembre de 1936:

"Cuando un contrato está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, es solemne, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil. (Art. 1500 del C. C.). El contrato celebrado por el señor Gutiérrez con el Departamento de Caldas estaba sujeto, como ya se ha visto, a la formalidad especial de la revisión del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Medellín, y como esta formalidad no se cumplió, tal contrato no tuvo existencia jurídica ni de él se pueden derivar acciones civiles. En otros términos, como el contrato no se celebró legalmente, porque le faltó el cumplimiento de una formalidad indispensable para su validez, no puede sostenerse que sea una ley para las partes contratantes, como lo establece el artículo 1602 del C. C., que es la disposición que en primer término sirve de apoyo al demandante". (Gaceta Judicial de la Corte, números 1920 y 1921, pág. 756, 2ª columna).

Al leer la demanda se comprende que ella está basada en la existencia del contrato contenido en la escritura número 597 de fecha veintinueve (29) de julio de 1935, de tal suerte que si éste no se perfeccionó, la situación de derecho que con base en él se alega carece de existencia. Porque si no existe el contrato, la acción que con fundamento en él se invoca, carece de soporte.

Siendo todo ello así, la declaración impe-

trada en el libelo no puede considerarse en el fondo, puesto que no es posible declarar la nulidad de una caducidad recaída sobre un contrato inexistente.

La situación de hecho proveniente del contrato imperfecto no es materia del presente juicio, por lo cual la Sala no encara en este fallo tal cuestión.

En vista de las consideraciones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, y en su lugar decide:

No es el caso de hacer la declaración solicitada en la parte petitoria de la demanda, quedando en consecuencia absuelto el Departamento demandado.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## INDEMNIZACION

**1.—Ni el Derecho común, ni las disposiciones que forman el derecho social en Colombia, han dicho lo que debe entenderse por enfermedad profesional ni las clases que deben determinarse, ya que en ellas varían según el clima y la calidad del trabajo. — 2.—La Ordenanza (48 de 1935 de la Asamblea de Antioquia), constituye la mejor etapa de la justicia social en Colombia, y su doctrina va más adelante que la establecida por la ley de accidentes de trabajo, pues de acuerdo con ésta, para invocar la indemnización por accidentes, es requisito esencial la demostración de que tal hecho se ha producido por causa y con ocasión del trabajo. Ocurre lo contrario en la Ordenanza 48, donde basta solamente que la enfermedad se presente, así corresponda a la categoría de las comunes no ocasionadas por causa del trabajo. — 3.—Dentro de lo que la ley entiende por accidente de trabajo, puede establecerse en concreto que determinada enfermedad, como la que resulta de la actividad profesional, mediando un suceso imprevisto y repentino por causa y con ocasión del trabajo, constituye accidente de trabajo; pero en abstracto esa apreciación resulta difícil de admitir, mientras no se haya establecido por medio de la prueba plena resultante del examen médico, la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el trabajo y la enfermedad.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Ante el Tribunal Superior de Medellín, José Vicente Ossa promovió juicio ordinario contra el Departamento de Antioquia, para que se obligara a la entidad demandada, con fundamento en las leyes 57 de 1915, 133 de 1931 y en la Ordenanza número 48 de 1935 a reconocerle, como indemnización, dos años de salario, al precio de un peso, cinco centavos diarios, si de acuerdo con los médicos la enfermedad que padecía él era de las que la ley llama profesionales, o en subsidio, a pagarle el salario de un año al mismo precio y por igual concepto.

Como hechos adujo los siguientes:

Que desde el 7 de enero de 1935 hasta el 30 de junio de 1936 trabajó en la sección de obras públicas departamentales; que, durante el tiempo que estuvo como trabajador, adquirió una enfermedad de carácter crónico; que hizo la respectiva solicitud ante la Secretaría de Hacienda y ésta le concedió una indemnización equivalente al valor de tres meses de salario; que como la enfermedad continuara, le pareció injusto lo reconocido, porque la Ordenanza 48 en su artículo 1º le da derecho a dos años de salario.

Al descorrer el traslado, el señor Fiscal del Tribunal propuso la excepción perentoria de cosa juzgada que el Tribunal tramitó como dilatoria y en providencia de treinta de septiembre de 1937 la declaró no probada.

Con fecha 18 de julio del presente año, el Tribunal desató la litis, negando las peticiones de la demanda.

Por apelación interpuesta por el actor, vino el negocio a la Corte, donde ha llegado el momento de decidirlo.

Se considera:

Para invocar el derecho de indemnización por accidentes de trabajo o enfermedad, es requisito esencial la demostración de que el accidente o la enfermedad se han producido por causa y con ocasión del trabajo.

Por incapacidad debe entenderse toda lesión o perturbación permanente o pasajera que imposibilita o disminuye, temporal, permanente o definitivamente la actividad del obrero, ya para todo trabajo o para el habitual suyo.

Importa igualmente, para fijar la acción y la cuantía de la indemnización en el accidente de trabajo, establecer si el accidente proviene de un hecho imprevisto y repentino o si puede imputarse culpa al patrón. Si se trata de lo primero, solamente hay

lugar al pago de perjuicios materiales, y la acción se norma por la ley de accidentes de trabajo, en armonía con la 133 de 1931; si existe un hecho culposo, la obligación se rige por las leyes de derecho común.

Según las pruebas de la demanda, se acredita de acuerdo con los certificados de los doctores Arango Tamayo, Betancur Toro, Bernal Moreno y Antonio Mesa, que José Vicente Ossa está padeciendo una enfermedad que los médicos Arango Tamayo y Bernal Moreno definen como "un ex-oftalmos".

Estos certificados no establecen los elementos constitutivos del accidente de trabajo, pero sí señalan una enfermedad posterior al tiempo en el cual estuvo Ossa al servicio del Departamento, razón por la cual no es el caso de entrar a examinar las disposiciones de la ley 57 de 1915, máxime si la demanda establecida por Ossa tiende al reconocimiento de indemnización por enfermedad profesional, lo cual no está estatuído en las leyes 57 de 1915 y 133 de 1931, pues estas leyes excluyen toda clase de enfermedad, así sea la común o la profesional.

También apoya su derecho el actor en el artículo 1º de la Ordenanza 48 de 1935 de la Asamblea de Antioquia.

El derecho de auxilio creado por la Ordenanza Departamental tiene su causa en la disminución de la eficacia para el trabajo, motivada por la enfermedad del empleado u obrero al servicio del Departamento.

Consagran tales disposiciones que los empleados u obreros que presten servicios en el departamento, en caso de enfermedad, gozarán de un auxilio hasta de seis meses de salario, más la asistencia médica y las drogas necesarias, pero si la enfermedad fuere de las que la ley llama profesionales, la cuantía del auxilio será igual al salario de uno o dos años, según que la disminución de la eficacia para el trabajo sea total o definitiva.

Esa Ordenanza constituye la mejor etapa de la justicia social en Colombia, y su doctrina va más adelante que la establecida por la ley de accidentes de trabajo, pues de acuerdo con ésta, como antes se dijo, para invocar la indemnización por accidentes, es requisito esencial la demostración de que tal hecho se ha producido por causa y con ocasión del trabajo. Ocurre lo contrario en la Ordenanza 48 donde basta solamente que la enfermedad se presente, así corresponda a la categoría de las comunes no ocasionadas por causa del trabajo.

El auxilio de enfermedad establecido por leyes especiales y por ordenanzas tiene su fundamento en la teoría del riesgo, en virtud de la cual se prescinde de toda idea de culpa, y para que la obligación se deba basta que haya una relación de causalidad entre la actividad de la Empresa y el perjuicio sufrido por la víctima.

El riesgo en el contrato de trabajo es una obligación contractual, porque si el arrendamiento de servicios es un verdadero contrato, es lógico que aquél existe mientras subsista el contrato. Disuelto éste por terminación del tiempo para el cual se pactó, es claro que las obligaciones del riesgo o enfermedad desaparecen.

En el caso de autos se ha establecido: que José Vicente Ossa fue obrero del departamento; que durante el tiempo en que lo fue no sufrió ningún accidente de trabajo; que el 30 de junio de 1936 fue suspendido por asuntos económicos; que el día en que abandonó el trabajo estaba en perfecto estado de salud (fls. 1, 2 y 3).

La obligación que tenía el departamento, determinada por el riesgo de enfermedad, estaba ligada al tiempo en que Ossa fuera obrero al servicio de la entidad departamental; porque finalizado el contrato de arrendamiento de servicios, es inútil invocar el auxilio de enfermedad, ya que entonces se perdería la relación que debe existir entre causa y efecto como hechos conexos e inseparables del título de la obligación.

Sobre la acción por enfermedad profesional citada por Ossa y de que hace relación la Ordenanza 48, se observa:

Ni el derecho común, ni las disposiciones que forman el derecho social en Colombia, han dicho lo que debe entenderse por enfermedad profesional ni las clases que deben determinarse, ya que ellas varían según el clima y la calidad del trabajo.

La enfermedad profesional se diferencia de la común en que ésta es ocasionada en algunas veces por causas distintas del trabajo, mientras que aquélla tiene como única causa el trabajo a que está destinado el obrero. Hay actividades profesionales que determinan fatalmente una intoxicación en el organismo, por ejemplo, el saturnismo en los tipógrafos.

Dentro de lo que la ley entiende por accidente de trabajo, puede establecerse en concreto que determinada enfermedad, como la que resulta de la actividad profesional, mediando un suceso imprevisto y repentino por causa y con ocasión del trabajo, constituye accidente de trabajo; pero en abstracto esa apreciación resulta difícil de admitir, mientras no se haya establecido por medio de la prueba plena resultante del examen médico, la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el trabajo y la enfermedad.

Con las pruebas traídas por el demandante ni siquiera se intentó demostrar si la enfermedad sufrida era común o profesional o si los motivos de la lesión o perturbación eran permanentes o pasajeros y entrañaban disminución de la actividad de trabajo de una manera temporal, permanente o definitiva.

En mérito de 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 recurrida.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.**

## COMPETENCIA DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

**1.—El artículo 40 del C. J. atribuye a la Sala Civil de Unica Instancia el conocimiento de 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. Al referirse la disposición a los contratos celebrados dijo relación a aquellos que, al tiempo de expedirse la ley, ya habían entrado en vigor; y cuando atribuyó el conocimiento a dicha Sala, de los contratos que celebre la Nación, se refirió a los que con posterioridad a la ley se celebrasen con todas las formalidades legales. — 2.— Tratándose de un precontrato o proyecto de contrato, el Estado, en su calidad de ente colectivo, representado por entidades diversas, para obligarse contractualmente requiere el concurso de todas esas entidades; mientras no existan esos requisitos y formalidades legales no puede hablarse de contrato perfecto. En consecuencia, la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, carece de competencia para el conocimiento de tales asuntos.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, febrero diez y siete de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Para resolver sobre la aceptación de la presente demanda, la Sala considera:

El artículo 40 del C. J. atribuye a la Sala Civil de Unica Instancia el conocimiento de 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".

Al referirse la disposición a los contratos celebrados dijo relación a aquellos que, al tiempo de expedirse la ley, ya habían entrado en vigor: y cuando atribuyó el conocimiento a dicha Sala de los contratos que celebre la Nación, se refirió a los que con posterioridad a la ley se celebrasen con todas las formalidades legales.

En el presente caso se demanda a la Nación por el doctor Manuel Uribe Afanador ante la Sala Civil de Unica Instancia para que se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios que haya podido causar al demandante con perturbacionse verificadas en las Minas de Supía y Marmato que el demandante estima haber tenido en arrendamiento en virtud de lo estipulado en el proyecto de contrato de 15 de junio de 1935, celebrado con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el que acompaña en copia.

En la cláusula décimasexta de ese proyecto se dijo:

"Este contrato requiere para su validez la aprobación del Poder Ejecutivo previo concepto favorable del Consejo de Ministros y la revisión del Consejo de Estado para que decida si está ajustado a las autorizaciones legales, y deberá ser publicado en el Diario Oficial dentro del término señalado en el artículo treinta y cinco (35) del Código Fiscal..."

Y en la cláusula décimacuarta se había expresado:

"En caso de que el contrato a que se hizo mención anteriormente fuere improbado por el congreso el presente convenio terminará cuando el gobierno lo determine, dando aviso al contratista con término no menos de sesenta días (60)..."

El mismo demandante se expresa así en el hecho 16º del libelo de demanda:

"A pesar de que el proyecto de contrato a que hice mención en los puntos anteriores había sido ampliamente discutido y estudiado por el Ministerio de Industrias y Trabajo y aceptado como la única solución equitativa y conveniente para los intereses de la Nación, estando listo para ser perfeccionado entró al Ministerio el señor doctor Gonzalo Restrepo, y sin ninguna razón seria que lo justificara, rechazó tal solución

ya aceptada y dictó, en cambio, la resolución 110-bis del presente año, por medio de la cual se me ordenó la entrega de las minas y demás bienes arrendados el día 1º de julio del año en curso".

De lo transcrito se desprende claramente que no se trata de un contrato celebrado, es decir, perfeccionado, sino más bien de un precontrato o proyecto de contrato, pues para que fuera contrato perfecto era necesario el cumplimiento de otras formalidades legales, sin las que el negocio no era contrato todavía, ya que le faltaban además de los requisitos de aprobación por el Organo Ejecutivo, precio concepto favorable del Consejo de Estado la aprobación del Congreso, y, además, otros requisitos formales, como la elevación a escritura pública y la publicación en el Diario Oficial.

Quiere esto decir que el Estado no había prestado su consentimiento para que el contrato pudiera ser considerado como perfecto, por no haberse llenado todos los requisitos y formalidades legales para las negociaciones en que él interviene como contratista, porque en su calidad de ente colectivo, representado por entidades diversas, el Estado, para obligarse contractualmente, requiere el concurso de todas esas entidades, y que cada una de éstas presente el suyo ajustado a las exigencias de la ley.

Esta es la razón por la cual la misma Sala Civil de Unica Instancia expresó en providencia de 11 de octubre de 1938: "Sin la práctica de todos estos actos solemnes, sin la colaboración de todos los funcionarios competentes para el caso, en los términos de la ley, el Estado no queda ligado contractualmente, porque, por la fuerza de los mandatos legales, su consentimiento no se ha manifestado todavía. Por su propia naturaleza de ente colectivo, el Estado no puede manifestar su consentimiento por un acto simple, en un solo momento, y sin un proceso especial que requiere el concurso de muchos actos consecutivos y de muchas personas, sin lo cual nada está perfecto ni acabado".

En consecuencia, la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, se abstiene de aceptar la demanda propuesta por el doctor Manuel Uribe Afanador contra la Nación, por ser incompetente, ya que no le está atribuído el conocimiento de esta clase de asuntos.

Devuélvase dicha demanda, con todos sus antecedentes al interesado. Notifíquese.

**Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández**, Srio. en ppdad.

PETROLEOS. — OPOSICION DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA A LA PROPUESTA DE OBREGON ARJONA SOBRE PETROLEOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos treinta y ocho.

El Ministerio de la Economía Nacional ha remitido a la Corte el expediente que contiene la propuesta de exploración y explotación de petróleos presentada por el señor Evaristo Obregón Arjona y referente a un terreno sito en el Territorio Vásquez, para que se decida sobre la oposición formulada por el Departamento de Boyacá.

La Sala de Negocios Generales, antes de empezar a tramitar el asunto, resolvió oír previamente al señor Procurador de la Nación, quien se expresó así:

"A la propuesta de explotación de petróleos presentada por el señor Evaristo Obregón Arjona y referente a un lote en jurisdicción del municipio de Bolívar y en la del Territorio Vásquez, en el Departamento de Boyacá, se opuso el Departamento con base en el derecho preferencial que le fue otorgado por las leyes 29 de 1921 (artículo 2º) y 110 de 1922 (artículo 9º), para la efectividad del cual formuló desde el día 25 de brero de 1922 una propuesta de contrato por conducto de su representante, doctor Celso Rodríguez Olarte, aceptada el día 16 de julio de 1924.

"En el presente caso no hay propiamente controversia sobre la propiedad del petróleo, que se reconoce como del dominio de la Nación. El opositor se funda en que debe ser preferido, según lo dicho antes, en la celebración de los contratos de explotación de los hidrocarburos, existentes en los baldíos que le fueron cedidos por las leyes 10 de 1882, 68 de 1890 y 96 de 1896. Como se ve, la adjudicación de estas tierras al Departamento de Boyacá fue posterior al 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva del subsuelo por parte de la Nación, y por tanto dicha adjudicación abarcó tan sólo la superficie.

"En la Resolución proferida por el Ministerio de Hacienda con fecha 4 de abril de 1893 en cumplimiento de las leyes últimamente citadas se tuvo sin duda en cuenta dicha circunstancia al expresarse: 'El Gobierno transfiere desde ahora la propiedad y el dominio de las 100,000 hectáreas cedidas al Departamento de Boyacá, y la adjudicación se hace con las reservas y condiciones establecidas por las leyes sobre la materia'. A la sazón estaban en pleno vigor las disposiciones fiscales sobre reserva del subsuelo.

"Por tanto, si no hay controversia sobre la propiedad del subsuelo petrolífero, si lo que debe decidirse es la preferencia entre distintas propuestas de exploración y explotación de petróleos de reconocida propiedad nacional, parece que esta cuestión debe solucionarse dentro del campo administrativo sin que la Corte tenga jurisdicción en el particular. De acuerdo con el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 corresponde, en efecto, a la Corte Suprema, en Sala de Negocios Generales, conocer de las oposiciones a las propuestas de contrastes de petróleos cuando aquéllas versen sobre la **propiedad** de éste. En el presente caso, tanto el proponente como el opositor parte del principio de la propiedad de la Nación sobre el subsuelo de las tierras de que se trata, lo que parece excluír la competencia de la Corte para conocer en este negocio de acuerdo con la disposición que acaba de citarse".

Este concepto del señor Procurador armoniza a cabalidad con los términos del artículo 5º de la Ley 160 de 1936. Dice así este artículo en la parte pertinente: "Si dentro del término señalado en el inciso segundo de este artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo..... se enviará con los documentos que la acompañan, como también el asunto de oposición y las pruebas en que se apoya (todo esto con

carácter devolutivo) a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema....."

Según los antecedentes de esta disposición, en el juicio sumario se trata de ver si es o nó fundada la oposición de quien pretende derecho en el petróleo. Aunque no se falle sobre dominio, siempre es preciso tener en cuenta los títulos que sobre pertenencia presente el opositor.

Ahora bien, como lo dice el señor Procurador Delegado en el Civil, el Departamento de Boyacá no se presenta diciendo que es propietario del petróleo, sino manifestando que tiene derecho a una preferencia, lo cual se debe decidir administrativamente.

Motivos de preferencia establece también el artículo 16 de la Ley 37 de 1931, y sin embargo las disputas que alrededor de ello surgen no corresponde decidirlas privativamente a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

En el artículo 72 del Decreto número 1270 de 1931, reglamentario de la prenombrada Ley 37, se dice: "Si dentro del término señalado en el inciso 2º del artículo 26 de la Ley de Petróleo y 3º del presente artículo se formulare oposición en cuanto a la propiedad del petróleo o en cuanto a derechos que tengan por fundamento dicha propiedad, acompañándola de las pruebas de que tratan los mismos 2º y 3ª, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el inciso 4º del dicho artículo 26".

La disposición del Decreto se refiere a derechos que se funden en la propiedad, o, mejor, se refiere a las oposiciones de quienes a nombre y en lugar del propietario invocan los derechos de éste.

No ocurre esto en la oposición del Departamento de Boyacá, pues éste no invoca derechos derivados de un propietario para enfrentarlos al derecho de propiedad de la Nación.

Además de lo dicho, el artículo 26 de la Ley 37, reglamentado en la parte transcrita del Decreto, fue sustituída por el 5º de la Ley 160 de 1936. Tal sustitución podría plantear el problema de la inconsistencia del inciso del Decreto, que se copió antes.

La providencia actual no enfoca el fondo del asunto, pues apenas se concreta a estudiar la competencia antes de empezar la tramitación del juicio sumario.

El auto corresponde dictarlo al suscrito Magistrado, pues tal providencia no tiene carácter de sentencia. El artículo 46 del Código Judicial da la norma a la Sala de Negocios Generales en esta forma: "El ponente dicta por sí solo, y bajo su rseponsabilidad personal, todos los autos de sustanciación e interlocutorios".

En virtud de lo considerado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, se abstiene de aprehender el conocimiento de este negocio, por ser incompetente.

Notifíquese, cópiese y devuélvase al Ministerio remitente.

**Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández**, Srio.

## COMPETENCIA

**1.—No cabe alegarse competencia afirmativa ni negativa entre la Corte y un Tribunal, ni entre un Juez y otro que esté directamente subordinado, porque sería destruír el concepto de jerarquía, tan esencial para la organización judicial, como para la recta administración de justicia. Se faltaría a la hermenéutica jurídica si pudiera admitirse que la jurisprudencia del superior pudiera ser rechazada en gracia de interpretación dada a la ley por el inferior. Por este camino se llegaría a la anarquía y se perdería el concepto de autoridad fijado por la misma ley, sobre cuya base esencial está el mentado Poder Judicial, presentándose, como consecuencia, injustos casos de denegación de justicia. — 2.—Competencia es la facultad que la Corte, los Tribunales o los jueces tienen para ejercer por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República y está subordinada en unos casos a la cuantía y en otros a la acción principal.— 3.—Cuando se habla de jurisdicción coactiva, la acción principal está determinada por el gravamen que el respectivo funcionario administrativo fija como impuesto y sobre el cual se procede ejecutivamente. La acción accesoria está constituída por los intereses legales y los gastos del juicio.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero siete de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Contra Carlos Vergez y su señora (sic), el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales de Cali, con fundamento en el gravamen de impuesto sobre la renta correspondiente al año de 1929, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva por la cantidad de cuatrocientos setenta y cinco pesos ($ 475.00), más los intereses a la rata legal, desde el día en que tal cantidad se hizo exigible, y las costas del juicio.

Surtidas las diligencias de embargo, secuestro y avalúo de los bienes denunciados, el Juzgado dictó auto de pregón y remate, providencia de la cual apelaron los ejecutados.

En virtud de esta apelación dicho Juzgado envió el negocio a la Sala de Negocios Generales de la Corte, y el presidente de ella, basado en el Decreto-Ley 1315 de 8 de junio de 1936 y en la jurisprudencia adoptada por la misma, lo devolvió a la oficina de procedencia, porque su conocimiento estaba atribuído a la Sala Civil del Tribunal Superior de Cali.

El Juez de Ejecuciones Fiscales, en cumplimiento del auto de la presidencia, pasó el asunto a la Sala de competencia y ésta, en providencia de septiembre de mil novecientos treinta y siete, apartándose del concepto fiscal, resolvió declararse sin jurisdicción.

El proceso ha sido enviado por segunda vez a la Corte, donde ha llegado el momento de resolverlo.

Es cuestión principal en el presente estudio planteado sobre competencia, si de acuerdo con la Ley 105 de 1931, corresponde a la Sala de Negocios Generales privativamente el conocimiento de todos los recursos de apelaciones, excepciones y tercerías, o si por el Decreto-Ley número 1315 de 8 de junio de 1936, ese conocimiento compete a la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial dentro de cuya jurisdicción tuviere su domicilio principal el demandado, recurrente o actor, cuando el negocio en su acción principal no llegue a quinientos pesos ($ 500.00).

El Tribunal basa su providencia de incompetencia en el numeral 2º del artículo 37 del Código Judicial, en el cual se fijó a la Sala de Negocios Generales de la Corte la competencia para conocer de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva.

Para reforzar su argumentación, sostiene que el Decreto-Ley número 1315 de 1936 no modificó la disposición judicial y que tal Decreto no tiene el alcance que se le ha dado.

Se considera:

No cabe alegarse competencia afirmativa ni negativa entre la Corte y un Tribunal, ni entre un Juez y otro que esté directamente subordinado, porque sería destruír el concepto de jerarquía, tan esencial para la organización judicial, como para la recta administración de justicia.

Se faltaría a la hermenéutica jurídica si pudiera admitirse que la jurisprudencia del superior pudiera ser rechazada en gracia de interpretación dada a la ley por el inferior. Por este camino se llegaría a la anarquía y se perdería el concepto de autoridad fijado por la misma ley, sobre cuya base esencial está el mentado Poder Judicial, presentándose, como consecuencia, injustos casos de denegación de justicia.

En el presente caso, el Tribunal de Cali, con la finalidad de rebatir la doctrina sentada por esta Sala, fundó las razones de la declinatoria de jurisdicción, en la vista fiscal que en las excepciones de Aníbal Barbosa, sirvieron al Tribunal de Bogotá, a igual que al de Cali, para declararse sin jurisdicción en el conocimiento de las providencias de los Juzgados de Ejecuciones Fiscales.

La Sala de Negocios Generales de la Corte, en el fallo de 7 de mayo de 1937 (**Gaceta Judicial**, número 1927, página 517), al rebatir la tesis del Tribunal de Bogotá, adoptada en las excepciones de Aníbal Barbosa, también sostenida por el Procurador Delegado en lo Civil, dijo:

"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.

"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".

Precisamente para estos eventos se dan autorizaciones al Ejecutivo. Un Decreto-Ley expedido en estas condiciones tiene fuerza de ley y su aplicación es norma obligatoria.

Al fijar el Ejecutivo un límite a la Sala de Negocios Generales de la Corte para el conocimiento de las apelaciones, excepciones y tercerías en las incidencias que se presentaran por motivos de la jurisdicción coactiva en el cobro de las contribuciones de impuestos, no violó ningún precepto constitucional y lo hizo sobre expresa autorización del Legislador. Al hacerlo, cumplió un principio del derecho moderno en la recaudación del impuesto: el dar al contribuyente facilidades para su defensa y no hacerla gravosa como sucedía antes, cuando, en virtud de la Ley 105 de 1931, el actor de la incidencia o recurso tenía que remitir el negocio a la Corte, así fuera de una cantidad inferior a quinientos pesos.

Teniendo el Decreto 1315 fuerza de ley, su observancia es inevitable y, por lo tanto, es la Sala Civil de los Tribunales Superiores de distrito judicial a quien toca conocer de las apelaciones, excepciones y tercerías cuando su acción principal no llega a quinientos pesos.

Sobre acción principal se considera:

Dice el Decreto 1315 en su artículo 10:

"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 la de quinientos pesos ($ 500.00) o más; en los demás casos este conocimiento corresponderá a la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial dentro de cuya jurisdicción tuviere su domicilio principal el demandado, recurrente o actor de la incidencia".

Competencia es la facultad que la Corte, los Tribunales o los jueces tienen para ejercer por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República y está subordinada en unos casos a la cuantía y en otros a la acción principal.

Cuando se habla de jurisdicción coactiva, la acción principal está determinada por el gravamen que el respectivo funcionario administrativo fija como impuesto y sobre el cual se procede ejecutivamente. La acción accesoria está constituída por los intereses legales y los gastos del juicio.

En la **Gaceta Judicial** número 1935, página 449, sobre análogo caso, esta Sala dijo:

"Una acción principal puede contraponerse a una acción subsidiaria o a una accesoria.

"Tratándose de una ejecución por una deuda fiscal deducida mediante un **reconocimiento**, sería principal la que se encaminara a hacer efectivos los derechos o el capital primitivo; y accesoria, la que se relaciona con el cobro de los recargos o intereses".

En el negocio actual, el Juez de Rentas, para justificar el envío del expediente a la Corte, suma el impuesto de $ 475 con $ 356.25, valor de los intereses.

El señor Procurador Delegado en lo Civil estima que el argumento deducido de esa suma puede desecharse con la simple lectura del artículo 10 que se dejó transcrito.

Por las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia se abstiene, por carecer de jurisdicción, de conocer de la apelación de la sentencia de pregón y remate, recurso interpuesto por los ejecutados Carlos Vergez y Rosa Prince de Vergez.

En consecuencia se dispone que vuelva el expediente al funcionario remitente para que por su conducto se envíe al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Notifíquese y cópiese.

**Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

# SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

## EXCEPCIONES

**Cuando las culpas contractual y extracontractual proceden de una misma fuente y está ejercitada la acción correspondiente a la contractual, es ésta a la que debe atenderse.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, marzo diez y seis de mil novecientos treinta y nueve.

En la demanda de reconvención propuesta por el doctor Miguel S. Uribe Holguín como apoderado de "The Anglo Colombian Development Company, Ltd." en el juicio ordinario que contra esta Compañía y otros sigue la Nación por medio de apoderado particular, el señor Procurador Delegado en lo Civil propuso las excepciones de declinatoria de jurisdicción e inepta demanda. Al incidente se le dio la tramitación legal y hoy se procede a fallarlo previas las siguientes consideraciones:

Funda la primera excepción en que la Corte Suprema de Justicia no es competente para conocer en única instancia de todas las acciones que se ejercitan en la demanda de reconvención. Dice el señor Procurador que conforme al hecho 16 de la demanda, claramente se observa que la causa jurídica de la controversia promovida por el contrademandante en esta parte se hace consistir en los actos de autoridad del Gobierno, a que se refiere el hecho apuntado, y que el actor califica de ilícitos para el efecto de deducir de ellos la responsabilidad que pretende a cargo de la Nación. Y como el artículo 40 del C. J. al hablar de la competencia de la Sala Civil de Unica Instancia se refiere a las **controversias provenientes de contratos**, quedan fuera de dicha competencia las controversias sobre responsabilidad civil extracontractual, por pretendidos hechos ilícitos, como la que se promueve en esta parte de la demanda. Agrega que si en realidad el Gobierno ejecutó los actos a que se refiere el hecho 16, lo hizo en uso de facultades de autoridad y no como parte contratante; y si fueran ilícitos, la consiguiente responsabilidad civil de la Nación no tendría origen en un contrato sino en un acto ilícito.

Respecto a esta primera excepción, el señor Procurador aduce este otro motivo:

"b). En el numeral 2º de la súplica de la demanda se ejercita muy a las claras una acción de pago de lo no debido (Condictio indebiti). Se promueve, por tanto, una controversia sobre responsabilidad civil **cuasi contractual** fundada en el principio general del **enriquecimiento sin causa.** El origen inmediato y directo de esta controversia no está, por tanto, en el contrato, sino en el cuasicontrato de pago de lo no debido. De consiguiente tampoco tiene competencia ese alto Tribunal para conocer de esta acción en única instancia, según lo que se deja dicho.

Se observa:

El fundamento principal de la demanda de reconvención es la violación del contrato de fecha 30 de noviembre de 1907, celebrado entre el Gobierno y el señor José Cicerón Castillo, por el cual se otorgó a éste el derecho de sacar por medio de dragas, del lecho del río Condoto, en toda su extensión, los metales que allí encontrara, contrato que fue cedido por el señor Castillo, con consentimiento del Gobierno, a la Compañía demandante, quien sustituyó al cedente en sus derechos y obligaciones.

El punto 16 de la demanda, a que se refiere el señor Procurador, trata de los actos de las autoridades nacionales que impidieron a la Compañía iniciar trabajos con una draga el 30 de agosto de 1924. Tiene, pues, relación directa con el cumplimiento del contrato mencionado.

Las peticiones de la demanda de reconvención, son las siguientes:

"1ª Que la Nación debe perjuicios a mi poderdante por los hechos de que tratan los fundamentos de hecho 14, 16, 17, 19 y 20, sea por la suspensión de los trabajos en la mina de 'El Salto' durante todo el tiempo de que habla este fundamento.

"Si llevare a los autos las pruebas necesarias para fijar esta indemnización, solicito que la fijéis. Si no, os pido que condenéis al pago de una cantidad ilíquida, que se fijará luégo conforme al artículo 553 del Código Judicial; y

"2ª Que la Nación debe también a mi poderdante lo pagado de más o en exceso, por ésta o aquélla, en razón de la participación de la Nación en los productos de la explotación del lecho del río Condoto llevada a cabo por mi poderdante conforme al contrato de 30 de noviembre de 1907 y sus modificaciones, y los tres mil pesos ($ 3,000) consignados para asegurar el cumplimiento del contrato, menos lo que debe mi poderdante a la Nación y que digo en el fundamento de hecho 27; y que la fijación del saldo a cargo de ésta, debe hacerse liquidando intereses como lo expresa el mismo fundamento de hecho y conforme a lo allí expresado.

"Solicito que fijéis el saldo, si hubiere en los autos los elementos de prueba para fijarlo; y que, si lo fijáis, condenéis a la Nación a pagarlo a mi poderdante, con más intereses a la tasa expresada, en vez de declarar cómo ha de fijárselo".

Como se ve, estas súplicas del libelo emanan del contrato. La petición segunda, a la cual se refiere especialmente el señor Procurador, dice expresamente que se apoya en el contrato de 30 de noviembre de 1907.

No se puede negar la competencia de la Sala por el hecho de que se cite en el libelo un motivo de culpa extracontractual, porque entre ésta y la contractual existen en ocasiones diferencias muy sutiles que no se pueden estudiar sino en la sentencia. Por otra parte, como se ha dicho, los fundamentos principales de la demanda se refieren a la violación del contrato que se ha mencionado y esto determina la jurisdicción de la Corte.

La Sala de Casación en sentencia de fecha veinticinco de noviembre del año pasado (**Gaceta Judicial** Nº 1943, página 411), dijo lo siguiente:

"A más de lo aludido sobre hechos y derecho en relación con el contrato de transporte, contiene la demanda hechos y citas de disposiciones legales indicativos de culpa extracontractual; de suerte que los actores parecen vacilar entre las dos o más bien pretender ejecitarlas ambas. Pero nada de esto impide reconocer que la culpa contractual está invocada y, por ende, ejercida la acción que a ésta corresponde, lo que determina la obligación consecuencial del juzgador de decidir sobre esta acción y culpa. No hay lugar a discutir ni siquiera a exponer las tesis que sostienen la posibilidad o la imposibilidad de acumular esas dos culpas, pues que aun los doctrinantes que la admiten en excepcionales casos, reconocen que cuando provienen de una misma fuente y está ejercitada la acción correspondiente a la contractual, es ésta a la que debe atenderse. Tal, por lo ya visto, es el caso del presente pleito".

La doctrina anterior es pertinente en el caso que se estudia. Por tanto, no se puede declarar probada la excepción de declinatoria de jurisdicción.

Por las razones ya expuestas, tampoco puede prosperar la excepción de inepta demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de única instancia de la Corte Suprema de Justicia, declara no probadas las excepciones de declinatoria de jurisdicción e inepta demanda, propuestas por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

El señor Procurador contestará la demanda dentro del término de dos días.

Notifíquese.

**Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—TRASPORTE

**1.—El contrato de trasporte es un contrato consensual que se prueba con la carta de porte o carta-guía, documento privado que las partes otorgan para comprobar la existencia y condiciones del contrato y la entrega de las mercaderías al portador. (Artículos 266 y 272 del C. J.). También puede probarse por otros medios. 2.—Al trasporte por ferrocarril se aplican las disposiciones generales del Código Civil, sin perjuicios de las especiales del Código de Comercio, de conformidad con el artículo 2078 del primero, y de las leyes 4ª y 76 de 1920. — 3.—Según los artículos 2072 y 2073 del Código Civil y 283 y 306 del de Comercio, existe una presunción en contra del porteador en los casos de pérdida, avería o retardo de las mercaderías, que él debe destruir comprobando que hubo caso fortuito inevitable. Pero no le basta el caso fortuito para librarse de responsabilidad, como lo ha establecido la Corte, sino que ha de probar además que éste "no ha sido preparado por su culpa y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente." — 4.—Para que haya caso fortuito es necesario que el hecho en que se le hace consistir sea imprevisible e irresistible.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Ernesto Ruiz Manrique, en libelo presentado el 26 de julio de 1937, como apoderado de la Compañía General Automotriz S. A., domiciliada en Bogotá, demandó por la vía ordinaria a la Nación, para que con audiencia del Procurador se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la Nación como propietaria del Ferrocarril del Pacífico, administrado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, está obligada y debe pagar a la Compañía General Automotriz S. A., sociedad anónima domiciliada en Bogotá, seis días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio, el precio que fijen peritos, el valor de un automóvil con sus accesorios, marca Buick convertible, modelo 46/37, despachado de Buenaventura por la Corporación Marítima Colombiana en el Ferrocarril del Pacífico, bajo la remesa Nº 0593 de fecha 26 de enero del corriente año (1937), con destino a Bogotá y consignado a la Compañía General Automotriz S. A.

"Que en consecuencia de la declaración anterior, la Nación debe pagar, seis días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio, a la compañía demandante o a su apoderado, los intereses y demás perjuicios que le ocasionó la Empresa del Ferrocarril con la demora en la entrega del automóvil antes mencionado y que se averió, según lo afirma la misma Empresa, en un siniestro férreo ocurrido en el mes de enero de 1937, en la Estación de Dagua".

Los hechos en que se apoya la sentencia se pueden resumir así:

El 26 de enero de 1937, la sociedad demandante entregó en Buenaventura a la Empresa del Ferrocarril del Pacífico un automóvil de lujo, marca "Buick" convertible, modelo 46/37, con peso de 1646 kilos, cuyo bulto llevaba la marca "Coganto", consignado en dicho puerto por José Vicente Pérez, para remitir hasta Bogotá, pasando por Cali a la Compañía General Automotriz S. A. La Empresa del Ferrocarril expidió la carta de porte Nº 0593 de fecha 26 de enero de 1937. El cargamento fue despachado por el Ferrocarril con destino a Bogotá en el tren número 32, que salió el día 27 de enero de 1937, con un convoy de plataformas. Según afirmación de la Empresa del Ferrocarril el automóvil marca "Buick" convertible, junto con otro automóvil marca "Ford", se destruyeron casi

completamente en un siniestro ferroviario ocurrido el mismo día 27 de enero, en la Estación de Dagua. La Empresa del Ferrocarril resolvió negativamente el reclamo que hizo el agente de la Compañía propietaria del automóvil para que se pagaran los perjuicios por el daño sufrido. El demandante dice que el siniestro que trajo como consecuencia la pérdida casi completa del automóvil mencionado antes, tuvo como causa el mal estado de los frenos de la vagoneta o planchón donde se transportaba el automóvil y el descuido de dejar ese vehículo en un lugar de fuerte pendiente sin las seguridades necesarias. El Jefe de Estación del Ferrocarril del Pacífico en Cali, expidió el certificado Nº 11, con fecha 1º de marzo de 1937, en el cual consta que el automóvil se entregó en las siguientes condiciones:

"Carrocería y guardabarros traseros completamente despedazados; puertas descuadradas; capota rota; lámparas traseras rotas; tanque de gasolina despedazado; resortes traseros rotos; tubo de exhosto roto; chassis completamente doblado y abierto de ambos lados; carrocería íntegramente descuadrada y dañada; eje cardan torcido; transmisión dañada; housing y caja de velocidades dañados; sostén y base del motor rotos; motor averiado; eje trasero averiado y asiento trasero roto".

A la demanda se acompañó una copia del concepto del abogado de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico que sirvió de apoyo a la negativa dada al reclamo de la Compañía, por estimar que el automóvil se dañó por un caso fortuito inevitable. La manera como ocurrió el siniestro se explica en aquel documento en la siguiente forma:

"Como durante el trayecto del viaje las casas de grasa de la plataforma Nº 1810, que ocupaba el décimo lugar en el tren, se estuvieran recalentando, las engrasaron en Cisneros y resolvieron los conductores dejarla en la estación de Dagua para hacerle la reparación a que hubiera lugar. Al llegar a la estación de este último lugar y para abandonar allí la citada plataforma, era necesario hacer una maniobra de desenganche, desconectar las plataformas números 1808 y 1927 que ocupan el último lugar en el convoy y desengachar la número 1810 que ocupaba el décimo lugar, es decir, el inmediatamente anterior a los dos vehículos antes nombrados. Desenganchadas las plataformas 1808 y 1927, el frenero José Cortés Obando, colocó piedras debajo de las ruedas de la plataforma número 1927 para impedir que rodara; las plataformas permanecieron quietas, pero luégo de unos instantes y no obstante las seguridades tomadas y las piedras colocadas debajo de las ruedas de la número 1927, las plataformas empezaron a rodar, tomando impulso por el desnivel de esta parte de la vía y fueron a chocar, después de un largo recorrido con la locomotora del tren que viajaba atrás".

La demanda fue notificada al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien se opuso a que se hagan las declaraciones pedidas, o algunas de ellas en particular, y manifestó que no le constan los hechos expuestos como fundamento de la acción.

Durante el término de prueba se practicaron las solicitadas por las partes y en la oportunidad debida se recibieron los alegatos escritos presentados por el señor Procurador y por el doctor Ernesto Ruiz Manrique.

No se observan en el juicio causales de nulidad, por lo cual se procede a ponerle fin al negocio, previas las siguientes consideraciones:

**La jurisprudencia de la Sala**

Conforme al artículo 40 del C. J., la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte conoce de 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.

El demandante en este juicio alegó la culpa contractual de la Nación, proveniente del incumplimiento de un contrato de trasporte de carga celebrado con la Empresa del Ferrocarril del Pacífico, de propiedad nacional.

El contrato de transporte es un contrato consensual que se prueba con la carta de

porte o carta-guía, documento privado que las partes otorgan para acreditar la existencia y condiciones del contrato y la entrega de las mercaderías al portador. (Artículos 266 y 272 del C. J.). También puede probarse por otros medios.

En el folio 9 del cuaderno de pruebas del demante, figura copia de la carta-remesa número 0593, expedida el 26 de enero de 1937, para el transporte por el Ferrocarril del Pacífico del automóvil marca "Buick" convertible de que trata la demanda.

Está, pues, acreditado el contrato de transporte y tiene la Sala jurisdicción para conocer de la demanda.

**Las pruebas**

Además de las pruebas que ya se mencionaron, acompañadas a la demanda, durante el término correspondiente se pidieron por las partes otras que se practicaron oportunamente y que permiten estudiar con la debida claridad el punto sometido a la decisión de la Corte.

Figura en autos la factura u orden número XCO 901651, de la General Motors Export Company de New York, N. Y., sobre el envío a la Compañía General Automotriz de Bogotá del automávil "Buick" convertible a que se refiere la demanda. Está comprobada la personería con el extracto respectivo de la escritura social expedido por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá. Es incuestionable, por consiguiente, el derecho de la Compañía demandante para iniciar la acción en su calidad de propietaria del automóvil transportado por el Ferrocarril del Pacífico.

La Oficina de ajustes de la Estación de Cali expidió la remesa Nº 06841, con fecha 23 de marzo de 1937, dirigida a la estación de Bogotá, en la cual se hacen constar los daños sufridos por el automóvil "Buick" convertible, que son los mismso a que se refiere el Jefe de Estación en el certificado Nº 11 de que ya se hizo mención.

En el folio 15 del cuaderno de pruebas del demandante, figura el siguiente certificado expedido por el Administrador Encargado del Ferrocarril del Pacífico:

"El suscrito, Administrador Encargado del Ferrocarril del Pacífico, en cumplimiento de la providencia anterior, **certifica**:

a) Es verdad que con fecha 26 de enero de 1937, la Corporación Marítima Colombiana, en el puerto de Buenaventura, aforó en la Estación del F. C. del Pacífico un automóvil Buick-convertible, sin protección protección por falta de empaque y con guardafango derecho delantero abollado, con peso de 1,646 kilos, marca Cogauto, consignado a José Vicente Pérez, en Cali, de tránsito para Bogotá, sin que la carta remesa exprese quién fuera el consignatario en Bogotá; b) Es cierto que el Ferrocarril del Pacífico expidió la carta remesa número 0593 de 26 de enero de 1937; c) El porte pagado por el remitente (Corp. Marít. Colombiana), fue la suma de sesenta y tres pesos con seis centavos ($ 63.06); d) Es cierto que el automóvil en cuestión fue despachado por el F. C. del Pacífico en el tren número 32 que salió de Buenaventura el 27 de enero de 1937; e) Es cierto que a causa de un accidente ferroviario fortuito, ocurrido por fuerza mayor, según el dictamen de los técnicos, el automóvil sufrió varias averías, de lo cual se dejó constancia en el certificado Nº 11 de 1º de marzo de 1937, expedido por el Jefe de Estación de Cali, que así dice, en su parte pertinente: '.....**Observaciones:** carrocería y guardabarros traseros completamente despedazados; puertas descuadradas; capota rota; lámparas traseras rotas; tanque de gasolina despedazado; resortes traseros rotos; tubo de exhosto roto; chassis completamente doblado y abierto de ambos lados; carrocería íntegramente descuadrada y dañada; eje cardan torcido; transmisión dañada; housing y caja de velocidades dañados; sostén y base del motor rotos; motor averiado; eje trasero averiado y asiento trasero roto'. Pero no es cierto que la destrucción hubiera ocurrido casi en su totalidad, como lo dice la solicitud, pues, según informaciones que tiene el suscrito, el automóvil fue reparado completamente y vendido por la Compañía Automotriz; f) Es cierto que, a pesar de los esfuerzos hechos por los empleados y obreros del Ferrocarril para contenerlas, las plataformas (en una

de las cuales venía el automóvil), se rodaron por la pendiente de la vía y fueron a chocar con la locomotora número 85; y g) Es verdad que el automóvil antes mencionado fue remitido a Bogotá con fecha 23 de marzo de 1937, según consta de la carta remesa Nº 06841 de esa misma fecha expedida por el Jefe de Estación de Cali, y la remisión se hizo en el estado en que quedó el automóvil. En constancia, se expide el presente, en Cali, a los nueve días del mes de mayo de mil novecientos treinta y ocho. **Ferrocarril del Pacífico.—Guillermo A. Garrido T.**, Consejero, Encargado Administración".

Como se ve por las pruebas que figuran en autos, está plenamente establecido que el Ferrocarril del Pacífico transportó el automóvil de propiedad de la Compañía General Automotriz S. A. y que este vehículo sufrió averías de consideración en un accidente ocurrido al chocar la plataforma en que era transportado con una locomotora del Ferrocarril en la Estación de Dagua.

También está plenamente comprobado que la Empresa del Ferrocarril se negó a reconocer a la Compañía propietario del automóvil el valor de perjuicios sufridos, por estimar que el siniestro se debió a un caso fortuito que libra por completo de responsabilidad a la Empresa. A comprobar esta circunstancia se encaminaron los esfuerzos de los representantes de la Nación en el juicio.

A petición del señor Procurador Delegado en lo Civil, se recibieron las declaraciones de los testigos que se mencionan a continuación:

**Antonio Camacho R.** Dice que en la estación de Dagua, en el sector en que fueron dejadas las dos plataformas que ocasionaron el siniestro, se ha acostumbrado siempre desenganchar carros, sin que antes ocurriera el más leve accidente, tomándose como es lógico las precauciones necesarias, tales como la aplicación de los frenos de aire. Agrega que personalmente no presenció que los frenos de aire y de mano se emplearan para impedir que rodaran las plataformas 1808 y 1927, pero que conceptúa que sí fueron aplicados.

**Froilán Sánchez.** Dice que en el accidente ocurrido en el kilómetro 80 el 27 de enero de 1927, tuvo conocimiento de que se emplearon las precauciones acostumbradas respecto de las dos plataformas que se habían dejado en la línea de la bodega de la estación Dagua. Que no le consta la clase de obstáculos que se opusieron al deslizamiento. No dice el modo como adquirió el conocimiento de lo que afirma.

**Francisco Camacho.** Dice que es necesario para dejar vehículos usar frenos de mano o cuñas para que la acción de seguridad sea permanente; que en Dagua se dejaban vehículos, sin que se registraran accidentes, pero no usando el freno de aire, pues éste sólo produce efectos transitorios, toda vez que el aire se escapa y el freno deja de funcionar. Agrega que en el caso del accidente que se estudia, nada le consta, porque llegó después de los acontecimientos. Tampoco puede decir si los frenos estaban en buen estado o no.

**Guillermo Orozco.** Este testigo declaró en la forma siguiente ante el señor Juez Cuarto Civil del Circuito de Cali, a petición del señor Procurador:

"Es verdad y me consta porque hacía parte del personal empleado dicho día, que el 27 de enero de 1937, más o menos a las cinco y veinte minutos salí de la estación de Buenaventura, en el tren número 32, con destino a la estación de Cali, tren que se componía de la locomotora número 70 y de doce plataformas. Aclaro que al decir a las cinco y veinte minutos, me refiero a la mañana de dicho día. Leída la aprobó y contestó al punto c). Es claro que se llevó a cabo la revisión del citado tren como es costumbre, pero se encontró que una plataforma que estaba inmediatamente después de la locomotora, se encontraba en malas condiciones, y por tal cricunstancia hubo que quitarla de dicho lugar y hacer que fuera la última que arrastraba el tren, hecho que se llevó a cabo mediante órdenes recibidas por el maquinista de dicha locomotora. Leída la aprobó y contestó al punto d). En este estado el declarante dice que por olvido dejó de decir que el cambio de la plataforma a que hace mención en el punto anterior, no fue cambiada en la estación de Buena-

ventura, sino llegando al puente de "El Piñal". Leída la aprobó. Contestó al punto d). Como ya lo he dicho, informamos al ma- e). Como ya lo he dicho, informamos al maquinista del daño que sufría la plataforma en relación con la tubería de aire y el señor maquinista ordenó que en El Piñal se hiciera el cambio, cambio que se efectuó en debida forma, continuando el tren su marcha, pero se notaban los golpes que daba la plataforma que era muy pesada. Al llegar al kilómetro 45 nos dimos cuenta del recalentamiento de una chumacera, daño que informamos al maquinista en la estación de Cisneros, ordenando el maquinista que se le pusiera grasa, acto que se practicó, continuando el tren hasta Dagua, donde llegó ya incendiada la chumacera en referencia. Leída la aprobó. Al punto c). Contestó: Como dije antes, se notaba en todo el trayecto sobre que se me pregunta los golpes de la plataforma sin aire y el recalentamiento de la chumacera de la antepenúltima plataforma. Leída la aprobó. Al punto f). Contestó: El maquinista es verdad y me consta que dio el aviso correspondiente al revisor de material rodante en Dagua, manifestando su deseo de que se dejase la plataforma que tenía la chumacera recalentada pero nada dijo o por lo menos no recuerdo, respecto de la que estaba sin aire. Leída la aprobó. Al punto g). Recuerdo que el revisor de material rodante ordenó dejar la plataforma que tenía la chumacera recalentada, pero no recuerdo que ordenara dejar la otra. Leída la aprobó. Al punto b). Contestó: En la estación de Dagua se hicieron varias maniobras, entre otras, tomar agua, haciendo esta operación el deponente y Manuel Longa. En este momento el frenero José Cortés Obando, fue ordenado para que desenganchara las tres últimas plataformas con el fin de dejar en la bodega la que tenía la chumacera recalentada. Como las tres plataformas quedaron desacopladas, y en una pendiente, el desacoplo de las mangueras de aire quedó muy fuertes debido a que las plataformas estaban en pendiente. Entonces Cortés Obando para poder maniobrar tuvo que dejar escapara el aire de la plataforma que estaba en medio de la que tenía recalentada la chumacera y la que no tenía aire. Entonces, estando desacopladas las mangueras y como el tren estaba templado, pidió que se recostara el tren para poder desenganchar, sin tener en cuenta la pendiente en que se encontraban las referidas plataformas. Al recostarse el tren sobre las plataformas, éstas rodaron, pasando por una coincidencia por el cambio de la línea del tren de pasajeros, tren que estaba para llegar. Leída la aprobó. Al punto l). Contestó: Si tales precauciones se hubieran tomado, nada habría pasado. Leída la aprobó. Al punto j). Respecto a este punto he contestado la mayor parte en los puntos anteriores, pero si es verdad que tanto el maquinista, como el revisor de material y todos los demás empleados hicieron todo lo humanamente posible para evitar el choque sobre que se me pregunta, hasta subirse a las plataformas a ver si con los frenos de manos lo podían evitar, cosa que fue imposible, ocurriendo el choque a pesar de todo".

**Ulpiano Calderón.** Este testigo corrobora lo dicho por el testigo Guillermo Orozco en relación con el daño de una de las plataformas y sobre las órdenes dadas para dejarla en una de las estaciones, lo mismo que lo relativo a que el tren fue revisado. Pero dice que no le consta nada en relación con los demás puntos.

**Manuel Longa.** Corrobora los puntos en que están de acuerdo los testigos Guillermo Orozco y Ulpiano Calderón. Dice además que el frenero Jorge Cortés Obando, como medida de previsión, y a pesar de estar convencido como lo estaban los demás de que la plataforma 1927 se hallaba en buenas condiciones de servicio y ofrecía seguridad permanente, colocó varios obstáculos en la vía, debajo de las ruedas; las plataformas quedaron paradas; pero luégo, contra lo que se esperaba, empezaron a rodar, tratando inmediatamente, tanto el maquinista como el revisor del material rodante y el resto del personal de poner más obstáculos para evitar que se consumara un accidente, pero las plataformas cogieron la pendiente fuerte y se precipitaron contra la locomotora número 81 que venía conduciendo un tren de pasajeros, efectuándose un choque inevitable.

**Manuel Vélez.** Declara sobre los efectos

de la aplicación de los frenos de aire. Dice así: "Es igualmente cierto y me consta por ser conocedor de cuestiones ferroviarias, que la aplicación del freno de aire de un vehículo que acaba de ser desenganchado de un tren, es medio suficiente para contenerlo por un tiempo no menor de diez o quince minutos, lo necesario para hacer un cambio sencillo estando la vía libre aun cuando a ese vehículo se haya agregado otro más, a pesar de la pendiente de la vía y del paso de los vehículos. Esto mismo ocurre cuando se aplica el freno de mano de un vehículo. Los obstáculos que se interponen a las ruedas de una plataforma desenganchada, aun cuando tenga otra agregada, como se hizo con las plataformas 1808 y 1927 son también medios adecuados y suficientes para evitar que los vehículos rueden".

**José Cortés Obando.** Este testigo, que fue quien desenganchó las plataformas y les puso las cuñas para que no rodaran, declara lo siguiente:

"Al punto segundo: Es verdad y me consta personalmente, que el día veintisiete de enero del año de mil novecientos treinta y siete, salí en mi calidad de tripulante, en el tren número 32, de la Estación de Buenaventura, con dirección a la Estación de Cali, a la hora de las cinco y veinte minutos de la mañana, tren que se componía de la locomotora número setenta (70) y de doce plataformas. Leída la aprobó. Al punto tercero: El tren no fue revisado cuidadosamente como era obligatorio, toda vez que desde el punto de El Piñal se observó que dos plataformas no tenían frenos de aire, ni de mano. Leída la aprobó. Al punto cuarto. Es verdad que en el sitio de El Piñal, el maquinista se dio cuenta de que a la plataforma número 1808 se le había roto la tubería de aire y por vía de precaución se puso tal plataforma en el último lugar, plataforma que no debía venir en tal lugar porque traía demasiado peso. Leída la aprobó. Al punto quinto: Es verdad que el tren continuó hasta Cisneros, donde el maquinista me regañó porque le insistí que dejáramos tal plataforma, a lo cual no accedió, manifestándome que yo no mandaba en el tren, así continuó la marcha. Leída la aprobó. Al punto sexto: Es cierto y me consta que en la estación de Dagua, el maquinista informó al revisor de material rodante del mal estado en que se encontraban las plataformas números 1808 y 1810, para que éstas fueran dejadas allí, pero no es verdad que las cajas de grasa de la plataforma número 1810 fueran alimentadas en Cisneros, porque el maquinista no me dio tiempo. Leída la aprobó. Al punto séptimo: Es verdad que el revisor de material rodante en Dagua dispuso que se dejaran en esa estación las plataformas números 1808 y 1810 porque de continuar con ellas el tren, tendría que estar deteniendo a cada instante. Leída la aprobó. Al punto octavo: Sobre este punto debo manifestar, que quien hizo las maniobras, no fue el maquinista, sino el fogonero, porque el maquinista no estaba en ese momento en la máquina. En cuanto a lo demás fue el declarante quien desenganchó las dos plataformas, números 1808 y 1927, sobre la línea segunda de la estación, para que la plataforma número 1810 fuera llevado a la línea de la bodega. Leída la aprobó. Al punto noveno: Las plataformas números 1927 y 1808 estaban sin aire y por tanto mal se podían aplicar tales frenos. Yo puse cuñas, pero las plataformas estaban muy pesadas. Leída la aprobó. Al punto décimo: Como dije antes, los frenos de las plataformas en referencia no tenían aire. Es verdad que yo puse cuñas, pero como el peso era demasiado, al minuto de estar desenganchadas atropellaron las cuñas y se rodaron. Yo monté sobre la plataforma, pero como no estaban buenos los frenos, éstos no produjeron efecto al aplicarlos y por más maniobras que se hicieron, no fue posible evitar el siniestro".

**Víctor Mondragón.** Este testigo declara lo mismo que el testigo Manuel Longa.

Los peritos Bernardo Carvajal y Arturo Yusti, quienes concurrieron a la inspección ocular practicada por el señor Juez 4º del Circuito en lo Civil de Cali, rindieron su dictamen en los siguientes términos:

"**Primero.**—Las líneas del F. C. del Pacífico en la estación de Dagua tienen pendiente hacia Buenaventura, debido a la topografía del sitio en donde está ubicada la estación, salvo en una parte o pequeña ex-

tensión destinada a maniobras de cambios.

"Segundo.—En el sitio en donde, según las declaraciones que obran en el expediente y los demás datos que hemos adquirido de otras fuentes, fueron desenganchadas las dos plataformas que ocasionaron el siniestro motivo de este dictamen pericial, la línea está prácticamente a nivel en una longitud suficiente para permitir el estacionamiento de dos plataformas.

"Tercero.—Dadas las condiciones de nivel y de conservación de la vía en el sitio escogido para efectuar la maniobra de desenganche de las dos plataformas el día del accidente a que nos referimos, ese lugar era, en nuestro concepto, el más adecuado de cuantos hubieran podido escogerse para el caso en los patios de la estación de Dagua.

"Cuarto.—Si el compresor de una locomotora funciona correctamente momentos antes de hacer una maniobra de desenganche de un vehículo y si todas las conexiones de las mangueras están en buen estado, es decir, si el aire llega hasta los frenos del vehículo con presión normal, como ocurrió en el caso sometido a nuestro estudio, según se desprende de la mayor parte de las declaraciones y de las demás pruebas que obran en el expediente y de acuerdo también con varios otros elementos de juicio que adquirimos durante las diligencias de inspección ocular, dicho vehículo puede ser desenganchado sin riesgo alguno y los frenos de aire seguirán funcionando por espacio de diez a quince minutos, lapso más que suficiente para efectuar una maniobra de cambio sencillo, encontrándose el vehículo en un sitio como el descrito en los puntos anteriores y aun estando ese vehículo enganchado a otro. En el caso de nuestro dictamen el tren había hecho su recorrido desde Buenaventura en forma normal y esa fue la preocupación constante del maquinista desde su salida de Buenaventura; la frenada en la estación de Dagua se hizo en perfectas condiciones de regularidad, lo que prueba, de manera evidente, que el compresor funcionaba correctamente y que todas las mangueras estaban conectadas, ya que cuando una manguera se desconecta, el freno del vehículo respectivo se aplica automáticamente y el personal del tren queda necesariamente avisado de la anormalidad; es indispensable entonces, imperativo, detener el tren, pues de otra manera pueden ocurrir accidentos lamentables.

"Quinto.—Si el freno de mano de un vehículo se le aplica en estado de reposo o de movimiento lento de éste, en un sitio como el descrito anteriormente, se asegura el reposo de ese vehículo o se detiene su movimiento mientras no obre sobre él una fuerza exterior de alguna consideración, capaz de vencer la resistencia opuesta por ese freno y las resistencias pasivas propias del vehículo; y, por consiguiente, su aplicación antes de efectuar una maniobra de desenganche ofrece garantías de seguridad.

"Sexto.—En las condiciones de nivel del sitio escogido para la maniobra, las piedras y obstáculos puestos bajo las ruedas de un vehículo ofrecen seguridad suficiente para impedir o detener su movimiento, en el caso de que dejen de funcionar los frenos, si estos obstáculos se ponen cuando el vehículo está en reposo o su movimiento es lento.

"Séptimo.—En nuestro concepto los obstáculos que se pusieron sobre la vía a las dos plataformas, cuando principiaron a rodar, es decir, cuando su movimiento era lento todavía y no habían tomado la pendiente fuerte, eran medios muy suficientes para contener su movimiento y evitar el siniestro allí ocurrido.

"Octavo.—Como decimos al contestar el punto anterior, después del sitio en donde fueron desenganchadas las dos plataformas, a una corta distancia sigue una pendiente no menor del uno y medio por ciento (bajada en el sentido Dagua-Buenaventura), la cual pendiente se acentúa a medida que se acerca a la curva de salida de Dagua.

"Noveno.—En nuestro concepto y según lo expuesto en los puntos anteriores, el accidente de que aquí se trata se debió a un caso fortuito o fuerza mayor, ya que se llenaron todos los requisitos y se acudió a todos los medios de seguridad de que dispone actualmente el F. C. del Pacífico para efectuar las maniobras de esta naturaleza. No puede afirmarse, en consecuencia, que el accidente haya sido impuesto por imprevisión por parte de los obreros del Ferrocarril

que maniobraron en el momento en que se produjo ese accidente.

"Décimo.—En nuestra opinión una fuerza exterior proveniente de la recostada del tren sobre las dos plataformas en el momento que precedió inmediatamente al desenganche, recostada impuesta por el estado de tirantez de los enganches y que fue preciso ordenar para ejecutar la maniobra, imprimió a las dos plataformas un movimiento inicial, agravado quizás por un fuerte viento que soplaba en dirección Dagua-Buenaventura, cosa frecuente en ese sitio, y por el gran peso o masa de las dos plataformas, comunicándoles una fuerza viva que no pudo ser absorbida por la acción de los frenos de aire y de mano ni por el choque contra los obstáculos puestos sobre la vía, fuerza que se tradujo en pocos momentos en movimiento acelerado al llegar a la pendiente, originándose así el accidente imposible ya de evitar en forma alguna.

"En los anteriores términos dejamos llenado nuestro cometido y manifestamos que hemos estado en absoluto acuerdo en la elaboración de este dictamen".

**La legislación aplicable**

El Código Civil, Capítulo X, Título 26, Libro IV, establece las reglas generales a que está sujeto el arrendamiento de trasporte. Lo define diciendo que es "un contrato en que una parte se compromete, mediante cierto flete o precio, a trasportar o hacer trasportar una persona o cosa de un paraje a otro". (Art. 2070).

El Código de Comercio fija las reglas especiales del contrato de trasporte, en el Título V, Libro II. El artículo 258 de la obra citada, lo define así: "El trasporte es un contrato, en virtud del cual uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, lagos o ríos navegables, pasajeros o mercaderías ajenas, y entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas".

El trasporte que se verifica por un ferrocarril del Estado, es un acto de comercio, de conformidad con el numeral 7º del artículo 20 del Código de Comercio, que dice:

"Art. 20. Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos: .....
7º Las empresas de trasporte por tierra, ríos o canales navegables".

Por tanto, al trasporte por los ferrocarriles se aplican las disposiciones generales del Código Civil, sin perjuicio de las especiales del Código de Comercio, de conformidad con el artículo 2078 del primero, y de las Leyes 4ª y 76 de 1920.

Los artículos 2072 y 2073 del C. C., dicen así:

"Art. 2072. El acarreador es responsable del daño o perjuicio que sobrevenga a la persona por la mala calidad del carruaje, barco o navío en que verifique el trasporte. Es asímismo responsable de la destrucción y deterioro de la carga, a menos que se haya estipulado lo contrario o que se pruebe vicio de la carga, fuerza mayor o caso fortuito. Y tendrá lugar la responsabilidad del acarreador, no sólo por su propio hecho, sino por el de sus agentes o sirvientes."

"Art. 2073. El acarreador es obligado a la entrega de la cosa en el paraje y tiempo estipulados, salvo que pruebe fuerza mayor o caso fortuito. No podrá alegarse por el acarreador la fuerza mayor o caso fortuito que pudo con mediana prudencia o cuidado evitarse".

El artículo 283 del Código de Comercio, establece lo siguiente:

"Las mercaderías se trasportan a riesgo y ventura del cargador, del consignatario o de la persona que invistiere el carácter de propietario de ellas; y por consiguiente, serán de su cuenta las pérdidas y averías que sufran, durante la conducción, por caso fortuito inevitable o vicio propio de los mismos efectos, salvo en estos casos: 1º Si un hecho o culpa del porteador hubiere precedido y contribuído al advenimiento del caso fortuito; 2º Si el portador no hubiere empleado toda la diligencia y pericia necesarias para evitar o atenuar los efectos del accidente que hubiere causado la pérdida o averías; 3º Si en la carga, conducción o conservación de las mercaderías, no hubiere puesto la diligencia y cuidado que acostum-

bran los porteadores inteligentes y precavidos".

El artículo 306 del Código de Comercio es de este tenor:

"El porteador responde de la culpa grave y leve, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el trasporte. Se presume que la pérdida, avería o retardo, ocurren por culpa del porteador. Para exonerarse de toda responsabilidad, el porteador deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo".

Según lo anterior, existe una presunción en contra del porteador en los casso de pérdida, avería o retardo de las mercaderías, que él debe destruír comprobando que hubo caso fortuito inevitable. Pero no le basta el caso fortuito para librarse de responsabilidad, como lo ha establecido la Corte, sino que ha de probar además, que éste "no ha sido preparado de antemano por su culpa y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo".

Según lo anterior, existe una presunción en contra del porteador en los casos de pérdida, avería o retardo de las mercaderías, que él debe destruír comprobando que hubo caso fortuito inevitable. Pero no le basta el caso fortuito para librarse de responsabilidad, como lo ha establecido la Corte, sino que ha de probar además, que éste "no ha sido preparado por su culpa y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente".

La Sala de Casación Civil en sentencia de fecha 25 de noviembre del año pasado, dijo lo siguiente: "Se viene hablando aquí insistentemente de **culpa** porque en nuestro derecho de ella sigue dependiendo la noción de **responsabilidad**, salvo disposiciones excepcionales en que se esboza autonomía para esta última en conexión directa con el riesgo: tal el artículo 2º de la Ley 57 de 1915 sobre reparaciones por accidentes de trabajo. En la hoy llamada teoría del riesgo, la responsabilidad recae en principio sobre quien ejercita la respectiva actividad, por este solo hecho, y aquélla es tanto más grave cuanto ésta sea más peligrosa. La teoría es cada día más acogida. Pero se observa en la ocasión presente, como ha sido de oportunidad en otras análogas, que sin necesidad de ella pueden y deben nuestros jueces llegar a conclusiones plenamente equitativas y humanas, porque nuestro derecho escrito contiene disposiciones expresas que así lo permiten o autorizan o, por mejor decir, que así lo imponen.

"Demostrado por los demandantes que el señor Reyes iba como pasajero, es de cargo de la Compañía empresa del Ferrocarril, es decir, de quien contrató ese trasporte y que confiesa la muerte de ese pasajero en el referido siniestro de ese ferrocarril, demostrar el caso fortuito que ha alegado desde su respuesta a la demanda.

"Sobre esas obligaciones son muy claras varias de las disposiciones sobre trasporte citadas desde el libelo inicial en su párrafo transcrito aquí en lo pertinente y varias del Código Civil sobre el mismo contrato señaladas en la demanda de casación como violadas por la sentencia recurrida por no aplicarlas. Entre éstas el artículo 2072 que impone responsabilidad al acarreador y autoriza su exoneración con el caso fortuito y el 2073, también del C. C., según el cual el caso fortuito no le basta, pues debe su obligación cuando lo pudo evitar con mediana prudencia o cuidado. Y entre las aludidas del C. Co. figura el artículo 306 que establece presunción a cargo del porteador y que no le basta el caso fortuito, pues ha de probar, además, que éste "no ha sido preparado por su culpa y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir los efectos del accidente. . . ."; y figura el artículo 318, que hace extensivas esas y demás disposiciones de su Título a los empresarios públicos de conducciones". (**Gaceta Judicial**, Nº 1943, página 412).

### El caso fortuito

Los representantes de la Nación han alegado como circunstancia exculpatoria de la responsabilidad de aquélla en el siniestro de

que se ha hablado, el caso fortuito, que según el artículo 1604 del C. C., debe comprobarlo quien lo alega.

El artículo 1º de la Ley 95 de 1890, define así el caso fortuito:

"Se llama **fuerza mayor** o **caso fortuito**, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

De manera que conforme a esta disposición, para que haya caso fortuito es necesario que el hecho en que se le hace consistir sea imprevisible e irresistible.

Con relación a las pruebas que sobre el particular se presentaron en este juicio, se observa lo siguiente:

Los peritos que asistieron a la diligencia de inspección ocular llegan a la conclusión de que el accidente tuvo lugar por fuerza mayor o caso fortuito. A juicio de la Sala, que es a la que corresponde apreciar el valor probatorio del dictamen, de acuerdo con el artículo 723 del C. J., no se le puede dar a ese dictamen la fuerza de plena prueba, ya que se funda en presunciones, inferencias y deducciones sacadas de las pruebas que obran el expediente.

De las declaraciones de los testigos examinados durante el plenario, no se puede llegar a la conclusión de que el suceso que originó el daño del automóvil "Buick" convertible, tenga las características de un caso fortuito, o mejor, que fuera imprevisible e irresistible. En efecto, el testigo José Obando, frenero del convoy, encargado de realizar las maniobras para mantener quietas las plataformas, dice categóricamente que éstas carecían de freno de aire y de mano y que por este motivo fue necesario colocar obstáculos en la vía, consistentes en piedras, que no fueron suficientes para detener los vehículos. De esta declaración y de las demás que se recibieron se concluye que las plataformas —o por lo menos una de ellas— estaban dañadas, motivo por el cual se resolvió dejarlas en la estación de Dagua; que se desengancharon y se colocaron cerca a una pendiente de la línea; que tenían bastante peso por la carga que llevaban y que se detuvieron en la línea colocándoles piedras. En esas condiciones era lógico pensar que las plataformas rodaran por la línea, como ocurrió pocos minutos después de haberlas desenganchado, porque el daño de los frenos, el demasiado peso que tenían, la proximidad de la pendiente y la calidad de los obstáculos opuestos a su deslizamiento, eran circunstancias que permitían conjeturar sin ningún esfuerzo mental que el siniestro tenía que ocurrir.

No están pues, comprobados los motivos exculpativos de la responsabilidad de la Empresa del Ferrocarril del Pacífico y se impone, por consiguiente, un fallo condenatorio.

**La cuantía de los perjuicios**

Los peritos señores Francisco Forero Ramírez y Eduardo Sáenz Caicedo, avaluaron los perjuicios ocasionados por la avería del automóvil en la suma de $ 2,550. Dicen así:

"Hemos comprobado las ventas efectuadas en Bogotá de automóviles de igual modelo en el año de 1937 y pudimos verificar que dichos automóviles se vendieron en Bogotá al precio de $ 2,950. El estado en que quedó el automóvil dañado hacía imposible su reparación sin ponerle nuevas la mayor parte de las piezas, circunstancia que implica no propiamente una reparación sino el aprovechamiento de las pocas partes del automóvil que quedaron en buen estado. Tomando como precio del automóvil no el de su importación sino el precio de venta en Bogotá que era al cual tenía derecho el importador y que incluye la ganancia que seguramente habría reportado si la mercancía hubiera llegado en perfecto estado debemos deducir del precio de venta el valor del salvamento o del automóvil en el estado en que quedó después del siniestro. Dicho salvamento lo apreciamos en la cantidad de trescientos pesos ($ 300), precio que coincide con la oferta que de compra hizo el señor Carlos Zawadzky, alto empleado del Ferrocarril del Pacífico y le agregamos a este precio, también para la deduc-

ción el valor del trasporte hasta Bogotá que calculamos en la cantidad de cien pesos ($ 100). En consecuencia, debe deducirse al precio de venta del automóvil en Bogotá, la cantidad de cuatrocientos pesos ($ 400), quedando como valor total de los perjuicios la suma de dos mil quinientos cincuenta pesos ($ 2,550) en que apreciamos los daños recibidos por el automóvil atrás mencionado".

De este dictamen se corrió traslado a las partes por el término de tres días, de conformidad con el artículo 719 del C. J., y no fue objetado.

Como se trata de un dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado, hace plena prueba. (Art. 721 del C. J.).

El señor Procurador pide que se declare probada la excepción de caso fortuito y en subsidio, que se rebaje la estimación pericial de los perjuicios, por cuanto el Gerente de la Compañía demandante confesó en posiciones que el automóvil fue vendido por un valor inferior o menor en ochocientos a mil pesos, al precio de un automóvil nuevo de la misma marca.

Sobre esto se observa que para la estimación de los perjuicios no se puede tener en cuenta que el automóvil una vez reparado se vendiera en determinado precio, porque a los peritos les correspondía avaluar el automóvil en el estado en que quedó después del siniestro, como lo hicieron, por el precio que tenía en ese momento.

---

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de única instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Falla:**

**Primero.**—La Nación, como propietaria del Ferrocarril del Pacífico, administrado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, está obligada a pagar a la Compañía General Automotriz S. A., sociedad anónima domiciliada en Bogotá, los perjuicios ocasionados por el deterioro de un automóvil marca **Buick** convertible, modelo 46/37, despachado de Buenaventura por la Compañía Marítima Colombiana en el Ferrocarril del Pacífico, bajo la remesa número 0593, de fecha 26 de enero de 1937, con destino a Bogotá y consignado a la Compañía General Automotriz S. A.

**Segundo.**—Como consecuencia de la declaración anterior, la Nación debe pagar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, a la Compañía General Automotriz S. A. o a su apoderado, la cantidad de dos mil quinientos cincuenta pesos ($ 2,550) en que fueron avaluados los perjuicios sufridos por la avería del automóvil de que se ha hecho mención, en el siniestro férreo ocurrido en el mes de enero de 1937, en la Estación de Dagua.

**Tercero.**—Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y archívese.

**Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Juan Francisco Mújica. Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## REVERSION DE BALDIOS Y EXTINCION DEL DOMINIO DE ESTOS

**1.—La condición resolutoria en virtud de la cual se opera a favor del Estado la reversión de los baldíos adjudicados, que en diez años no han sido cultivados, es distinta de la extinción del dominio que consagra el artículo 6º de la Ley 200 de 1936, porque la reversión sólo se refiere a los terrenos adjudicados como baldíos con arreglo a las disposiciones que regían en el momento de expedirse el título, en tanto que la extinción del dominio se refiere a toda la propiedad privada, con excepción de los terrenos expresamente determinados en la Ley de Tierras. — 2.—En cuanto a la extinción del dominio, las controversias que sobre esto surjan son de competencia de la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia; no así el conocimiento de las que emanen con relación a resoluciones que dicte el Gobierno en los casos de reversión de baldíos.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, mayo diez de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Enrique A. Becerra, apoderado del general J. Eutimio Sandoval, interpuso recurso de súplica contra el auto de nueve de febrero pasado, por el cual se negó por el Magistrado sustanciador doctor Aníbal Cardoso Gaitán, la admisión de la demanda presentada por el doctor Becerra para que se revisen por la Corte las resoluciones del Ministerio de Industrias y del Ministerio de Agricultura y Comercio sobre reversión en favor de la Nación del terreno denominado "La Esperanza", en el Municipio del Líbano, adjudicado como baldío en 1898, a los señores Michael Wutscher y José María Marín.

Del negocio se corrió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien pidió la confirmación del auto suplicado, por considerar que está demostrada con perfecta claridad la diferencia jurídica entre el fenómeno de la **reversión** de terrenos adjudicados como baldíos, y la **extinción del dominio privado,** que estatuye el artículo 6º de la Ley 200 de 1936.

El señor Magistrado sustanciador dice lo siguiente como fundamento de la providencia referida:

"El artículo 6º de la Ley 200 establece a favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1º de ella, durante diez años continuos; y el 1º dice que la posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de hechos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica.

"La extinción del dominio privado se funda en la falta de posesión, durante diez años continuos, en la forma establecida en la Ley 200; la reversión, en la falta de los cultivos u ocupación en los años siguientes a la adjudicación; la extinción del dominio acaba con éste; la reversión declara sin valor legal el título de adjudicación, pero puede dejar viva la propiedad privada si se acredita por otros medios, como el establecido en el artículo 3º de la Ley 200.

"Tales diferencias entre la reversión y la extinción del dominio demuestran que no tienen el mismo carácter las resoluciones del Gobierno que las declaran. El recurso establecido en el artículo 8º de la Ley 200 se refiere a las providencias que declaran la extinción del dominio privado. La resolución 103 de 1938 no declaró extinguido el dominio, sino cumplido el fenómeno jurídico de la reversión en favor del Estado. No se extiende, por tanto, a esa providencia el recurso previsto en el artículo 8º de la Ley mencionada, y, por lo mismo, la Sala Civil

de Unica Instancia de la Corte carece de competencia para conocer de la demanda propuesta".

La Sala observa:

La condición resolutoria, en virtud de la cual se opera a favor del Estado la reversión de los baldíos adjudicados, que en diez años no han sido cultivados, es distinta de la extinción del dominio que consagra el artículo 6º de la Ley 200 de 1936, porque la reversión sólo se refiere a los terrenos adjudicados como baldíos con arreglo a las disposiciones que regían en el momento de expedirse el título, en tanto que la extinción del dominio se refiere a toda la propiedad privada, con excepción de los terrenos expresamente determinados en la Ley de Tierras.

La resolución ejecutiva número 103 de 1938, que declaró que ha vuelto al dominio de la Nación el terreno denominado "La Esperanza", se fundó en los artículos 7º de la Ley 48 de 1882 y 12 del Decreto reglamentario número 832 de 1884, el primero de los cuales dice:

"Los terrenos baldíos que la Nación enajene por cualquier título, vuelven gratuitamente a ella al cabo de diez años, si no se estableciere en tales terrenos, durante ese tiempo, alguna industria agrícola o pecuaria".

El artículo 6º de la Ley 200 de 1936 dice lo siguiente:

"Establécese en favor de la Nación la extinción del derecho de dominio o propiedad sobre los predios rurales en los cuales se dejare de ejercer posesión en la forma establecida en el artículo 1º de esta ley, durante diez años continuos".

Conforme al artículo 8: de la misma Ley 200 corresponde al Gobierno, con conocimiento de causa, declarar que se ha realizado la extinción del dominio privado, y las controversias que surjan en relación con el cumplimiento de esta atribución, son del conocimiento de la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia. Pero no hay disposición alguna que le asigne a esta Sala el conocimiento de las controversias que emanen con relación a las resoluciones que dicte el Gobierno en los casos de reversión de baldíos, y por consiguiente, como la jurisdicción se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial, y es improrrogable, salvo excepción expresa (artículo 151 del C. J.), es obvio que la Corte en el asunto que se estudia sobre reversión de baldíos a favor de la Nación, no tiene competencia para conocer.

El auto dictado por el señor Magistrado sustanciador doctor Cardoso Gaitán, es jurídico y debe mantenerse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, reunida en Sala de Decisión, niega la revocatoria pedida del auto de nueve de febrero pasado, providencia que se declara en firme.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Juan Francisco Mújica.—Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.**

RESCISION—VICIOS DEL CONSENTIMIENTO -ACCION INDIVISIBLE.—EXAMEN PERICIAL

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

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

I

Demandas

Los señores José Alberto, Luis, Ignacio y Eduardo Maldonado, doctor Luis Carlos Corral, Julia Maldonado, María Maldonado de Posada y Arturo Posada, obrando los cuatro primeros en su calidad de socios de la "Sociedad Urbanizadora de las Mercedes" y como copropietarios; el doctor Corral, como apoderado del señor Jorge Maldonado, quien dice ser también socio y comunero de la prenombrada finca, como también gerente de la citada compañía, y los últimos, como condueños de la Quinta de las Mercedes, todos vecinos de Bogotá, habiendo sido asímismo propietario de "El Tejar de Alcalá" el señor Posada, demandaron a la Nación, para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Petición principal.

"Que se declare nulo por vicio del consentimiento de los vendedores, el contrato de compra-venta de 'El Tejar de Alcalá' y la 'Quinta de las Mercedes' contenido en la escritura pública número 1789 de 22 de agosto de 1933, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, y que en consecuencia se condene a la Nación a restituír, mediante la devolución del precio, los expresados inmuebles, por los linderos antes indicados y con los frutos que hubieran podido percibirse con mediana diligencia desde la fecha del contrato, así: **El Tejar de Alcalá,** al señor Arturo Posada, y la **Quinta de las Mercedes** a la comunidad formada como se expresa en el hecho décimotercero de la demanda, o a todos los demandantes, en las cuotas pertenecientes a ellos, de conformidad con la constancia dejada en la cláusula cuarta de la promesa de venta incorporada en la cláusula tercera de la citada escritura Nº 1789.

**"Primera petición subsidiria.**

"Que se decrete la rescisión, por lesión enorme, del contrato de compraventa celebrado por los suscritos con la Nación, en relación con los inmuebles conocidos con los nombres de **El Tejar de Alcalá** y la **Quinta de las Mercedes,** contrato contenido en la escritura pública número 1789 de 22 de agosto de 1933 de la Notaría 4ª de Bogotá, y que, en consecuencia, se condene a la Nación a completar el justo precio de los inmuebles vendidos, con deducción de una décima parte, sobre la base de lo que pericialmente se establezca en el juicio, o a restituír, si ella lo prefiere y mediante la devolución del precio estipulado, los inmuebles en cuestión, así: **El Tejar de Alcalá** al señor Arturo Posada, y la **Quinta de las Mercedes** a la comunidad de que se habla en el hecho décimotercero de la demanda, siendo entendido que la restitución deberá ser hecha entregando los inmuebles antes referidos, por los linderos arriba expresados y el valor de los frutos que hubieran podido percibirse con mediana diligencia desde la notificación de la presente demanda.

**"Segunda petición subsidiaria.**

"Que se decrete la rescisión, por lesión enorme del contrato de compraventa contenido en la escritura pública 1789 de 22 de agosto de 1933 de la Notaría 4ª de Bogotá, pero sólo en cuanto a la venta del **Tejar de Alcalá** y a la venta de las cuotas que, en la **Quinta de las Mercedes,** tenían, como comuneros, la Sociedad Anónima Urbanizadora Las Mercedes, Arturo Posada, María Maldonado de Posada, y Julia Maldonado de Corral, y que en consecuencia se condene a

la Nación a completarles al señor Arturo Posada y a los citados comuneros de la Quinta de las Mercedes el justo precio de los derechos vendidos, con deducción de una décima parte, sobre la base de lo que pericialmente se establezca en el juicio, o a restituír, si ella lo prefiere, y mediante la devolución del precio, **El Tejar de Alcalá** y las cuotas o derechos que como propietarios o comuneros tenían en la Quinta de las Mercedes la Sociedad Anónima Urbanizadora de las Mercedes (hoy José Alberto, Luis, Ignacio, Eduardo y Jorge Maldonado), Arturo Posada, Julia Maldonado de Corral y María Maldonado de Posada".

Los hechos fundamentales de la demanda fueron los siguientes:

"**Primero.**—A principios de 1932 —cuando los dueños de **El Tejar de Alcalá** y de la **Quinta de las Mercedes,** prospectaban allí una grande y moderna urbanización de condiciones mucho más halagüeñas que las que por entonces se adelantaban en Bogotá, aprovechando las excepcionales ventajas que tales inmuebles ofrecían para el efecto— se presentó ante uno de aquellos el doctor Manuel Benigno Pardo, recomendado por el señor Ministro de Obras Públicas, a iniciar las gestiones de adquisición para el Gobierno Nacional, de las dos mencionadas fincas.

"**Segundo.**—Como los mencionados propietarios manifestaron que no les interesaba el negocio iniciado por el doctor Pardo, éste insistió con tenacidad en tratar de llevarlo adelante.

"**Tercero.**—Como resultado de esas gestiones y en virtud de las circunstancias de que por esa época se podían cancelar las deudas bancarias con bonos de deuda externa, lo que implicaba una considerable rebaja en ellas, se llegó a acordar el 20 de mayo de 1932 entre el Ministro de Obras Públicas y los dueños de los inmuebles mencionados, que éstos le serían vendidos al Gobierno por $ 600,000, suma con la cual los presuntos vendedores podían comprar enormes cantidades de bonos externos para atender todo su pasivo en condiciones muy ventajosas.

"**Cuarto.**—Citados más tarde a la Cámara los Ministros de Obras Públicas y de Hacienda para que dieran explicaciones sobre esa proyectada negociación, uno y otro la defendieron vigorosamente, demostraron la necesidad de ella y llegaron a manifestar que si el Gobierno podía adquirir tales terrenos era debido a las circunstancias en que se encontraban los vendedores.

"**Quinto.**—Suspendidas las negociaciones por diversos motivos y especialmente por el conflicto internacional con el Perú, el señor Ministro de Obras Públicas una vez firmado el acuerdo de Ginebra volvió a llamar al doctor Manuel Benigno Pardo para que reanudara las gestiones y procurara llevar a término la operación proyectada.

"**Sexto.**—Después de insistentes gestiones del doctor Pardo y debido especialmente a que entonces intervinieron activamente los acreedores de los propietarios de **El Tejar de Alcalá** y la **Quinta de las Mercedes** en el sentido de hacer coacción sobre éstos para que a cualquier precio vendieran dichas fincas, el Gobierno logró que los dueños de éstas suscribieran una promesa de contrato por medio de la cual dichos propietarios —colocados en el dilema de vender a menos precio sus propiedades o de verse implacablemente perseguidos con cobros judiciales que en esos momentos implicaban abrumadores perjuicios— se obligaron a venderle al Gobierno los dos aludidos inmuebles por la suma de $ 450,000 y ello en momentos en que, para los efectos de pago de deudas especialmente, cada peso no alcanzaba ni remotamente a tener el valor que tenía cuando el Ministerio de Obras Públicas había convenido en pagar $ 600 mil por las mismas fincas.

"**Séptimo.**—En cumplimiento de la referida promesa de contrato los propietarios de **La Quinta de las Mercedes** y del **Tejar de Alcalá** tuvieron que firmar el 22 de agosto de 1933 la escritura pública número 1789 de la Notaría 4ª de Bogotá, que contiene el contrato por medio del cual Jorge Maldonado H. en representación de la 'Sociedad Urbanizadora las Mercedes', Arturo Posada y su esposa María Maldonado de Posada, Julia Maldonado de Corral y Emilia Maldonado de Pardo le vendieron al Gobierno Nacional los dos inmuebles que a continuación se describen:

"(a) Un lote de terreno ubicado en la carrera 7ª de Bogotá, conocido con el nombre de 'El Tejar de Alcalá', con una cabida de 10 fanegadas y 7,305 varas cuadradas, comprendido bajo los siguientes linderos: Por el Norte en toda su extensión, con propiedad de los vendedores (o sea con la Quinta de las Mercedes), pared y cerca de alambre de por medio; por el Sur, en toda su extensión con finca de La Merced, de los Padres Jesuítas, pared y cerca de alambre de por medio; por el Oriente, con propiedad de Daniel y Luis Gabriel Vega, cerca de alambre de por medio; por el Occidente, en la parte en que esta finca se ensancha en su interior, con la misma finca de La Merced, en una parte y en otra, con la carrera 7ª, en una extensión de 7 metros 20 centímetros; frente éste que da entrada a la parte interior del lote alinderado por el callejón marcado en su puerta de entrada con el número 1042. Dentro de este globo de tierra existen dos casas, una en el interior del lote y la otra sobre la carrera séptima, marcada ésta en su puerta de entrada con el número 1040, la cual se halla alinderada así: Por el Norte, con el callejón de que se hizo mención anteriormente; por el Sur, con la finca denominada La Merced, de los Padres Jesuítas; por el Oriente, con parte del lote antes alinderado, y por el Occidente, con la carrera séptima. Estas dos casas así como tres hornos grandes para cocinar material que existen dentro del terreno, se comprenden también en la venta;

"(b) La Quinta llamada 'Las Mercedes', situada en Bogotá, en la carrera 7ª, compuesta de casa alta y baja, con jardín y huerta, varias enramadas y un globo de tierra contiguo dividido con cercas de alambre en varios potreritos y comprendido todo bajo los siguientes linderos: Por el Norte, en parte con el Río Arzobispo, propiedad de las señoras María Montaña de Rueda y Magdalena de Izquierdo, y en parte con propiedad de Moisés Nieto; por el Oriente, con terreno del señor Daniel Vega; por el Sur, con terreno que fue del señor Juan Herrera, y por el Occidente, con la carretera Central del Norte y con casa y solar de Mauricio Acosta. Dentro de este globo de tierra que está delindado con tapias y cercas de piedra y alambre, hay varias casitas para cuidanderos y tiene además unos 5,000 eucaliptus y agua propia, todo lo cual se comprende en la venta.

"**Octavo.**—Obligados por el compromiso de 19 de julio de 1933 de que antes se habló, los vendedores, en el contrato que acaba de citarse, tuvieron que aceptar como precio de los dos inmuebles, el de cuatrocientos cincuenta mil pesos ($ 450,000), equivalentes entonces a U. S. $ 387,931.03 dólares americanos, a pesar de que el mismo Gobierno en mayo de 1932 había aceptado como precio de las dos fincas el de $ 600,000, equivalente en esa fecha a U. S. $ 571,428.57 dólares americanos.

"**Noveno.**—En la mencionada escritura de compraventa número 1789 de 22 de agosto de 1933 de la Notaría 4ª de Bogotá, se estipuló que el referido precio de cuatrocientos cincuenta mil pesos ($ 450,000) no se pagaría en dinero sino de la siguiente manera:

"(a) En tres libranzas a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, de a $ 50.000 cada una, que el Gobierno debía hacer descontar dentro de los diez días siguientes a la firma de la escritura y sin que el descuento excediera de $ 5,295.00, y

"(b) En una obligación a cargo del Banco Hipotecario de Bogotá, por valor de $ 300,000 moneda legal suscrita por dicho Banco a favor del Gobierno el 21 de abril de 1932 y conforme a la cual el mencionado Banco debía pagarle al Gobierno, sin intereses, la suma expresada, en cuatro contados anuales de $ 75,000 cada uno, que comenzarían a cubrirse al vencimiento del término de cinco años contados desde la expresada fecha.

"**Décimo.**—Si el Gobierno Nacional logró que al fin los propietarios de 'El Tejar de Alcalá' y de la 'Quinta de las Mercedes' suscribieran el compromiso de 19 de julio de 1933 y la escritura de venta distinguida con el número 1789 de 22 de agosto de 1933, no obstante la circunstancia de que el mismo Gobierno, cuando cada peso colombiano valía

95% dólares oro americano, había aceptado pagar $ 600,000 por las dos propiedades, fue porque se aprovechó de la fuerza o violencia que sobre los dueños de éstas ejercieron los acreedores.

"**Undécimo.**—Por razón de la fuerza o violencia moral ejercida sobre los presuntos vendedores por el Gobierno, por el comisionista y por los acreedores, hubo vicio en el consentimiento de los dueños de 'El Tejar de Alcalá' y la Quinta de las Mercedes al vender estas dos propiedades, pues los móviles legítimos y sanos que hubieran podido desencadenar una manifestación de voluntad eficaz quedaron sustituídos por móviles inoperantes, a saber: el temor o miedo producidos por la coacción de que se ha hablado.

"**Décimosegundo.**—El precio recibido por los vendedores de 'El Tejar de Alcalá' y la 'Quinta de las Mercedes', en el contrato de compraventa tantas veces citado, fue inferior a la mitad del justo precio de las cosas vendidas al tiempo del contrato, pues los inemuebles en referencia valían cuando tal contrato se celebró, más de $ 900,000 o sea más de U. S. $ 775,000 dólares americanos.

"**Décimotercero.**—En el contrato de compraventa de 'El Tejar de Alcalá' y de la 'Quinta de las Mercedes' se dejó expresa constancia de que las cien unidades en que se consideraba dividido el último de los inmuebles citados estaban distribuídas en el momento de la venta, así: Cuarenta y cinco (45) de la Sociedad Anónima Urbanizadora Las Mercedes; treinta y dos y medio (32½) de Arturo Posada; siete y media (7½) de María Maldonado de Posada; siete y media (7½) de Emilia Maldonado de Pardo".

Como fundamentos legales se citaron los artículos 1513, 1514, 1740 a 1756 y 1946 a 1954 del C. C.

El señor Procurador Delegado en lo Civil contestó así los hechos de la demanda:

"El primero. Ignoro el proyecto de urbanización moderna de que tratan los demandantes, pero niego las excepcionales ventajas que ellos dicen que esos terrenos tenían para ser urbanizados. En cuanto a la intervención del doctor Manuel Benigno Pardo, los hechos ocurrieron precisamente a la inversa: el doctor Pardo se presentó ante el Ministerio de Obras Públicas, recomendado por los demandantes, para iniciar las gestiones de adquisición para la Nación, de las dos fincas a que la demanda se refiere.

"Ocurre aquí un fenómeno muy singular que no puedo dejar en silencio: Con las cuantiosas obras hechas por el Estado de Colombia en el actual Parque Nacional en que fueron convertidos los inmuebles de que trata la demanda que contesto, se produjo una supervalorización de tal magnitud que alcanza y beneficia todas las zonas aledañas, y en tal virtud los demandantes quizá, para establecer las acciones contenidas en el referido libelo, han tomado una pequeña parte de la enorme valorización referida, dándole efecto retrospectivo.

"El segundo. No es cierto, pues las cosas ocurrieron como lo afirmo en el punto anterior.

"El tercero. No me consta.

"El cuarto. No me consta.

"El quinto. No me consta.

"El sexto. No es cierto. Sólo es verdad lo relativo a la promesa de contrato sobre venta a la Nación de los terrenos de que se trata, suscrita por los demandantes.

"El séptimo. Es cierto en cuanto lo que conste al propósito en la respectiva escritura.

"El octavo. Sólo es cierto en cuanto afirma que los demandantes aceptaron como precio de los inmuebles el de $ 450,000.00; pero no me consta en cuanto a la equivalencia de esa suma en dólares americanos, y no es cierto que el Gobierno hubiera aceptado en mayo de 1932 como precio de las dos fincas el de $ 600,000.00.

"El noveno. Sólo es verdad lo que conste en el contrato respectivo.

"El décimo. No es cierto, y rechazo y niego la afirmación que se atreven a hacer los demandantes en orden a que el Gobierno 'se aprovechó de la fuerza o violencia que sobre los dueños de éstas ejercieron los aceredores', es decir, sobre los demandantes.

"El undécimo. No es cierto.

"El décimosegundo. No es cierto.

"El décimotercero. Me remito a lo que conste en el contrato.

"Propongo, como perentoria, la excepción de cosa juzgada con respecto al demandante Arturo Posada.

"Como consecuencia de esta excepción y también como consecuencia de no aparecer como demandante uno de los vendedores, señora Emilia Maldonado de Pardo, propongo la excepción de carencia de acción y en general las que resulten de cualquier hecho en virtud del cual las leyes desconozcan la existencia de la obligación o la declaren extinguida si alguna vez existió".

Niego el derecho invocado, y me opongo a que se hagan las declaraciones pedidas por los demandantes, por las razones que expondré oportunamente".

El mismo alto empleado, para el caso de prosperar alguna de las acciones intentadas, formuló demanda de reconvención, a fin de que se condenara a los contrademandados a pagar las mejoras verificadas por la Nación en los terrenos de la litis, el mayor valor por ellos adquirido, y para que se declarara el derecho de retención hasta que se efectuaran los pagos respectivos.

Los hechos de esta contrademanda se sintetizan así:

1º Por la escritura pública número 1789 de 22 de agosto de 1933, otorgada ante el Notario 4º de Bogotá, la Nación adquirió los inmuebles descritos en dicho instrumento.

2º Los vendedores, con excepción de la señora Emilia Maldonado, presentaron el 17 de agosto de 1937 demanda contra la Nación.

3º Esta entidad invirtió ingentes sumas en los lotes que con destino a un gran parque había adquirido.

4º Merced a esas inversiones, los referidos inmuebles aumentaron considerablemente en valor.

5º Si la demanda prospera y los contrademandados sólo estuvieran obligados a entregar el precio de la compraventa, obtendrían un enriquecimiento sin causa, al devolvérseles los terrenos.

El doctor Alberto Zuleta Angel, a quien los actores de la demanda principal constituyeron como apoderado, contestó así los hechos anteriores, oponiéndose a la vez a las declaraciones impetradas:

"El primero. Acepto lo que sobre el particular conste en la escritura citada y en la demanda promovida por mis poderdantes.

"El segundo. Mis poderdantes promovieron demanda contra la Nación y me refiero a lo que en ella consta.

"El tercero. No me consta.

"El cuarto. No es cierto.

"El quinto. No es cierto. Se trata de una apreciación del señor Procurador que no acepto.

"Niego el derecho invocado por la parte demandante en reconvención y me opongo en consecuencia a que se hagan las declaraciones pedidas por la Nación".

Sustanciadas las dos demandas por una sola cuerda, y agotada la tramitación correspondiente, procede la Sala a proferir el fallo que desatará la litis, ya que ninguna causal de nulidad existe en el proceso.

## II

### Una cuestión preliminar

Los cuatro primeros demandantes dicen obrar como copropietarios de la "Quinta de las Mercedes", y como socios de la compañía anónima, constituída por escritura número 1754 de 18 de diciembre de 1931, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá. La Sala sobre esto observa:

Existiendo la persona jurídica que es la Sociedad, y habiéndose designado los representantes legales de ella, los demandantes aludidos no tienen acción para litigar, en su propio nombre, cuando se discute sobre la nulidad de convenciones realizadas por los gerentes de la entidad.

En cuanto al hecho de haber sido comuneros del prenombrado inmueble, hay que anotar que ello no los faculta para implorar la rescisión de un contrato en que figuró como vendedora la sociedad, que es una persona distinta de los socios individualmente considerados. Tampoco podría decirse que ellos se presentaron como partes

coadyuvantes, porque esta intervención, cuando es factible, no se verifica del modo como lo han hecho los cuatro socios a quienes se ha aludido.

Respecto del señor Jorge Maldonado, en la escritura respectiva se dijo que él comparecía en su calidad de gerente, y como tal actuó como vendedor en asocio de los señores "Arturo Posada y su esposa María Maldonado de Posada, Julia Maldonado de Corral, mujer casada con Luis Carlos Corral, y Emilia Maldonado de Pardo, mujer casada con Enrique Pardo Dávila..."

No es inoportuno recordar que, al constituírse la susodicha compañía, sus fundadores transfirieron a ésta los derechos que poseían en la finca llamada "Quinta de las Mercedes".

Las señoritas Julia Maldonado, María del mismo apellido y Arturo Posada se presentaron en su propio nombre como comuneros que fueron, cuando verificaban la venta, objeto de la presente controversia. Su condición de vendedores es bastante para considerarlos como demandantes legítimos de esta litis.

Al referirse el artículo 1743 del C. C. a la nulidad relativa o rescisión, dice: "La nulidad relativa no puede ser declarada por el Juez o prefecto sino a pedimento de parte... ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes..."

En cuanto a la acción de rescisión por lesión enorme, ella compete a los contratantes. Así lo expresó con rotunda claridad la Sala de Casación, en sentencia fechada el 24 de agosto de 1938 y publicada en el número 1943 de la **Gaceta Judicial** de la Corte. Se transcribe el siguiente aparte: "En atención a esos fundamentos de orden ético y social ha sido reconocida tal acción rescisoria en la mayoría de las modernas legislaciones, consagrándosela como medio tutelar en los casos de lesión enorme, laesio ultra dimidium, siempre que al celebrarse el contrato de compraventa uno de los contrayentes haya sufrido un grave quebranto en sus intereses patrimoniales..."

Estas consideraciones sitúan el debate entre quienes, en principio, pueden ejercitar las acciones expuestas en el libelo.

III

**Personería de la sociedad y de su representante**

Figura como tal el señor Jorge Maldonado, quien habla en el pleito en nombre de la sociedad prenombrada.

La existencia de una persona jurídica, como la "Urbanizadora Las Mercedes", puede demostrarse con el instrumento público de su constitución, como lo estatuyen los artículos 445 y 551 del C. C., el primero de los cuales está concebido así: "La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al C. C."

Constando en el proceso semejante probanza, puede estimarse acreditada la personería sustantiva de la entidad actora.

Acerca de la personería del señor Jorge Maldonado se hacen las consideraciones que siguen:

En la escritura constitutiva de la sociedad, se lee: "Artículo 21. La Asamblea General de accionistas ejerce las funciones siguientes: Primero..... Segundo.... Tercero. Elegir cada dos años quien desempeñe el cargo de Gerente...."

"Artículo 24. El Gerente es el representante legal de la sociedad y como tal la representa judicial y extrajudicialmente con todas las facultades que la ley confiere al mandatario general".

"Artículo 28. Las faltas temporales o absolutas del gerente serán llenadas por el suplente".

"Artículo 45. Ningún empleado de la Sociedad cesa en sus funciones, auncuando haya terminado el período para que fue nombrado mientras no tome posesión quien debe reemplazarlo."

"Artículo 47. En el primer período será gerente el señor Alberto Portocarrero; será suplente del gerente, el señor Jorge Maldonado..."

Importa reproducir el acta de 9 de agosto de 1933, que corre inserta en la escritura número 1789, ya citada.

Dice así:

"Sociedad Anónima Urbanizadora de Las Mercedes. Bogotá.—Acta del día 9 de agosto de 1933.—En la fecha y previa convocación de la Asamblea General de Acccionistas, se reunió ésta en la oficina del doctor Luis Soto del Corral a las doce del día, con asistencia de éste y del suscrito Secretario. Concurrieron además todos los Accionistas señores: Jorge Maldonado, Ignacio Maldonado y Enrique Pardo Dávila. Presidió la reunión el suplente del Gerente, don Jorge Maldonado H., por excusa del Gerente doctor Alberto Portocarrero. Se leyó y aprobó la discusión del Acta anterior. **Venta de los derechos de Las Mercedes.**—En conformidad con lo acordado por la Junta Directiva en reuniones anteriores el Subgerente informó que el objeto de la reunión era el de autorizar la venta de los derechos que la Sociedad tiene adquiridos en la finca 'Las Mercedes', según escritura de constitución de la Sociedad de fecha 18 de diciembre de 1931 de la Notaría 5ª del circuito de Bogotá. El artículo de los Estatutos es el siguiente: 'Sección Tercera.—Asamblea General de Accionistas... Artículo 21... Parágrafo segundo. Decretar la venta de los bienes raíces de la Sociedad indicando la forma en que debe hacerse'. De acuerdo con este artículo, la Asamblea presentes todos los Accionistas, resolvió por unanidad la venta de los derechos que tiene la Sociedad en la finca 'Las Mercedes' de conformidad con el compromiso de venta autorizado en sesión anterior y que fue firmado por el doctor Alberto Portocarrero en calidad de Gerente. Por haber presentado el doctor Portocarrero excusa para intervenir en dicha venta, pues su calidad de Senador de la República no le permite ese acto con el Gobierno, se resolvió autorizar ampliamente al suplente del Gerente o sea el Subgerente señor Jorge Maldonado H., para intervenir en nombre de la Sociedad en el referido contrato y para firmar la respectiva escritura de venta y ejecutar todos los actos necesarios para el perfeccionamiento del negocio, todo de acuerdo con el artículo 28 de los Estatutos que dice: 'Las faltas temporales o absolutas del Gerente serán llenadas por el Suplente o por los miembros de la Junta Directiva en su orden a falta de aquél'. No habiendo otro asunto de qué tratar se levantó la sesión siendo la una de la tarde. El suplente del Gerente, (fdo.) **Jorge Maldonado Hinestrosa** (firmado ilegible)".

Ese documento protocolizado en instrumento público comprueba el acuerdo en virtud del cual el señor Gerente-suplente podía reemplazar al principal en la negociación referida.

De otro lado, su personería, acreditada con los antecedentes mencionados, fue reconocida por el personero de la Nación cuando en la demanda de reconvención lo señaló como gerente de la "Urbanización de Las Mercedes".

## IV

### Acumulación de acciones

Reposa esta acumulación en los mismos principios en que se basamenta la de autos, y ella puede verificarse entre acciones principales y subsidiarias, de suerte que para saber si la acumulación procede, es fuerza tener en cuenta no sólo el artículo 205 del C. J., sino los artículos 391 y siguientes del mismo Código.

Son acumulables acciones de varios contra uno, siempre que exista la conexidad, para evitar se divida lo que la ley procesal denomina "continencia de la causa". Se presume dividirse dicha continencia, cuando las acciones provienen de una misma causa y se ejercitan por muchos o contra muchos. Es este el sentido racional del numeral 4º del artículo 398 del C. J.

Dados los términos del libelo en sus hechos y solicitudes, se percibe claramente que todas las acciones se derivan de un mismo título o causa de pedir, pues nacen de un contrato en que se asevera hubo vicio de consentimiento y lesión enorme.

## V

### Cosa juzgada

El señor Procurador propuso la excepción

de cosa juzgada, como perentoria, en atención a que el señor Arturo Posada había demandado la rescisión por lesión enorme en la venta de "El Tejar de Alcalá" y a que en este juicio (segunda petición subsidiaria), se presentaba él como titular de la misma acción y alegando idénticos motivos, no obstante haber sido absuelta la Nación en aquella vez.

La Sala considera:

Para que la excepción propuesta sea eficaz, son precisos ciertos requisitos concurrentes: 1º el nuevo pleito ha de versar sobre la misma cosa; 2º debe ejercitarse la misma acción y alegarse identidad de causa; 3º es indispensable que las partes litigantes sean idénticas con igual calidad. La excepción "rei judicatae" aparece en el "sub lite" con estos caracteres:

Ambos pleitos se refieren a la misma cosa o sea "El Tejar de Alcalá"; la finalidad de ellos, o sea la acción y razón de pedir son idénticas, pues se pretende la rescisión del contrato por lesión enorme. Aunque en los libelos correspondientes haya alguna discrepancia, en el fondo se persigue igual objetivo, por las mismas causas.

Las partes son las mismas y con igual calidad, pues en las dos lites el demandante es el señor Arturo Posada, y la opositora es la Nación. No importa que los apoderados del actor hayan sido distintos, pues por parte se entienden no sólo las personas físicamente consideradas, sino las que actuaron por medio de otras, como los menores de edad o los poderdantes.

El señor Posada no podía exhumar una cuestión definitivamente sentenciada; en estas circunstancias, una excepción le cerró las puertas para una nueva solicitud.

¿Es acaso una presunción de verdad, como lo decanta el aforismo clásico? Quizás sea mejor pensar que se trata de algo relacionado con el orden público y social, interesado en que los litigios no se renueven incesantemente sin orden y sin pauta. Cierto es que los fallos absolutorios no confieren derechos a las partes, pero sí valen para la fundamentación de la cosa juzgada.

Diríase que aparece de autos un reparo contra la sentencia que figura en copia en el expediente, y consiste en que tal providencia se trajo al juicio sin la constancia del registro. Sabido es que de acuerdo con los artículos 2652 y 2653 del C. C. las sentencias definitivas deben registrarse, para producir algún resultado en los juicios.

La ley no ha sancionado con nulidad el instrumento público no registrado; apenas lo inhabilita en la forma que se ha expresado.

Fuera de esto, el artículo 2674 del antecitado Código dice: "Ningún título sujeto al registro surte efectos legales respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro", lo que está patentizando que entre las partes sí los surte.

Además, el registro es finalidad posterior al fallo, y es susceptible de cumplirse en cualquier tiempo.

Sobre esta materia la Sala de Casación Civil sentó la doctrina que va a verse y que la Sala Civil de Unica Instancia reproduce como soporte de su pensar a este respecto: "Una sentencia definitiva y ejecutoriada determina la posición de las partes para lo futuro, sin que para esa determinación sea necesaria la formalidad del registro, que mira en ocasiones como ésta más a los terceros que a las partes que han litigado en el juicio. El registro de una sentencia es el requisito complementario posterior, pero sin que este requisito modifique, aclare ni menos desvirtúe la situación que entre las partes determine el fallo". (**Gaceta Judicial** de la Corte Suprema de Justicia, número 1934, de abril de 1938, página 253).

Según el artículo 473 del Código de Procedimiento Civil la fuerza de cosa juzgada sólo la tiene la sentencia firme, y es firme de conformidad con el artículo 468 ibídem la que está ejecutoriada.

En el expediente figura la copia del fallo de 18 de abril de 1936, proferido por la Sala Civil de Unica Instancia, y en el cual se absolvió a la Nación, de los cargos formulados por el doctor Leandro Medina, apoderado entonces del señor Arturo Posada. Empero no consta la declaración oficial de ejecutoria, lo que podría inducir a la creencia de que no es firme el fallo, y de que, por

consiguiente, no es basamento para la excepción de que se ha estado tratando.

A todo esto se responde: la declaración de ejecutoria es un modo de comprobar la firmeza de la sentencia; pero en el evento actual, semejante formalidad no era precisa, como se deduce del siguiente razonamiento:

De acuerdo con el nombrado artículo 468, la sentencia se reputa firme cuando no es consultable ni hay recursos contra ella.

Sólo se declara de oficio la ejecutoria, cuando la providencia está sometida a algún recurso y se han dejado pasar los términos sin interponerlo. Una decisión definitiva de la Sala Civil de Unica Instancia no está sometida a ulteriores recursos.

No hay constancia procesal de la notificación de aquella providencia; pero la circunstancia de que las partes en aquel litigio, como es obvio, son conocedoras de ella, y en éste no han formulado sobre este punto objeciones, permite a la Sala considerar racionalmente que la promulgación del fallo para los contendientes se hizo en la oportunidad debida.

Conviene esclarecer más a espacio el problema de la cosa juzgada que se alega, trascribiendo algunos apartes de la sentencia de 18 de abril de 1936.

En un pasaje de ella se lee:

"El día 4 de agosto de 1934, el doctor Leandro Medina, en su condición de apoderado del señor Arturo Posada, formuló demanda contra la Nación para obtener de la justicia las siguientes declaraciones:

"a) Que el predio urbano conocido con el nombre de Tejar de Alcalá, situado en la ciudad de Bogotá, por los linderos y con las características y especificaciones que lo individualizan en la escritura número 1789 de 22 de agosto de 1933, otorgada ante el notario 4º de Bogotá, entre los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas, en nombre de la Nación; el señor Personero Municipal de Bogotá, en nombre del mismo Municipio, y los señores Jorge Maldonado H. por la Sociedad Anónima Urbanizadora de las Mercedes; Arturo Posada, María Maldonado de Posada, Julia Maldonado de Corral y Emilia Maldonado de Pardo, en sus respectivos propios nombres; predio comprendido bajo los siguientes linderos: 'Por el norte, en toda su extensión, con propiedad de los vendedores, pared y cerca de alambre de por medio; por el sur, en toda su extensión, con la finca de La Merced, de propiedad de los padres jesuítas, pared y cerca de alambre de por medio; por el oriente, con propiedad de Daniel y Luis Gabriel Vega, cerca de alambre de por medio; por el occidente, en la parte en que esa finca se ensancha en su interior, con la misma finca de La Merced, en una parte, y en otra con la carrera 7ª en una extensión aproximada de 7 m. 20; frente éste que da entrada a la parte interior del lote alinderado, por el callejón marcado en su puerta con el número 1042. Dentro de este globo de tierra existen dos casas, una en el interior del lote, y otra sobre la carrera 7ª marcada ésta en su puerta de entrada con el número 1040, la cual se halla alinderada así: Por el norte, con el callejón de que se hizo mención anteriormente; por el sur, con la finca denominada La Merced de propiedad de los padres jesuítas; por el oriente, con parte del lote antes alinderado, y por el occidente con la carrera 7ª. Hoy el predio 'Tejar de Alcalá' lleva los números 36-32 y 36-34 de la carrera 7ª; ese predio tenía como justo precio el 19 de julio de 1933, y muy especialmente el 22 de agosto del mismo año, en esta ciudad, $ 200,000, o más, en la moneda legal colombiana corriente entonces; o lo que resulte acreditado en el juicio, y en todo caso, más del doble de lo que en las referidas fechas representaba la cantidad de $ 33,333.30 en moneda legal colombiana y con mayor razón, del equivalente líquido de las especies y con los plazos en que fue pagada la cantidad nominal de $ 33,333.30 que por él se dio.

"b) Que en consecuencia, el vendedor señor Arturo Posada, sufrió lesión enorme en la venta que le hizo la Nación colombiana del predio llamado 'Tejar de Alcalá' hecha del modo y en las condiciones que expresa la mencionada escritura.

"c) Que por virtud de la lesión enorme declarada, la venta del 'Tejar de Alcalá' he-

cha por el señor Arturo Posada a la Nación, queda rescindida, y el predio, materia de ella, debe volver y vuelve al poder y dominio pleno del señor Arturo Posada, en el mismo estado o situación jurídica que tenía en el momento de la compraventa, y tal como lo recibió el representante del comprador; y que si no le fuera posible al comprador devolverlo en el mismo estado que tenía el día en que lo hizo suyo y lo recibió, que lo restituya pagando en dinero el precio o importe que en el juicio se haya probado o que en otro juicio se pruebe haber tenido en la fecha de la compraventa lo que desde entonces hasta la fecha de la restitución haya consumido, eliminado o modificado en él el comprador, en su provecho e interés, que es el interés público, y por su libre determinación.

"ch) Que la Nación tiene un mes, contado desde que se ejecutoríe la sentencia, para ejercitar el derecho que le otorga la primera parte del inciso primero del artículo 1948 del C. C., esto es, para restituírle al vendedor el predio, o para completarle el justo precio declarado, con deducción de una décima parte; y si opta por restituírlo o expira el mes de plazo sin haber comunicado al vendedor favorecido con la rescisión por lesión enorme su voluntad de completarle el justo precio declarado, con la deducción del 10% entregará la finca a su dueño inmediatamente, purificándola antes de todo derecho real que haya constituído ne ella; y si opta por completar el justo precio, pagará asímismo el completo a la expiración del mes de plazo".

. . . . . .

En otro pasaje se dice:

"El pleito versa sobre un punto concreto, que consiste en sostener que el vendedor del predio 'El Tejar de Alcalá' sufrió lesión enorme al recibir, como precio del inmueble, la cantidad de $ 33,333.30, ya que esta suma —se dice— no alcanza a representar la mitad del valor de dicho inmueble, teniendo en consideración la época en que se llevó a efecto la enajenación.

"Siendo este el problema, parece que el pleito se encaminase especialmente a demostrar que el precio del inmueble respecto del cual ocurrió la lesión enorme, era superior al doble del precio pagado por él.

"Sin embargo, la demanda viene precedida de numerosas consideraciones y hechos que la fundamentan dirigidos a hacer ver el proceso de error en que incurrió el señor Arturo Posada, de quien se afirma que para mediados del año de 1933, padecía de una aguda crisis nerviosa —neurastenia— que no le permitía dirigir sus negocios con el tino y el acierto de que daba pruebas cuando se encontraba en el pleno goce de sus facultades mentales. Y se dice que aquella crisis nerviosa del señor Posada le sobrevino en momentos en que estaba haciendo frente a varios cobros de créditos de dinero de bastante consideración, y que fueron contraídos en una época anterior, cuando la situación económica del país contó con la mayor abundancia de dinero que se haya registrado en los últimos tiempos, habiendo sobrevenido después la depreciación general de los valores en una forma que puso en verdadera angustia a todas las personas obligadas a dar cumplimiento a los compromisos contraídos en la época de bonanza, como le ocurrió al señor Posada, resultando de todo ello que la finca 'El Tejar de Alcalá' fue vendida por el bajo precio de que ya se ha hecho mención, y a pesar de que respecto de ella el señor Posada tuvo aceptado por parte del Ministerio de Obras Públicas el precio de $ 200,000 en una época anterior a la en que se hizo la negociación.

"Las extensas consideraciones que se hacen en la demanda y se han hecho en los alegatos posteriores para explicar el fenómeno que le aconteció al señor Posada con la venta del lote de terreno llamado 'El Tejar de Alcalá', y para tratar de establecer el precio que en un momento dado estuvo convenido para la adquisición de aquel inmueble por parte del Gobierno Nacional, son apenas de una relativa importancia respecto del problema que ahora está para resolverse y que es el de determinar si realmente se consumó la lesión enorme al llevarse a cabo la compraventa del inmueble en la cantidad de $ 33,333.30.

"Esto último es lo que realmente interesa tener en cuenta para juzgar de la lesión alegada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1947 del C. C., que dice "El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que se vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato".

Y la parte resolutiva está redactada así: "No es el caso de decretar ninguna de las peticiones de la demanda, y en tal virtud se absuelve a la Nación de los cargos que en ella se formulan".

Ahora bien: si en la segunda petición subsidiaria, el señor Posada depreca se declare la rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1789 de 22 de agosto de 1933, pero sólo en cuanto a la venta de 'El Tejar de Alcalá', es palmario que él se presenta con la misma acción y por la misma causa, planteando un debate que fue definitivamente clausurado por la sentencia de abril de 1936.

En estas condiciones, la excepción de cosa juzgada es procedente en relación con este punto de la 2ª petición subsidiaria.

## VI

### Petición principal

En la demanda se solicita, por vicio del consentimiento, la nulidad del contrato de compraventa contenido en la escritura número 1789 tantas veces nombrada.

Sucede que uno de los vendedores, la señora Emilia Maldonado de Pardo, no figura como demandante, por lo cual el señor Procurador invoca en defensa de la parte demandada una excepción que denomina "carencia de acción". La Sala estima que tal medio de defensa no es propiamente una excepción, pues ésta, como lo dijo la Sala Civil de Unica Instancia, en sentencia de 7 de noviembre de 1935, "presupone la acción que ella destruye o enerva". "Pero no tener la acción es vicio tan fundamental, que su sola presencia basta para proferir el fallo como si existiendo aquella fuese destruída por una excepción".

Como se ve, **prima facia**, se suplica la nulidad relativa, la cual no "puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios", como lo expresa claramente el artículo 1743 del C. C. Significa esto que hay una persona, o sea aquella en cuyo favor se ha establecido la acción, que puede destruír o no el contrato, y si ella no lo ataca nadie podría hacerlo. Cuando se trata de vicios del consentimiento, la protección legal es para los que hayan sufrido error, dolo o coacción.

Además de lo dicho, se lee lo siguiente en el artículo 1749 del mismo Código: "Cuando dos personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras". Comentando tal disposición dice el doctor Fernando Vélez: "Quiere decir esto, según observa el señor Vera respecto del artículo 1690, igual al 1749, "que el beneficio de la nulidad es enteramente personal'. Si por ejemplo, Pedro, Juan y Diego venden un inmueble a Luis, y Pedro en demanda contra éste logra que se rescinda el contrato, rescisión que no debe declararse sino respecto de la parte de Pedro en el contrato, éste se considerará subsistente en cuanto a Juan y Diego..."

Puede, es verdad, acontecer que haya contratos de esta clase, en los cuales existan ciertos particularismos que llevan a la destrucción completa de los vínculos convencionales, por sustracción de materia, cuando sean anulados por demanda de una sola de las personas que constituyan la parte vendedora. Pero tal ocurrencia no sería obstáculo para reconocer el derecho a incoar la acción respectiva a aquellos contratantes que se crean víctimas de un vicio del consentimiento.

Sentados estos principios, entra la Sala a estudiar el fondo de la petición principal.

Según el hecho undécimo, expuesto en el libelo, el vicio del consentimiento se hace consistir en la violencia moral ejercida sobre los vendedores. La fuerza, sea física o moral, no excluye absolutamente el con-

sentimiento, pues la voluntad forzada es siempre voluntad, como quiera que el hombre, al ser compelido a obrar, puede escoger con razón de bien uno de los males propuestos. Hay ciertamente una restricción del libre arbitrio, por lo cual el acto jurídico ejecutado en esas circunstancias adolece de un vicio, generador de nulidad relativa.

Según el artículo 1513 del C. C. la coacción debe ser capaz de producir una fuerte impresión en una persona de sano juicio, entendiéndose por tal la que tenga las facultades medianamente equilibradas, lo cual constituye el tipo ordinario en las relaciones humanas. Indispensable es también que los hechos de coacción se hayan dirigido a imponer el consentimiento.

En otros términos, la coacción, como vicio anulatorio, debe ser racional, lo que implica la necesidad de contemplarla no sólo en sí mismo, sino en relación con la persona que la sufre, ateniendo a las condiciones de edad, sexo, sano juicio, etc.

Ninguna de las circunstancias que acaban de expresarse fue comprobada en el juicio.

Cuando la fuerza es empleada por un tercero, para que se anule el contrato, debe tender a obtener el consentimiento, como lo enseña el artículo 1514 del C. C. Tal cosa no fue evidenciada en la dilación probatoria, durante la cual se estableció lo siguiente:

a) A favor del Banco de Colombia y a cargo de al Sociedad denominada Maldonado Hermanos y C°, el Juzgado 5° en lo civil de Bogotá, decretó mandamiento de pago por la cantidad de tres mil pesos, oro colombiano acuñado, y el mismo Juzgado, por auto de junio de 1932, declaró embargados los bienes denunciados por el ejecutante, como de propiedad de uno de los ejecutados;

b) Ante el Juzgado 1° civil del circuito de Bogotá se inició el 21 de enero de 1932, demanda de venta y embargo de una finca hipotecada, a favor del Banco Hipotecario de Bogotá y contra el señor Luis Maldonado Hinestrosa, deudor de la suma de $ 9,682.97. Hay constancia de los bienes embargados.

c) A favor del Banco de Colombia y contra Luis e Ignacio Maldonado se promovió demanda ejecutiva por $ 900 ante el Juzgado 1° del Circuito de Bogotá.

d) Se dictó por el Juzgado 2° del Circuito de Bogotá mandamiento de pago a favor del Banco de Colombia y en contra de los señores Alberto Maldonado y Emilia H. de Maldonado, por la suma de $ 6,000. (Auto de 31 de mayo de 1932).

f) Por auto de 24 de marzo de 1932, en demanda del Banco de Colombia contra el señor Alberto Maldonado, se embargaron bienes de éste, los cuales por providencia de dos y diez de noviembre de 1932 fueron desembargados.

g) Por demanda incoada por el Banco de Colombia contra Luis Maldonado y Emilia H. de Maldonado por la cantidad de $ 2,700, se embargaron bienes denunciados por el actor, lo que se hizo en virtud de auto de 23 de mayo de 1932.

h) Por acción promovida por el Banco de Bogotá, contra Luis Maldonado por la suma de $ 13,500, el Juzgado 7° de Circuito de esta ciudad embargó bienes denunciados por el demandante. (Providencia de 25 de noviembre de 1932).

i) El 14 de abril de 1932 se dictó auto ejecutivo a favor de Agustín Casabianca y contra Alberto Maldonado por la suma de $ 6,000.

j) En el Juzgado 4° del Circuito de Bogotá el Banco de Colombia demandó a los señores Eduardo y Luis Maldonado H., por la suma de $ 3,850. Por auto de 8 de marzo de 1932 se accedió a lo solicitado en la demanda.

La constancia procesal de que algunos de los demandantes fueron perseguidos judicialmente no es suficiente para comprobar la coacción moral como vicio del consentimiento. Es que la fuerza, para poder producir tales resultados, debe ser ilícita e injusta. "Por eso —como lo dice el profesor chileno Arturo Alessandri— la amenaza de ejercitar una acción en contra de una persona no constituye fuerza, porque no se trata de un medio ilícito o contrario al derecho".

Las ejecuciones de que se ha tratado no son medios contrarios al derecho, sino pro-

cedimientos lícitos para resolver situaciones en que libremente se colocaron los constituyentes de las deudas.

En el cuaderno de prueba del demandante (folio 78), declara el señor Adalberto Vergara y Vergara que como apoderado de varios miembros de la familia Maldonado y de Maldonado y Cº estuvo gestionando ante el Banco de Colombia algunos arreglos relacionados con las deudas de éstos.

De tal testimonio nada se deduce en apoyo de una coacción, pues él sólo corrobora las ejecuciones premencionadas.

El doctor José Antonio Montalvo, Magistrado de la Corte, certificó bajo juramento (folio 111 del cuaderno de pruebas del demandante), que ratificaba la declaración que había rendido el 22 de marzo de 1935, en el juicio ordinario del señor Arturo Posada contra la Nación, por lesión enorme.

De esa exposición se transcribe lo siguiente, pues toda ella se encamina a demostrar cuál era la situación en que se encontraba el señor Posada:

"En el conflicto de asumir esta responsabilidad para salvar al señor Posada en momentos en que los Bancos acreedores amenazaban con sacar al martillo los valores muebles de don Arturo y rematarlos por bajo precio, o desechar la venta de los inmuebles al Gobierno, en un día que para mí fue de un conflicto profesional, resolví plantearle esa delicada situación a la señora del señor Posada. Fue así como se llegó a cerrar el negocio sin conocimiento del señor Posada, aceptando por el Tejar de Alcalá un precio que representaba menos de la sexta parte de aquel en que lo había estimado el mismo señor Posada, y todo por necesidad de no perder un contrato de compra-venta que era el único recurso para evitar la quiebra total y la ruina del señor Posada, que vendría irremediablemente, dada la decisión de los Bancos acreedores y en particular el Banco de Bogotá, al cual se le adeudaban como cuatrocientos mil pesos. Al punto 17 de los hechos de la demanda: es verdad que el hecho a que se refiere el punto anterior ocurrió cuando la depresión nerviosa y el abatimiento de ánimo del señor Posada eran mayores, cuando éste se hallaba enfermo a tal extremo que su apoderado, el declarante, consideró que a trueque de no prolongar el suplicio de la ansiedad y expectativa del mandante y de evitar la ruina de éste por causa de los remates que ya habían principiado a hacerle los Bancos acreedores, era preferible hacer una pérdida, no importaba de qué cuantía fuese ella, al efectuar la venta de los inmuebles al Gobierno".

Un solo testimonio no forma plena prueba, pero aun dándole el valor que corresponde a la alta calidad del declarante, apenas induciría al convencimiento de que el señor Posada estaba compelido por los acreedores; pero tal acontecimiento, como ya se dijo, citando a Alessandri, no acredita una coacción contraria al derecho.

Citado a declarar el señor doctor Manuel Benigno Pardo (cuaderno de pruebas del Procurador, folio 19 vta.), expuso lo que sigue y que la Sala transcribe, porque esa declaración desvanece las pequeñas conjeturas que pudieran resultar de otras declaraciones analizadas ya.

".....al punto 2º: la verdad es que yo llamé a los propietarios de los terrenos que hoy forman parte del Parque Nacional o sea a los señores Jorge Maldonado H., al apoderado general del señor Arturo Posada, doctor José Antonio Montalvo, y los demás propietarios con el fin de obtener me fuesen consignados para la venta al Gobierno Nacional los referidos terrenos que hoy forman parte del Parque Nacional y que se denominaban 'Quinta de las Mercedes' y Tejar de Alcalá". Se le exhibió al declarante la copia de la escritura pública número 1789 de 22 de agosto de 1933 de la Notaría cuarta de Bogotá, enterándose de la identidad tanto de los vendedores de dichos lotes y de la identidad de tales inmuebles. Al punto 3º: la gestación de este negociado fue muy larga como que durante ella vino el conflicto con el Perú y con ese motivo el señor Ministro de Obras Públicas dio por terminadas las iniciativas que venían desarrollándose, hasta tanto se despejara tal conflicto. Este duró como año y medio, y durante ese lapso puede declararse que uno de los dueños de la 'Quinta de

las Mercedes', Luis Maldonado Hinestrosa, me autorizó para vender su derecho en ella, por la suma de once mil pesos moneda legal colombiana, ofreciéndome de comisión mil pesos de la misma moneda. Dicha negociación no tuvo éxito ninguno. El señor Ministro de Obras Públicas me comisionó para que les dijera a los vendedores tal estado de cosas y para que quedaran libres y no fueran a sufrir perjuicios de ninguna clase. Terminado el conflicto con el Perú una noche a primera hora llegó a mi casa el señor Arturo Posada y manifestándome que como ya había terminado el conflicto dicho y habiendo regresado ya a la ciudad el señor Ministro de Obras Públicas, trataría de reanudar inmediatamente las negociaciones. Los señores Maldonados abundaban en los mismos deseos y fue así como poco después las negociaciones suspendidas se reanudaron, llegando a cristalizar dicha negociación en una promesa legalmente celebrada entre los dueños de las fincas aludidas y el Gobierno Nacional, promesa que yo firmé saliendo garante, por la suma de cinco mil pesos moneda legal colombiana, del cumplimiento de las obligaciones de todos y cada uno de los vendedores, cosa que lo hice con mucho gusto y porque además tenía absoluta seguridad de que inmediatamente que se perfeccionara el negocio sería cumplido por parte de los vendedores, esta seguridad era tanto más firme cuanto que en la aceptación de la última propuesta hecha por el Gobierno, los vendedores exigieron como requisito **sine qua non** que el negocio se perfeccionara en el perentorio término de veinte o treinta días, cosa que el Ministro hizo ampliar por las formalidades y lentas gestiones que aquello significaba, lo cual aceptaron los vendedores y poco después la promesa a que me he referido fue consagrada en la escritura pública número 1789 de fecha 22 de agosto de 1933, pasada en la Notaría cuarta de Bogotá, de que se habló anteriormente. Debo declarar, además, que los cuatrocientos cincuenta mil pesos ($ 450,000) como precio conjunto de las dos fincas en globo, fueron pagados de contado en cheques girados por la Tesorería General de la República y el Banco de la República, sin que los vendedores hubiesen recibido un centavo de menos. Declaro además que todos los vendedores estuvieron plenamente conformes y absolutamente satisfechos de la negociación celebrada".

Todo lo discutido convence de que no está probada la petición principal.

VII

**Primera petición subsidiaria**

Va dirigida a que se declare la rescisión por lesión enorme en relación con todo el contrato celebrado respecto de la "Quinta de las Mercedes" y "El Tejar de Alcalá".

Así se interpreta la demanda, puesto que tal es el sentido que le dan los mismos actores, ya que otra exégesis no se compadecería con la segunda petición subsidiaria, que vendría a ser, en tal caso, completamente inútil.

¿Puede hacerse la declaración impetrada, no habiendo demandado uno de los vendedores?

Este interrogante obliga a la Sala a sentar algunos principios:

La acción rescisoria en la forma incoada es una e indivisible, como que ella se encamina a una reparación, por considerarse lesivo el precio total, o a la destrucción de todos los vínculos contractuales. Y es obbio que, al triunfarse en la impugnación del precio o rescindirse el acuerdo de voluntades para varios de los vendedores, perdería el contrato su eficacia desde ese punto de vista para el que no demandó, pues sería absurdo que el precio fuese justo e injusto a la vez en su totalidad, o que el contrato quedase y no quedase en vigor a un mismo tiempo.

Quiere decir entonces que las obligaciones correlativas del demandado son también unas e indivisibles. En tal hipótesis, siendo la parte vendedora compuesta de varias personas (art. 1495 del C. C.) puede admitirse que algunos de los contratantes promuevan la acción. (Art. 1584 ibídem).

Sobre esta base, es imperioso entrar ya al análisis del dictamen pericial, que es la prueba principal aducida para acreditar la lesión.

VIII

**El dictamen**

Es el precio en la fecha del contrato el que ha de tenerse en cuenta. A este propósito la Sala está de acuerdo con la interpretación que el doctor Hernán Copete da a los correspondientes artículos del C. C., en el siguiente pasaje de su alegato de bien probado:

"El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme', dice el artículo 1946 del Código Civil, y el 1947 agrega:

"El vendedor sufre **lesión enorme** cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella'.

"Este primer inciso del artículo 1947 no contiene sino la definición de la lesión enorme. Pero las nueve palabras del segundo inciso, en las cuales parece que no había fijado toda su atención el doctor Zuleta Angel, dan el golpe de gracia que ha de acabar para siempre con la visión quimérica de quienes han imaginado que puede repetirse el suceso extraordinario de 1933, año en que vieron convertir en fortuna no soñada los jarales que eran **El Tejar de Alcalá** y la **Quinta de las Mercedes,** cuyos nombres pasarán a la historia de Bogotá como tocados por la **vara mágica de Circe.** Esas nueve palabras, tan sencillas como definitivas, que tienen que determinar irremediablemente el fracaso de la acción intentada, dicen esto:

"**El justo precio se refiere al tiempo del contrato.**—El olvido del contenido económico de este precepto llevó a los interesados a imaginar que el avalúo de los peritos podía fundamentarse en consideraciones que tenían que alejarlos de lo real y positivo, para conducirlos fatalmente al ejercicio de sus facultades imaginativas".

La comparación entre el justo precio de que se habla y el que consta convenido es indispensable, de forma que si el primero no se ha establecido legalmente, falta ese preciso elemento para la comparación dicha.

Si el justo precio se está demostrando por medio de prueba pericial, es fuerza considerar la situación urbana de los inmuebles que se avalúan; el momento de resurgimiento económico, bonanza o depresión al tiempo del contrato; el carácter comercial del barrio de ubicación de la finca, y los precios de lotes similares.

Pidió la parte actora que se justipreciaran "La Quinta de las Mercedes" y "El Tejar de Alcalá" en el lapso comprendido entre el 19 de julio y el 22 de agosto de 1933. Y los expertos designados como principales, para cumplir su cometido, partieron de la base de una urbanización de los terrenos, y como si esta hipótesis fuese una realidad, idearon sobre ella su dictamen.

Es incuestionable que, tomándose como fundamento tal urbanización, para inferirse de allí el justo precio de los predios vendidos, era necesario que ese hecho básico fuere una cosa cierta, positiva.

Una inferencia se forma por medio de una operación de la mente, merced a la cual se va de lo conocido a lo desconocido. Es este el camino para llegar a la evidencia o la certeza.

Al analizar el dictamen de los señores Nicolás Liévano y Lucio Zuleta, se comprende que todo él fue edificado sobre un hecho incierto, capaz apenas de producir una mera probabilidad. Tomar como premisa el hecho desconocido, o sea la suposición de urbanizaciones imaginadas, para en consonancia con ello hacer el justiprecio, es como dar por demostrado lo que debía demostrarse, lo cual en sana lógica sería algo así como una petición de principio. Afirmaciones apriorísticas no son admisibles, porque ello alteraría sustancialmente el sistema probatorio. Probar es llevar a la mente del juzgador la evidencia de que el hecho controvertido es objetivamente cierto.

Al afirmar los peritos Liévano y Zuleta que el justo precio de los bienes raíces, en el lapso de 19 de julio a 22 de agosto de 1933, era de $ 940,000, partieron de la hi-

pótesis, impotentes para dar por resultado una conclusión firme y verdadera.

Porque, con la misma razón habrían podido los dictaminadores suponer que no sólo los lotes eran urbanizables, sino también aptos para levantar sobre ellos suntuosos palacios nacionales o halagadores edificios para un futuro núcleo comercial. ¿Se habría podido aseverar entonces que esos proyectos de la fantasía servían de fundamento para establecer el precio justo en el momento del contrato? Salta a la vista la respuesta.

Conviene parar la atención sobre el dictamen del señor Liévano.

Se lee en el folio 98 del cuaderno Nº 4:

"Para estudiar mejor la cuestión he bosquejado uno de los muchos proyectos que se pueden desarrollar sobre los terrenos...." "Este ante-proyecto o prospecto preliminar no puede dar cantidades y detalles con precisión matemática..."

Al folio 98 vta. del mismo cuaderno se expresa lo que sigue: "Si en el año de 1933, época de la venta a la Nación se hubiera iniciado esta urbanización bajo el prospecto anterior (ante-proyecto), y clasificado los terrenos en forma semejante a la que se expresa adelante, en cuanto a posición y precio, se habría llegado muy probablemente (subraya la Sala), al siguiente resultado..." A continuación agrega: "Habría quedado como valor de las fincas para el año de 1933, $ 940,000".

No es medio de concepciones de proyectos futuros como puede fundamentarse debidamente un dictamen pericial, según el querer del artículo 721 del C. J.

Similares reparos pueden hacerse a la exposición del doctor Lucio Zuleta, quien dice, en una parte de ella: "En el caso de que nos ocupamos podría haberse formado una compañía de esta naturaleza en que los dueños hubieran podido aportar las 445,000 varas que comprenden los terrenos de los predios llamados Las Mercedes y Tejar de Alcalá, y los urbanizadores hubieran aportado como ya se ha dicho las partes administrativas, técnica y de financiación, sobre bases más o menos de un 80 por ciento de utilidades para los dueños de los terrenos y de un 20 por ciento para los urbanizadores. Con un desarrollo, como ya he dicho, de cinco años, y tomando como precio de venta medios los que pudieran existir entre el año de 1933 y el actual".

El doctor Lucio Zuleta concluye por estimar como precio de las fincas el siguiente: La Merced, $ 722,608; Tejar de Alcalá, $ 194,733.86. Total, $ 917,342.72. Luégo dice: "Agregando el valor ya dicho de los árboles y edificaciones.... tendríamos un resultado general de $ 922,342.72..."

Este dato es indicativo de que no existe el dictamen uniforme de los peritos, puesto que el Sr. Salomón Serna da como avalúo de los inmuebles la suma de $ 462,376.67.

Siendo así las cosas, resulta que la diferencia entre los dos extremos es de $ 477,623.33, guarismo que excede del 50 por 100 del avalúo menor.

La Sala conceptúa que no es el caso de ordenar un nuevo avalúo en la forma prescrita por el citado artículo 721 del C. J., donde se consagra una mera facultad para el juez.

Versando uno de los hechos fundamentales de la demanda sobre el precio que debe compararse con el que consta en la escritura, incumbe al actor dar la prueba principal que en estas circunstancias es el peritazgo aducido.

Si en algunos eventos, como cuando se trata de perjuicios probados, se hace uso de la referida facultad, no puede disponerse lo mismo cuando esa especie de auto para mejor proveer tiende precisamente a levantar pruebas decisivas en uno de los aspectos más fundamentales de la "litis".

Mas no es esto todo. Sucede que el doctor Lucio Zuleta, después de fundamentar su avalúo hace esta manifestación: "Hecho el análisis anterior y comparado él con los conceptos de los señores Serna y Liévano, veo que en mi carácter de perito tercero puedo aceptar el avalúo hecho por el señor Liévano de $ 850,000 para la Quinta de la Merced, y $ 90,000 para el Tejar de Alcalá, por estar más de acuerdo con la realidad de los hechos, y por no tener sino una diferencia pequeña con mi análisis anterior."

En breve: el peritazgo del doctor Zuleta ha quedado reducido a lo siguiente:

Si se considera como tal la cantidad de $ 922,342.72, ella es el resultado de inducciones deleznables que se basamentan en hipótesis imaginadas. Si se le acepta la adhesión al guarismo del señor Liévano, careciendo éste de debido fundamento, en esa misma situación quedaría la estimación del doctor Zuleta, al adherirse.

¿Podría tener alguna eficacia semejante prueba, por haber uniformidad en la cifra total del avalúo? El doctor Zuleta desestima sus cálculos y se acoge a otros que ha debido explicar fundadamente, pues la uniformidad a que se refiere el artículo 721 del C. J. no es la simple adhesión a una conclusión, sino que la constituyen también las diversas razones convenientemente ordenadas en que las conclusiones se apoyan.

Con razón dijo el doctor Hernán Copete, en su alegato final: "La uniformidad no resulta, ni resultar podría, del párrafo trascrito atrás, en que el doctor Zuleta Ferrer manifiesta que como perito tercero puede aceptar el avalúo del señor Liévano, porque esta concesión no estaba dentro de sus facultades de perito..."

La evidencia probatoria del dictamen pericial que fija el justo precio de inmuebles, para efectos de la lesión enorme, sobre hechos extraños a la naturaleza del contrato, nace armonizando los preceptos de las leyes sustantivas y económicas, las cuales regulan las relaciones jurídicas en la vida contractual, e inducen al experto a la comparación lógica y racional de precios para casos similares, observando los fenómenos de la oferta y la demanda que afectan accidentalmente las transacciones, sin olvidar la situación urbana y demás factores que determinan objetiva y subjetivamente el valor comercial de los inmuebles.

Se pidió como prueba la declaración de testigos que actuaron en diferentes urbanizaciones de la ciudad, con el fin de que dijeran si es cierto que en tales o cuales urbanizaciones se vendieron en 1933 lotes al precio de cuatro cincuenta a cinco pesos la vara. Esto para demostrar que sí hubo comparación de lotes similares. Para que un lote sea similar, o mejor dicho, para que sirva de término de comparación, se requiere que él esté en condiciones de semejanza con aquel con que se va a comparar. Esta similitud no se ha acreditado en el juicio.

Los fundamentos que el señor Salomón Serna trae para su avalúo y que la Sala reproduce en parte hacen contraste con los fundamentos de los otros peritos:

"Todo terreno puede ser urbanizado, pero para que resulte comercial una urbanización, es decir, para que el precio de la vara cuadrada sea el corriente en el mercado y por lo tanto de fácil venta, se requieren las siguientes condiciones: 1º Que el sitio de la urbanización sea bueno. 2º Que los predios vecinos no tengan servidumbres que perjudiquen el predio que se va a urbanizar, y que por esta razón se haga imposible que las construcciones que se levanten puedan ser habitadas por gentes de buenas costumbres, y 3º Que el terreno sea lo más plano posible, con el fin de que el costo de urbanización no se recargue con el movimiento de tierras"....."

La crisis pasada, que principió en los finales del año de 1929 y fue acentuándose hasta el segundo semestre de 1933, castigó de una manera especial a la propiedad raíz, en términos que todas las personas o compañías que tenían negocios de urbanización se vieron en dificultades para atender a sus compromisos.

"Pensar en aquella época en formar una compañía de capital suficiente para la urbanización comercial de los terrenos aquí relacionados, hubiera sido, si no imposible, sí muy difícil reunir el capital necesario para llevar a término esta nueva empresa de urbanización. Y digo nueva empresa de urbanización porque en aquella época existían las siguientes urbanizaciones: Santa Teresita, La Avenida Santiago de Chile, La Magdalena y Teusaquillo, todas ellas ya con construcciones levantadas, donde se vendían lotes desde $ 3,50 hasta $ 6,50 la vara cuadrada, sin que hubiera mayor demanda de estos lotes, justamente por la crisis que paralizó completamente todas las actividades del trabajo y de los negocios en general.

"El 22 de agosto de 1933 compró la Nación los dos lotes de terreno denominados 'El Tejar de Alcalá' y 'La finca de Las Mercedes' por la suma de $ 450,000, y el área de estas dos fincas es de 445,312 varas cuadradas, así pues, salió vendida la vara cuadrada de terreno globalmente, a $ 0,01".

"Considerando la época de crisis, la poca demanda que entonces tenía la propiedad raíz, las malas vecindades que por el lindero norte tenían estos terrenos con los predios de los señores Montaña & Ferré, se puede calificar como una de las ventas estupendas que se llevaron a término en aquellos días de crisis angustiosa para todos los negocios y especialmente para los de propiedad raíz, que fue la más castigada".

"Estimo que con mucha dificultad se hubieran vendido lotes a los precios arriba indicados, por la sencilla razón de que por el año de 1933 existían lotes para la venta desde $ 3,50 hasta $ 6,50 en las magníficas urbanizaciones, ya con bellos chalets construídos en la Avenida Santiago de Chile, Teusaquillo, y La Magdalena".

"Por todo lo anteriormente expuesto, dejo demostrado que el precio de la vara cuadrada con que globalmente he avaluado los terrenos de la 'Finca Quinta las Mercedes' y 'Tejar de Alcalá' es el precio justo de ellos en el año de 1933"....."

"El señor Julio Calderón B., ofreció al Ministerio de Obras Públicas, la finca conocida con el nombre de 'El Bosque Calderón Tejada', esta finca tiene una extensión de trescientas fanegadas, con un frente sobre la carrera séptima, aproximadamente de 600 metros lineales, y el precio de oferta fue de cuatrocientos cincuenta mil pesos ($ 450,000)".

"No me explico por qué el Gobierno dejó de comprar esta finca ofrecida en condiciones sumamente ventajosas para el Gobierno, pues dentro de las trescientas fanegadas de tierra estaban comprendidos 500,000 eucaliptus todos desarrollados; cinco edificios entre éstos, dos muy buenas casas de ladrillo y cemento, que el señor Calderón apreció en $ 40,000, todos los aparatos de distracciones públicas que contenía entonces el 'Bosque Calderón' apreciados en $ 21,000".

"En la oferta que hizo el señor Calderón hace notar que existen veinticinco fanegadas aproximadamente de terreno, con un frente de 600 metros sobre la carrera 7ª donde se puede desarrollar una urbanización".

Es evidente que hoy existe la urbanización del "Bosque Calderón" ya con una cantidad de chalets que embellecen aquel sector de la ciudad. Creo que ante esa oferta que se le hizo al Ministerio de Obras Públicas por la suma de $ 450,000 y siendo el área total de este inmueble de 300 fanegadas, no cabe la menor duda de que el Gobierno pagó por los predios denominados 'Quinta de las Mercedes' y 'Tejar de Alcalá', fincas cuya área es de 44 fanegadas, 5,312 varas cuadradas, no solamente un precio justo sino demasiado alto, comparando la oferta que hizo el señor Julio Calderón B."

Otra de las ofertas que se le hicieron al Gobierno por aquel tiempo fue la del Parque Gaitán, con todos los edificios y aparatos para diversiones populares, y con una extensión de 35 fanegadas de terreno, todo esto por la cantidad de $ 100,000".

"Con todas las anteriores pruebas, o sean los avalúos de los doctores Gabriel Durana Camacho y Pablo de la Cruz, y de las fincas ofrecidas al Gobierno por los señores Pablo Rubio, Julio Calderón B., y el representante de los herederos del señor Gaitán, queda justificado el concepto de avalúo que hoy rindo ante la Corte Suprema de Justicia de las dos fincas denominadas 'Quinta de las Mercedes' y 'Tejar de Alcalá".

El avalúo del señor Serna se descompone así:

| | |
|---|---|
| "Finca de Las Mercedes....$ | 397,624.96 |
| "Tejar de Alcalá..... | 57,251.71 |
| "Edificios y árboles..... | 7,500.00 |
| Total.....$ | 462,376.67" |

Podría argüírse que no era oportuno estudiar la pericia, por no constar ni el pago ni el arreglo de los honorarios periciales, como lo dice al final el artículo 60 de la Ley 63 de 1936, sustitutivo del 568 del C. J.

La Sala considera que esta exigencia puede ser necesaria o discutirse, cuando al dictamen se le vaya a dar algún valor probatorio; pero no es precisa cuando dicho dictamen por otros motivos carece de eficacia. Ello, porque en tales condiciones no va a tenerse como prueba el susodicho dictamen. En consecuencia, el peritazgo en la forma en que aparece no constituye prueba de la lesión enorme.

IX

**Segunda petición subsidiaria**

Considerando indudablemente que en el contrato se había determinado precio a cada uno de los derechos vendidos, se formuló esta petición, buscándose con ella destruír parcialmente el contrato u obtener el complemento del precio a cada uno de los derechos.

Cuando en una convención como la que se estudia es posible singularizar o determinar el precio de las cuotas o de los derechos vendidos por cada uno de los enajenantes, puede caber una división de la acción. No acontece lo mismo cuando la venta se ha verificado en conjunto y por un precio global.

Sobre esta divisibilidad escribe lo siguiente el doctor Zuleta en su alegato de conclusión: "En la demanda expuse, valiéndome de las palabras textuales de Pothier, la verdadera, auténtica y científica doctrina jurídica sobre el particular.

"Esa doctrina —que, lo repito, se deriva de la naturaleza misma de la acción rescisoria y de la naturaleza de la comunidad, por lo cual resulta de ineludible aplicación en nuestro derecho positivo aunque el código expresamente no la haya consagrado, sin que tampoco haya establecido nada en contra de ella— puede sintetizarse así:

"a) La acción rescisoria por lesión enorme es divisible; en consecuencia cada uno de los vendedores de una heredad común tiene derecho a ejercer la precitada acción en cuanto a su parte o cuota en la comunidad.

"b) Promovida en esa forma, o sea parcialmente, la acción, el comprador queda con el derecho de escoger entre estas dos cosas la que más le convenga: conservar las otras partes o cuotas en la cosa común o requerer a todos los vendedores para que se arreglen entre ellos y vuelvan a tomar la heredad entera, devolviendo el precio completo.

"c) En el caso de que el comprador opte por esto último, si alguno de los vendedores rehusa adherir a la demanda, el demandante o demandantes pueden llegar hasta subrogarse en los derechos del vendedor renuente, para obtener así la rescisión total a pesar de la negativa del comunero que no ha querido participar en la demanda.

"Las razones en que se funda esta doctrina son muy claras: Pothier las expone magistralmente. Ellas contribuyen a hacer ver que tal doctrina es de rigurosa aplicación en nuestro derecho positivo:

"Lo importante en la acción rescisoria es que las partes puedan ser restituídas al mismo estado en que estaban antes; que el comprador no se vea obligado a quedarse con una parte solamente de la cosa comprada si lo que le interesaba era el todo, y que uno de los vendedores no se vea constreñido, contra su voluntad, a devolver el precio recibido y recibir nuevamente la cosa vendida.

"Todos esos intereses se concilian y armonizan entre sí y además se concilian y armonizan con los intereses del demandante o demandantes mediante la aplicación de la doctrina de Pothier.

"En efecto: promovida parcialmente la acción rescisoria si el comprador no quiere quedarse con una parte de la cosa, exige que la rescisión se decrete por el total, sea mediante un acuerdo de los vendedores entre sí o mediante la subrogación de los demandantes en los derechos y obligaciones del vendedor renuente a la demanda. Si los vendedores no se ponen de acuerdo, porque uno de ellos no quiere la rescisión, a los otros les queda el camino de allanarse a devolver el precio completo para obtener la devolución también completa de la cosa vendida, subrogándose en los derechos del comunero renuente, el cual de esa suerte ni

se perjudica, ni perjudica a los otros comuneros, ni perjudica al comprador.

"En el caso presente, la Nación no exigió en forma alguna que los vendedores se acordaran entre sí y volvieran a tomar la heredad entera devolviendo el precio completo.

"Pero suponiendo que todavía fuera tiempo de hacer esa exigencia y la hiciera, no por eso podría dejar de prosperar la demanda, por la sencillísima razón de que los demandantes, para situarse dentro de la verdadera doctrina sobre el particular, después de formular, como primera petición subsidiaria, la de que se decretara la rescisión por el total de la cosa vendida, formularon, como 2ª petición subsidiaria, la de que se decretara la rescisión únicamente en cuanto a la venta del Tejar de Alcalá y en cuanto a la venta de las cuotas que, en la Quinta de las Mercedes, tenían, como comuneros, los demandantes.

"De esa suerte, sea que la Nación quiera quedarse con una parte de la cosa, o sea que no le interese conservar esa parte, la demanda de todos modos tiene que prosperar, conforme a la doctrina a que acabo de referirme".

La Sala considera:

En primer lugar, el señor Arturo Posada no puede hacer esta solicitud, porque se lo impide la excepción de cosa juzgada; en segundo lugar, a los otros litigantes de la parte demandadora, se les debe aplicar, mutatis mutandis, lo que dijo la Sala Civil de Unica Instancia en la sentencia de 18 de abril de 1936:

"La cláusula 5ª contiene dos partes distintas: una en que señala el precio del conjunto vendido, y otra en que lo distribuye entre los vendedores. La primera atañe al contrato en sí y al comprador, a éste no le concierne lo convenido en la segunda entre los vendedores sobre un precio en cuya suerte, reparto e inversión, no es dado al comprador interesarse ni inmiscuirse.

"Aceptada la solución impuesta por el conjunto de probanzas que obran en el juicio, sobreviene una consecuencia de hecho y de derecho, a saber: que no siendo conocido el precio particular de la finca El Tejar de Alcalá, ya que el valor que se le da es valor de distribución y no de precio de venta, la lesión enorme que respecto de esa finca se ha demandado, carece de fundamento, toda vez que la demanda parte del supuesto de que el valor de tal finca quedó determinado en la cantidad de $ 33,333.30, a tiempo que ese valor o el precio de ella no quedó determinado en la escritura de compraventa, ni en otra parte; y entonces se impone como lógica deducción la de que hay carencia de acción para demandar a la Nación por tal motivo, ya que el hecho fundamental de ese pedimento no está demostrado en el pleito, o sea el precio que dio la Nación por la compra de El Tejar de Alcalá.

"Lo que no quiere decir que la lesión enorme de que se queja el demandante no se haya consumado; puede haberse verificado o no; pero se ha hecho imposible determinarla en cuanto al predio Tejar de Alcalá, por lo que no se hizo venta de él por un precio determinado sino por un precio conjunto con el de la 'Quinta de las Mercedes'.

"El concepto de lesión implica necesariamente una comparación entre dos cifras: la del precio contratado y la del precio justo. La falta de uno de esos elementos, indispensables, ambos, impide por sí sola la formación de aquel concepto".

## X

## Costas

Nuestra legislación se inspira unas veces en un criterio objetivo, en el que sólo se requiere el vencimiento en el juicio, y en otras ocasiones se rige por el criterio subjetivo en el que se avalúa la temeridad o malicia del litigante. Arts. 294, 336, 458 y 575 del C. J.

Esta última disposición dice:

"Se condena en costas, salvo las excepciones legales, en los casos siguientes:

1º Al litigante que sostiene temeraria o maliciosamente, sin razón o fundamento apreciable, cualquier acción, excepción, oposición, o incidente.

2º Al que pierde, ante el superior, el re-

curso de apelación que ha interpuesto, a menos que aparezca que ha tenido motivos plausibles para interponerlo.

3º Al que deja caducar la instancia; y

4º Al que desiste de la acción, excepción, oposición, incidente, o recurso".

Se deduce de este artículo que la condenación en costas en juicios como el presente, está sometida a la culpa de la parte vencida.

Si otra cosa ocurriera, la defensa se entrabaría y la promoción de una acción, aunque ello causara gastos, se limitaría sin razón.

La justicia o injusticia de una causa no siempre se presenta con caracteres translúcidos, de suerte que quien creyendo que le asiste un derecho demanda, no por eso obra maliciosamente.

Los demandantes han hecho esfuerzos ingentes por demostrar sus pretensiones, y ello es suficiente para no verlos como litigantes temerarios.

## XI

### Demanda de reconvención

Promovida para el evento de que la Nación fuera condenada, es claro que al ser absuelta ésta de todos los cargos de la demanda principal, queda excluída la demanda condicional de reconvención.

## XII

### Decisión

En mérito 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,

**D e c i d e :**

1º Declárase probada la excepción de cosa juzgada respecto de la segunda petición subsidiaria en la parte referente a "El Tejar de Alcalá", cuya rescisión implora el señor Arturo Posada.

2º No es el caso de hacer la declaración de la petición principal ni de las subsidiarias.

3º En consecuencia se absuelve a la Nación demandada, de todos los cargos formulados en la demanda principal.

4º Declárase que no hay lugar a resolver sobre la demanda de reconvención.

5º No se hace especial condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese en oportunidad el expediente.

**Aníbal Cardoso Gaitán. — Liborio Escallón.—Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Arturo Tapias Pilonieta.—Mario Cajiao**, Oficial Mayor.

# INDICE


Página

EDITORIAL. — IMPORTANTE FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — Por Guillermo Amaya Ramírez ..... 1

ACUERDO NUMERO 10 de la Sala de Casación Civil. ..... 5

LA REFORMA CIVIL.—Discurso del doctor Pedro A. Gómez Naranjo al tomar posesión como Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. ..... 6

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

BALDIOS. — LEY DE TIERRAS. TRADICCION DEL DOMINIO DE INMUEBLES. — POSESION INSCRITA. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario seguido por la sociedad United Fruit Company contra Roberto Salcedo M.— Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica. ..... 10

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES LIBORIO ESCALLON Y FULGENCIO LEQUERICA VELEZ ..... 19

SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION en el ordinario de Simón Fajardo contra las sucesiones de Buenaventura Fajardo y Micaela Gómez de Fajardo.— Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica ..... 22

RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL MANEJO DE VEHICULOS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario de Campo Elías Nieto y Dilia Zárate de Nieto contra la empresa "Bavaria". — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta ..... 23

Página

ACCESION.— CONFLICTOS DE LEYES. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario de Luis Arango C. contra Gabriel Villa.— Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza ..... 31

OBJECIONES A UNA PARTICION. REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO CONFORME A LA LEY 28 de 1932. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la sucesión de Nicolás Name. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca ..... 38

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario de Wilbur A. Lledy contra la compañía minera "El Canadá Mines Incorporation".— Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica ..... 45

ACCION DE PERJUICIOS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Jesús Vásquez G. contra "The Magdalena Fruit Company".— Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta ..... 50

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO. — INTERPRETACION DE LA DEMANDA. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Alfredo Prieto B. contra Carlos García y la sucesión de Cristóbal Rodríguez.— Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 55

RESPONSABILIDAD CIVIL. — RENUNCIA AL RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS.— Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Julio Ra-

Página

da P. contra The Santa Marta Railway Company, Limited. — Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica ..... 61

RECURSO DE HECHO.— Se niega el intentado en el juicio divisorio fallado por el Tribunal Superior de Medellín y seguido por Guillermo Barrientos H. contra Alberto y María Teresa Barrientos. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca. . . ..... 66

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE MUTUO. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior Bogotá en el ordinario de Leonardo Cála contra Eusebio S. Rendón y Julio C. Santos. — Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica.. 67

PETICION DE HERENCIA. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de V. en la demanda sobre petición de herencia intentada por Rubén Lizarazo o Villarreal y María Trinidad de Becerra en los bienes del difunto José Fabio Tarazona. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 69

DEMANDA DE RESCISION DE UN CONTRATO. — TECNICA DE CASACION. — INCONGRUENCIA.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Ifigenia Forero de García contra Hipacio Correa. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta. . . ..... 72

## SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Andrés Soto y otros, por homicidio y heridas. — Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo ..... 76

SOBRESEIMIENTO. — Se sobresee definitivamente en favor del doctor Alejandro Copete Mafla en las diligencias que se le adelantaron en virtud de cargos hechos por el señor Juan B. Villarreal B. — Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias.. 80

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO.— Se sobresee definitivamente en favor del señor Teódulo Ramírez Duque de los cargos que se le hicieron como ex-Juez de Girardot.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias. . . ..... 83

FUERZA Y VIOLENCIA. — LOS ARTICULOS 13 Y 14 de la Ley 97 de 1936 NO SON DISPOSICIONES SUSTANTIVAS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en la causa contra Mario Rafael Ospina por el delito de fuerza y violencia.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias.... 85

FALSEDAD Y ESTAFA. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en la causa contra Fernando J. Portilla por falsedad y estafa. — Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias ..... 89

## SALA DE NEGOCIOS GENERALES

APLICACION E INTERPRETACION DE LA LEY 200 DE 1936, SOBRE REGIMEN DE TIERRAS. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y se absuelve a la parte demandada en el ordinario de la Nación contra la sociedad "Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A." — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 92

SE REVOCA UN AUTO EJECUTIVO.— NOTIFICACIONES.— Se revoca el auto ejecutivo y se ordena el levantamiento del embargo en el ejecutivo de la Nación contra Hernando y Benito Navarro. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 118

INCIDENTE DE NULIDAD DE LO ACTUADO. — Se confirma el auto

Págs.

del Tribunal Superior de Bogotá en que se niega la nulidad de lo actuado en el juicio especial de venta al Departamento de Cundinamarca contra el señor Carlos de la Espriella.— Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 120

INDEMNIZACION POR CAUSA DE ENFERMEDAD.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Medellín y se condena al Departamento en el juicio del señor Manuel Torres contra el Departamento de Antioquia.— Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 122

ACCION DE IN REM VERSO. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario seguido por el señor Jorge Holguín Arboleda contra la Nación.— Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 124

EXCEPCIONES. — Se declara probada la excepción de error de cuenta en el ejecutivo de la Nación contra la Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama. — Magistrado ponente, dcotor Pedro A. Gómez Naranjo. ..... 132

NULIDAD.—Se revoca el auto del Tribunal Superior de Bogotá y en cambio se decreta la nulidad de lo actuado en el juicio ordinario que adelanta la Nación contra los Comuneros de Apiay. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 136

No se accede a la solicitud del auto anterior. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 136

RENDICION DE CUENTAS. — BIENES DE LOS DEPARTAMENTOS. CESION. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario del Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 139

ACLARACION DEL FALLO ANTERIOR. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 153

Págs.

CUENTAS. — MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO. — Se confirma en tres puntos y se revoca en uno la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio especial de cuentas del Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company, Limited. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 154

PETROLEOS. — OPOSICION DE LA RICHMOND PETROLEUM COMPANY A UNA PROPUESTA DEL SINDICATO DE INVERSION. — MANERA Y OPORTUNIDAD DE ALEGAR PRUEBAS EN ESTOS JUICIOS SUMARIOS. — No se accede a la revocatoria de un auto en este incidente. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán... 161

RESPONSABILIDAD POR PERJUICIOS. — ESTAMPILLAS EN LOS AVALUOS. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el ordinario de la señorita Inés Zuluaga contra el Departamento de Caldas.— Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo... 164

PENSION. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá y en su lugar se decreta pensión a cargo del Tesoro Nacional y a favor del señor Antonio Pérez Rincón, por servicios civiles. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. 170

REVOCACION DE UN AUTO DE EMBARGO. — Se revoca el del Juzgado de Ejecuciones de la Nación contra Luis Eduardo Díaz Agudelo. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 172

NULIDAD DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de la Lotería de la Beneficencia de Tunja contra el Departamento de Boyacá y se absuelve al Departamento. — Megistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.... 173

INDEMNIZACION. — Se confirma la

Págs.

la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario del señor José Vicente Ossa contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ..... 180

COMPETENCIA DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA.— Se abstiene la Sala de aceptar la demanda del doctor Manuel Uribe Afananador contra la Nación.— Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ..... 183

PETROLEOS. — OPOSICION DEL DEPARTAMENTO DE BOYACA A LA PROPUESTA DE OBREGON ARJONA SOBRE PETROLEOS.— Se declara incompetente la Sala de Negocios Generales para conocer de este negocio.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ..... 185

COMPETENCIA.— Se abstiene la Sala de conocer de la apelación de la sentencia de pregón y remate en el ejecutivo de la Nación contra el señor Carlos Vergés y Rosa Prince de de Vergés. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ..... 187

Págs.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

EXCEPCIONES. — Se declaran nó probadas las excepciones en la demanda de reconvención de "The Anglo Colombian Development Company, Ltd., en el juicio ordinario que contra esa compañía y otros sigue la Nación. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 190

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — TRANSPORTE. Se condena a la Nación al pago de una suma de pesos a la Compañía General Automotriz. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo. ..... 192

REVERSION DE BALDIOS Y EXTINCION DEL DOMINIO DE ESTOS. — Se niega la revocatoria pedida del auto que negó la admisión de la demanda del General Eutimio Sandoval contra la Nación sobre revisión de unas resoluciones. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 203

RESCISION. — VICIOS DEL CONSENTIMIENTO. — ACCION INDIVISIBLE.— EXAMEN PERICIAL. Se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda intentada por la "Sociedad Urbanizadora de Las Mercedes". — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R..... 205

# GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS


"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).


TOMO XLVIII JUNIO DE 1939. NUMERO 1948.


# DE LA SUBROGACION REAL


Por EMILIO ALTAMIRANO SANCHEZ


## INTRODUCCION

En Derecho, la palabra subrogación evoca la idea de un cambio, de una substitución, que se opera entre personas o cosas. Si el cambio o substitución se refiere a personas, se habla de subrogación personal. Si son cosas o bienes los que se substituyen, estamos en presencia de una subrogación real.

De ahí, que la subrogación pueda ser definida, en sus términos más generales, como la substitución de una cosa o de una persona por otra, que pasa a ocupar el mismo lugar jurídico que tenía la antigua.

Pero, ambas instituciones jurídicas no han tenido el mismo desarrollo, la misma evolución; y mientras la subrogación personal ha sido llevada a límites más o menos definitivos, la subrogación real, es una de aquellas nociones respecto de las cuales, los Códigos, la Doctrina y la Jurisprudencia, no han llegado aún a soluciones concretas.

En los primeros tiempos, en el derecho llamado Clásico, la subrogación real aparece ante los ojos de los tratadistas y autores, como constituyendo una ficción de la ley, como un hecho abstracto y excepcional. Se la define comunmente, como una ficción de derecho en virtud de la cual una cosa que se adquiere en lugar de otra que se enajena, toma, recibe, las mismas cualidades jurídicas de la cosa enajenada. Esto de considerar a la subrogación como una ficción del legislador, lleva como corolario obligado el de que su aplicación debe ser restringida, es decir, limitada a los casos en que la ley habla en forma expresa de ella.

Pero hoy día, en que el desarrollo de la Técnica Jurídica, se caracteriza por los serios ataques que los autores dirigen a los principios establecidos por el Derecho Clásico que, heredados del Derecho Romano, habían sido considerados como verdades inconmovibles; ahora, que los conceptos clásicos acerca del patrimonio, del derecho de crédito, del derecho real, etc., van siendo abandonados por considerarse ideas, muchas veces, puramente empíricas, abstrac-

tas, y en la mayoría de los casos no responden a las situaciones que se presentan en la práctica; la subrogación real, ha debido cambiar fundamentalmente en lo que se refiere a su verdadera naturaleza y al rol que le cabe en la vida jurídica.

Los tratadistas modernos, cogidos por este movimiento de renovación que se opera en la técnica jurídica actual, se han dado a la tarea de elaborar numerosos sistemas para determinar la naturaleza precisa y el verdadero funcionamiento que debe acordarse a la subrogación real, para concluír diciendo que detrás de este concepto, al parecer puramente abstracto, se esconden verdaderas realidades que es preciso armonizar con los principios jurídicos existentes. En resumen, que hay que dar a la subrogación real, su verdadero carácter; el de una noción jurídica orgánica y general que, lejos de constituír una excepción en el derecho, es de aplicación perfectamente normal.

En presencia de este cambio fundamental en las ideas que rodean la institución de la subrogación real, nos hemos propuesto hacer un análisis de su evolución en el Derecho francés, a fin de determinar cuál es la posición que debe tomarse, frente a este problema, en nuestro Derecho.

## LA SUBROGACION EN LA DOCTRINA CLASICA FRANCESA

La doctrina o sistema tradicional de la subrogación real nace en el Derecho francés, con los autores antiguos Renusson y Lebrun, de cuyas obras la tomó el tratadista Pothier, para ser introducida posteriormente en el Código de Napoleón.

En el Derecho moderno han sostenido esta doctrina, en forma muy especial los autores Flash y Aubry y Rau, estos últimos, como una consecuencia de la teoría llamada del Patrimonio Personalidad, de la que son sus creadores.

La doctrina clásica o tradicional, puede ser resumida en los postulados siguientes, cuyo estudio detallado haremos a continuación:

1. La subrogación real es una función del legislador, y como tal es de derecho estricto.

2. La subrogación tiene lugar de pleno derecho en las universalidades, en virtud del adagio: "In judiciis universalibus...", y sólo por excepción se produce cuando se trata de bienes aislados, y

3. Los efectos de la subrogación real se fijan, según esta doctrina, por el adagio: "Subrogatum sapit natura subrogati".

Veamos, pues, cómo hacen funcionar estos diversos postulados los autores que son partidarios de la doctrina tradicional o clásica de nuestra institución.

### A.—EN EL DERECHO FRANCES ANTIGUO

1.—Renusson (1), nos dice que: "La subrogación real se produce cuando una cosa es subrogada a otra, que toma su lugar y que es reputada tener la misma cualidad de la otra". Agrega este autor, que la definición anterior nos dice claramente que la subrogación real es una ficción, pues, expresa: "Se puede pensar que una cosa sea la misma que otra, pero jamás se podrá realizar esta identidad".

Siguiendo su razonamiento, agrega, que siendo las ficciones de derecho estricto, es decir, que sólo pueden ser establecidas en virtud de un texto expreso de la ley o de una convención autorizada por ella, deben aplicarse en toda su extensión estos principios a la subrogación real, que resulta ser una ficción, que deriva de la ley o de la convención, y por lo tanto de derecho estricto, no pudiendo ser ampliada más allá de los casos expresamente previstos. Hay que recordar, dice: "qui expresse dictum qui expresse conventum".

Sin embargo, él mismo se encarga de darnos un ejemplo de subrogación puramente convencional, cuando se trata de un bien adquirido en reemplazo de uno propio que sea enajenado, con declaración expresa de que ese bien es destinado a reemplazar al primero, en cuyo caso el nuevo bien adquiere la calidad de bien propio.

---

(1) Citado por Merlin. Repertoire; tomo XVI, página 431.

Merlin (2), es también partidario de la subrogación ficción; pero este autor relaciona su sistema con las llamadas cláusulas de indisponibilidad, exigiendo para que la subrogación exista, que la persona que enajena el bien o que lo adquiere, sea incapaz de disponer libremente de ellos. Esta solución, se justifica según Merlin, porque la indisponibilidad no puede ser extendida más allá de los casos en que expresamente la contempla la ley.

Pothier, en su tratado sobre la Comunidad admite ampliamente el principio clásico de la subrogación ficción, y la define diciendo: "Que es una ficción de derecho por la cual una cosa que se adquiere en lugar de otra que se enajena, toma las cualidades jurídicas de la cosa enajenada en lugar de la cual ha sido adquirida y a la que ha subrogado" (3). La ficción, agrega, no se efectúa sino respecto de las cualidades extrínsecas de las cosas, tales como la cualidad de pertenecer al patrimonio propio, o ser un bien de la sociedad conyugal, pero no tiene lugar respecto a las cualidades extrínsecas, como ser la cualidad de mueble o de inmueble, cualidades que conservan las cosas por cualquier mano que pasen.

En esta última parte, encontramos una de las tantas distinciones que la teoría clásica ha establecido en materia de subrogación real, distingos, que como lo veremos en el curso de este trabajo, han sido totalmente abandonados por los tratadistas modernos, por no ofrecer utilidad alguna y al contrario no haber tenido otro efecto que el de obscurecer la noción de subrogación real y su verdadero campo de aplicación.

Lebrun (4), se aleja un poco de la opinión de los tratadistas citados anteriormente, y encuentra el principal fundamento de la subrogación real en la equidad. Así, dice: "Que cuando se cambia una casa propia, por otra heredad, la equidad hace posible la subrogación a favor de la familia".

Estima que la subrogación es una ficción sólo cuando se trata de transmitir las cualidades intrínsecas de las cosas, mas no cuando se trata de la transmisión de las simplemente extrínsecas.

Resumiendo, podemos decir que los principales autores y tratadistas del Derecho francés antiguo, han sido partidarios de la subrogación considerada como una ficción de derecho, y en consecuencia de aplicación restringida.

2.—La doctrina clásica anuncia su segundo postulado diciendo que la subrogación se produce de pleno derecho tratándose de universalidades, en virtud del adagio: "In judiciis universalibus res succedit loco pretti et preitum loco rei", y que, por el contrario, tratándose de bienes aislados, sólo se produce en virtud de una disposición legal o de una convención autorizada por la ley; "In judiciis singularibus...". La primera, es la llamada subrogación real general, y la segunda especial o particular.

"Mixima in judiciis universalibus".—Este adagio ha sido desarrollado por los Glosadores y muy especialmente por Bartolo, quienes hacen arrancar su nacimiento de dos textos romanos; el Senado Consulto Juveniano y la Ley 70, 3 de Legalis (5).

Según este adagio, todo valor que entra en una universalidad jurídica cuyo ejemplo típico es el patrimonio hereditario, se considera, de pleno derecho, subrogado al que reemplaza.

Bartolo y el resto de los Glosadores estiman que el Senado Consulto Juveniano, ha consagrado la subrogación del precio a la cosa vendida y de la cosa al precio, cuando se trata de la acción de petición de herencia, basándose para ello en ciertos pasajes de Pablo y del mismo Senado Consulto.

Dando por demostrados estos hechos, pasan a extender la aplicación de la subrogación real a otras universalidades, como el peculio castrense, los fideicomisos, y legados universales, para concluír que ellas se producen en todas las universalidades jurídicas, que se encuentran amparadas por una acción real universal.

Esta manera de justificar la máxima:

(2) Merlin, obra citada, página 433.

(3) Pothier. **Oeuvres, Traité de la Communauté**, tomo VI, página 142.

(4) Lebrun. **Traité de succesions, Livre III, Chapitre I**, Nos. 64 y 65.

(5) **Digesto V.** 3. De la petición de herencia. Ley 20 y 10.

"In judiciis universalibus..." ha sido considerada un tanto falsa o insuficiente por los autores modernos que han estudiado esta materia.

Aducen estos autores (6) que el Derecho Romano es demasiado complejo en esta parte para que pueda ser reducido al estrecho marco del adagio citado, pues si bien es cierto que se puede admitir una especie de subrogación real en la acción de petición de herencia, ello debe hacerse siempre manteniendo la distinción que hacían los romanos, entre los poseedores de buena y mala fe.

Agregan que en el Derecho Romano no existe otra acción real general, fuera de la petición de herencia, a la cual puede aplicarse el adagio: "In judiciis...", debiendo tener presente además, que los romanos no conocieron la institución de la subrogación real (7).

Verdadero significado de la máxima "In judiciis..."—Aun cuando en párrafos posteriores demostraremos que esta máxima no debe ser mantenido como medio de determinar el campo de aplicación de la subrogación real, veamos, a grandes rasgos, cuál es su verdadera significación histórica.

Para ello los tratadistas (8) estiman que hay que hacer una distinción entre la acción real general, cuyo ejemplo típico se encuentra en la acción de petición de herencia, en la acción real especial o acción reivindicatoria.

Indican que en los primeros tiempos, ambas acciones aparecen confundidas, pero después se separan existiendo aisladamente la acción de petición de herencia, que tiene por objeto la totalidad del patrimonio hereditario, de la acción reivindicatoria que tiene por objeto perseguir uno o varios objetos corporales asilados.

En la petición de herencia, entonces, que además de los bienes hereditarios, comprende todo lo que entra con posterioridad, cabría la posibilidad de la subrogación real; pero ella no se concilia con la acción reivindicatoria, que va dirigida siempre sobre bienes determinados.

De modo, que para los autores modernos que aceptan el adagio "In judiciis...", éste sólo tiene por objeto determinar los efectos de la acción tendiente a recuperar una herencia, así como el adagio "In judiciis singularibus...", tiene por objeto establecer los efectos de la acción encaminada a restituír bienes aislados; pero en ningún caso puede extenderse el primero a todas las universalidades, pues deben excluírse aquellas situaciones en que los tratadistas modernos hablan de la subrogación real en virtud de una idea de afectación, pues tal idea es completamente ajena al campo de la teoría clásica o tradicional.

Planiol (9) ha condensado muy bien esta idea cuando expresa: "Es necesario dar a la voz "judiciis" su significado antiguo y verdadero —acción y justicia— y de esta manera llegaremos a la conclusión clara, de que el adagio en cuestión significa que la subrogación real es posible tratándose de la acción real general —petición de herencia— mas no tratándose de la reivindicación. Lo contrario, agrega, es confundir las expresiones antiguas "In judiciis universalibus" e "In judiciis singularibus" por las expresiones modernas de título Universal y título Singular.

Vemos, pues, que el significado verdadero de los célebres adagios Bartolianos, está muy lejos de ser el mismo que le dan los partidarios de la doctrina clásica.

El efecto de la subrogación real para los sostenedores de la doctrina clásica se traduce en el adagio "Subrogatum sapit natura subrogati", cuyo significado consiste en que el bien que reemplaza al antiguo, es reputado tener, es decir, adquiere la misma cualidad jurídica del otro: pasa a tener su misma naturaleza jurídica. O sea, la subrogación tiene por objeto transferir a un bien las cualidades jurídicas que pertenecen a otro.

De aquí nace el problema, que los autores antiguos no llegaron a dilucidar en forma

(6) Girard, Manuel de Droit Romain, pág. 90.
(7) Merlin, Repertoire, tomo XVI, pág. 432.
(8) Girard. Obra citada págs. 897 y 898.

(9) Nota en Dalloz. Recueil, 1902. Tomo I, página 33.

clara, de saber cuáles son aquellas cualidades que pueden ser transmitidas de un bien a otro por medio de la subrogación.

Cuando se trata de una universalidad, tal como una herencia o fideicomiso, el efecto de la subrogación, consiste según esta doctrina, en que la cosa que entra a reemplazar a la antigua en la universalidad, toma la calidad de "Res universitatis", es decir, de "res hereditaria" o "res fideicomisaria", según el caso.

Tratándose de la subrogación de los bienes aislados, estos autores estiman, que también debe aplicarse a ellos el adagio "Subrogatum...." cuando la subrogación ha sido impuesta por un texto legal o una convención autorizada por la ley. Pero nos encontramos nuevamente con la dificultad de saber, si son todas o algunas de las cualidades del bien antiguo, las que se van a transmitir al bien nuevo por la subrogación.

Para resolver esta cuestión los partidarios de la doctrina clásica, adoptan la distinción entre las cualidades intrínsecas y extrínsecas de las cosas.

Llaman cualidades intrínsecas a aquellas que son de la naturaleza de las cosas, que le son primordiales, y extrínsecas aquellas puramente accidentales, que son generalmente el producto de la convención de las partes.

Son consideradas como cualidades extrínsecas, las de "Bienes propios de los cónyuges" o "bienes propios de la comunidad" y como cualidades intrínsecas las de "bienes muebles e inmuebles" (10).

Ahora bien, Demogue (11) y otros autores estiman que la subrogación sólo sería posible cuando se trata de las cualidades intrínsecas de las cosas, tales como las de bienes muebles e inmuebles. Sin embargo, es es el pensamiento contrario, es decir, que son las cualidades extrínsecas, las que la subrogación transmite, el que ha triunfado en el derecho antiguo, defendido especialmente por Pothier.

Siguiendo esta idea, escribe Pothier (12). "Para que la subrogación haga pasar la cualidad de una cosa a otra es preciso que concurran estas tres cosas: a) Que sea una cualidad extrínseca, como la cualidad de un bien propio, pues es evidente que las cualidades intrínsecas no pueden pasar de un bien a otro; b) Es necesario que la cosa a la cual se quiera pasar la cualidad de otra, sea susceptible de esta cualidad... etc."

En resumen, podemos decir que el significado de la máxima "Subrogatum sapit....", cuando se trata de universalidades, consiste en atribuír a la cosa que viene a reemplazar a la otra, la cualidad de "res universitatis" y tratándose de bienes aislados, el efecto de la subrogación se limita a trasmitir al bien nuevo las cualidades extrínsecas del primitivo bien, que ha sido enajenado.

No obstante, como lo demostraremos al tratar de las doctrinas modernas, este adagio, al igual que los anteriores, ha sido abandonado, por no determinar en forma exacta y clara el verdadero efecto de la subrogación real, que se explica hoy día en forma mucho más sencilla.

Estos son, trazados a grandes rasgos, los principios básicos sobre los cuales descansa la teoría tradicional o clásica de la subrogación, principios que luégo veremos, no corresponden a las nuevas concepciones que las relaciones económicas de la práctica moderna han creado a nuestra institución.

### B.—EN EL DERECHO FRANCES MODERNO

Al iniciar el estudio de la doctrina clásica, dijimos que ella había sido incorporada al Código de Napoleón y defendida posteriormente por Flasch y los célebres tratadistas, Aubry y Rau.

En efecto, la generalidad de los autores franceses están acordes en estimar que los siguientes artículos del Código de Napoleón contemplan casos de subrogación real: Art. 132, sobre la ausencia; art. 747 a 766, que consagran las llamadas sucesiones anóma-

(10) Pothier. **Traité de la Communauté**, número 197.

(11) Citado por Bonnecase. **Suplement**. Tomo III, página 735.

(12) Pothier. **Traité de propes. Oeuvres**. Tomo VII, página 677.

las; art. 1407 a 1435, sobre la subrogación en los bienes propios de los cónyuges; art. 1553 a 1559, sobre los bienes dotales, y los arts. 1066, 1067 y 1069, que tratan de las substituciones permitidas.

La mayoría de estos casos de subrogación contempladas en el Código de Napoleón, se encuentran dominados por el principio de la subrogación tradicional, y los partidarios de ella alegan que no pueden ser extendidos más allá de esos casos, expresamente previstos por el legislador.

Veamos, ahora, cómo se expresan los principales sostenedores de la doctrina clásica o tradicional en el derecho francés moderno.

1.—Flasch (13) define la subrogación como: "Una ficción jurídica en virtud de la cual una cosa, recientemente entrada en el patrimonio de una persona, representa en cierto modo a aquella que ha salido, revistiendo la nueva, una o varias cualidades de la antigua".

Para este autor (14) dos son los caracteres de la subrogación real: "Ella consiste siempre en una nueva mutación y siempre es una ficción. La mutación es la substitución de una persona por otra, en la subrogación personal y de una cosa por otra, tratándose de la real". Cuando a la ficción, dice, que ella consiste en suponer que la cosa que viene a reemplazar a la antigua, por el mecanismo de la subrogación, adquiere las cualidades de la cosa enajenada, reemplazada".

Sin embargo, estima que hay que tener presente que "la subrogación jamás opera la trasmisión simultánea de todas las cualidades jurídicas de una cosa, como algunos autores lo han pretendido".

Como consecuencia de estimar a la subrogación, como una ficción de la ley, niega todo valor a la subrogación convencional. "Es inadmisible, dice, la idea de algunos autores de colocar en la misma línea a la ley y a la convención de las partes, como teniendo fuerza para hacerlas operar la subrogación".

Pero Flasch no acepta el adagio "In judiciis universalibus....." que estima debe ser abandonado por no resistir al menor examen. Así, concluye que, son dos las circunstancias en que puede producirse la subrogación: a) Cuando una cosa comprendida en una universalidad de hecho o de derecho, es reemplazada por otra cosa, y en que la cualidad de "Rex universitatis...." pasa a esta última; b) Cuando la ley en forma expresa determina que tal carácter de un bien será transportado a otro".

Puede verse, que el sistema propuesto por este autor, se basa enteramente en los postulados de la doctrina tradicional, no ofreciendo otra particularidad que la de negar en forma absoluta, la posibilidad de la subrogación convencional, y la de admitirla tanto en las universalidades de derecho, como de hecho, abandonando con ello el viejo adagio "In judiciis universalibus..."

2.—Los profesores de Strasburgo, Aubry y Rau, ofrecen un sistema sobre la subrogación real, que es una consecuencia de la teoría del patrimonio personalidad, de la que son sus autores.

Para ellos, la subrogación en su sentido más general es "Una ficción por medio de la cual un objeto viene a reemplazar a otro, para pasar a la propiedad de la persona a que pertenece este último, y para revestir su naturaleza jurídica". (15).

Vemos en esta definición reflejado, completamente, el pensamiento que domina el campo de la doctrina tradicionalista.

El fundamento de la ficción se encuentra, según estos tratadistas, en la fungibilidad de los elementos que forman una misma universalidad de derecho, siendo lógico entonces, que si los objetos son susceptibles de cambiarse los unos por los otros, en el caso de un acto que importe, respectivamente, enajenación y adquisición, el objeto que ha salido de una universalidad de derecho, sea considerado como que sigue for-

(13) Citado por Bonnecase. Obra citada. Tomo III, página 694; nota.

(14) Citado por Bonnecase. Obra citada. Tomo III, página 92; nota I, y Fuzier Herman. Tomo 34; página 1073 y siguientes.

(15) Aubry et Rau. Cours de Droit Civil Francais; tomo IX, página 340.

mando parte de ella, representado por el bien adquirido".

Además, siendo la subrogación una ficción fundada en la fungibilidad de los elementos que componen una universalidad de derecho, no puede operar, según su pensamiento, sino entre dos objetos, donde uno ha reemplazado a otro, como elemento de dicha universalidad, en virtud de un "Judicium universalia".

Por el contrario, si la acción no recae sobre una universalidad o sobre los elementos que la componen, sino sobre una o varias cosas aisladas, o sobre una universalidad de hecho, la ficción indicada, fallaría por su base, según ellos, y la subrogación no podría tener lugar de pleno derecho. En estos últimos casos, es decir, cuando se trata de la restitución de bienes aislados, la subrogación no debe ser admitida sino "cuando la ley expresamente y en forma excepcional lo permita, pues de lo contrario la ficción en que consiste la subrogación, estaría desprovista de toda base racional o legislativa" (16).

Como puede verse, estos autores siguen los postulados de la doctrina clásica, admitiendo la subrogación de pleno derecho, en las universalidades de derecho, basándola en la fungibilidad de los elementos que forman el patrimonio.

Por ahora, nos limitaremos a esta exposición simple de la doctrina sustentada por Aubry et Rau, doctrina que será debidamente estudiada en el capítulo destinado a la comparación de las tendencias clásica y moderna de la subrogación real. Podemos adelantar sí, que los principios sobre los que descansa la opinión de estos tratadistas han sido duramente atacados por la casi totalidad de los nuevos autores.

## LAS TEORIAS MODERNAS SOBRE LA SUBROGACION REAL

Las necesidades de la práctica, que ofrecía numerosas situaciones, cuya solución no podía encuadrarse dentro de los principios rígidos sustentados por la doctrina clásica, hizo que la Jurisprudencia Francesa ampliara el campo de nuestra institución a muchos otros casos no contemplados expresamente por la ley.

Por su parte, los autores modernos han visto que la subrogación no es una creación ficticia y arbitraria del legislador, sino que, por el contrario, ella es la consecuencia de verdaderas realidades económicas; que ella no puede ser limitada a las universalidades, o sea al patrimonio, como lo entienden los tratadistas Aubry y Rau, pues dicho concepto, como próximamente se verá, llega a confundirse con la idea misma de subrogación real. Demuestran que la subrogación es una institución que puede existir independientemente de la noción de universalidad y que la escuela clásica del patrimonio debe ser abandonada en este punto, debiendo admitirse la subrogación en todo caso, sea que se trate de universalidades o de bienes aislados.

Demos, pues, una rápida ojeada a los diferentes sistemas propuestos por los autores modernos en su afán de determinar la naturaleza jurídica exacta de la institución en estudio y su verdadero campo de aplicación.

I.—Saleilles, ofrece su sistema a consecuencia de los fallos dictados por la Corte de Dijon, que hace una aplicación muy amplia del principio de la subrogación real, tratándose de las fundaciones.

Empieza, M. Saleilles (17) expresándonos que: "La cuestión de la subrogación real por grande que es su importancia práctica, no ha sido abordada de frente, conformándose en general los autores, con encuadrarla dentro del marco de los adagios, a pesar de la serie de dificultades y contradicciones que presenta su aplicación". Todos estiman, continúa, que la subrogación real es una ficción y luego de derecho estricto, no debiendo existir sino cuando la ley formalmente la admite. Y este carácter ficticio atribuído a la subrogación es el que hay que estudiar, según él, para concluír, que lejos de interpretar esta institución en for-

(16) Aubr yet Rau. Obra citada; tomo IX, página 345.

(17) Nota en el Recueil Sirey, 1894; 2ª parte; página 185.

ma estrecha, debe ser entregada al libre juego de la voluntad de los particulares.

Siguiendo esta idea, distingue dos clases de subrogación real: a título universal y a título singular.

1. Subrogación a título singular.—Consiste en dar a una cosa adquirida en reemplazo de otra, la cualidad que ésta tenía, cualidad que está en oposición formal con la naturaleza propia de la cosa subrogada. Esta subrogación admite, a su vez, una división, según que se estime que tanto la ley como la voluntad de los particulares, pueden atribuírle el efecto de asimilar una cosa a otra.

En el primer caso, esto es, cuando los efectos de la subrogación están entregados al libre poder de los particulares, Saleiles, dice: "Que la ficción no existe más que en el nombre, pues ella no sería aquí sino un conjunto de resultados jurídicos que la voluntad de las partes ha querido realizar" (18). Como ejemplo de esta clase de subrogación nos ofrece, la que se realiza en los bienes propios de los esposos, en la sociedad conyugal, y la que resulta bajo régimen dotal.

Si, por el contrario, los efectos que esta asimilacióu tiene en vista son reservados a la ley solamente, se podría hablar de ficción jurídica, pues la ley supone no sólo una cualidad, que la cosa por su naturaleza propia no puede tener, sino cuyos efectos son tales, que la convención, por sí sola, no podría crear artificialmente. Ejemplo de esta clase de subrogación sería la que contempla la Ley de 12 de febrero de 1889, que acuerda la subrogación de la indemnización del seguro a la cosa asegurada. En este último caso, la subrogación debe ser de aplicación restringida; más no en la primera hipótesis donde debe ser ampliada al máximo.

2. Subrogación a título universal.—"Aquí, expresa Saleilles (19), el efecto de la subrogación no es trasmitir la cualidad de un bien a otro, sino entrar, unir una cosa a un conjunto de bienes, que forma un patrimonio aparte, distinto del resto del patrimonio de una persona". Se trata de saber, en este caso, si en un conjunto de bienes que forman un todo o parte, los bienes que se adquieren en reemplazo de los primeros, entran a pertenecer a ese conjunto, es decir, si se subrogan a ellos.

Siguiendo la generalidad de los autores, acepta que la subrogación se produce de pleno derecho cuando se trata de las universalidades, cuyo ejemplo típico es el patrimonio. Pero según su opinión, no sólo la ley puede dar nacimiento a estas universalidades, sino que también los particulares en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, pueden constituír otras universalidades jurídicas, pequeños patrimonios, distintos del resto de los bienes, susceptibles de substituírse por vía de subrogación. O sea, estima que las partes pueden afectar un grupo de bienes a un fin determinado y decidir que ese conjunto, considerado más en su valor pecuniario que en las individualidades que lo constituyen, sea destinado a ese uso especial que las partes han tenido en vista al contratar, disponiendo que los bienes que vengan a reemplazar a los que hayan salido de ese pequeño patrimonio, pasen a formar parte de él, por efecto de la subrogación real. Como ejemplo de un patrimonio de afectación, Saleilles nos da el caso de las fundaciones. "Poco a poco, escribe (20), las ideas de subrogación y de fundación, se unen la una a la otra, y asistimos así a un movimiento de jurisprudencia muy interesante, en virtud del cual, la teoría de la fundación, pasada en silencio por los textos del derecho positivo, se construye sobre la base de los principios generales, trayendo consigo una verdadera renovación de las teorías sobre la subrogación real".

Según este autor, una vez cumplidas las condiciones que la ley exige para que exista una fundación, se forma un patrimonio de afectación, el cual supone, no sólo una masa de bienes actuales, tal como provienen del testador, sino un conjunto susceptible de cambiarse por vía de subrogación.

(18) Nota citada; página 185.
(19) Nota citada; página 186.
(20) Nota en el Recueil Sirey; 1903; pág. 321.

En estas clases de subrogaciones, ya no se puede hablar de ficción, según él, pues el efecto que la subrogación produce es el de impedir que la cosa subrogada se confunda en la masa del patrimonio general, y que, por el contrario, pase a formar parte del patrimonio de afectación especial.

Este es, en líneas generales, el sistema que, en sus comienzos, ofrece Seleilles; pero posteriormente lo abandona en su parte básica, adoptando el sistema elaborado por Planiol, que pronto veremos. Así, concluye (21): "Hay que constatar que la subrogación ficticia pierde más y más terreno, y que todo el mundo está de acuerdo en admitir que la subrogación real es una verdadera realidad jurídica, que reposa sobre la voluntad, ya de los particulares, dentro del límite de los actos de disposición y afectación que le son peculiares, ya de la Ley, bajo reserva de la interpretación más o menos extensa en que los Tribunales deban aplicarla".

II.—René Demogue, es el primero de los tratadistas modernos que abandona en forma total los principios sobre los cuales descansa la teoría clásica de la subrogación real, diciendo que ésta debe admitirse en la forma más absoluta, sea que se trate de universalidades o de bienes aislados.

Distingue, este autor, dos situaciones en las cuales puede tener cabida la subrogación real:

1.—Cada vez que se trate de: "Valores de afectación", esto es, cuando las partes afectan un conjunto de bienes o bienes aislados, a un uso especial, estimándose estos bienes más en su valor pecuniario que en su individualidad física. De aquí resulta, que, según su pensamiento, la subrogación no nace del hecho de reunirse los bienes en una universalidad, puesto que también puede producirse cuando se trata de bienes aislados, sino que ella es una consecuencia de la afectación de esos bienes al uso especial deseado por las partes.

2.—Demogue, encuentra una segunda aplicación de la subrogación, cuando se trata de la restitución de bienes impuesta por la ley, situación que debe aplicarse, ya se trate de bienes que formen una universalidad, como en la restitución del patrimonio hereditario, poseído por el heredero aparente; ya se trate de bienes aislados, como en la reivindicación". "Cuando en el interés del crédito (22), la ley admite que un derecho sea perdido por su titular sin su consentimiento, éste ejerce entonces un derecho análogo sobre los bienes que el enajenante adquiera en cambio o reempleo del precio". Esta solución se justifica por este autor, por la idea de que el poseedor no debe ejecutar en perjuicio del propietario ningún enriquecimiento injusto.

Cuanto a la naturaleza de la subrogación, se muestra contrario a los que piensan que es ella una ficción jurídica, pues considera que no está en contradicción con la naturaleza de las cosas, justificándola siempre, por el respeto a la voluntad de las partes o de la ley (23).

III.—M. Planiol, empieza (24) diciéndonos que "la subrogación real ha llegado a un grado de claridad que jamás había tenido. Antes, dice, la subrogación aparecía como siendo una ficción de la ley, cuyo resultado era dar a un bien nuevo la naturaleza jurídica o la cualidad o carácter jurídico de un bien anterior. Además, apunta, la subrogación estaba dominada por el viejo adagio: "In judiciis universalibus...", siendo muy difícil justificar los casos de subrogación cuando se trataba de bienes aislados".

Respecto de los efectos de la subrogación, dice que no se sabía cuáles eran las cualidades que podían transmitirse por la subrogación. Después, continúa, aparece Saleilles, cuyo sistema ya hemos visto, y que radica toda la importancia de la subrogación en la idea de la afectación de un bien a un uso determinado; y que, según Planiol, se queda de todas maneras en la teoría clási-

(21) Nota en el **Recueil Sirey**; 1903; pág. 321.

(22) Nota en Bonnecase. **Suplement**. Tomo III, página 735.

(23) Demogue. **Les Notions Fondamentales de Droit Privée**; París, 1911; página 243.

(24) Nota en el **Recueil Dalloz**; 1902; 1ª parte; página 33.

ca, pues limita la subrogación a las universalidades solamente, al hablar siempre "de masas patrimoniales", de bienes que forman una "pequeña universalidad", idea que debe ser abandonada, pues, tratándose de la afectación de un bien a un objeto determinado, la subrogación tiene la misma fuerza cuando se trata de un bien aislado o de un conjunto de bienes, como lo ha estimado Demogue, en el ensayo anteriormente visto.

Pero estos autores, según Planiol, no han determinado todo el campo de la subrogación, pues no siempre se trata de una cuestión de afectación, sino que hay casos en que se trata de la "restitución" en masa de todo un patrimonio.

En resumen, podemos decir que Planiol (25), distingue dos aplicaciones generales de la subrogación real: 1. Cuando se trata de bienes afectados a un fin especial; y 2. Cuando se trata de bienes sujetos a restitución.

1. Bienes afectados a un fin especial.— Siempre que un bien resulte afectado a un fin especial, debe ser estimado más en su valor pecuniario, que en su individualidad material, de tal manera que su enajenación sea posible cuando se quiera obtener un cambio en la colocación de esos capitales. Aquí el bien nuevo debe considerarse afecto al mismo destino del antiguo, "puesto que el fin perseguido sobrevive a la conservación del bien antiguo" (26).

La subrogación resulta de esta manera, vinculada a esa idea de afectación y tiene por objeto evitar la confusión entre el bien o grupo de bienes sometidos a esa afectación especial, y el resto del patrimonio general. Esto es lo que sucede cuando se trata de los bienes propios de los esposos en el régimen de comunidad; de los bienes dotales bajo el régimen dotal; de los bienes que forman parte de una sucesión aceptada con beneficio de inventario; de los bienes donados o legados con una afectación especial, como las liberalidades con cargas y las fundaciones; de los bienes gravados con una substitución hereditaria, etc.

De esta primera aplicación de la subrogación real, Planiol deduce las siguientes reglas:

1. La subrogación debe ser admitida, aún a falta de texto expreso que la consagre, y si existe alguno, debe ser ampliada a todas las situaciones análogas, siempre que se trate de mantener la afectación del bien a un objeto determinado. Tal sucedería en el régimen de comunidad legal, en que el precio de venta de una cosa propia, cualquiera que sea su naturaleza, se subroga al bien enajenado; en la indemnización del seguro, como consecuencia del incendio de un inmueble propio, donde aquélla resulta subrogada a este inmueble; en que la indemnización dada por expropiación en virtud de utilidad pública, se subroga al bien expropiado, etc.

2. Para que esta clase de subrogación se produzca no es necesario que los bienes sometidos a una afectación especial, se encuentren constituyendo una universalidad jurídica, sino que ella también se realiza cuando se trata de bienes aislados.

3. La subrogación puede ser sometida a ciertos requisitos especiales de publicidad, con el fin de proteger los intereses de los terceros, como lo ha ordenado la ley en la subrogación de los inmuebles propios de los cónyuges, bajo el régimen de comunidad.

4. Dentro de este mismo grupo encuadra la subrogación que se produce cuando se trata de bienes sometidos o afectos a una garantía real (27). Así, si un bien que se encuentra gravado con una hipoteca, prenda o privilegio, se pierde o se destruye, debe considerarse reemplazado en el patrimonio del propietario, por la indemnización correspondiente, pudiendo los acreedores que tienen una garantía real ejercer su derecho sobre dicha indemnización, invocando en su favor la subrogación real.

Critica la jurisprudencia que, tratándose de esta subrogación, ha exigido la existencia de una disposición legal que la contemple para que tenga valor, como sucede con

(25) Planiol et Ripert. Edición Duxo, La Habana, 1930; tomo III, página 24.

(26) Planiol Marcel. Traité elementaire; tomo III; nota página 67.

(27) Planiol et Ripert. Tomo III, pág. 25.

las leyes de 30 de abril de 1906, sobre Warrants Agrícolas; de 8 de agosto de 1919, sobre Warrants Hoteleros; de 17 de abril de 1919, sobre daños de guerra, etc.; pues, fundándose dicha subrogación, en la idea de afectación de los bienes a un objeto determinado, debe ser interpretada ampliamente, debiendo ser admitida aún a falta de texto expreso de la ley.

Eso sí, que la subrogación sólo procede de la indemnización a la cosa misma, pero no respecto de los bienes adquiridos con ella, pues, desde el momento en que el precio ha sido pagado se extingue el derecho de preferencia, a menos de existir un pacto en contrario.

2. Bienes sujetos a restitución.—La subrogación se produce de pleno derecho, en esta segunda situación, cuando se trata de la restitución de una universalidad de bienes, limitándose entonces "a una cuestión de origen" (28), por lo cual carece de interés la intervención de la voluntad de las partes. El objeto de esta clase de subrogación es el de evitar la confusión entre dos patrimonios, que se encuentran momentáneamente reunidos en unas mismas manos.

Como ejemplo de esta clase de subrogación, nos ofrece, la que se produce en el caso de la entrega de los bienes del ausente; en las sucesiones anómalas; en la sucesión poseída por un heredero aparente, y, en general, en los casos de petición de herencia.

Esta subrogación debe ser admitida, según el autor, en la forma más amplia, debiendo extenderse al precio de la cosa, a la indemnización por destrucción, incendio, expropiación, etc., a los bienes adquiridos en cambio, reempleo, etc. Pero se requiere siempre que la restitución se refiera a una universalidad de bienes para que ella opere de pleno derecho, pues, cuando se trata de bienes aislados, es sólo la ley quien puede ordenar la subrogación, por una razón de equidad.

Termina su sistema (29), expresando que en el análisis del fundamento y función de la institución en estudio, se desprende que jamás consiste en una ficción; que ella no tiene por efecto modificar el carácter o condición jurídica de un bien, sino someter el bien nuevo a la "afectación" o a la "obligación de restitución", de la cual el bien antiguo era objeto; agregando que la confusión producida por la doctrina clásica, se debe a que la afectación de un bien se explica generalmente por una palabra que parece indicar una cualidad, como "bien propio", "bien dotal", siendo que estas expresiones sólo indican la afectación de dichos bienes a un uso determinado.

IV.—Henry Capitant, considera que para determinar el campo preciso de la subrogación real y establecer su verdadera naturaleza jurídica, se requiere, en primer término, abandonar los antiguos adagios sobre los que descansa la doctrina clásica y basar las consideraciones en el rol técnico que la subrogación desempeña y en los casos en que se justifica por razones de equidad (30).

En el primer caso, la subrogación tiende a impedir la confusión entre dos patrimonios, que se encuentran reunidos, momentáneamente, en una misma persona, o impedir la confusión entre un grupo de bienes y el resto del patrimonio del que forman parte. Puede verse que esta clase de subrogación corresponde, más o menos, al primer grupo que distingue Planiol que, como lo acabamos de ver, explica por una idea de afectación.

En el segundo caso, esto es, cuando se aplica la subrogación por una razón de equidad, substituyendo el precio por la cosa enajenada, la subrogación real defiende los intereses de aquellas personas, que, siendo acreedores o propietarios, se han visto privados de sus derechos por efecto de una enajenación. En esta parte difiere del pensamiento de Planiol, que no justifica esta clase de subrogación por una idea de equidad, sino también por la afectación o restitución de los bienes respectivos.

---

(28) Planiol et Ripert; o. c.; tomo III, página 36; Planiol Marcel, **Traité** Nº 922, nota; pág. 67.

(29) Planiol et Ripert; o. c.; tomo III, página 36.

(30) Capitant. **Essai sur la subrogation reélle. Revue Trimestrielle de Droit Civil**; tomo XVIII, 1919; página 393.

A.—ROL TECNICO DE LA SUBROGACION REAL

Hemos visto que, según Capitant, la subrogación juega en primer lugar, un rol técnico cuando se trata de impedir la confusión entre dos patrimonios que tienen un mismo titular, o entre masas de bienes que se encuentran sometidas a un régimen jurídico distinto, dentro de un mismo patrimonio.

I.—BIENES SOMETIDOS A UN REGIMEN JURIDICO DIFERENTE DE OTROS QUE COMPONEN EL MISMO PATRIMONIO

En este primer grupo contempla los casos que se refieren a los regímenes matrimoniales; a la aceptación de una herencia con beneficio de inventario; a las liberalidades con cargas; a las substituciones permitidas y a las sucesiones anómalas.

1.—Regímenes matrimoniales.— Tratándose del régimen matrimonial de comunidad, dice que los bienes propios de los esposos están sometidos a un régimen jurídico distinto de los bienes comunes que constituyen la regla general, de modo que la subrogación interviene para impedir, en el caso que un bien salga del patrimonio de su dueño, que el que lo reemplaza vaya a ser considerado como un bien del haber común.

Es por esto, que los casos contemplados en los artículos 1407 y 1434 del Código Civil francés, para el cambio de un inmueble por otro y para el reempleo, respectivamente, deben, según su pensamiento, ampliarse a todos los casos análogos, y reconocer, en consecuencia, que el precio del bien propio enajenado; que la indemnización dada por su destrucción o deterioro, por el autor responsable o por el asegurador; la indemnización por expropiación, etc., conservan su carácter de propio del cónyuge dueño, admitiendo, en todo caso, la subrogación (31).

Lo mismo sucede tratándose del régimen dotal, en donde todo valor que provenga de la enajenación, destrucción o deterioro, indemnización por causa de expropiación, etc., de un bien dotal, será considerado como dotal, por efecto de la subrogación real que interviene.

Una tercera aplicación de esta clase de subrogación, la encuentra en la ley de 13 de julio, relativa a los derechos de la mujer casada sobre los bienes que son producto de su trabajo personal, productos que forman una categoría distinta del resto de su patrimonio, y que comprende tanto el producto mismo del trabajo, como los bienes muebles que la mujer hubiere adquirido con ellos. — La subrogación interviene aquí para conservar la existencia separada de los valores especialmente afectados al haber de la mujer casada profesional, y debe realizarse sin ninguna limitación, pues la ley no ha contemplado las exigencias que los artículos 1407 y 1434 señalan para la subrogación que se realiza dentro del régimen de comunidad.

2. Aceptación de una herencia con beneficio de inventario.—Tratándose de una herencia aceptada con beneficio de inventario, los bienes personales del heredero no se confunden con los de la sucesión, de manera que mientras subsista esta división entre ambas masas de bienes, debe aplicarse la subrogación para impedir que se confundan. — Así, si un bien hereditario es destruído o deteriorado, expropiado o vendido, la indemnización o el precio, según el caso, vendrá a ocupar el lugar que aquel tenía en el patrimonio o de la sucesión.

3. Liberalidades con cargas.—Cuando los bienes han sido donados o legados con una afectación especial, Capitant (32) expresa, que ellos forman en el patrimonio del donatario un grupo aparte, siendo necesaria la subrogación real para asegurar la conservación de ese grupo o impedir que se confundan con otros elementos del patrimonio general. — Si esos bienes son enajenados, expropiados, etc., el precio o la indemnización correspondiente, será subrogada al bien antiguo; es decir, será gravado de la misma afectación.

4. Substituciones permitidas.—Dice, que según el artículo 1048 del Código Civil, los bienes donados o legados con cargas de substitución, forman un grupo distinto del resto del patrimonio del donatario o legatario, debiendo aplicarse la subrogación en todos los casos que hemos señalado en los números anteriores, pues, existen las mismas razones.

(31) Capitant. Obra citada; página 396.

(32) Capitant. Obra citada; página 401.

5. Sucesiones anómalas. — Hace caber también la subrogación, en las llamadas sucesiones anómalas y que, consisten "en el derecho de retorno que el Código francés concede al ascendiente que ha hecho una donación; a los hermanos y hermanas legítimas del hijo natural que muere sin dejar posteridad, sobre los bienes que había recibido de su padre o madre; al adoptante y sus descendientes, sobre las cosas por él donadas al adoptado, o recogidas por éste en su sucesión.

La subrogación se produce en estos casos, según Capitant, sólo en lo que él llama primer grado; esto es, que ella no puede extenderse a las cosas o valores adquiridos en reemplazo de aquellas que han sido donadas por el ascendiente o recibidas de los parientes naturales. No nos detendremos en esta distinción, porque las llamadas sucesiones anómalas, no existen en nuestro derecho.

### II.—EXISTENCIA DE DOS PATRIMONIOS EN MANOS DE UNA MISMA PERSONA

En segundo lugar, y dentro del mismo grupo, Capitant ubica la subrogación que se produce en los casos en que dos patrimonios, que tienen cada uno su titular, se encuentran momentáneamente reunidos en manos de una misma persona, en cuyo caso, la subrogación interviene para impedir la confusión entre esas dos masas de bienes.

1. Posesión definitiva de los bienes del ausente.—Tratándose de la ausencia dice que el artículo 132 del Código Civil ha establecido la subrogación a fin de evitar que se disgregue el patrimonio del ausente por los actos de disposición que pudieran realizar los poseedores, estableciendo que si el ausente reaparece o se prueba su existencia, recupera sus bienes en el estado en que se encuentran; el precio de aquellos que se hubieren enajenado o los dineros provenientes del empleo que se hubiere hecho del precio de los bienes vendidos.

2. Heredero aparente.—En el caso del heredero aparente, los bienes hereditarios forman una masa distinta del patrimonio personal del poseedor, y como éste tiene facultad para enajenar, la subrogación es indispensable para salvaguardiar los intereses del verdadero heredero, impidiendo que el propietario se convierta en simple acreedor. Luego todo valor que se encuentre substituyendo a un bien hereditario, como el precio de la enajenación, las indemnizaciones dadas por expropiación o siniestro, etc., entrarán en el haber de la sucesión y subrogarán al bien que reemplaza.

### B.—LA SUBROGACION BASADA EN LA EQUIDAD

1. La subrogación del precio a la cosa enajenada.—Esta subrogación se produce de pleno derecho y por una razón de equidad en favor de aquel que tiene un derecho de preferencia o un derecho real sobre un bien determinado, derecho que al no existir la subrogación desaparecería por efecto de la enajenación de aquella cosa. Luego hay dos categorías de esta subrogación, según que el derecho que peligra por la enajenación de la cosa, sea un derecho de preferencia o un derecho real.

En el primer caso, todo acreedor que tiene sobre un bien un derecho de preferencia puede, según Capitant, hacer valer su derecho sobre el precio, en los casos de venta amistosa. Del mismo modo los acreedores hereditarios y legatarios que piden la separación de patrimonios, pueden oponer sus privilegios a los acreedores del heredero sobre el precio de los muebles enajenados por este último. Tiene importancia también esta subrogación cuando se trata de la enajenación de inmuebles por destinación o materiales de demolición, para los cuales no hay derecho de persecución, pues recuperan su calidad de muebles una vez que han sido separados del suelo, pudiendo entonces los acreedores, en caso de enajenación de ellos, hacer valer su derecho de preferencia sobre el precio.

Esta misma razón de equidad que justifica la subrogación real del precio a la cosa gravada por un privilegio, debe existir, con mayor razón, según Capitant, en favor de aquel que tiene un derecho de propiedad sobre esa cosa, del cual ha sido privado por efecto de la enajenación.

Así, cada vez que una cosa perteneciente a una persona, es vendida por otra, sea con el consentimiento de la primera, o sin él, y

no puede recuperasre de manos del adquirente, hay que decidir que el verdadero propietario tiene sobre la prestación que reemplaza a la cosa en el patrimonio del vendedor, los mismos derechos que tenía sobre la cosa desaparecida. De esta manera, si el detentador de un inmueble lo vende a un tercero de buena fe, el propietario despojado puede invocar su derecho de preferencia sobre el precio. Lo mismo el donante que revoca una donación por causa de ingratitud, de un inmueble que el donatario ha enajenado, tendrá el derecho de pagarse privilegiadamente sobre el precio de venta que representa el inmueble.

Capitant, agrega (33), que la Corte de Casación ha hecho aplicación de esta misma regla, tratándose de particiones,, determinando que si un inmueble indiviso es licitado y adjudicado a un tercero extraño, el precio de la venta entra en el activo a partir y toma el lugar del inmueble, pasando a ser un efecto de la sucesión

Pero este autor estima que en todos estos casos, la subrogación se produce sólo en el primer grado, es decir, que el derecho del acreedor o del propietario, no se transporta sobre el bien adquirido con los dineros provenientes del precio, porque el derecho de preferencia se extingue definitivamente por efecto de la enajenación, seguida del pago del precio. Además, según él, esta clase de s ubrogación sólo es posible cuando la cosa ha salido del patrimonio por efectos de una venta, mas no en los casos de cambio, expropiación, etc., para los cuales se requiere una disposición expresa de la ley.

Como puede verse, distingue este autor dos grados en la subrogación real: en el primero, su efecto es substituir el precio de la cosa enajenada, subrogación que se produce en todos los casos; en el segundo grado, la subrogación se produce con ciertas limitaciones, pero sus efectos son más completos, pues no sólo se efectúa del precio a la cosa, sino también de cosa a cosa.

Dejamos con esto expuesto, en sus líneas generales, el interesante ensayo de M. Capitant, que nos ayudará en gran parte a solucionar el problema de la subrogación en nuestro derecho.

V.—Según Henry (34), la subrogación "interviene cada vez que un valor indisponible ha sido enajenado, a pesar de la indisponibilidad que lo afecta y es reemplazado por un contra valor".

Dos son las condiciones necesarias para que la subrogación se produzca, según Henry:

a) Es preciso que se trate de bienes gravados de indisponibilidad, indisponibilidad que puede resultar, ya de la voluntad de las partes que afectan un bien a un uso determinado, ya de la voluntad de la ley, que considera a una persona como siendo el verdadero propietario de los bienes que posee. De aquí resulta la división que hace de la subrogación real, en Convencional y Legal, según la referida indisponibilidad que grava a los bienes en que ella se realiza, sea acordada por los particulares o por la ley.

b) La segunda condición que debe llenarse para que podamos hablar de subrogación, según el sistema que comentamos, es que se trate de bienes considerados en su valor pecuniario y no en su individualidad física, pues, cuando la indisponibilidad grava los bienes en esta forma, ella equivale a la prohibición absoluta de enajenar el bien respectivo. En este último caso, el bien no puede ser enajenado válidamente, y si por excepción la ley permite su enajenación, el reivindicador que no tiene derechos, sino sobre la misma cosa enajenada, no puede reclamar a nadie su precio, del cual no es propietario. Si al contrario, expresa, el bien enajenado no ha sido estimado, sino en su valor pecuniario, la enajenación es perfectamente válida a condición de que el bien sea reemplazada por su contra valor, que es subrogado al bien mismo" (35).

De este hecho, es decir, de que la subrogación sólo puede producirse cuando se trata de bienes considerados en su valor pecuniario, Henry aduce al igual que lo hace Planiol, en su sistema, que ella no puede tener lugar sino cuando se trata de universalidades, de patrimonios, si se considera que

(33) Capitant. Obra citada; página 413.

(34 y 35) Nota en Bonnecase. Suplement. Tomo III, página 733.

existen tantos patrimonios, como masas de bienes considerados en su valor pecuniario y afectados a un uso determinado.

La subrogación es para este autor "un proceso técnico por el cual el legislador pone en juego las ideas de valor y de propiedad de afectación", y por lo tanto, no es una ficción, como lo estima la escuela clásica.

Tratándose de la subrogación convencional que tiene por objeto atribuír a un bien ciertas cualidades jurídicas que pertenecen a otro, y que imprimen su efectación a un uso determinado, dice que no se puede hablar de ficción, puesto que la subrogación no trasmite jamás de un bien a otro, sino aquellas cualidades que imprimen la afectación de esos bienes a un uso determinado y que son siempre compatibles con su naturaleza física o económica. La subrogación convencional, agrega, que no es sino la consecuencia de una cláusula de afectación, querida por las partes, no puede tener jamás el carácter de una ficción.

En cuanto a la subrogación legal, dice que pudiendo recaer el derecho de propiedad, tanto sobre bienes aislados, como sobre un valor de conjunto, de una universalidad, en este último caso se puede cambiar perfectamente la composición material de ese derecho, sin modificar en nada el objetivo de él (36). La subrogación no interviene, pues, sino cuando la obligación de afectación o de restitución no tiene por objeto una cosa individualmente determinada, sino un valor de conjunto que puede transformarse sin que por ello cambie el objeto del derecho.

Como puede verse, como también sucede con el sistema de Planiol, la doctrina sustentada por este autor, se encuentra dominada aún por los dictados de la doctrina clásica o tradicional, cuando hacen aplicable la idea de universalidad, de patrimonio, a la noción de subrogación real.

VI.—Julián Bonnecase (37), no acepta ninguna de las soluciones propuestas por los autores cuyos sistemas hemos estudiado anteriormente.

Desde luego, no es partidario de la distinción entre subrogación real general y especial, estableciendo que la subrogación es siempre especial. La subrogación general, según él, además de ser inexacta, se confunde con la noción misma del patrimonio, del cual es un simple aspecto. Pero esto no quiere decir que no se pueda encontrar la noción de la subrogación real a propósito del patrimonio, considerado en sus relaciones con el acreedor quirografario o valista, más en este caso y como sucede siempre, se trata de una subrogación especial, porque, según su opinión, el acreedor quirografario es un causa-habiente a título singular.

Para demostrar que el acreedor quirografario no es un causa-habiente a título universal, y poder terminar así con la subrogación real general, Bonnecase hace ver que no es exacta la comparación que han hecho algunos autores, y especialmente Baudry Lacantinerie (38), entre el acreedor valista y el heredero, estableciendo que al igual que éste, el acreedor quirografario:

1) Ignora los elementos concretos que constituyen el patrimonio de su deudor, en el curso de su existencia y transformación;

2) Que lo mismo que el heredero, está privado de todo poder de intervención en la gestión del patrimonio de su deudor, desde la fecha de su crédito hasta que se hace exigible;

3) Que al hacerse exigible su crédito, debe tener en vista sólo los bienes actualmente poseídos por su deudor, sin tener derecho a revisar los actos pasados, aun cuando éstos hayan sido ejecutados en detrimento de sus derechos; y

4) Que la fecha del nacimiento de los créditos no importa para su exigibilidad, sino que todos los acreedores concurren entre ellos. La ley y la jurisprudencia, agrega Bonnecase, se han encargado de demostrar la falsedad de esta comparación.

Así, el derecho de persecución de las naves que tienen los acreedores del armador y el derecho de los acreedores de un comer-

(36) Nota citada.

(37) Bonnecase. **Suplement de Baudry Lecantinerie**; tomo III, página 740.

(38) **Precis de Droit**; tomo II, página 34.

ciante sobre sus fondos de comercio, tratándose del derecho mercantil; el derecho de retención en el campo civil, nos muestran que el primer principio establecido por los sostenedores del acreedor quirografario causa-habiente a título universal, es totalmente inexacto, pues, en todos estos casos el acreedor tiene en vista elementos concretos del patrimonio de su deudor y no el patrimonio en abstracto.

Cuanto al segundo y tercer principio, Bonnecase (39) dice que la institución de las quiebras, con su período sospechoso y las nulidades especiales que se operan en los actos del fallido; la acción Pauliana o de ciertos derechos del deudor, nos están manifestando que el acreedor quirografario tiene una amplia facultad de control de la gestión patrimonial de su deudor, pudiendo no sólo revisar los actos por él ejecutados, sino aún atacarlos de nulidad, en ciertos casos.

La cuarta proposición, que establece que siendo el acreedor quirografario un causa-habiente a título universal, la antigüedad de su crédito no le otorga ninguna preferencia, no es más exacta que las anteriores, para Bonnecase, pues la jurisprudencia ha establecido que tratándose de donaciones de dinero pagaderas a la muerte del testador, y el monto del haber de la sucesión, resulta insuficiente para pagarlas todas, los diversos donatarios se pagan en forma sucesiva, de acuerdo con la antigüedad de sus créditos.

Después de esto, concluye Bonnecase, la única manera de explicarse estas situaciones, que parecen contradictorias, es dando al acreedor quirografario su verdadero carácter de causa-habiente a título singular, conclusión que lleva a la demarcación exacta de la subrogación real y de su verdadero campo de aplicación, terminándose así con la pretendida subrogación real general, que no ha hecho sino obscurecer la noción de subrogación real que es indivisible: siempre especial.

Estima, además, que para encontrar el verdadero rol y funcionamiento de esta institución, es necesario abandonar todas las distinciones que los diferentes autores hacen en materia de subrogación real.

Desde luego, precisa abandonar la distinción entre universalidades de derecho y de hecho, pues, ella no ofrece utilidad alguna, ya que siendo la subrogación siempre de carácter especial, deberá recaer en todos los casos sobre elementos concretos, sea que ellos formen una universalidad de derecho, como en el patrimonio, sea que pertenezcan a una universalidad de hecho, como un fondo de comercio.

Hay que abandonar definitivamente las tres fórmulas sobre que descansa la doctrina clásica, pues, la primera: "In judiciis universailibus", no tiene razón de ser, ya que, según él, la subrogación general, es decir, la que produce de pleno derecho en las universalidades, no existe más que en el nombre. La segunda, "In judiciis singularibus", porque encierra una regla que hoy día es rechazada en forma absoluta. La tercera, "Subrogatum sapit...", porque no ha hecho otra cosa que introducir una verdadera confusión al tener que distinguir las cualidades intrínsecas y extrínsecas, distinción puramente escolástica, que no traduce en forma exacta los efectos de la subrogación real.

También debe ser abandonada la división que se hace entre subrogación legal y convencional, pues toda subrogación es legal en cuanto debe ser consagrada por la ley, sólo que en ciertos casos ella opera de pleno derecho, mientras que en otros, sobre el fundamento de su acto jurídico.

Tampoco debe admitirse la idea de Capitant, que, como lo vimos al estudiar su sistema, encuentra el fundamento de la subrogación unas veces en la técnica jurídica y otras en la equidad, pues estas nociones no se encuentran en la misma jerarquía jurídica, no siendo posible admitir que, soluciones que se refieren a una misma institución, la subrogación real, tengan algunas veces una explicación primaria y otras una explicación secundaria.

Debe desecharse, al mismo tiempo, la división que hace este mismo autor entre subrogación en primer grado y subrogación en segundo grado, porque si la subrogación se

(39) Obra citada; página 740.

limita algunas veces al llamado primer grado, es porque el bien subrogado no se encuentra completamente individualizado, ni tiene un origen conocido; pero tomándose en sí misma la institución de la subrogación real, y en su aplicación racional, no admite limitación de grados.

También está demás, para él, la distinción que hace Capitant de tres categorías de subrogación: 1. Yuxtaposición momentánea, en manos de una misma persona de dos patrimonios, teniendo cada uno un titular; 3. Substitución del precio a la cosa enajenada, porque en todos estos casos la subrogación reposa sobre el fundamento uniforme de un derecho existente sobre la cosa enajenada o destruída que se transporta a la cosa obtenida en reemplazo.

FORMULA DE LA SUBROGACION SEGUN EL SISTEMA DE BONNECASE

La subrogación real, nos dice, es "una institución esencialmente relativa a un patrimonio considerado en un momento dado de su duración, en sus elementos concretos e individualizados; su función consiste para los casos de pérdida o enajenación de uno de esos elementos, en transportar, bajo reserva de los intereses de terceros, de pleno derecho, o en virtud de la voluntad de los interesados, sobre el bien individualizado, adquirido en reemplazo, los derechos que gravaban al bien salido del patrimonio" (40).

Descomponiendo esta fórmula, nos ofrece el siguiente cuadro:

1. Elementos distintivos de la subrogación.—Son los siguientes:

a) La subrogación es una institución esencialmente relativa a un patrimonio considerado, en un momento dado de su duración, en sus elementos concretos e individualizados, pues, si se considera ese patrimonio en su valor abstracto o en el conjunto de sus elementos fungibles, estaríamos en el caso de la antigua subrogación general que, según él, no existe, como lo dejamos dicho anteriormente.

b) La subrogación real entra en juego, en caso de pérdida o de enajenación de uno, varios o de la totalidad de esos elementos individualizados.

c) La subrogación exige, para intervenir, que el bien entrado en el patrimonio, sea individualizado al mismo título que el bien sale, y esto es claro, según él, pues, si en lugar del bien desaparecido, un propietario ha obtenido una suma de dinero, que se funde en el conjunto de sus bienes fungibles no se podrá hablar de subrogación especial. Otra cosa sucede si el precio aún no ha sido pagado por el deudor, pues entonces se trata de un verdadero bien individualizado, representado por un derecho de crédito contra una persona determinada.

d) La subrogación real no es posible si no existe un lazo de filiación directa y cierta entre el bien enajenado o desaparecido, y el que viene a reemplazarlo, pues, de lo contrario, sería caer en la arbitrariedad, como asimismo favorecer el fraude, permitiendo la resurrección de un bien enajenado, autorizando la subrogación a favor de un bien adquirido mucho después, con los dineros que ya habían entrado en el activo fungible del patrimonio.

e) La subrogación transfiere al bien subrogado, los derechos existentes sobre el bien enajenado o destruído.

f) La subrogación interviene tanto de pleno derecho, como conforme a una manifestación de voluntad de los interesados; pero bajo reserva de los derechos de terceros. Lo primero, cada vez que un bien, cargado de derechos o de una afectación determinada, deja directamente su lugar a otro bien. La segunda, puede tener una aplicación en las liberalidades con cargas en que los bienes adquiridos como representación del cargo, pueden ser considerados como subrogados, a una suma dada, bajo condición de empleo.

2. Dominio de aplicación de la subrogación real.—En primer lugar, dice Bonnecase (41), debe admitirse la subrogación no sólo en los casos en que la ley la sanciona en forma expresa, sino cada vez que se cumplan los requisitos indicados en el número anterior, pues los numerosos casos

(40) Obra citada; página 776.

(41) Obra citada; página 778.

previstos por la ley, no tienen carácter restrictivo.

Luégo, indica que la subrogación se produce del mismo modo cuando se trata de un conjunto de bienes o de un bien aislado. Como ejemplo del primer caso, nos da el del patrimonio del ausente, cuando es devuelto por los herederos presuntivos. Del segundo, cuando un acreedor hipotecario pretende la indemnización del seguro; eso sí, que en ambas situaciones se requiere que los bienes se encuentren individualizados.

Hay que tener presente, además, que la subrogación se aplica, tanto en materia de derechos de crédito, cuando la prenda del acreedor ha sido individualizada; como en materia de derechos reales, tales como la propiedad y la hipoteca; o de simples derechos de preferencia, como los privilegios mobiliarios; o de simples derechos de persecución, como el caso del acreedor de la nave.

3. Efectos de la subrogación real.—El efecto de la subrogación consiste para Bonnecase, "en que el bien subrogado entra en el patrimonio, gravado por los mismos derechos, o sea, de la misma afectación, que pesaba sobre el bien enajenado".

4. Fundamento de la subrogación real.—Este autor (42) encuentra el fundamento de la institución que estudiamos en la noción de derecho, primero, y luégo una justificación técnica: la salvaguardia del crédito y de la organización jurídica en general. Expresa que la subrogación, al igual que las nociones de enriquecimiento sin causa, abuso del derecho, de la imprevisión, etc., encuentra su fundamento en la noción de derecho, noción que ejerce una acción constante sobre el desenvolvimiento de la vida jurídica, pese a la codificación, para alcanzar el equilibrio social. De modo que la noción de derecho renunciaría a su rol, si ese equilibrio pudiera ser roto por la sola pérdida o destrucción de las cosas materiales.

Pero esto no quiere decir que la técnica jurídica no pueda servir como explicación secundaria de la subrogación real, pues toda institución jurídica puede ser considerada, simultáneamente, bajo los dictados de la ciencia y de la técnica. Desde el punto de vista técnico, la subrogación tiene por objeto salvaguardiar el crédito y la organización jurídica en general. En verdad, escribe Bonnecase, "la base del crédito sería nula si los derechos y los intereses que reposan sobre un bien individualizado fueran susceptibles de perderse por el solo hecho de que ese bien desapareciera, mientras que fuera reemplazado más o menos intencionalmente por otro bien, en el patrimonio". Además, agrega, "la organización jurídica entera está interesada, entendiéndose por organización jurídica las combinaciones de toda clase, a las cuales el espíritu humano ha recurrido para asegurar el desenvolvimiento de la vida social y el mejoramiento de cada cual y en nombre de estas combinaciones, concluye, es que se encuentran las funciones y los patrimonios de afectación en general, instituciones que no consisten en otra cosa, que en un conjunto de bienes gravados de derechos determinados a favor de una obra y que no existirían más que en el nombre si no se aseguraran la traslación de estos derechos, de los bienes destruídos, deteriorados o enajenados a aquellos que vienen a reemplazarlos".

Para terminar, nos dice, que hay que abandonar la idea de ficción jurídica como naturaleza específica de la subrogación real, pues, como lo ha demostrado la totalidad de los autores modernos, la subrogación es la traducción fiel de la sana realidad.

---

Tales son, los diferentes sistemas que los tratadistas franceses modernos han construído para determinar la verdadera posición del problema de la subrogación real, en el derecho actual, sistemas que hemos transcrito, empleando en lo posible los mismos términos que usan los respectivos tratadistas, a fin de no desnaturalizar en lo más mínimo, las ideas que sustentan en sus diversas tesis.

(Continuará).

(De la Revista **Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales**, de Santiago de Chile).

(42) Obra citada: página 780.

# VISITA DEL PROCURADOR GENERAL

"En Bogotá, a catorce de julio de mil novecientos treinta y nueve, el suscrito Procurador General de la Nación se presentó en el despacho del doctor Aníbal Cardoso Gaitán, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de practicar a solicitud de éste visita que constate el estado de dicho despacho al momento de hacer dejación de él el Magistrado doctor Cardoso Gaitán. A este acto concurrieron también el señor Presidente de la Corte doctor Salvador Iglesias, el Presidente de la Sala de Negocios Generales doctor Pedro A. Gómez Naranjo, el Magistrado de la Sala doctor Eleuterio Serna R., el Secretario de la misma, doctor Gustavo Gómez Hernández, el Oficial Mayor de la Sala de Casación Civil, señor Emilio Prieto, y el doctor Héctor Gómez, empleado de la Procuraduría.

Del examen practicado en la mesa del Magistrado Cardoso Gaitán aparece que no existe ningún asunto en estado de recibir auto de sustanciación.

En estado de recibir fallo definitivo o interlocutorio, aparecen al estudio del Magistrado Cardoso Gaitán nueve (9) asuntos: siete (7) de la Sala de Negocios Generales, uno (1) de la Sala Civil de Unica Instancia y uno (1) de Sala Plena.

### Sala de Negocios Generales

De los siete negocios, seis entraron para fallo en el mes de junio próximo pasado, y uno en el presente, son ellos:

Julio Rodríguez vs. la Nación. Apelación sentencia especial. (Para resolver un incidente de objeciones a un dictamen pericial). Entró el día 7 de junio.

Pablo Gutiérrez vs. Departamento de Caldas. Consulta en juicio ordinario. Entró para sentencia definitiva el 12 de junio.

United Fruit Company vs. Oscar de Castro. Apelación de auto interlocutorio. Entró el día 12 de junio.

Francisco Antonio Maldonado Villamizar vs. Departamento Norte de Santander. Apelación en juicio ordinario. Entró para fallo definitivo el 13 de junio.

La Nación vs. Antonio J. Patiño. Excepciones en juicio ejecutivo. Entró para sentencia el día 22 de junio.

Jaime Fletcher Feijoo vs. la Nación. Apelación en juicio ordinario. Entró para fallo definitivo el día 24 de junio.

La Nación vs. Leopoldo Porto. Excepciones en juicio ejecutivo. Entró para sentencia el día 3 del presente mes de julio.

### Sala Civil de Unica Instancia

Existe un asunto: el ordinario adelantado por United Fruit Company vs. la Nación. Entró para fallo definitivo el día 20 de junio último.

### Sala Plena

Se halla pendiente un asunto: la demanda promovida por Pablo García Franco y otro sobre inconstitucionalidad de la Ley 125 de 1937, sobre intervención en el fomento de la industria bananera. Este negocio entró para fallo el día 16 de febrero de 1939 y el Magistrado sustanciador leyó su proyecto ante la Sala el día 20 del mes de abril último. Desde esta fecha el proyecto se halla a la discusión de la Corte.

En este estado, el señor Secretario de la Sala de Negocios Generales que lo es asímismo de la Sala Civil de Unica Instancia, presentó, para que fuera insertado en esta acta, el siguiente cuadro que muestra el movimiento general que durante el lapso en que el Magistrado Cardoso Gaitán ha desempeñado su cargo, han tenido los negocios que le han sido repartidos.

**Movimiento de asuntos en la Mesa del señor Magistrado doctor Cardoso Gaitán, Sala de Negocios Generales, en el lapso comprendido del 1º de mayo de 1935 al 30 de junio de 1939**

| | |
|---|---|
| Le fueron repartidos en dicha Sala, asuntos. . . . . | 587 |
| Despachados en la misma, asuntos. | 570 |
| Diferencia en 30 de junio de 1939.. | 17 |

**Sala Civil de Unica Instancia**

| | |
|---|---|
| Le fueron repartidos en dicha Sala, asuntos. . . . . | 15 |
| Despachados en la misma, asuntos. | 10 |
| Diferencia en 30 de junio de 1939... | 5 |

**Asuntos constitucionales**

Del día 1º de mayo de 1935 al 26 de agosto de 1936, fecha en que los asuntos constitucionales, que se tramitaban en la Sala de Negocios Generales se remitieron a la Secretaría de la Corte Plena, para los fines de la Ley 96 de 1936, el Magistrado Cardoso Gaitán despachó los siguientes asuntos:

Demanda sobre inexequibilidad del artículo 27 del Decreto número 2020 de 1927.

Demanda para que se rectifique el escrutinio verificado por el Senado en la elección de Consejeros de Estado.

Demanda sobre inexequibilidad del artículo 27 del Decreto número 314 de 1920.

El número de 17 asuntos que aparecen a cargo del señor Magistrado Cardoso Gaitán en 30 de junio de 1939, se descompone así:

| | |
|---|---|
| Al despacho para sentencia (entrados en el mes anterior) ..... | 8 |
| En sustanciación. . . . . | 9 |
| Suma..... | 17 |

Para constancia se firma la presente, en la misma fecha y en la ciudad de Bogotá, por todos los que en la diligencia intervinieron. El Procurador General de la Nación, José Ramón Lanao Tovar. — El Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Salvador Iglesias. — Los Magistrados de la Sala de Negocios Generales, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Emilio Prieto, Héctor Gómez. — El Secretario, Gustavo Gómez Hernández".

Es copia.

**Gustavo Gómez Hernández.**

# SALA DE CASACION EN LO CIVIL

## PERSONERIA SUSTANTIVA O DERECHO DE ACTOR EN JUICIOS DE FILIACION NATURAL

**1. En un caso en que se niega y discute una filiación natural que no ha llegado al proceso jurídicamente preestablecida según las reglas legales y sobre cuya existencia se asienta el pretendido derecho a suceder, es evidente que lo esencial y predominante es la acción sobre el estado civil, puesto que el aspecto meramente patrimonial o pecuniario que tiene la petición apenas es una consecuencia del pleno y legal establecimiento de aquella relación de consanguinidad extramatrimonial. — 2. Las acciones de estado relativas a la filiación, sometidas por su especial gravedad y trascendencia social a reglas especiales, pueden reducirse en general a dos categorías: las llamadas ACCIONES DE RECLAMACION DE ESTADO por las cuales una persona pretende afirmar sus derechos a un estado distinto del que en apariencia le pertenece, y las que se dirigen a establecer una filiación natural que se denominan ACCIONES DE INVESTIGACION O DE DECLARACION DE LA PATERNIDAD O DE LA MATERNIDAD. La categoría inversa comprende, bajo la denominación de ACCIONES DE IMPUGNACION de estado, las que se destinan a establecer que un hijo no tiene derecho al estado que en apariencia posee. Estas acciones de estado, especialmente las referentes a la filiación, no pueden ejercitarse lo mismo que generalmente sucede con las demás acciones judiciales por todo el que tenga interés en ello, por diversas razones de carácter estrictamente social vinculadas a la tranquilidad familiar, que asumen la naturaleza de motivos de orden público. El principio general de que todo interesado puede accionar judicialmente sufre una excepción en este caso, porque la ley expresamente reserva el ejercicio de las acciones de estado a determinadas personas y en ciertas condiciones, y lo niega a otras, ya se trate de una acción de reclamación de estado, ya de una de negación, o bien de una acción de investigación o declaración de paternidad o maternidad natural. El acceso a las vías judiciales conducentes a la investigación o a la reclamación de paternidad natural está perentoriamente limitado en la ley a favor del hijo mismo y de las personas expresamente determinadas que pueden asumir para el efecto su representación legal. Si la acción a que se hace referencia pertenece exclusivamente al hijo, la muerte de éste la extingue y su ejercicio es ilegítimo en manos de cualquiera otra persona, inclusive de sus herederos y de sus hijos legítimos. Una acción de petición de herencia en que el actor pretende representar un muerto de quien afirma que era hermano natural de otro muerto a quien aspira a suceder, y no acredita que a la hora de su muerte su padre representado ni su tío tuvieran la condición jurídica de hermanos naturales como hijos de dos personas determinadas, también difuntas, ya por haberlos éstas reconocido como hijos o por haber sido judicialmente declarados tales por su personal solicitud, sino que se presenta a establecer esa filiación aduciendo pruebas de la posesión notoria de hijos naturales de los desaparecidos, no puede considerarse como una simple acción de petición de herencia, de interés exclusivamente pecuniario, en que pudieran pretermitirse las exigencias de la ley y la doctrina que en materia de personería del demandante gobiernan las acciones de estado civil sobre filiación natural.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca).

### Antecedentes

Lisímaco Andrade y Concepción Ferrer fueron casados legítimamente.

En el matrimonio no procrearon hijo alguno.

Lísimaco Andrade murió en Panamá en 1925.

En el año siguiente se adelantó el juicio

mortuorio respectivo, en el cual no se hizo parte sino su cónyuge supérstite, a quien le fueron adjudicados la otalidad de los bienes relictos en su calidad de heredera única.

Años después, el 1º de febrero de 1934, Clemencia Andrade de Serna, por medio de apoderado, diciéndose hija legítima de Gabriel Andrade e Higinia Rengifo, demandó ante el Juzgado del Circuito de Turbo a Concepción Ferrer v. de Andrade, para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que mi mandante, señora Clemencia Andrade de Serna, tiene el carácter de legítima heredera del finado señor Lisímaco Andrade, en representación de su padre legítimo, finado señor Gabriel Andradé, hermano de aquél;

b) Que la demandada no tiene el carácter de única heredera que se atribuyó en el juicio sucesorio del finado Lisímaco Andrade, abierto en ese despacho, en virtud del cual, y como cónyuge supérstite, recibió íntegramente el caudal hereditario de dicho finado;

c) Que carece de valor y eficacia el acto de partición de los bienes de dicha sucesión, con motivo de no haberse adjudicado a mi poderdante la cuota hereditaria que le corresponde;

d) Que carece de valor y eficacia la sentencia de ese Juzgado, de fecha 1º de julio de 1926 aprobatoria de dicha partición;

e) Que debe procederse — y así se ordena — a la práctica de nuevas diligencias de avalúo y partición de los bienes de dicha sucesión, con anuencia de mi mandante, para que en ellos se le adjudique la cuota a que tiene derecho, y para que se inventaríen los bienes que maliciosamente dejaron de incluírse en los inventarios que se practicaron en dicho juicio;

f) Que consecuencialmente se declaren nulos los actos de inventarios, avalúos y partición de los bienes de la sucesión del finado Lisímaco Andrade y se decrete la práctica de otros nuevos;

g) Que la demandada debe restituír a mi mandante, una vez terminado el juicio sucesorio mediante la ejecutoria de la sentencia que apruebe la nueva partición de bienes que en ella le correspondan y la cuota proporcional a que tiene derecho en los frutos naturales y civiles producidos por los bienes de la sucesión, percibidos desde la época en que la demandada entró en posesión de ellos y que perciba hasta el día de la restitución".

De los hechos que en la demanda se expresan como fundamentales de la acción, se copian los seis primeros, únicos que son verdaderamente tales y necesarios para el planteamiento del pleito:

"I Lisímaco Andrade y Gabriel Andrade, eran hijos naturales de Demetrio Andrade y Clemencia Gómez, y por tanto, hermanos naturales entre sí.

II. Mi poderdante está en posesión del estado civil de hija legítima de Gabriel Andrade.

III. Gabriel Andrade murió con anterioridad a Lísimaco Andrade (en 1897).

IV. Lisímaco Andrade murió en Panamá el día 11 de diciembre de 1925, sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos ni naturales, pero sí a su sobrina, mi mandante, y a su cónyuge, señora Concepción Ferrer de Andrade, quienes deben recoger a partes iguales el acervo hereditario.

V. Niego, por tanto, que la demandada tenga en realidad el carácter de única heredera que se atribuyó en el juicio sucesorio de dicho finado, abierto en ese despacho, en virtud del cual se hizo adjudicar la cuota hereditaria correspondiente.

VI. En dicho juicio sucesorio dejaron de inventariarse bienes que sobrepasan a los inventariados, y la demandada recibió tanto éstos como los inventariados".

Contestada la demanda después del incidente de excepciones dilatorias, aceptando únicamente como verdadero el hecho tercero y negando a la actora el derecho para "instaurar la acción o promover el juicio", y proponiendo, entre otras, la excepción perentoria de "carencia de derecho para pedir", fue decidida la primera instancia del juicio en sentencia de 17 de abril de 1936 en la cual se negaron todas las declaraciones suplicadas en el libelo del 1º de febrero de 1934.

Oportunamente recurrida esta providen-

cia por la actora Clemencia Andrade de Serna, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín la revocó en sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 11 de julio de 1938, y en su lugar se hicieron las siete declaraciones pedidas en la demanda, al tenor de las súplicas.

La acusación por la parte demandada de esta sentencia de segundo grado, es el objeto de este recurso de casación, que se procede a decidir por estar legalmente preparado.

### La sentencia acusada

Consideró el Tribunal que la acción ejercitada es la de petición de herencia de que tratan los artículos 1321 y siguientes del Código Civil, con el objeto de que se declare que Clemencia Andrade de Serna es heredera legítima de Lisímaco Andrade en representación de su padre legítimo (por legitimación), Gabriel Andrade, hermano natural del causante, quien no dejó ascendientes ni descendientes legítimos ni naturales, y que, por consiguiente, la herencia debe distribuírse por partes iguales entre la cónyuge sobreviviente Concepción Ferrer de Andrade y la actora Clemencia Andrade de Serna (artículo 1050 del C. C.), para lo cual ha de declararse la nulidad del juicio sucesorio de Lisímaco Andrade en que fue única interesada su esposa supérstite y realizar uno nuevo con reconocimiento de la nueva cuota hereditaria que se demanda.

Fehacientemente establecido encontró el Tribunal los cinco hechos fundamentales indispensables para la prosperidad de la primera súplica del libelo, en la que se hallan encerradas todas las cuestiones esenciales del litigio, a saber: muerte de Gabriel Andrade; defunción de Lisímaco Andrade; hermandad natural entre Gabriel y Lisímaco Andrade; que la actora Clemencia Andrade de Serna es hija de Gabriel Andrade, y tiene el carácter de hija legítima o legitimada de dicho Gabriel Andrade y Clemencia Rengifo.

La calidad de hermanos naturales que unía a Gabriel y Lisímaco Andrade como hijos de Clemencia Gómez y de Demetria Andrade, única cuestión que interesa para la decisión del recurso, la considera establecida legalmente el Tribunal, luégo de aceptar la prueba de la existencia de las partidas eclesiásticas de bautismo, con las declaraciones testimoniales de Benigno Mosquera, Tomás de J. Quejada, Evangelista Quejada y Arturo Valencia, quienes declaran que les consta "personal y directamente y por ser del dominio público general, que el señor Gabriel Andrade, padre de la señora Clemencia Andrade de Serna, es hermano carnal del señor Lisímaco Andrade, por ser hijo natural del señor Demetrio Andrade con Clemencia Gómez". De estas exposiciones testimoniales deduce el Tribunal que era del dominio público en Murindó que dichos señores Andrades eran hermanos naturales", conclusión ésta que halla confirmada con la circunstancia de que tanto en el acta de matrimonio de Gabriel Andrade como en la de Lisímaco se haga referencia a que los contrayentes son hijos de Clemencia Gómez. "Esta prueba testimonial de instrumenots públicos o eclesiásticos —dice la sentencia— está demostrando, sin lugar a dudas, que los referidos Gabriel y Lisímaco Andrade eran hermanos naturales, como hijos de Clemencia Gómez y de Demetrio Andrade".

### El recurso

Se acusa la sentencia recurrida por el primero de los motivos que enumera el art. 520 del C. J. Afirma la demanda de casación que el Tribunal violó varios preceptos sustantivos, unos directamente, y otros como consecuencia de errores de derecho en la apreciación probatoria al estudiar y decidir en su sentencia las cuestiones referentes a la calidad de hermanos naturales asignada a Lisímaco y Gabriel Andrade y Gómez, y a la calidad de hija legitimada de Gabriel Andrade o Gómez reconocida a la demandante Clemencia Andrade de Serna. A estos dos capítulos del fallo acusado concreta su ataque el recurrente. La Corte, sin embargo, dentro de la autorización que le confiere el art. 538 del C. J., reduce su con-

sideración a las acusaciones por violación legal relacionadas con el primer punto, por encontrar que ellas prestan base suficiente para la prosperidad del recurso.

En los siguientes pasajes de la demanda de casación se destacan los cargos por infracción de ley sustantiva que van a ser objeto de consideración de la Sala:

El art. 6 de la ley 45 de 1936 por haberlo aplicado al caso del pleito no siendo el caso de hacerlo; porque aun a los casos a que es aplicable ese texto, la filiación natural que no procede del reconocimiento voluntario, no puede establecerse sino en juicio contradictorio entre el que pretende ser hijo contra su padre o madre, juicio aquí pretermitido y sin cuyo seguimiento previa no se puede establecer el de petición de herencia y menos contra personas distintas del padre o la madre".

"El art. 1321 del C. C. por haber sido aplicado al caso del pleito, no debiendo serlo, al reconocer a quien no probó su derecho a la herencia de Lisímaco Andrade la acción que da ese texto en favor de quien lo demuestre contra el que ocupa la herencia".

"Acuso el fallo por haber quebrantado el Tribunal que lo profirió los artículos 403 y 404 del Código Civil de manera directa y hasta pudiera decirse que violenta, por admitir que es legítimo contradictor en asunto de filiación relativo a personas muertas antes de la iniciación del juicio quien alega ser sobrina natural de Lisímaco Andrade o Gómez como pretendida hija legítima de Gabriel Andrade o Gómez, pretenso hermano natural de aquél".

---

Se considera:

A este punto de la personería sustantiva o derecho de actor, enfocado en los preinsertos ataques contra la sentencia y que dentro del orden lógico reclama el primer lugar en la consideración, se le ha formulado por el opositor en el recurso el reparo de que constituye un medio nuevo en casación y que por este motivo no puede ser objeto de estudio ni fundamento en la decisión de la sala; pero aunque es verdad que tal cuestión no fue materia de análisis especial en la sentencia sometida a estudio, no puede considerarse como un extremo nuevo que no fuera presentado a la consideración de los jueces en las instancias del pleito, porque es evidente, como se advirtió al mencionar los antecedentes de este fallo, que la demandada planteó defensivamente esta cuestión fundamental desde cuando contestó la demanda, al negar a la actora el derecho para instaurar la acción o promover el juicio y al oponer, calificándola de excepción perentoria, "carencia de derecho para pedir". Presentada de este modo desde el planteamiento de las bases del litigio la falta de personería sustantiva de la parte demandante, las acusaciones formuladas en torno a esta cuestión jurídica hacen parte de los motivos que legalmente pueden agitarse en casación.

La acción ejercitada por Clemencia Andrade de Serna fue calificada y decidida por el Tribunal de Medellín como la de petición de herencia, que el artículo 1321 del Código Civil da al que probare su derecho a una herencia, ocupada por otro en calidad de heredero, para que le sea adjudicada y se le restituyan las cosas hereditarias. Esta acción judicial, cuyo fondo lo constituye siempre la contestación de una calidad de heredero, puede asumir diversas categorías en relación con la personería para iniciarla y la procedencia de las pruebas según sea la situación jurídica personal de quien la agita o instaura. Los hechos que se expresan como fundamentos de una acción es lo que verdaderamente sirve para calificarla con acierto jurídico, cualquiera que sea la denominación que se le dé en el libelo, y determinar en consecuencia las reglas y preceptos legales de aplicación pertinente.

El hecho esencial en este caso, de donde se hacen provenir todos los derechos a cuya declaración se aspira, es el primero de los enumerados en la demanda, consistente en que "Lisímaco Andrade y Gabriel Andrade, eran hijos naturales de Demetrio Andrade y Clemencia Gómez, y por tanto, hermanos naturales entre sí". Esta pretendida filiación natural no fue establecida en ninguna de las formas autorizadas en la ley, ni en otra forma, hasta el día en que se dio comienzo a este litigio, fecha en que ya habían muerto, desde mucho tiempo, todas

las personas de quienes se afirma que estaban vinculadas por la relación jurídica de padres e hijos naturales. La demandante se presenta ante el Juez en ejercicio del derecho de representación que consagra el artículo 1041 del C. C. a demostrar que tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco que vinculaba a su padre Gabriel Andrade con su tío, el difunto Lisímaco Andrade, en cuya sucesión quiere participar en concurrencia igual con la cónyuge sobreviviente, pero para demostrar su derecho no aduce ninguna prueba preestablecida sobre paternidad natural de Demetrio Andrade y Clemencia Gómez en relación con su padre y con su tío, sino que pretende establecer tal estado civil a base de posesión notoria en la misma acción de petición de herencia que ha enderezado contra la viuda de Lisímaco Andrade.

En un caso como el presente en que se niega y discute una filiación natural que no ha llegado al proceso jurídicamente preestablecida según las reglas legales y sobre cuya existencia se asienta el pretendido derecho a suceder, es evidente que lo esencial y predominante es la acción sobre el estado civil, puesto que el aspecto meramente patrimonial o pecuniario que tiene la petición es apenas una consecuencia del pleno y legal establecimiento de aquella relación de consanguidad extramatrimonial. En la forma en que se ha planteado el juicio sería preciso hacer declaraciones sobre filiación para poder reconocer derecho a la sucesión hereditaria, **y no solamente la que corresponda a la actora, para lo cual su personería es inobjetable,** sino sobre la filiación natural de la persona de quien ella dice que proviene y a quien quiere representar, y la de Lisímaco Andrade, causante de la herencia en que quiere participar.

Establecida como queda la calidad de acción de estado civil para la que es objeto de estudio, en virtud de su esencia preferente deducida de la naturaleza inequívoca de los hechos fundamentales que se ventilan, forzoso es concluír que a su estudio y decisión deben aplicarse de preferencia las normas legales y de doctrina que corresponden a esta especie de acciones judiciales.

El hecho de la procreación, cumplido fuera de matrimonio que represente el régimen jurídico de la unión sexual permanente, se traduce en la vida de un nuevo sér que se proyecta sobre el campo del derecho en una relación de procreado a progenitor. Esta relación, vista desde la posición del primero, se denomina filiación, y contemplada desde la opuesta, paternidad. Las acciones de estado relativas a la filiación, sometida por su especial gravedad y trascendencia social a reglas especiales, pueden reducirse en general a dos categorías: las llamadas **acciones de reclamación de estado** por las cuales una persona pretende afirmar sus derechos a un estado distinto del que en apariencia le pertenece, y las que se dirigen a establecer una filiación natural que se denominan **acciones de investigación o de declaración de la paternidad o de la maternidad.** La categoría inversa comprende, bajo la denominación de **acciones de impugnación de estado,** las que se destinan a establecer que un hijo no tiene derecho al estado que en apariencia posee.

Estas acciones de estado, especialmente las referentes a la filiación, no pueden ejercitarse lo mismo que generalmente sucede con las demás acciones judiciales por todo el que tenga algún interés en ello, por diversas razones de carácter estrictamente social vinculadas a la tranquilidad familiar, que asumen la naturaleza de motivos de orden público. El principio general de que todo interesado puede accionar judicialmente sufre una excepción en este caso, porque la ley expresamente reserva el ejercicio de las acciones de estado a determinadas personas y en ciertas condiciones, y lo niega a otras, ya se trate de una acción de reclamación de estado, ya de una denegación, o bien de una acción de investigación o declaración de paternidad o maternidad natural. El acceso a las vías judiciales conducentes a la investigación o a la reclamación de paternidad natural está perentoriamente limitado en la ley a favor del hijo mismo y de las personas expresamente determinadas que pueden asumir para el efecto su representación legal. Esta destinación exclusiva de la acción legal para establecer judicialmente la filiación natural, se explica,

además de las razones de orden público que a su vez se basan en el peligro social que implica su ejercicio abusivo, en la naturaleza fuertemente personal de la acción, deducida del carácter de parentesco connatural jurídicamente restringido a la relación de autores, y a la condición jurídicamente irregular que corresponde a este parentesco, de donde se deduce la conclusión de que no puede serle impuesta a los interesados vinculados por la relación personal, por un tercero, cualquiera que sea el interés que alegue. Si la acción a que se hace referencia pertenece exclusivamente al hijo, la muerte de éste la extingue y su ejercicio es ilegítimo en manos de cualquiera otra persona, inclusive de sus herederos y de sus hijos legítimos. Los muertos pierden su personalidad jurídica en materia de estado civil que es condición indispensable de la persona, de manera que no es aceptable que puedan aparecer agitando una acción de esta especie, ni a través del fenómeno de la representación en que el actor pretende establecer jurídicamente el parentesco natural del hijo difunto, ocupando ficticiamente su lugar para hacer valer un derecho herencial.

Ya se vio en referencia al caso en consideración que una acción de petición de herencia en que el actor pretende representar un muerto de quien afirma que era hermano natural de otro muerto a quien aspira a suceder, y no acredita que a la hora de su muerte su padre representado ni su tío tuvieran la condición jurídica de hermanos naturales como hijos de dos personas determinadas, también difuntas, ya por haberlos éstas reconocido como hijos o por haber sido judicialmente declarados tales por su personal solicitud, sino que se presenta a establecer esa filiación aduciendo pruebas de la posesión notoria de hijos naturales de los desaparecidos, no puede considerarse como una simple petición de herencia, de interés exclusivamente pecuniario, en que pudieran pretermitirse las exigencias de ley de doctrina que en materia de personería del demandante gobiernan las acciones de estado sobre filiación natural. La posesión notoria del estado de hijo en las circunstancias legales, no produce por sí sola el estado civil de hijo natural. La posesión notoria de un estado determinado es un hecho objetivo que para producir los efectos jurídicos correspondientes de acuerdo con el artículo 346 del C. C. deberá ser constatado en una declaración judicial mediante la apreciación de las pruebas pertinentes. Un hijo no se puede llamar natural sino cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a la ley. Esto para reforzar la afirmación de que un juicio planteado sobre las bases del que se estudia en este recurso es predominantemente un juicio sobre filiación natural, que no es permitido ni procedente, como lo advierten los autores, disimular bajo la súplica de una petición de herencia.

En los procesos judiciales sobre filiación para establecer las relaciones entre padres e hijos naturales, la personería activa o demandante, única que ahora se considera, ha sido reservada al hijo de manera exclusiva, personalmente o representado por quienes señala la ley en condiciones determinadas como su guardador si es incapaz, o la persona que ha cuidado de su crianza. En el sistema del Código Civil —bajo cuyo imperio vivieron y murieron los pretendidos padres e hijos naturales— anterior al de la ley 45 de 1936, sobre cuya retroactividad no es indispensable decidir en este caso, la única paternidad que podía discutirse en juicio era la legítima, porque la natural era cosa que la ley hacía depender exclusivamente de la voluntad del padre, y la simplemente ilegítima de la mera confesión expresa o tácita del padre, con los efectos circunscritos a exigencia de alimentos (arts. 55, 66 y 68 de la ley 153 de 1887). Pero siempre, ya se tratara de la maternidad natural (art. 7 de la ley 95 de 1890) o de la acción judicial para declaración de la paternidad (66 de la ley 153 de 1887), aunque solamente con el efecto alimentario que le adscribía, la facultad de tomar la iniciativa era de la exclusiva competencia del hijo. En esta clase de acciones judiciales solamente era legítimo contradictor el hijo contra el padre, según el art. 409 del C. C., en virtud de una personería que es un carácter personal e intransmisible, con la sola excepción referente al legítimo contradictor que falle-

ciera antes de la sentencia proferida en el juicio, iniciado por él. Este mismo principio ha sido renovado en la ley 45 de 1936 al señalar en su art. 12 las personas que pueden asumir el papel de partes en las acciones judiciales dirigidas a obtener que se declare la filiación natural, y al actualizar en el 7 la regla del art. 404 del C. para los casos en que se ventile esta especie de filiación.

Las consideraciones hasta aquí expuestas son suficientes para concluír que en el caso de estudio, la demandante Clemencia Andrade de Serna ha carecido de la personería sustantiva o derecho de actor para establecer en juicio la filiación natural de su padre Gabriel Andrade y la de su tío Lisímaco Andrade como hijos naturales de Demetrio Andrade y Clemencia Gómez, muertos como estaban desde mucho antes de la iniciación del pleito, no sólo los pretendidos hijos sino sus pretensos padres, sin que hubieran agitado en ninguna forma el establecimiento legal de sus correspondientes estados civiles, de donde se concluye asimismo que la sentencia acusada, al atribuírle a Gabriel y Lisímaco Andrade **post mortem** el estado de hijos naturales, no demandado por ellos en vida, para reconocer título de heredera a la actora en representación del primero, quebrantó directamente los preceptos legales sustantivos a que se hizo mención en la parte correspondiente de este fallo.

La resolución que ha de dictar la Corte en reemplazo de la sentencia que se infirma como consecuencia de la violación legal reconocida, se reduce a la absolución de la demandada, para lo cual basta restaurar el imperio de la decisión de la primera instancia. Improcedente, según se ha visto, la primera de las súplicas de la demanda por no poderse establecer que la demandante es legítima heredera del finado Lisímaco Andrade, huelga el análisis y estudio de los demás pedimentos del libelo que aparecen como consecuenciales de aquélla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha once (11) de julio de mil novecientos treinta y ocho (1938), y en su lugar confirma la pronunciada por el Juzgado del Circuito de Turbo el diez y siete (17) de abril de mil novecientos treinta y seis (1936).

Sin costas en el recurso.

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

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

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—RELACION JURIDICO-PROCESAL

**1.—El lazo de instancia creado al trabarse una litis desde el momento de la contestación de la demanda, no es un contrato ni tampoco un cuasicontrato, porque carece de los elementos esenciales de tales, como el libre acuerdo de voluntades en el primero, ni responde en puridad de verdad a la definición de cuasicontrato. Tal relación o lazo tiene su fuente en el derecho personal y posee características peculiares en su contenido y naturaleza lo mismo respecto de las partes a las que ata en la secuela del negocio. Participa de la naturaleza de la ley que le da origen, y tal como esa ley, hace parte de nuestro derecho público porque regula una actividad de esa índole; pero es bien sabido que tiene igualmente una posición especial, en virtud del enlace continuo del interés general con el individual, en el proceso civil. Uno de los efectos más importantes de tal lazo de instancia es la facultad que otorga al demandado de impedir que se alteren los elementos del derecho subjetivo aportados por el demandante al proceso. En forma tal que es el actor quien precisa en el libelo de demanda los lineamientos del debate y la naturaleza de la acción incoada.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

Antecedentes

"El dos de noviembre de mil novecientos veintiséis el río Otún, de la ciudad de Pereira, tuvo una gran creciente y destruyó, entre otras, las habitaciones de Zoila Arias, Pedro Castaño, José María Giraldo, Nacianceno Agudelo, Alejandrino o Alejandro Quintero, Evangelista Martínez, Ismael Franco, Hilario Mejía, Simón Mejía, Jesús Velásquez, Rafael Bermúdez, Julio Vásquez, Nicolás Orrego, Pedro Mejía, Efigenia y María Jesús Zapata; muertos algunos parientes de estas personas y heridos otros, al decir de los testigos presenciales señores Leopoldo Arenas, Fernando Alzate Z. y Gilberto Carvajal".

"Con motivo de esta catástrofe, el 15 de noviembre del dicho año el Congreso Nacional expidió la ley 55, por la cual se decretó un auxilio de veinte mil pesos ($ 20,000.00) por una sola vez, para repartirlo entre los damnificados".

"Como su artículo tercero autorizó al Poder Ejecutivo para que la reglamentase, se expidió por el Presidente de la República el Decreto número 2064 de 10 de diciembre de 1926, que puso a disposición del Gobernador del Departamento de Caldas el dinero del auxilio y lo autorizó, a su vez, para dictar las disposiciones convenientes a su distribución equitativa, de acuerdo con lo dispuesto en la citada ley".

"El Gobernador de este Departamento, haciendo uso de la facultad reglamentaria que se le delegaba, procedió a dictar su Decreto 62, de 22 de febrero de 1927, que corre publicado en la Gaceta Departamental número 1927, ordenando que los fondos del auxilio nacional fueran manejados por el Tesorero Municipal de Pereira, para lo cual prestaría fianza personal, adicional, por una cuantía de mil pesos; que la suma de veinte mil pesos votada como auxilio, se invertiría conforme ya lo había decretado el Concejo Municipal de Pereira en el Acuerdo número 3 de 1927.

Este Acuerdo, que creó y dio autonomía a la Junta que bajo la denominación de "Auxilio para los damnificados del río Otún" venía figurando en la ciudad compuesta por los miembros que detalla su artículo 2º, confiriéndole autonomía para la inversión equitativa que debía darse a los fondos que se recaudasen, ordenó que se hiciera la inversión del auxilio nacional para los damnificados, si el espíritu de la ley no se oponía

a ello, preferentemente a construír habitaciones para los damnificados en la manzana que en barrio obrero de la ciudad ha destinado el Municipio; que tales habitaciones, más las que la Junta construyera, se destinarían, desde luego, expresamente, para el alojamiento de los damnificados, concediendo el derecho de transmitirse indefinidamente entre los descendientes de éstos tal derecho de uso o habitación, mientras los ocupantes, por la corrección del manejo, se hicieran merecedores del favor público y del derecho tácito adquirido por la intención del donativo inicial. Quiere esto decir que la relajación de costumbres de los ocupantes, o sus hábitos perniciosos, serían causales para perder el derecho a la habitación que por medio del Acuerdo dicho se le venía confiriendo.

El Municipio de Pereira, por medio de la Junta de Auxilios, se reservó íntegro del derecho de control y administración de las habitaciones, el de dar a éstas usos distintos del de la beneficencia cuando por las causas anotadas hubiera caducado el favor público en beneficio de los damnificados o de sus descendientes.

Este mismo Acuerdo legisló acerca de la manera como debía comprobarse la inversión adecuada de los fondos arbitrados, pues dispuso que las cuentas debían ser rendidas al Concejo Municipal, quien las estudiaría y fenecería en primera y única instancia.

Ya se vio atrás cómo la Gobernación de este Departamento, al reglamentar la inversión del auxilio y en desarrollo del art. 1º del Decreto 2064 de 10 de diciembre de 1927, acató la reglamentación que de la inversión había hecho el Concejo de Pereira, con sólo las modificaciones que de la Junta creada por el Acuerdo número 3 de 1927, formaría parte el Alcalde de Pereira, con voz y voto en sus deliberaciones; que las cuentas las rendiría el Tesorero en primera instancia al Concejo y en segunda a la Contraloría General del Departamento; que la adjudicación de las habitaciones las haría la Junta teniendo en cuenta la necesidad de cada familia damnificada; y por último, que la privación del derecho de habitación a los damnificados no podría efectuarse sino mediante resolución motivada de la Junta especial, aprobada por el Concejo y la Gobernación.

Más tarde, como vieran los damnificados que tanto a los donativos particulares como al nacional se les había dado una inversión distinta a la que primó en la intención que se tuvo en mira para los unos y el otro, varios de ellos, por medio de apoderado, demandaron ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de este Departamento la nulidad de aquellos artículos del Acuerdo número 3 de 1927 del Concejo de Pereira y del Decreto emanado de la Gobernación de este Departamento, número 62 de 22 de febrero de 1927, que violaban o iban precisamente contra aquella intención donativa y de inversión que primó tanto en uno como en otro auxilio.

El Contencioso Administrativo, por medio de sentencias de 14 de julio de 1928 y 25 de septiembre de 1929, debidamente ejecutoriadas, declaró nulos, respectivamente, los artículos 4º, 6º, 7º y 8º del Acuerdo número 3 de 1927, y 2º 5º y 6º del Decreto número 62 de 22 de febrero del mismo año, expedidos por el Concejo Municipal de Pereira y por la Gobernación de este Departamento, en su orden.

**Juicio ordinario**

Con copias de las sentencias dictadas por el Contencioso Administrativo, donde se declaraban aquellas nulidades, y con poderes escriturarios generales otorgados dos de ellos en la Notaría 2ª del Circuito de Pereira, el doctor Julio Restrepo Toro, representado por su sustituto doctor José Valencia Caballero, en escrito de fecha 16 de febrero de 1932 demandó al Municipio de Pereira para que se declarara que éste es deudor de los damnificados arriba nombrados por la cantidad de veintisiete mil ochocientos noventa y un pesos con cuarenta y seis centavos ($ 27,891.46) oro legal, o su equivalente en moneda colombiana o por la cantidad que resultare comprobada en el juicio; y que cada uno de sus poderdantes tiene derecho a la cuota parte que le corresponda

o pueda corresponder de acuerdo con las pruebas del juicio, con los intereses legales desde el día en que se hizo exigible la obligación, deuda que pagará el Municipio tres días después de ejecutoriado el fallo. Que subsidiariamente el Municipio de Pereira debe a cada uno de los individuos mencionados, la parte proporcional que con relación al acerbo global destinados para los damnificados le corresponda de conformidad con el texto de la ley 55 de 1926; que se fije la cantidad que el Municipio está obligado a pagar a cada uno de los damnificados por concepto de las cantidades de dinero recibidas del Estado, el Departamento y otras entidades; y por último, que el Municipio de Pereira debe al doctor Julio Restrepo Toro como apoderado legal constituído por los damnificados para hacer efectivo el cobro al Municipio bien por la vía ejecutiva, ora por la ordinaria, la suma de nueve mil doscientos noventa y siete pesos con catorce centavos (9, 297.14), y en defecto de esta suma, la tercera parte de lo que el mismo Municipio resultare a deber a las personas en cuyo nombre viene hablando, en forma global o por su cuenta.

El Personero, como representante del Municipio, la contestó admitiendo todos sus hechos, con sólo las modificaciones que allí se expresan, desconociendo sí el derecho que le asiste a la parte demandante para obligar al Municipio de Pereira a que le pague la cantidad por la cual lo demanda y proponiendo las excepciones perentorias de petición antes de tiempo y de modo indebido, carencia de acción, ilegitimidad de la personería sustantiva, inexistencia de la obligación y cualesquiera otras que resulten probadas en el debate.

Tramitada debidamente la primera instancia, el señor Juez primero del Circuito de Pereira la desató en sentencia fechada el 8 de noviembre de 1934, cuya parte resolutiva declara probada la excepción de petición antes de tiempo y de modo indebido y absuelve, en consecuencia a la parte demandada de todos los cargos del libelo.

### Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Pereira, en providencia de 5 de mayo de 1938 puso término a la segunda instancia y en dicho fallo revoca la sentencia de primer grado, por cuanto en ella se declaró probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo y de modo indebido; y en su lugar declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; condenó al Municipio de Pereira a pagar a los damnificados por la catástrofe del río Otún, ocurrida el 2 de noviembre de 1926, la cuota que tenían derecho a percibir del auxilio nacional de veinte mil pesos, votados por la ley 55 de 1926, cuota que se determinará cuando se haga la distribución equitativa de que habla la expresada ley. Este pago se hará por el Municipio demandado seis días después de fijadas las cuotas respectivas en la forma que pasa a expresarse:

a) A los damnificados señores Efigenia Ospina, Nicolás Orrego y Evangelista Martínez, las dos terceras partes de la cuota equitativa que les fuera asignada; y

b) Al doctor Julio Restrepo Toro la otra tercera parte de cada una de esas cuotas equitativas.

Igualmente condenó al mencionado Municipio a pagar al doctor Julio Restrepo Toro la tercera parte de las cuotas que como damnificados en la misma catástrofe les puedan corresponder del auxilio nacional y previa la fijación equitativa de esa misma cuota, a los señores José Vicente Montoya, Nacianceno Agudelo, Julio Vásquez, Zoila Arias, Simeón Mejía, Pedro Castaño, Rafael A. Bermúdez, Pedro Mejía, Jesús Vásquez R., Alejandrino Quintero, José M. Giraldo, Ismael Franco, Hilario Mejía y María de J. Zapata.

Fundó el Tribunal su decisión de segundo grado en el argumento fundamental de que el Municipio de Pereira fue la única entidad de derecho público que se benefició en forma directa con la inversión del auxilio, si se considera que por medio del citado Acuerdo número 3 la cantidad de los veinte mil pesos votados por la Nación vino a formar parte de su patrimonio; y como quiera que por sus voces y términos quiso como reservarse la nuda propiedad de las edificaciones construídas en el "barrio obre-

ro", concediendo a los damnificados, solamente, una especie de uso de habitación, desde el mismo momento en que limitó el derecho de los favorecidos con la ley a determinadas condiciones impuestas por el Acuerdo.

Sentado, dice el Tribunal, que la única entidad favorecida con la inversión del auxilio fue el Municipio demandado, es esta entidad, no otra, la que debe pagar a los damnificados las cuotas equitativas que les correspondan o puedan corresponder del monto íntegro del auxilio, en relación con las necesidades en que vio cada familia de los damnificados, como de sus pérdidas sufridas, y en relación, también, con las circunstancias calamitosas o de desgracia que precedieron a la catástrofe originaria del donativo.

Sostiene, como consecuencia, que para declararse probada la excepción de petición antes de tiempo y de modo indebido, en la sentencia que por apelación viene revisando el Tribunal, se tuvo en consideración por el Juez de la primera instancia que dado que tanto el Acuerdo número 3 de 1927, del Concejo de Pereira, como el Decreto de la Gobernación de este Departamento número 62 de 1927, habían sido declarados nulos, la ley 55 de 1926, que decreta el auxilio nacional, estaba sin reglamentar, y "mientras ese acto administrativo no se dicte no podrá saberse cuál es la suma que corresponde a cada uno de los beneficiados con el auxilio". Es decir, que como no se han llenado todos los requisitos que la misma ley exige para su cumplimiento y ejecución, las declaraciones pedidas en la demanda no se pueden hacer.

**Recurso de casación**

El señor apoderado judicial del Municipio de Pereira acusa en casación la sentencia anterior, por estimar que ese fallo incide en la segunda y primera de las causales de casación señaladas en el artículo 520 del C. J. Así resume el recurrente cada uno de estos motivos de tacha:

1 **Segunda causal.**—La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda; no es armónica con la relación jurídico-procesal trabada entre las partes, pues en ella se cambió un elemento fundamental de la controversia, la **causa petendi** invocada por el demandante; se falló por un hecho jurídico distinto de los señalados como fundamentos de la petición. El Tribunal, sin estudiar la conexión de esos fundamentos de derecho con los hechos del pleito, desató el juicio sobre una razón perfectamente extraña al debate: el enriquecimiento advenido al Municipio con los dineros del donativo nacional, el enriquecimiento sin causa que esos dineros vinieron a constituír para el Municipio demandado. También la sentencia del Tribunal es obscura respecto al apoyo en que descansa pero no hay duda de que fue el enriquecimiento sin causa, fue la acción **in rem verso** la reconocida por el Tribunal y consideró que tal es la interpretación que puede darse a las razones de derecho invocadas por el demandante.

2º **Primera causal.**—Incide también la sentencia en la primera causal de casación, por los conceptos de error de hecho evidente en la apreciación de los autos y por violación de ley sustantiva, como consecuencia de ese error. Hace consistir tal error el recurrente en que por sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Manizales fueron anulados en parte el Acuerdo número 3 de 1927 del Concejo Municipal de Pereira y el Decreto número 62 de 1927, de la Gobernación de Caldas. Por fuerza de tales sentencias quedaron sin valor alguno los citados Acuerdo y Decreto, en todo lo relativo al destino que por el segundo se había dado al donativo nacional. Si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores de hecho preindicados, si hubiera tenido en cuenta esa accesión, en el art. 739 del C. C. hubiera encontrado la solución del caso de autos y hubiera llegado a una conclusión distinta de la adoptada en la sentencia. De allí que cayó en otro error de hecho evidente consiste en no haber tenido en cuenta el fenómeno de la acción surgido de la nulidad de la sentencia y violó el art. 739 del C. C.

Agrega el recurrente que el Tribunal no condenó al Municipio porque hubiera sido mandatario del Estado en la inversión de

los dineros, ni porque los hubiera recibido de éste; lo condenó porque "con la inversión de este mismo auxilio el directamente beneficiado vino a ser el Municipio de Pereira y no otra entidad de derecho público".

### Fundamentos del recurso

#### 1º Incongruencia entre lo pedido y lo fallado

Alega el recurrente como fundamento de esta segunda causal que la sentencia acusada no está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas en la demanda y no es armónica, por lo tanto, con la relación jurídica procesal trabada entre las partes, por haberse cambiado en ella un elemento fundamental, la **causa petendi.** Estima que se falló por un hecho jurídico distinto de los postulados como fundamentos de la petición.

Se considera:

Los fundamentos de derecho o causas que sirven de basamento a la acción incoada, son las que pasan a extractarse, a saber: 1º La nulidad declarada de un acto o contrato restituye las cosas al estado en que se encontraban antes; y como la nulidad del Acuerdo municipal y del Decreto gubernamental hace que sea el Municipio quien recibió y dispuso del dinero, éste es el obligado a pagarlo y restituírlo en la actualidad (arts. 1746 en relación con el 1740 del C. C.); 2º Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades, ya por disposición expresa de la ley y en este caso, desde que el Municipio de Pereira recibió el dinero con determinado fin, contrajo una obligación (arts. 1494 C. C. y 34 Ley 57 de 1887); 3º El Municipio aceptó el mandato conferido por la Nación, pero como no supo o no quiso desempeñarlo en forma legal y se extralimitó en sus funciones, es responsable hasta de la culpa leve (art. 2155 ibídem).

En el alegato de segunda instancia el actor ratifica tales fundamentos jurídicos de su acción cuando dice que el Municipio entró a gestionar una cosa que en su esencia constituía un derecho privado a favor de determinados individuos y surgió de esa manera un cuasi-contrato entre la entidad municipal y los damnificados del Otún. Agrega en dicho alegato que el Municipio dispuso de unos fondos que no le pertenecían, en cuyo caso responde de los perjuicios causados a terceros, como con tanto acierto lo estableció la Corte cuando dijo: "Solamente los actos de gestión que las referidas entidades ejecutan como personas de derecho privado pueden, en determinados casos dar origen a responsabilidad y consiguiente obligación de indemnizar perjuicios" (Sentencia de 9 de junio de 1926).

Ahora bien, en la sentencia que es materia de este recurso se ha condenado al Municipio de Pereira a pagar a los damnificados tan sólo las cuotas equivalentes que puedan corresponderles en el auxilio nacional decretado por la ley 55 de 1926. Tales declaraciones condenatorias guardan absoluta armonía y consonancia con las súplicas, dado que éstas se concretan a exigir a un deudor el cumplimiento de una prestación de deber y lo que falla el Tribunal es precisamente que tal deudor cumpla sus obligaciones y pague a los acreedores sus cuotas respectivas del auxilio, dentro de las proporciones de equidad que establece la ley ordenadora, y habida consideración a la condición de damnificados en la catástrofe del Río Otún, que tenga cada uno de éstos. En nada se advierte en esto incongruencia entre lo pedido y lo fallado, ya que la acción instaurada es la que corresponde a un acreedor contra su deudor en mora de cumplir su prestación.

Es muy posible que el actor haya establecido en su libelo fundamentos de derecho errados, para servir de soporte jurídico a la acción incoada, y que haya igualmente citado en apoyo de su derecho litigioso preceptos legales que no lo consagran con la debida claridad o que no son los que directa y señaladamente lo consagran. También puede aceptarse que las razones o causas jurídicas fundamentales de la acción no se hayan aducido por el demandante; pero tales errores de apreciación, aún dándose por demostrados, no alcanzan a modificar en su integridad y en su sustancia la naturaleza del medio judicial coercitivo presentado, y tiene en esos casos el juzgador atribución suficiente para reconocerlo y consa-

grarlo, siempre que halle en el derecho positivo normas legales que le presten apoyo y fundamento.

Interpreta el recurrente el pensamiento del Tribunal al concluír que éste considera que la acción incoada es la de in rem verso, ya que éste señala como exclusivo fundamento de la demanda el enriquecimiento torticero del Municipio demandado, por ser tal entidad la única que se benefició directamente con el auxilio nacional.

No comparte la Corte este concepto ni interpreta de esa manera la argumentación del Tribunal, porque si bien es verdad que en la sentencia recurrida se dice que al reservarse el Municipio la nuda propiedad de las edificaciones levantadas para los damnificados en el Barrio Obrero, viene a ser en el fondo la única entidad favorecida con la inversión del auxilio, tal declaración del sentenciador de segundo grado no comporta el reconocimiento del ejercicio de la acción in rem verso, ni configura por sí sola en la forma tenue y apenas esbozada en que lo presenta, el fenómeno jurídico del enriquecimiento sin causa. Corrobora lo dicho la circunstancia de que el Tribunal no se detiene a estudiar, como en tal caso habría sido de rigor, la existencia de los autos de los elementos y requisitos que integran esta figura jurídica o fuente de obligaciones; ni tampoco expresa de manera clara y precisa que considera la acción incoada como la que se deriva de un desplazamiento patrimonial sin causa jurídica. Por lo cual la Corte no puede aceptar que el Tribunal haya acogido en su sentencia una acción distinta de la intentada por el actor, ni menos que el fallo, por lo tanto, no guarde rigurosa identidad con la relación jurídico-procesal trabada entre las partes o en otras palabras, como dice el actor, que haya variado la causa petendi.

Ya viene dicho por la Corte que el lazo de instancia creado al trabarse una litis desde el momento de la contestación de la demanda, no es un contrato ni tampoco un cuasi-contrato, porque carece de los elementos esenciales de tales, tales como el libre acuerdo de voluntades en el primero; ni responde en puridad de verdad a la definición que se da del cuasi-contrato.

Tal relación o lazo tiene su fuente en el derecho procesal y posee características peculiares en su contenido y naturaleza lo mismo respecto de las partes a las que ata en la secuela del negocio. Participa de la naturaleza de la ley que le da origen, y tal como esa ley, hace parte de nuestro derecho público, porque regula una actividad de tal índole; pero es bien sabido que tiene igualmente una posición especial, en virtud del enlace continuo del interés general con el individual, en el proceso civil.

Uno de los efectos más importantes de tal lazo de instancia es la facultad que otorga al demandado de impedir que se alteren los elementos del derecho subjetivo aportados por el demandante al proceso. En forma tal que es el actor quien precisa en el libelo de demanda los lineamientos del debate y la naturaleza de la acción incoada.

Aplicando rigurosamente al debate estos principios de la técnica procesal, se concluye que en la sentencia acusada no se ha variado la naturaleza y fundamento del derecho subjetivo alegado por el actor ni, sobre todo, se cambia la naturaleza de la acción intentada. Se demanda por una razón de deber y en la sentencia se condena por este mismo motivo jurídico. La declaración de que el Municipio de Pereira esté obligado a pagar por haberse veneficiado directamente con la inversión del auxilio, no varía el origen ni el fundamento del derecho alegado ni hace nacer el ejercicio de una acción no instaurada en la demanda.

Se deduce de lo dicho que no es fundado el cargo de incongruencia entre lo pedido y lo fallado, ni se han violado los preceptos legales señalados por el actor, por lo cual es de rigor rechazarlo por inoperante.

**2º Error de hecho evidente en la apreciación de los autos**

Funda el recurrente este segundo motivo de tacha en los siguientes hechos: 1º El Municipio de Pereira recibió el encargo de invertir el auxilio de la Gobernación de Caldas, y cumplió totalmente tal delegación; b) El Tribunal no tuvo en cuenta esa

gestión delegada que se deriva del Decreto de la Gobernación de Caldas, incurriendo en manifiesto error de hecho con la no apreciación de esas piezas; c) Por sentencias del Tribunal de lo Contencioso fueron anulados en parte el Acuerdo número 3 de 1927 y el Decreto número 62 del mismo año, de la Gobernación de Caldas; d) Por fuerza de esas sentencias quedaron sin valor alguno tales actos, pero erró en la apreciación del efecto de hecho que quedó cumplido por éstos, aun después de su anulación; e) No tuvo en cuenta que por virtud de tales Acuerdo y Decreto y a pesar de la anulación de ellos, con la inversión de los auxilios surgió una accesión en que quedaban vinculados el Estado y el Municipio y en la cual no tenían parte alguna los damnificados.

Considera la Corte que el Acuerdo número 3 de 1937 y el Decreto número 62 del mismo año, de la Gobernación de Caldas, no tienen en el caso de autos el valor de actos de la administración en los cuales pretendan los damnificados de la catástrofe del Río Otún fundar su derecho al pago del auxilio nacional. Para los demandantes tal derecho se deriva directamente de la ley 55 de 1926, y los actos de que habla tan sólo fueron expedidos en desarrollo de la potestad reglamentaria del Gobierno. De manera, pues, que ellos no tienen la cualidad de elementos creadores del derecho invocado, sino que ostentan únicamente el carácter de un trámite administrativo para el cumplimiento de la ley. Su invalidación por la jurisdicción contencioso administrativa en nada alteraba la directa relación de deber que se había creado entre el Municipio y los damnificados desde el momento en que tal entidad recibió los dineros del auxilio y los retuvo en su poder o les dio una inversión distinta en sus efectos de la ordenada por el legislador.

Por lo demás ,no puede perderse de vista que con anterioridad a la invalidación de tales actos reglamentarios, el Municipio de Pereira había dispuesto del auxilio nacional invirtiéndolo por propia determinación en la construcción de casa cuya nuda propiedad se reservaba, sin que para proceder de esta manera e interpretar en esa forma la voluntad del legislador hubiera celebrado acuerdo alguno con los beneficiarios del auxilio. No podía desconocerse que a pesar de la nulidad decretada contra el Acuerdo municipal y el Decreto de la Gobernación de Caldas se había creado una situación de hecho, en la cual no habían intervenido los actores en forma contractual y cuyas consecuencias, por lo tanto, debía soportar exclusivamente el Municipio. Tal circunstancia en nada aminoraba el derecho sustantivo de los damnificados para exigir el pago de las cuotas proporcionales que les correspondían en el auxilio; ni tampoco la nulidad de tales actos podía modificar la situación jurídica del Municipio.

No es aceptable la tesis del recurrente de que los dineros del auxilio fueron entregados por la Gobernación de Caldas al Tesorero Municipal de Pereira, en virtud de delegación directa que exonera de toda responsabilidad civil al Municipio, porque el Acuerdo número 3 reconoció carácter oficial y público a la Junta de auxilio creada para la inversión del donativo y en ese mismo Acuerdo se autorizó al Tesorero para recibirlo y se dictaron disposiciones ejecutivas sobre la forma de su inversión. Tanto es así que el Concejo Municipal ordenó destinarlo a la construcción de casas en el Barrio Obrero cuya nuda propiedad se reservó; con lo cual es claro que se constituyó en intermediario directo del Estado para la inversión del donativo y debe soportar en consecuencia, todos los deberes de tal y la responsabilidad civil que pueda acarrearle el cumplimiento de esa misión.

Igualmente se rechaza la tesis del recurrente de que se hubiera realizado una accesión de bienes que debe ser regulada por el artículo 739 del C. C., porque tal precepto contempla únicamente el caso de accesión de bienes muebles a un inmueble y está muy lejos de ser esta la situación jurídica que se desprende de los autos. ¿De dónde puede provenir la accesión de objetos muebles de propiedad de los actores de un inmueble de propiedad municipal? El Municipio de Pereira destinó de manera espontánea un lote de terreno de su propiedad para edificar

unas casas con materiales adquiridos para dicho fin por esa misma entidad y se reservó la nuda propiedad integral de esos inmuebles. Si se aceptara la conclusión del recurrente, habría que convenir que lo ocurrido en autos era la accesión de materiales de propiedad del Municipio en un inmueble perteneciente al mismo; caso en el cual no existiría el fenómeno jurídico de la accesión, por no pertenecer a distintos dueños, ni se estaría en presencia de la situación reglamentada por el art. 739 del C. C. Para poder convenir, siquiera en hipótesis, que existe en los autos un caso de accesión, habría que aceptar que puede realizarse una accesión de dineros a un inmueble, lo que en verdad extravasa todas las teorías que sobre esta figura jurídica ha consagrado el derecho positivo privado.

---

Para terminar el estudio de este cargo sobre error de hecho manifiesto en la apreciación de los elementos que comportan los autos, estima la Corte, con vista de las anteriores consideraciones, que la sentencia recurrida viola los artículos 1502, 2142, 2180 y 2181 del C. C., porque no se está en presencia de un mandato civil en que el mandatario imponga responsabilidad a su mandante o haya excedido los límites de su mandato. Tal delegación no fue consagrada en la ley 55 de 1926 ni el Organo Ejecutivo al reglamentarla estaba autorizado para conferirlo a su vez a la Gobernación de Caldas. Se repite que el Municipio de Pereira vino a ser un intermediario que como tal recibió el valor del auxilio y que lo ha conservado en su poder sin razón o causa justificativa. Sirven las anteriores reflexiones de fundamento para rechazar este último cargo y para dejar en pie la sentencia recurrida.

## 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, **no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 5 de mayo de 1938, que ha sido materia del recurso.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

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



## RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS—TRANSACCION

**1.—La transacción, como convención que es, debe reunir los requisitos generales para su validez, según las reglas de nuestro derecho privado, sin perjuicio de aquellas especiales requeridas por su propia índole y que concretamente se pasan a expresar. Es un contrato bilateral, porque impone obligaciones recíprocas, y consensual, porque no está sometido a formalidad especial alguna, salvo que afecte bienes raíces. Debe recaer sobre cosas dudosas, vale decir, sobre derechos cuya extensión y existencia es materia de disputa. Es oneroso, dado que las partes deben hacerse recíprocas concesiones, y por regla general se celebra INTUITU PESONAE, con consideración a la persona con la cual se celebra. En la transacción las partes resuelven por sí mismas sus propias diferencias, constituyendo uno de los tres medios a que es dado acudir para poner término a las pretensiones encontradas de dos o más personas. Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone final a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo y equivalente, sino que cada contendor renuncia voluntariamente una parte de lo que cree ser su derecho. De manera que para que exista definitivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1º existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle SUB JUDICE; 2º voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o prevenirla; y 3º concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin. En ocasiones ocurre que el olvido de estos principios conduce a que se tome por transacción un fenómeno jurídico distinto; también es muy posible que la fórmula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares, para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá un carácter mixto, pero tal circunstancia no desfigura la transacción, sino que a cada una de las cláusulas compromisorias habrá que aplicarle la reglamentación legal que le corresponda, hasta donde lo permita la intención de las partes de celebrar una convención cuyo total depende especialmente del propósito de transigir.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

### Antecedentes

1º El día 9 de enero de 1934 un camión marca "White", de propiedad de la Sociedad Colectiva denominada Cely & Rueda, fue atropellado por la locomotora C-2, del Ferrocarril del Nordeste, en la estación ferroviaria de la ciudad de Duitama, en el momento de atravesar la vía férrea en la misma estación, quedando destrozadas varias piezas importantes del referido camión.

2º Afirman los propietarios del vehículo que el choque y sus consecuencias son imputables a responsabilidad de la sociedad dueña del ferrocarril, por descuido de dicha entidad y por falta de técnica en sus servicios, debido entre otras causas a las siguientes:

a) A mala disposición en la situación de las bodegas del ferrocarril en la estación de Duitama;

b) A que la mencionada estación carecía, cuando ocurrió el siniestro, de barreras de seguridad;

c) A que esa estación carece de celadores que vigilen el tráfico de vehículos por la vía que atraviesa la carrilera de la ferrovía;

d) A que el maquinista que conducía la máquina C-2 no pitó ni dio señal alguna cuando entró la locomotora a la estación, a gran velocidad;

e) A que el camión pitó al tomar la vía y ningún empleado de la estación dio la voz de alerta.

---

### Juicio ordinario

Ante el Juzgado 5º del Circuito de Bogo-

tá, presentó demanda la sociedad Cely & Rueda contra la Societé National de Chemins de Fer en Colombie, S. A., propietaria del Ferrocarril del Nordeste, solicitando que se la condenara a pagar a la actora los perjuicios causados por agentes a su servicio, con motivo de la destrucción del camión marca White en la estación de Duitama, el día 9 de enero de 1934, perjuicios que estimaban en la cantidad de tres mil doscientos pesos, por daño emergente y lucro cesante. Suplicaba además que se condenara a la sociedad demandada a entregar completamente reparado el mencionado camión y en subsidio que se condenara a la empresa ferroviaria a pagar por los perjuicios indicados, la suma que determinen peritos nombrados por las partes durante el curso del juicio.

Entre los hechos fundamentales del libelo señala el actor los siguientes: "12.—A los veinte días de ocurrido el accidente el señor Carlos E. Rueda, socio de la sociedad demandante, arregló con el señor Dené, inspertor de tráfico de la empresa del ferrocarril del Nordeste, ofreciendo no cobrar perjuicios si se procedía inmediatamente a la reparación del camión y si se hacía en el curso de pocos días, arreglo que tuvo lugar a mediados del mes de febrero del año próximo pasado y aunque el doctor Dené se comprometió a dar aviso al señor Rueda en la misma tarde de la aprobación del arreglo por parte del director de la empresa, esto no se consiguió por causas que se ignoran. El 21 del mismo mes de febrero la sociedad demandada escribió a la Gerencia del Ferrocarril del Nordeste, exigiéndole alguna respuesta acerca del arreglo con el doctor Dené y no se recibió contestación sino el 9 de marzo siguiente, en el sentido de ofrecer la traslación gratuita del camión a Bogotá, a los talleres de la empresa demandada, con el fin de examinar el estado en que se hallaba el camión y resolver luégo lo que la Compañía estimara conveniente.

"13.—El camión permaneció en los talleres de la empresa desde el mes de abril indicado hasta el mes de octubre de 1934, sin que le hicieran ninguna reparación, y sólo hasta el mes de diciembre del mismo año dio aviso el señor Miguel Aranguren, inspector de tráfico de la empresa demandada, a don Carlos Rueda, de que el camión White estaba ya reparado y listo para efectuar las pruebas de funcionamiento".

La sociedad opositora propuso la excepción de transacción y surtido el trámite legal de la primera instancia, el Juez a quo le puso fin en sentencia fechada el 13 de mayo de 1936, en la cual declaró no probada la excepción de transacción propuesta y como consecuencia, condenó a la entidad demandada a pagar los perjuicios que comprueben los actores haber sufrido a consecuencia de la destrucción del camión. Igualmente la condenó a entregar el camión deteriorado perfectamente reparado y en estado de servicio.

### La sentencia recurrida

Apelada dicha providencia por la parte demandada y agotada la secuela respectiva, el Tribunal Superior de Bogotá profirió sentencia de segundo grado, en la cual declara probada la excepción de transacción propuesta por la entidad opositora y la absuelve de todos los cargos del libelo.

Sostiene el Tribunal en ese fallo que se halla debidamente demostrado el choque que motivó el deterioro del camión y que también existe la plena comprobación de la culpa imputable a la empresa propietaria del ferrocarril, por imprevisión y descuido de parte de ésta en la disposición de la bodega y en la vigilancia del tránsito por la vía carreteable que atraviesa las líneas férreas, en la estación de Duitama. Imputa igualmente descuido lamentable al maquinista y de todo lo dicho deduce la comprobación del elemento culpa, y con él la consiguiente responsabilidad del demandado y la obligación de indemnizar perjuicios.

Pero al estudiar el medio defensivo propuesto y que tiende a sostener que se celebró una transacción entre las partes, llega a la conclusión de que efectivamente hubo un acuerdo entre los litigantes para liquidar la responsabilidad resultante del siniestro y que este acuerdo constituye el contrato de transacción, porque sus hechos constitutivos están confesados por ambas

partes: por el actor en el hecho duodécimo del libelo, y por el opositor en la repuesta a éste, en donde acepta que hubo tal arreglo y explica el origen y alcance de la fórmula transaccional acordada entre las partes.

Agrega la sentencia que en virtud de tal acuerdo previo para limitar la responsabilidad emanada del siniestro, la empresa del ferrocarril transportó gratuitamente el camión dañado hasta sus talleres en Bogotá y allí procedió a repararlo, previa consulta al doctor Leovigildo Hernández, apoderado de Cely & Rueda y al perito contratado por éste, señor Alfredo Perilla. Arreglado el camión, la entidad demandada lo avisó en repetidas ocasiones al demandante, por medio de cartas o con razones que enviaba por conducto de Perilla; y sin embargo, el demandante no se presentó a examinar el camión, para ver si estaba debidamente arreglado.

Sostiene el Tribunal que el modo de conducirse las partes con posterioridad al siniestro demuestra paladinamente que el contrato de transacción estaba firme y demuestra la voluntad acordada para celebrar la transacción. Como consecuencia, concluye la sentencia que los efectos de la responsabilidad extracontractual están enervados por dicha excepción y debe absolverse a la entidad demandada.

### Recurso de casación

Recurre en casación la parte actora y acusa la sentencia:

1º Violación directa de los artículos 2341 y 2347 del C. C., por interpretación errónea de la prueba presentada por la parte demandada, como elemento básico de la excepción de transacción. Considera el actor recurrente que erró el Tribunal al sostener que hubo acuerdo de voluntades entre las partes para liquidar la responsabilidad resultante del siniestro, porque se trataba de un pacto ad-referendum, celebrado veinte días después de ocurrido el accidente y de autos consta que sólo hasta diciembre del mismo año no se dio aviso de la reparación del camión; lo que implica que la compañía demandada no aceptó, dicha proposición, no sólo por deducirse así de la presunción aludida, sino también porque no hay constancia en los autos de que la empresa demandada hubiera aceptado de manera expresa la propuesta transaccional del señor Rueda.

2º Aun aceptándose que tal arreglo mereciera elevarse a la categoría de contrato de transacción, carecería de todo valor jurídico porque el doctor Dené estaba incapacitado jurídicamente para celebrarlo y para representar a la empresa del ferrocarril, por no ser persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción y no estar investido de poder suficiente con especificación de los bienes, derechos y acciones que son materia de la transacción. Por este aspecto, estima el recurrente que se han violado también los arts. 2470 y 2471 del C. C.

### Fundamentos del recurso

Al tenor del art. 2464 del C. C. la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Como convención que es, debe reunir los requisitos generales para su validez, según las reglas de nuestro derecho privado, sin perjuicio de aquellas especiales requeridas por su propia índole y que someramente se pasan a expresar.

Es un contrato bilateral porque impone obligaciones recíprocas, y consensual, porque no está sometido a formalidad especial alguna, salvo que afecte bienes raíces. Debe recaer sobre cosas dudosas, vale decir, sobre derechos cuya extensión y existencia es materia de disputa. Es oneroso, dado que las partes deben hacerse recíprocas concesiones, y por regla general se celebra intuitu-personae, en consideración a la persona con la cual se celebra. (Art. del Código Civil).

En la transacción las partes resuelven por sí mismas sus propias diferencias, constituyendo uno de los tres medios a que es dado acudir para poner término a las pretensiones encontradas de dos o más personas. Lo que en realidad define y delimita esta fijura jurídica es que pone final a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma

alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo y equivalente, sino que cada contendor renuncia voluntariamente una parte de lo que cree ser su derecho.

De manera que para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1º existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle sub judice; 2º voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o prevenirla; y 3º concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin. En ocasiones ocurre que el olvido de estos principios conduce a que se tome por transacción un fenómeno jurídico distinto; también es muy posible que la fórmula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares, para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá un carácter mixto, pero tal circunstancia no desfigura la transacción, sino que cada una de las cláusulas compromisorias habrá que aplicarle la reglamentación legal que le corresponda, hasta donde lo permita la intención de las partes de celebrar una convención cuyo total depende especialmente del propósito de transigir.

Aplicando tales principios al caso de autos, se tiene lo siguiente:

---

En el libelo de demanda y en la respuesta a éste confiesan las partes haber celebrado un acuerdo de voluntades tendiente a poner fin a la controversia surgida entre ellas a causa del atropello del camión. La diferencia de apreciaciones estriba en que para la empresa demandada hubo una transacción perfecta en todos sus lineamientos esenciales, en tanto que para la sociedad actora y recurrente en casación no hubo un completo arreglo entre las partes sino un principio de convenio, pues dice que "la insinuación del camión si se procedía inmediatamente a repararlo y si esta reparación se hacía en el curso de pocos días". Agrega el recurrente que como esto ocurrió en enero de 1934 y fue en diciembre cuando la empresa dio aviso de la reparación del camión, se deduce de ello que la empresa no aceptó la propuesta, "no sólo por deducirse de la presunción aludida, sino también porque no hay constancia en los autos de que la Compañía demandada hubiera aceptado de manera expresa la proposición de don Carlos Rueda".

Pero es el caso de que en los autos sí hay constancia expresa de que la empresa ferroviaria demandada aceptó el arreglo transaccional propuesto por el actor, como pasa a demostrarse:

a) En su alegato de conclusión de la segunda instancia el Director de la Empresa del Ferrocarril dice: ".....consintió en hacer con éstos un convenio o arreglo así: el camión devía ser enviado a los talleres del Ferrocarril del Nordeste en Bogotá, para examinarlo, a efecto de saber si era posible la reparación. En caso afirmativo, la Empresa del Nordeste procedería a verificar la reparación, siendo entendido que Cely & Rueda renunciarían a cualquier reclamo por perjuicios y aun quizás contribuirían con una parte de los gastos de reparación, si éstos resultaban muy crecidos".

b) En una carta emanada de la sociedad demandada y dirigida a la actora, que lleva la misma fecha del día del accidente y que figura en copia a folios 11 del c. p., copia acompañada a la contestación de la demanda y que no ha sido tachada de falsa por el actor, se hace referencia a la transacción y se dice: "Hemos dado orden a la estación de Duitama para que carguen en una plataforma el camión en referencia para hacerlo revisar en esta ciudad y decidir luégo lo que con él deba hacerse, pues hasta el momento no hemos tenido noticia de que tal camión haya sido enviado a esta ciudad".

c) El señor Rueda, socio gestor de la entidad autora confiesa en su alegato de conclusión de la primera instancia que hizo la entrega del camión, para ser trasladado a Bogotá, y es claro que, de no haberla realizado, no se hubiera podido transportar así a los talleres de la empresa ferroviaria.

No cabe la menor duda sobre que tal entrega y la obra de reparación realizada durante varios meses están demostrando que el convenio transaccional celebrado entre las partes quedó aceptado y respaldado por la empresa y tuvo normal desarrollo y cum-

plimiento entre las partes, que evidencian su celebración y existencia; sin que sea el caso de estudiar y decidir si efectivamente la transacción fue fielmente cumplida por la sociedad demandada, porque tales cuestiones sobre cumplimiento de la transacción son perfectamente ajenas a este debate y otorgarían en su caso, acciones diferentes, que estaban fuera del radio de acción del Tribunal, por no haber sido ejercitada en este proceso.

d) El apoderado del recurrente acepta que a mediados de febrero el doctor Dené le avisó verbalmente que Rueda no había enviado el camión todavía y que aquél ofreció a éste telegrafiar a Rueda recordándole que diera la orden necesaria. El señor Alfredo Perilla, perito designado por el actor, declara que fue asesor para examinar los daños del camión y se convino que la empresa del Nordeste buscaría las piezas para el arreglo, diligencia a la cual se ofreció con gusto; luégo relata el mismo testigo y perito las gestiones adelantadas de acuerdo con los empleados del ferrocarril para conseguir los repuestos.

Basta el examen anterior para aceptar las conclusiones del Tribunal de que siempre persistió la voluntad de ambas partes de cumplir lo pactado entre Rueda y Dené, acuerdo que ha sido reconocido por los litigantes y cuyo desarrollo y cumplimiento evidencian que el demandado dio su aceptación al arreglo transaccional y procedió a cumplirlo según su leal saber y entender. El efecto jurídico inmediato de tal transacción fue enervar la acción de responsabilidad extracontractual, por culpa del demandado, y no violó la sentencia los artículos invocados, al declarar probada la excepción de transacción y absolver al demandado. Se rechaza por inoperante dicho cargo.

**Segundo cargo**

Alega el recurrente al fundar este motivo de tacha que la transacción sería ilegal, en caso de que efectivamente se hubiera celebrado, porque el doctor Dené carecía de poder suficiente de la empresa del Ferrocarril para convenir en ella y no puede transigirse sino por persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción. (Arts. 2470 y 2471 C. C.)

Se observa:

No ha sido materia del debate si la transacción fue debidamente celebrada por persona que tenía la personería suficiente o el mandato de la empresa a cuyo nombre se transigió, sino si tal contrato se perfeccionó y ha tenido la virtualidad de producir el enervamiento de la acción de perjuicios incoada en este juicio. Por lo demás, quien puede alegar la ilegitimidad de la personería con que ha podido actuar alguno de los litigantes es la parte que ha sido indebidamente representada y no es la contraparte, sino el interesado, quien puede alegar la falta de representación o de personería adjetiva de su apoderado.

Agréguese a lo dicho que en caso de que efectivamente el señor Dené hubiera hecho el arreglo transaccional sin poder suficiente o sobre derechos sobre los cuales carecía de plena facultad de disposición, en este último evento hubiera procedido como agente oficioso de la empresa demandada y el vicio de su personería quedó suficientemente saneado con la posterior ratificación que de dicha convención realizó la entidad representada, al darle cumplimiento a lo estipulado, como viene dicho en la parte anterior. C. C., art. 1506). Fuera de que la Empresa del Ferrocarril, tanto en la contestación de la demanda como de sus contestaciones en estrados, ha aceptado en toda su integridad la fórmula transaccional y sostiene que la ha cumplido en la extensión en que a su juicio ésta fue celebrada.

Sirve lo expuesto para rechazar este segundo cargo por inoperante.

**Fallo**

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el día 31 de mayo de 1938, que ha sido materia de este recurso.

Las costas del recurso serán de cargo del recurrente.

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

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

---

## MINAS

**1.—El régimen ordinario de adjudicación minera que rige en el país tiene diversas restricciones fundadas en motivos de distinta índole que les comunican una naturaleza jurídica propia. Hay restricciones que pertenecen al derecho privado por versar sobre intereses particulares, cuya variación puede ser materia de consentimiento privado, tales como las prohibiciones de denunciar minas de aluvión dentro de las pertenencias de una mina de veta titulada (Ley 292 de 1875, art. 52), o las redimidas a perpetuidad o por las cuales se están pagando los impuestos anuales establecidos (Ley 58 de 1909, artículo 3º y Decreto 223 de 1932, artículo 9º), y restricciones que corresponden al derecho público nacional, que están por esto mismo fuera de todo consentimiento particular. De esta última especie es la restricción consignada en la Ley 13 de 1937 que estableció que las minas descubiertas o que se descubran en los ríos navegables o en sus riberas en un trayecto de un kilómetro a lado y lado del cauce pertenecen a la reserva nacional y sólo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el Gobierno, con la excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a su vigencia y siempre que sus adjudicatarios o sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado de acuerdo con la ley. — 2.—La oposición autorizada por la legislación minera es una impugnación al derecho de un denunciante a que se le dé posesión de una mina, hecha por un particular con fundamento en un pretendido derecho anterior a esa misma mina. Siempre son derechos de particulares sobre minas que el Estado cede lo que se ventila ante el Poder Judicial en los juicios ordinarios que se originan en las oposiciones. En estos debates, en general, no pueden entenderse perjudicados ni limitados los poderes y facultades de soberanía que corresponden al Estado, pertenecientes al orden público y relacionados con la reglamentación de la explotación minera, en la parte que permanece aún dentro de su patrimonio, sobre minas que no han sido todavía adjudicadas por no haber culminado en relación con ellas el proceso administrativo que establece la ley. El Estado puede, como dueño de la propiedad minera, por medio de leyes dictadas por motivos de utilidad pública e interés nacional, sustraer minas del régimen general del Código declarándolas inadjudicables y estableciendo para ellas un régimen especial de explotación.— 3.—Es el Ejecutivo el órgano legalmente adecuado para apreciar y declarar si una mina está o no comprendida en la reserva nacional para decidir sobre su adjudicabilidad, ya se trate de nuevos avisos o de los expedientes en curso, como está dispuesto en el Decreto 1600 de 1937, sustituído por el capítulo X del número 836 de 1938, reglamentario de la Ley 13 de 1937 que estableció la reserva nacional de propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicados en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. El aviso confiere un derecho preferente respecto de los demás particulares a obtener la adjudicación de la mina, pero es apenas una diligencia administrativa previa que si otorga algunos derechos determinados en orden a las diligencias subsiguientes para la obtención del título, no confiere por sí mismo ningún derecho en la mina y constituye en cuanto al dominio del inmueble una mera expectativa de derecho que en manera alguna puede oponerse a las variaciones que consagre la legislación pública del Estado, titular del dominio minero.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca).

### Antecedentes

Ante el Alcalde del Municipio de Barbacoas, en su propio nombre, el día 22 de ju-

nio de 1935, Edmundo del Castillo avisó la mina de oro de aluvión denominada "Teraimbe", sita en terrenos baldíos de la margen derecha del río Telembí, en jurisdicción del distrito de Barbacoas, como abandonada por el señor Rafael Reyes y otros, cuya vecindad y nombres afirmó que le eran desconocidos

El 25 de ese mismo julio se presentó el avisante ante la Gobernación del Departamento de Nariño con el objeto de formular el denuncio de la mina en la forma legal, y esta oficina, previas las formalidades del caso, libró comisión al Alcalde de Barbacoas para que con el procedimiento de ley procediera a dar posesión de la mina a su denunciante del Castillo.

Rafael Reyes Angulo como Presidente de la sociedad ordinaria de minas Teraimbe, Cumainde y La Manuelita, después de pedir inútilmente reposición del auto de la Gobernación en que se admitió el denuncio de la mina, por medio de apoderado se opuso a la posesión pedida por del Castillo, en escrito de 3 de diciembre de 1935, oposición que fue admitida por la Gobernación Departamental y enviada al funcionario comisionado para la posesión a fin de que oportunamente pasara al Juez competente.

En providencia del 3 de febrero de 1936 el Juzgado del Circuito de Barbacoas dispuso que se corriera traslado de la oposición al restaurador para que formulara la correspondiente demanda como actor. En cumplimiento de este auto el restaurador del Castillo, en libelo de 22 de julio de 1936, pidió que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario seguido con audiencia de la sociedad ordinaria de minas Teraimbe, Cumainde y La Manuelita, representada por su apoderado o por su Presidente, se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que la mina de aluvión denominada Teraimbe, situada en la margen izquierda (sic) del río Telembí, en jurisdicción del Municipio de Barbacoas, y comprendida dentro de los linderos expresados en el aviso, estaba abandonada el día 25 de julio de 1935, por cuanto ni sus antiguos titulantes, ni persona alguna había pagado en tal fecha los impuestos de tal mina en varias anualidades.

b) Que estando por lo expuesto abandonada la mina, le asistía perfecto derecho a Edmundo del Castillo para presentarse a avisarla, denunciarla y efectuar las diligencias previas indispensables para obtener el título como restaurador de la mina.

c) Que, por tanto, le asiste derecho al restaurador para la adjudicación de la mina nombrada por cuanto sus antiguos dueños han perdido la propiedad de ella.

d) Que se ordene adelantar las diligencias administrativas de posesión de la mina, expedición del título y demás hasta que se extienda título de propiedad de la mina Teraimbe a favor de Edmundo del Castillo.

Como hecho esencial de esta acción ordinaria se adujo el de que la mina de oro, de aluvión, denominada Teraimbe pertenecía, por título revalidado, a la sociedad ordinaria de minas Teraimbe, Cumainde y La Manuelita, constituída por escritura pública número 1998 de 15 de septiembre de 1920, de la Notaría 3ª de Bogotá, pero que esta sociedad la dejó caer en abandono por la omisión en el pago de los impuestos legales respectivos durante varias anualidades. Los demás hechos enunciados en la demanda se refieren al recuento de las diligencias administrativas de aviso y denuncio de la mina.

La sociedad demandada contestó la demanda por medio de apoderado el 29 de agosto de 1936 oponiéndose a que se hicieran las declaraciones suplicadas y negando el hecho fundamental de que la mina en cuestión estuviera abandonada el memorado 25 de julio de 1935, de modo que no estando abandonada, ni el actor ni nadie podía avisarla y denunciarla. Añade la demanda que la mina Teraimbe está amparada por título colonial revalidado por el Estado Soberano del Cauca que data de 300 años, por lo cual no es de aquellas que en derecho minero se conocen con el nombre de denunciables, y alega, finalmente, que la mina avisada por el actor no está en terrenos baldíos sino en territorio de Teraimbe, que no es solamente una mina sino una hacienda, de propiedad particular, de donde

deduce que fue ilegítimamente avisada por haberlo sido sin permiso del propietario del suelo. Sobre estas afirmaciones asienta el reo sus excepciones perentorias de carencia de acción y petición de un modo indebido.

Trabado así el juicio, el Juzgado del Circuito de Barbacoas lo sentenció en primera instancia el 17 de abril de 1937 acogiendo todas las súplicas de la demanda. Apelado este fallo, el Tribunal Superior del distrito judicial de Pasto, en sentencia del 1º de abril de 1938 lo confirmó con la aclaración adicional de que "los dueños anteriores de la mina Teraimbe conservan la propiedad de las casas, máquinas, muebles, útiles, etc., que haya en el establecimiento abandonado" y que "las diligencias administrativas posteriores, hasta la expedición del título de adjudicación, si a ello hubiere lugar, quedan condicionadas a lo dispuesto en la ley 37 (sic) de 1937 y en los Decretos reglamentarios respectivos".

---

### La sentencia acusada

En referencia con el abandono de la mina Teraimbe, cuestión principal del litigio, consideró el Tribunal las pruebas aducidas por parte y parte, consistentes en certificaciones expedidas por la Administración de Hacienda Nacional de Nariño sobre pago del impuesto legal de la mina, y después de cotejar las fechas de los pagos comprobados con las en que se hicieron el aviso y denuncio de Teraimbe, llegó a la conclusión de que "no puede remitirse a duda que estuvo abandonada la mina" en el día o para la fecha en que fue avisada y denunciada por Edmundo del Castillo.

Se considera en seguida en la sentencia la cuestión referente a la denunciabilidad de la mina, para lo cual se hace un detallado recuento de las diversas legislaciones que se han sucedido en el país, para concluír que "todas las minas adjudicadas antes de la vigencia del C. de M., cualquiera que hubiera sido su situación jurídica anterior, están colocadas en condiciones iguales a las que se han adjudicado con posterioridad, es decir, pueden ser denunciadas en los casos y con las formalidades previstos en el código, ya porque no se pague el impuesto oportunamente o ya porque no se laboren o trabajen".

Respecto del punto sostenido por la demandada de que el aviso fue ilegítimo por ser la sociedad minera opositora dueña no solamente de la mina sino del suelo o superficie que por estar destinado a la agricultura imponía la aplicación del artículo 3º de la ley 38 de 1887, asienta el Tribunal que la sociedad demandada tenía la obligación de probar el dominio tanto del terreno como de la mina y que tal obligación no fue satisfecha en ninguno de sus extremos, pues los títulos presentados en el juicio no demuestran la propiedad de la demandada por adolecer de soluciones de continuidad y carecer de requisitos legales en materia de registro. Agrega el Tribunal que ni aun en el supuesto de que la titulación del dominio fuera perfecta podría prosperar la defensa porque la prueba testimonial aducida en demostración del hecho de que Teraimbe está destinada a la agricultura es insuficiente porque tal hecho debe ser materia de prueba pericial y añade, como razón final sobre este particular, que el artículo 3º de la ley 38 de 1887 no puede servir de fundamento a una oposición, por haber sido reformado o modificado por la ley 13 de 1937, artículo 4º, que redujo el derecho del dueño de terrenos destinados a la agricultura o la ganadería en que haya minas de aluvión o veta a avisar y denunciar dichas minas durante un año, reservando exclusivamente al Gobierno la facultad de señalar las zonas en que no puedan denunciarse minas de aluvión.

El capítulo final de la sentencia, bajo el epígrafe "reserva nacional", está destinado a la consideración del punto propuesto al Tribunal por la parte demandada, referente a que la mina Teraimbe no es denunciable ni adjudicable, ni aun en el caso de demostrarse su abandono, por estar incluída dentro de la reserva nacional establecida en el artículo 1º de la ley 13 de 1937. Sobre este particular consideró el Tribunal que esta disposición como las de los decre-

tos que la reglamentan son aplicables a este litigio porque el derecho preferencial a que alude el artículo 117 del C. de M., sólo tiene aplicación en controversias entre particulares, pero no respecto del Estado, de donde dedujo la necesidad de añadir a la sentencia la declaración de que la posesión de la mina y demás diligencias administrativas hasta la expedición del título, si a ello hubiere lugar, tienen que conformarse al nuevo estatuto administrativo dentro del cual corresponde al órgano ejecutivo decidir si la mina está o no reservada por la ley 13 de 1937 como perteneciente a la reserva nacional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5º y 9º del Decreto número 1600 del año citado.

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, cuyo contenido y fundamentos acaban de compendiarse, interpusieron recurso de casación ambas partes, el cual, legalmente fundado y preparado, se pasa a decidir con la debida separación.

**Recurso de la parte demandada**

El apoderado en casación de la sociedad minera demandada acusa la sentencia recurrida, aunque no lo dice expresamente en su demanda, por la primera de las causales legales de casación señaladas en el artículo 520 del C. J. Bajo el título "Apreciación errónea de la prueba", pero sin explicar si se trata de errores de hecho o de derecho, se destina gran parte de la demanda a demostrar que el Tribunal apreció erróneamente la prueba producida en el juicio y destinada a establecer la condición de propiedad particular del terreno en que se halla la mina Teraimbe, porque habiéndose hecho el aviso y denuncio de ella por del Castillo como ubicada en terrenos baldíos y habiéndose negado por la sociedad opositora que tales terrenos lo fueran, la controversia quedó circunscrita en este punto a determinar si el territorio en que se encuentra la mina es efectivamente baldío o no, y el Tribunal mismo reconoce en su fallo que esos terrenos dejaron de ser de propiedad del Estado desde el año de 1797 en que fueron cedidos, junto con la mina, a don Fernando de Angulo sin que desde entonces hayan vuelto a formar parte del patrimonio estatal. Erró igualmente el Tribunal —afirma el recurrente— al desestimar la prueba testimonial como hábil para acreditar el hecho de que los terrenos de ubicación de la mina Teraimbe están destinados a la agricultura.

También se formula el cargo de violación de ley sustantiva, por interpretación errónea, en que incurrió el Tribunal al declarar que el artículo 3º de la ley 38 de 1887, vigente al comenzar el pleito, no puede servir de fundamento a una oposición por haberlo reformado la ley 13 de 1937. Se violó así, interpretando erradamente también el artículo 28 de la ley 153 de 1887, la disposición de carácter sustantivo contenida en el citado artículo 3º.

Se considera:

La condición jurídica de mina abandonada que conforme a la sentencia corresponde a la de Teraimbe como consecuencia del no pago oportuno del impuesto legal de estaca, es extremo que ha quedado fuera del recurso de casación por no dirigirse ningún cargo ni reparo del recurrente contra esta conclusión de la sentencia. Tampoco ha sido atacada la legalidad del fallo en lo concerniente a la denunciabilidad de la mina desde el punto de vista de su adjudicación anterior a la vigencia del actual código sobre la materia. La acusación se endereza contra la validez de las diligencias de aviso y denuncio de la mina hechos por Edmundo del Castillo, actos que se califican de ilegítimos y desprovistos de valor legal, porque estando ubicada la mina en terrenos de propiedad privada, como según el recurrente lo acepta el Tribunal, el avisante de Teraimbe ha debido solicitar a quien fuera dueño del terreno el permiso de que trata el artículo 3º de la ley 38 de 1887, de donde deduce el recurrente que tales actos no pueden impedir a la sociedad demandada la recuperación del derecho sobre la mina pagando las cuotas de los años atrasados, de acuerdo con la disposición del artículo 163 del C. de M.

Independientemente de la calificación jurídica que corresponda a la validez del avi-

so en referencia, se advierte a primera vista que la conclusión que se liga a tal acto sobre vigencia del derecho de recuperación es improcedente, porque habiendo sido declarado el abandono de la mina en sentencia judicial, inmodificable en esta parte como ya se vio, el dominio de la mina regresó al patrimonio del Estado dejando sin actualización posible el derecho que concede el citado art. 163.

Para decidir la cuestión referente a la propiedad de la mina de Teraimbe y del terreno en que se halla ubicada, el Tribunal tuvo bajo su consideración y análisis los siguientes domumentos, enumerados en la sentencia:

Escritura pública número 2483, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá el 15 de septiembre de 1916, por medio de la cual Euclides de Angulo protocolizó los títulos de la mina Teraimbe, de los cuales resulta: a) El 26 de octubre de 1796, Fernando de Angulo, a nombre de su mujer, pidió al Teniente de la Gobernación, Alcalde Mayor de Minas, etc., de Barbacoas, que lo amparara en la posesión de la mina Teraimbe por haber perdido los títulos primitivos. El funcionario español, al día siguiente, concedió el amparo demandado en estos términos: "Amparo de nuevo y concedo registro a don Fernando de Angulo de la mina de labor nombrada Nuestra Señora del Rosario de Teraimbe, que relacionan haber sido poseída por los antepasados de su esposa, en cuya posesión será mantenido sin inquietud ni contradicción alguna, bajo los límites y linderos que se señalan....." El Regidor de Barbacoas, por comisión del Teniente de la Gobernación, citados los colindantes, entregó materialmente la mina al demandante el 9 de enero de 1797, de acuerdo con el acta en que se lee: "....por linderos los expresados dentro de los cuales queda pacíficamente y sin contradicción ninguna posesionado en el directo dominio que con ella ha adquirido a las dichas tierras y minas....." b) El 5 de noviembre de 1866, el Presidente del Estado Soberano del Cauca, bajo el número 95, refrendó el título de la mina Teraimbe de acuerdo con la ley 66 de 1859, así: "....se expide nuevo título de propiedad a favor de los herederos legítimos del finado señor doctor Miguel W. de Angulo para que estén en posesión de la mina de Teraimbe y los terrenos adyacentes Cumainde, pues los documentos del caso han sido presentados en tiempo oportuno....." c) El Gobernador del Departamento del Cauca, con fecha 25 de febrero de 1890, bajo el número 477, revalidó el título de la mina Teraimbe para el señor Fernando Angulo y para sus hermanos legítimos conforme a lo dispuesto en los artículos 129 y 132 del C. de M. Este título revalidado se registró en Popayán en el libro 2º el 3 de junio de 1900. d) Por escritura pública número 1207, pasada ante la Notaría 2ª de Bogotá, el 22 de julio de 1918 se protocolizó el juicio sucesorio de Miguel W. de Angulo y Antonia Lemus, por el cual se sabe que se adjudicó a Reyes e Hijo como acreedores del pasivo y cesionarios de los derechos de Miguel W. y Antonio Angulo la suma de $ 3,708 con nueve centavos, que se pagó en un derecho proindiviso de valor equivalente en las minas de Teraimbe, Cumainde y Manuelita, estimadas en la cantidad de $ 13,500, ubicadas en el Municipio de Barbacoas. Aquí mismo consta que la partición se registró en la Oficina de Bogotá, el 19 de julio de 1918. e) Los señores Manuel José Guzmán, Rafael Reyes y Angulo, Francisco Angulo B. y Francisco Angulo S. suscribieron un acta, que luégo protocolizaron en la Notaría 2ª de Bogotá, bajo el número 1,998 el 15 de septiembre de 1920, en la cual, después de reconocerse como representantes de los distintos interesados, manifiestaron su voluntad de constituír una sociedad ordinaria de minas denominada Teraimbe, Cumainde y La Manuelita; determinaron la participación de cada uno de los grupos y designaron a Rafael Reyes Angulo como presidente para que asumiera la representación de la sociedad judicial y extrajudicialmente.

"No se discute — dice el Tribunal al estudiar esta titulación — que el amparo concedido por el Teniente de la Gobernación de Barbacoas al señor Fernando de Angulo, comprendía no sólo las minas, sino también los terrenos adyacentes, como expresamente se dijo en el acta de posesión, que en lo

conducente se copió atrás; pero lo que sí resulta en extremo deficiente son los títulos que se han presentado a juicio, porque, además de existir una solución de continuidad en ellos, los que se han allegado no reúnen los requisitos legales". Para el Tribunal, fuera de este amparo de posesión en 1796, no hay ninguna prueba instrumental de donde pudiera deducirse el dominio de las tierras en que se halla ubicada la mina Teraimbe en favor de la compañía demandada. Así lo dejó consignado en esta declaración perentoria de su sentencia: "Por lo tanto, respecto de la Mina o Hacienda de Teraimbe, fuera del título colonial, no existe otro alguno que demuestre que a la sociedad opositora se le haya transferido el derecho de dominio que alega, ni menos que lo haya adquirido por prescripción".

En el recurso que se estudia no se ataca esta conclusión de falta de prueba del dominio de la sociedad minera sobre la Hacienda Teraimbe, fundada en la falta de continuidad en el encadenamiento de los títulos, sino que haciendo pie en la declaración que hace la sentencia de que existió dominio privado sobre las tierras de la ubicación de la mina, esto es, que no son baldías, se afirma y sostiene que la mina no tenía la calidad de avisable, denunciable ni adjudicable respecto de todo el que no fuera el dueño del terreno o que tuviera su licencia, y quien quiera que fuera tal dueño.

Disponía el artículo 3º de la Ley 38 de 1887, modificada por la Ley 13 de 1937 pero vigente al tiempo de formularse la oposición que dio origen a este litigio, que las minas de aluvión existentes en terrenos de propiedad particular, cultivados o destinados a la cría o ceba de ganados, sólo podían denunciarse por el dueño de tales terrenos o con su permiso. De acuerdo con esta disposición, dictada en la creencia de oposición entre los intereses de las industrias agrícola y pecuaria, por una parte, y los de la industria minera, por la otra, para defender los primeros, y modificada en 1937 con criterio de fomento minero se necesitaban dos elementos esenciales para su aplicación, a saber: Dominio de los terrenos en que se encontrara la mina, y que estas tierras estuvieran destinadas en forma permanente a cultivos agrícolas o a la cría o engorde de ganado. No se trata aquí, ni podría tratarse por ser un trámite exclusivamente administrativo, de la aceptabilidad o rechazo del aviso de la mina; lo que se considera es la legalidad de una oposición a la posesión de una mina con base en la disposición del citado art. 3º, y entonces el opositor, verdadero excepcionante en el juicio en que es demandado, tiene la obligación de demostrar los hechos en que funda su oposición, acreditando su propiedad sobre los terrenos destinados a la agricultura o la ganadería y en que se halla la mina de cuya posesión se trata. Pero no basta demostrar simplemente dominio particular, porque habiéndose establecido tal derecho en guarda y beneficio personal de los intereses del dueño del terreno, es indispensable comprobar que quien se opone es dueño. Sólo el propietario tiene el interés jurídico para accionar o excepcionar. No es suficiente aducir como se pretende el hecho negativo de no ser baldío el terreno, porque de ahí no se deduce que su propiedad pertenezca a la sociedad demandada. La legislación minera hace diferencia entre la mina y el terreno en que ésta se encuentre como bienes distintos, de modo que la prueba destinada a demostrar el dominio de ella no conlleva la del otro.

No habiéndose, pues, probado que la sociedad minera opositora y demandada es dueña de las tierras en que se halla ubicada la mina de aluvión de que se trata, resulta evidente que el Tribunal no incurrió en violación del art. 3º de la Ley 38 de 1887, ni directamente ni como consecuencia de equivocada apreciación probatoria, al negar la prosperidad de la oposición fundada en este texto legal. En estas condiciones, faltando el elemento esencial para la aplicabilidad de la citada disposición, huelga considerar el cargo de apreciación errónea de la prueba sobre el hecho de estar el terreno de Teraimbe destinado a cultivos agrícolas permanentes, y apenas habrá necesidad de advertir, sin incidencia en el fallo, que la Corte considera ilegal la restricción probatoria consignada en la sentencia cuando afirma

que el hecho de estar destinada la tierra a la ganadería o la agricultura no es susceptible de establecerse sino por medio de prueba pericial. Sobra asimismo el análisis de la acusación por quebrantamiento del artículo 28 de la Ley 153 de 1887 por haber afirmado el Tribunal, en calidad de razón accesoria, que el art. 3º de la citada Ley 38 de 1887 vigente a la iniciación del juicio, no daba base legal para la oposición por haber sido reformado por la Ley 13 de 1937, porque siendo idéntica la solución del caso al frente de cualquiera de las dos disposiciones, la cuestión carece completamente de interés e importancia.

Por lo visto, ninguno de los cargos formulados por la parte demandada recurrente da base legal para la infirmación del fallo acusado.

---

**Recurso de la parte demandante**

El apoderado del señor Edmundo del Castillo acusa la sentencia recurrida por la primera, segunda y séptima de las causales de casación, comenzando, dentro de un orden lógico, por la segunda, y terminando por la primera. En esta misma forma se consideran.

I. En fundamentación de la segunda causal referente a falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, afirma el recurrente que ni el actor ni el demandado formularon en ningún momento del juicio pretensión ninguna en relación con la propiedad de casas, máquinas, muebles, útiles, etc., que contiene el fallo recurrido en favor de los anteriores dueños de la mina Teraimbe, sobre lo cual no hay pruebas en autos, de manera que el Tribunal al hacer oficiosamente esta declaración incurrió en el motivo de casación aducido, fuera de que, desconociendo la sentencia la propiedad del demandado sobre la mina y el terreno de su ubicación, tal declaración de propiedad resulta en favor de personas indeterminadas. Se alega también inconsonancia entre la sentencia y la demanda en cuanto el Tribunal decidió, sin haber sido tal cosa materia de acción ni de excepción, que las diligencias administrativas posteriores sobre la mina Teraimbe hasta la expedición del título, si a ello hubiere lugar, quedan sometidas o condicionadas a lo dispuesto en la Ley 13 de 1937 y a los Decretos reglamentarios respectivos.

Se considera:

Se trata en el caso de estudio de una mina no de nuevo descubrimiento, sino desierta o abandonada, como se dice por el actor en los correspondientes memoriales de aviso y denuncio, en los cuales se advierte que sus últimos poseedores fueron el señor Rafael Reyes Angulo y otros, quienes la abandonaron. Esto implica un dueño anterior, y la ley presume que en la explotación minera se emplearon casas, máquinas, muebles, útiles, etc., cuya propiedad, por expresa disposición del artículo 344 del C. de M., conserva siempre y en todo caso el anterior dueño de la mina abandonada. Esta reserva de dominio es una regla general y permanente que se cumple por ministerio de la ley; no es extremo que se haya producido por exclusiva virtud de la sentencia, que al incluírla en sus disposiciones apenas se limitó a reconocer un efecto legal y lógico de su declaración de abandono de la mina Teraimbe y no en beneficio de seres indeterminados porque la noticia sobre sus anteriores dueños y poseedores se tiene en el proceso hasta por la propia afirmación de los nuevos denunciantes de la mina. El desconocimiento o la falta de demostración sobre propiedad de las tierras en que está ubicada la mina de aluvión no contradice ni estorba la reserva de dominio de que se trata porque con lo que ella se relaciona es con la propiedad de la mina, cuyo reconocimiento va implícito en la declaración de abandono.

No puede decirse, pues, que la inclusión de una norma legal pertinente e imperativa en la sentencia, haya traído un elemento **extra petita** que dé procedencia al motivo segundo de casación.

Tampoco hace hacer la sentencia bajo esta causal la circunstancia de que el Tribunal hubiera adicionado el fallo del pri-

mer grado con la declaración de que las diligencias administrativas conducentes a la obtención del título de propiedad sobre la mina, si a tal extremo hubiere de llegarse, quedaban condicionadas con las disposiciones de la ley de 1937 y sus reglamentaciones ejecutivas correspondientes, por las breves razones que en seguida se expresan.

El régimen ordinario de adjudicación minera que rige en el país tiene diversas restricciones fundadas en motivos de distinta índole que les comunican una naturaleza jurídica propia. Hay restricciones que pertenecen al derecho privado por versar sobre intereses particulares, cuya variación puede ser materia de consentimiento privado, tales como la prohibición de denunciar minas de aluvión dentro de las pertenencias de una mina de veta titulada (Ley 292 de 1875, art. 52.), o las redimidas a perpetuidad o por las cuales se están pagando los impuestos anuales establecidos (Ley 58 de 1909, art. 3º y Decreto 223 de 1932, artículo 9º), y restricciones que corresponden al derecho público nacional, que están por esto mismo fuera de todo consentimiento particular. De esta última especie es la restricción consignada en la Ley 13 de de 1937 que estableció que las minas descubiertas o qúe se descubran en los ríos navegables o en sus riberas en un trayecto de un kilómetro a lado y lado del cauce pertenecen a la reserva nacional y sólo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el Gobierno, con la excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a su vigencia y siempre que sus adjudicatarios o sucesores hayan conservado y conservan sobre ellas el dominio privado de acuerdo con la ley.

La oposición autorizada por la legislación minera es una impugnación al derecho de un denunciante a que se le dé posesión de una mina, hecha por un particular con fundamento en un pretendido derecho anterior a esa misma mina. Siempre son derechos de particulares sobre minas que el Estado cede lo que se ventila ante el Poder Judicial en los juicios ordinarios que se originan en las oposiciones. En estos debates, en general, no pueden entenderse perjudicados ni limitados los poderes y facultades de soberanía que corresponden al Estado, pertenecientes al orden público y relacionados con la reglamentación de la explotación minera, en la parte que permanece aún dentro de su patrimonio, sobre minas que no han sido todavía adjudicadas por no haber culminado en relación con ellas el proceso administrativo que establece la ley. El Estado puede, como dueño de la propiedad minera, por medio de leyes dictadas por motivos de utilidad pública o interés nacional sustraer minas del régimen general del código declarándolas inadjudicables y estableciendo para ellas un régimen especial de explotación.

Esta cuestión relacionada con las minas de aluvión de la reserva nacional ha sido objeto de controversia en las instancias del juicio, y ahora se propone ante la Corte como un extremo de la sentencia ajeno completamente a las pretensiones de los litigantes para pedir su infirmación. En concepto de la Sala, no tratándose de minas adjudicadas con anterioridad a la ley que estableció la reserva nacional de que se trata, es punto que por ser de orden público nacional no puede ser objeto de ninguna pretensión particular, de manera que su presencia en el fallo en forma de condición obligatoria en el proceso administrativo de adjudicación de la mina Teraimbe, no añade nada en realidad a la sentencia y no puede considerarse como la agregación de un elemento de condena que altere la relación procesal establecida con la expresión oportuna de las pretensiones de los litigantes. Es el Ejecutivo el órgano legalmente adecuado para apreciar y declarar si una mina está o no comprendida en la reserva nacional para decidir sobre su adjudicabilidad, ya se trate de nuevos avisos o de los expedientes en curso, como está dispuesto en el Decreto 1600 de 1937, sustituído por el capítulo X del número 836 de 1938, reglamentario de la Ley 13 de 1937 que estableció la reserva nacional de propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riveras de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río.

El aviso confiere un derecho preferente respecto de los demás particulares a obte-

ner la adjudicación de la mina, pero es apenas una diligencia administrativa previa que si otorga algunos derechos determinados en orden a las diligencias subsiguientes para la obtención del título, no confiere por sí mismo ningún derecho en la mina y constituye en cuanto al dominio del inmueble una mera expectativa de derecho que en manera alguna puede oponerse a las variaciones que consagre la legislación pública del Estado, titular del dominio minero. Sobre esta cuestión de los derechos generados por el aviso y el denuncio de minas en relación con la Nación, la doctrina jurídica de la Corte ha sido constante en el sentido expresado. En sentencia del 31 de agosto de 1936, Tomo XLVI de la G. J., pág. 271, dijo: "Evidentemente el art. 117 (del Código de Minas), establece que en el caso por él contemplado se adquiere un derecho preferente al de toda otra persona. Lo que quiere decir que el artículo da la norma para resolver conflictos por razón de posibles derechos opuestos de varios particulares entre sí. Lo confirma el propio título del capítulo respectivo del código: "Prelación de derechos **entre los que pretenden una mina**" (subraya la Sala). Los derechos aquí contemplados, son, pues, los que surgen entre distintas personas y no entre éstas y el Estado, dueño de las minas. Las reglas del capítulo se aplican para resolver dificultades o conflictos entre varios avisantes o denunciantes u otros que pretendan tener derecho a la adjudicación de una mina. Pero por sobre los derechos de todos ellos a obtener la titulación respectiva, se halla colocada la ley que manda o prohibe adjudicar minas a particulares, que cuando es prohibitivo hace imposible para todos los interesados, cualquiera que sea la posición jurídica en que ellos se encuentren entre sí, adquirir las minas por medio de la adjudicación y titulación respectivas".

II. La acusación por el séptimo de los motivos de casación, referente a haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia, declarándolo así en el fallo, se hace consistir en que el sentenciador se abstuvo de decidir si ha de adelantarse o no la denuncia de la mina dándole posesión y expidiéndole título de propiedad al denunciante al dejar la decisión de este punto al Gobierno con el pretexto de que es a éste al que corresponde determinar si la mina Teraimbe está o no dentro de la llamada reserva nacional.

El Tribunal no se abstuvo de conocer de ningún asunto de su competencia, ni su fallo contiene ninguna declaración en este sentido, como se ve de su simple lectura. Otra cosa es que haya adicionado la sentencia con la declaración de que las diligencias administrativas subsiguientes a la que originó la oposición que ahora se resuelve quedaban sometidas o condicionadas por la Ley 13 de 1937, declaración ésta en realidad innecesaria, porque el imperio de esa ley no es susceptible de sufrir restricciones de ninguna naturaleza por efecto del fallo proferido en este juicio entre dos particulares. La sentencia que ordenara adelantar los trámites administrativos hasta expedir el título de propiedad de Teraimbe en favor de Edmundo del Castillo, como está pedido en el libelo y decretado en el fallo de la primera instancia, carecería de obligatoriedad contra la Nación que no ha sido parte en el litigio, si en la oportunidad de calificar por su órgano adecuado la adjudicabilidad de la mina para verificarla, encontrara que está prohibida por una ley la expedición del título de propiedad por estar reservada para la Nación. Si Teraimbe no hace parte de la reserva nacional, la sentencia acusada, que sólo expresa una condición en este sentido, no será obstáculo para que culminen en favor del demandante las correspondientes diligencias administrativas ante las autoridades competentes.

III. En relación con la primera de las causales del art. 520 del C. J., colocada en último lugar en la demanda, se señalan como violados por el Tribunal, unos por errada interpretación y otros por falta de aplicación, los artículos 70, 117, 118, 127, 128 del C. de M., 26, de la C. N., 1º de la Ley 13 de 1937, 17 de la Ley 153 de 1887 y 19 del C. F. La razón fundamental en que se hace reposar de modo general el cargo de infracción de estos preceptos legales se hace consistir en la afirmación de que el Tribunal

erró al decir que el derecho de preferencia a que alude el art. 117 del C. de M. sólo es aplicable en controversias entre particulares y no en relación con el Estado, porque es evidente que las minas denunciables mientras no sean avisadas tienen la condición jurídica de res nullius y no pertenecen a la Nación, de modo que el solo aviso confiere un derecho no solamente preferencial sino real que obliga al Estado y que no puede modificarse por ninguna ley posterior aunque todavía no se haya obtenido el título correspondiente.

Para rechazar esta última acusación, fundada en consideraciones notoriamente injurídicas, fuera de las razones que la Sala deja expuestas en el aparte primero de este capítulo del fallo, basta pasar la vista por el artículo 199 de la nueva Codificación Constitucional, en que se declara que las minas pertenecen a la República de Colombia, para que quede sin sentido la aseveración de que son res nullius. Ya se dijo el significado y alcance que corresponde al aviso en el proceso administrativo a través del cual el Estado cede la posesión y propiedad de sus minas, y apenas es necesario añadir que su dominio solamente se adquiere por virtud del título de adjudicación debidamente registrado. (Arts. 4, 70, 94, ord. 2º, 98, 99, 100, 291 y 303 del C. de M.).

No resultando fundada, según lo expuesto y razonado, ninguna de las acusaciones formuladas por demandante y demandado contra la sentencia recurrida, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto el 1º de abril de 1938, que ha sido materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

## DESISTIMIENTO

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 3º del Circuito de Bucaramanga, Felisa Leal demandó a su cónyuge Luis Mantilla para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se decretara la separación de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal formada por ellos y se procediera a su liquidación de acuerdo con la ley. Agotados los trámites del primer grado, el Juzgado del Circuito en fallo de 22 de noviembre de 1937 decidió al tenor de las súplicas de la demanda. Recurrido este fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga lo confirmó en sentencia de 22 de octubre de 1938. Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia el Tribunal concedió el recurso de casación oportunamente interpuesto por el demandado. Por esta razón está a conocimiento de la Corte el presente negocio.

En memorial dirigido a la Corte, fechado el 31 de mayo del año que corre, Luis Mantilla y Felisa Leal de Mantilla manifiestan que conjuntamente desisten, la primera del juicio y el segundo del recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal, por el hecho de haberse "entendido cordialmente y practicado de común acuerdo la partición de los bienes sociales", y piden que se levante el embargo de los bienes y demás medidas preventivas que se dictaron.

Como el escrito de desistencia ha sido presentado en la forma que prescribe el artículo 461 del C. J. y no existe ninguno de los impedimentos a que se refiere el art. 465 de la misma obra, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, da por desistidos a los memorialistas del presente juicio y ordena el levantamiento del embargo y demás medidas preventivas a que se refieren.

Por el Juzgado de origen se librarán los despachos correspondientes y se verificará la entrega de los bienes.

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

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

REIVINDICACION. — BUENA FE EXENTA DE CULPA. — ERROR COMMUNIS FACIT JUS

**1. Es el caso de aplicar la máxima ERROR COMMUNIS FACIT JUS cuando los sistemas jurídicos de publicidad en el derecho positivo del país no le permiten al tercero de buena fe, por prudente y diligente que se muestre, conocer oportunamente el hecho jurídico cuya ignorancia lo indujo a error, que fue lo que ocurrió en caso cuyo pleito falló la Corte.—2. Están conformes los tratadistas en que para la aplicación de la máxima protectora del error común creador del derecho, lo mismo significa que se está en presencia de un error de hecho que en uno de derecho, puesto que la buena fe es un fenómeno moral que ni está subordinado exclusivamente al error de hecho ni queda destruído por el de derecho. No interesa, por lo tanto, su origen y debe atenderse únicamente a su excusabilidad; porque en este orden de ideas y en el terreno de la apariencia, tan excusable puede ser el uno como el otro. Pero para que dicha máxima tenga su aplicacación y establezca una restricción o limitación al principio latino "NEMO PLUS JURIS IN ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET", se requiere la existencia de dos elementos a saber: a) Que se trate de un error generalizado y por lo tanto común y colectivo para el medio social en que se actúa; b) Que tal error haya sido invencible, en términos que el hombre más prudente, avisado y diligente lo hubiera cometido.—3. Ha sido doctrina constante de la Corte la de que decretada judicialmente una reivindicación, las prestaciones recíprocas se producen DE JURE, lo que significa que no es preciso que no hayan sido pedidas en la demanda o en su respuesta.**

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

## Antecedentes

I. Tomás Corredor, vecino de Pradera (Valle) transfirió a título de dación en pago, a los señores Lesmes A. Avenia, Miguel Figueroa C., José Antonio Caicedo L. y Francisco Acevedo, la propiedad que tenía el otorgante sobre una finca de campo con capacidad de 121 plazas, denominada "El Carmen" o "Ancón", ubicada en el globo comunero llamado "El Bolo de los Escobares", situado en el distrito de Pradera, cuyos linderos determina el título respectivo, que lo es la escritura 370, de 17 de diciembre de 1907, Notaría 1ª de Palmira. Figueroa C., Caicedo L. y Acevedo cedieron sus derechos en esa finca, por el mismo instrumento, a Lesmes A. Avenia, quedando éste como único dueño del inmueble objeto de la dación en pago.

2. Lesmes A. Avenia y Rafaela Vaca de Avenia, su esposa, transfirieron esa finca a Eufenia Avenia de Corredor, casada con Tomás Corredor, a título de venta por escritura número 385 de 22 de octubre de 1918, Notaría 2ª de Palmira.

3. Posteriormente Eufenia Avenia de Corredor y su marido Tomás Corredor, vendieron al mismo Lesmes A. Avenia todos los bienes que de éste y de su esposa había adquirido la vendedora Avenia de Corredor, venta en la que se incluyó la finca de "El Carmen" o "Ancón", con la misma cabida de 111 plazas. Esta nueva compraventa se efectuó por escritura número 233, de 13 de junio de 1919, de la misma Notaría.

4. Antes de dividirse la comunidad en referencia, Lesmes A. Avenia hizo donación a la señora Eufemia Avenia de Corredor de la finca de "El Carmen" o "Ancón" con la misma cabida. Esta donación, previa insinuación, se hizo constar por instrumento número 250, de 23 de junio de 1919, otorgado en la misma Notaría 2ª

5. Algún tiempo después la comunidad "El Bolo de los Escobares" fue dividida por un Tribunal de Arbitramento, y tanto la sentencia como los trabajos de partición y adjudicación, se protocolizaron por escritura número 125, de 30 de abril de 1921, corrida en la Notaría 1ª de Palmira. En este juicio divisorio se adjudicó a Tomás Corredor el lote número 92, por los linderos que

dicho instrumento determina, los cuales corresponden a los de la finca "El Carmen" o "Ancón", según inspección ocular corriente en autos.

6. Reputándose de nuevo dueño Tomás Corredor del referido inmueble, a virtud de la adjudicación que se le hizo en el globo comunero "El Bolo de los Escobares", lo vendió al señor Ibrahím Tello T., por escritura número 382, de 5 de octubre de 1922, Notaría 1ª de Palmira, señalándole una cabida de 63 plazas 5626 varas cuadradas.

7. Por instrumento número 70, de fecha 14 de enero de 1927, corrido en la Notaría 2ª de Cali, Ibrahím Tello T., hipotecó a favor del Banco Agrícola Hipotecario, Sucursal de Cali, para garantizar el pago de una cantidad recibida en calidad de mutuo, el inmueble denominado "Murillo" o "El Carmen" de 136 fanegadas aproximadamente, dentro del cual está comprendido, según asevera la parte demandante, el predio de "El Carmen" o "Ancón".

---

**Juicio ordinario**

Con fundamento en la escritura número 250 de 1919, en que consta la donación hecha por Lesmes A. Avenia a favor de Eufemia Avenia de Corredor, promovió ésta juicio ordinario ante el Juez del Circuito de Palmira contra Ibrahín Tello T., Tomás Corredor y el Banco Agrícola Hipotecario, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Condenar a Tello T. a entregar o restituír la finca "El Carmen", compuesta de 63 plazas y 5626 varas cuadras, con todos las frutos naturales y civiles que hubiere percibido durante el tiempo que la ha poseído o desde la contestación de la demanda;

b) Condenar al mismo Tello T. a pagar todos los deterioros y daños que ha sufrido la finca mientras ha permanecido en su poder o de que se hubiere aprovechado, y a las costas del juicio, si se opusiere;

c) Que es nulo el contrato de hipoteca contenido en la escritura número 70 de 1927, por medio de la cual Tello constituyó hipoteca a favor del Banco Agrícola Hipotecario sobre un inmueble rural en cuya área total está comprendida la finca mencionada;

d) Que se cancele el registro de la precitada escritura.

Como súplicas subsidiarias pidió la actora que se declara nulo el contrato de compraventa de la misma finca, celebrado entre su esposo Tomás Corredor e Ibrahín Tello T. en el instrumento número 382 de 1922, y que, en consecuencia, se ordenara la cancelación de la inscripción del mencionado instrumento en la Oficina respectiva.

El demandado Tello demandó en reconción a la actora, solicitando que ésta, en su carácter de parte de la sociedad conyugal formada con su esposo Tomás Corredor, quedaba obligada a pagarle la mitad del precio de la venta efectuada y sus intereses legales; y que, como poseedor de buena fe, debe pagarle las mejoras puestos por él en la finca desde que la adquirió hasta el día en que se introdujo la demanda. Igualmente suplicó que hasta tanto que se le pague el valor de tales mejoras o se le asegure su pago a satisfacción, se le conceda el derecho de retener la finca que fue materia de la venta.

El Juez a quo desató la litis en sentencia de primer grado fechada el 22 de octubre de 1936, en la cual accedió a la petición de reivindicación y a sus naturales consecuencias, tales como devolución de la finca vendida, pago de todos los frutos naturales y civiles percibidos desde la contestación de la demanda y decretando la nulidad de la hipoteca constituída a favor del Banco Agrícola Hipotecario. Este fallo desechó las peticiones hechas en la demanda de reconvención.

---

**Sentencia recurrida**

Apelada esa providencia por los demandados Tello y el Banco, ante el Tribunal Superior de Cali y tramitada la secuela de rigor, esta entidad profirió sentencia fechada el 12 de julio de 1938, por medio de la

cual confirma la de primera instancia en sus declaraciones condenatorias 1ª, 2ª y 3ª, y la adiciona condenando a la actora Avenia de Corredor a pagar al demandado Ibrahím Tello T. la suma de $ 4,490.00 moneda colombiana, como valor de las mejoras puestas en el inmueble hasta la contestación de la demanda. Absuelve tanto a la demandante como a su esposo Tomás Corredor de los demás cargos de la demanda de reconvención.

Fundamenta su fallo el sentenciador de segundo grado en que se echa de menos la condición de dueño y la facultad de transferir el dominio en la persona del vendedor Tomás Corredor B., y por eso no puede sostenerse que hubo por una parte enajenación del inmueble perseguido, y por otra, adquisición de dicho inmueble (nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet).

Entra a estudiar el Tribunal el principio de la buena fe como fuente creadora de derechos, especialmente en su aspecto del error común y de la buena fe excusable por error invencible. Sin dejar de reconocer el Tribunal el valor que tiene la doctrina de los expositores sobre esta materia y la facultad del juzgador para apreciarlas y consagrarlas en determinados casos, concluye que en el de autos no es suficiente para crear una situación jurídica tal, que un tercero comprador aún non domino tuviera un derecho de dominio sobre el inmueble superior a aquél de que estaba investido el verdadero titular.

Alude también el Tribunal a la sentencia de casación pronunciada por la Corte el 20 de mayo de 1936 (G. J., número 1904) y anota que en ese fallo no se invoca la buena fe, para darle el efecto jurídico de creadora de propiedad, no obstante que se sigue paso a paso a Gorphe, expositor que atribuye a dicho principio el efecto de cubrir plenamente la falta de derecho y devalidar definitivamente el acto o la situación originada del error.

Fundamenta de manera especial su sentencia en las siguientes consideraciones: "De suerte que si en la ley o derecho civil colombiano hay artículos como el 752, según el cual no siendo el tradente verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada; que según el 789 para que la posesión inscrita cese, 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; que de conformidad con el artículo 946 la reivindicación o acción de dominio es la de que tiene el dueño de una cosa singular,, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla; y que la buena fe definida en el artículo 768, por imperio de los anteriores preceptos, no le concede al poseedor que la tuvo, más gracias que las determinadas en el Capítulo IV, Título XII del Libro II, llégase a la conclusión de que no es posible—en casos como el presente—darle un alcance al consabido principio que muy bello es y del que ha de esperarse una mayor penetración en nuestro derecho positivo".

---

**Recurso de casación**

Contra las decisiones de ese fallo recurren en casación los demandados y alegan como motivos de tacha los comprendidos en las causales 1ª, 2ª y 4ª de las establecidas en el artículo 520 del C. J. Así las resume el recurrente:

Causal primera:

A). Violación de los artículos 740, 752, 768, 789, 946 y 1871 del C. C. Viola el fallo recurrido estas disposiciones, ya por indebida aplicación, ora por interpretación errónea al caso del pleito.

Sostiene el recurrente que el Tribunal no le asignó a la función creadora de la buena fe el efecto jurídico que el caso de autos reclama, como era de equidad y de justicia, porque el concepto que de la buena fe tienen los más autorizados expositores no es distinto del que encierra la doctrina del ar-

tículo 768 del C. C. Estima que la buena fe, según la doctrina contemporánea, no está subordinada simplemente al error de hecho, pues ni el error de derecho la destruye y ya lo dijo la Corte en el fallo antes citado, que lo mismo da para el caso el error de hecho que el error de derecho. Considera que en ningún caso como el que se estudia, dadas las circunstancias de orden moral que lo rodean, tienen tan perfecta y cabal aplicación las doctrinas sentadas por la Corte en el fallo de casación de 20 de mayo de 1936, especialmente las que se relacionan con la máxima "error communis facit jus", en su alta función creadora del derecho. Es verdad que dicho fallo restringe el alcance de la máxima aludida, pero esa restricción no afecta al caso de autos si se tiene en cuenta que aquí concurren, frente a la buena fe del comprador Ibrahím Tello, la mala fe de su vendedor con la complicidad indiscutible de su cónyuge, quien después de doce años de aceptar impasible a Tello como verdadero dueño de la finca, quiere ahora aprovecharse de los esfuerzos realizados por el demandado, no sólo en la parte del precio que le correspondió como miembro de la sociedad conyugal, sino en los aumentos recibidos por el inmueble en todo ese tiempo.

Pretende justificar el error invencible del comprador Tello con las circunstancias de que Tomás Corredor era quien administraba con facultades absolutas la finca vendida, como jefe de la sociedad conyugal, haciendo creer razonablemente a terceros que era su legítimo dueño. A confirmar esa creencia contribuían las numerosas ventas hechas por Corredor a Avenia y por éste a su hija, la actora, sin que ni la finca ni los inmuebles adscritos salieran de las manos de Corredor, lo que deja ver que en tales actos que precedieron a la donación no hubo ánimo de vender sino el propósito de sustraer el patrimonio de Tomás Corredor a la persecución de sus acreedores. Habiendo prestado la demandante una colaboración activa y diligente en esas ventas sucesivas y no habiendo podido ignorar la venta que su marido hizo a Tello, principios superiores de derecho imponen en este caso una restricción al derecho conferido a la esposa para reivindicar bienes de su propiedad enajenados por el marido, sin el lleno de las formalidades legales, porque tal sistema de protección se quiebra desde el momento mismo en que marido y mujer se confabulan para asaltar la buena fe de terceros en perjuicio de sus derechos.

---

B) Violación de los artículos 2637 y 2640 del C. C. Infringió el Tribunal la primera de las citadas disposiciones, porque el objeto del registro es dar publicidad a los actos y contratos referentes al dominio de bienes raíces y el Tribunal omitió darle valor a la prueba consistente en el certificado expedido por el registrador de Palmira, con fecha 18 de septiembre, en el cual señala "como dueño del inmueble materia de la compraventa al vendedor Tomás Corredor B". Considera el recurrente que el registrador, para expedir tal certificado, se fundó en la adjudicación que se le hizo a Tomás Corredor en el juicio divisorio del fundo "El Bolo de los Escobares", inscripción que aún está vigente y que es posterior a la de la donación de la misma finca, hecha a favor de la mujer de Corredor y efectuada el 11 de julio de 1922".

---

C) Violación del artículo 965 del C. C. Esta norma confiere al poseedor vencido el derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación y defensa de la cosa, según la regla en aquella misma contenida. El Tribunal reconoce la existencia de ese derecho, pero sostiene que la sentencia debe limitarse a lo pedido, y como el demandado no solicitó en la demanda de reconvención el pago de tales prestaciones, se abstiene de ordenarlo en la sentencia. De esta manera el Tribunal no sólo interpretó indebidamente tal precepto sino que lo violó directamente, porque el derecho consagrado en éste es consecuencia de todo fallo sobre restitución de un bien, cualquiera que sea el motivo de la demanda, sin necesidad de que el demandado lo alegue o invoque, puesto que la ley ha querido que

cada una de las partes obtenga lo que le corresponde, evitando un enriquecimiento injusto a costa de la otra. De manera que las prestaciones mutuas son un corolario de la restitución, y deben reconocerse aun no estando demandadas.

---

D) Violación del artículo 2443 del C. C. Alega el recurrente que Tello se constituyó deudor del Banco Agrícola Hipotecario y para garantía de ese préstamo hipotecó la finca llamada "Murillo o El Carmen", de la cual forma parte el inmueble que le vendió Corredor, y otro contiguo que el deudor había adquirido por título distinto del que aquí se discute. Como Tello gravó la finca en concepto de que se trataba de un bien raíz que poseía en propiedad, única exigencia que para la validez de la hipoteca consagra el artículo 2443, y como la sentencia recurrida desconoce esa validez, viola por interpretación errónea el texto mencionado. Agrega que todo lo dicho sobre los efectos jurídicos de la buena fe es aplicable al acreedor hipotecario, ya que se tuvieron en cuenta para aceptar la hipoteca los mismos elementos de que dispuso el hipotecante al tiempo de comprar el inmueble, y por eso se remite el recurrente a la exposición hecha sobre dicha materia.

---

Causal segunda:

La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque el demandado, en su libelo de reconvención, ejercitó contra la actora el derecho de retención que consagra el artículo 970 del C. C. y la sentencia se abstuvo de reconocerle esa facultad, a pesar de haber condenado a la demandante a pagarle la suma de $ 4,490.00, como valor de las mejoras puestas en el inmueble hasta la contestación de la demanda. Agrega que la sentencia recurrida, en su parte motiva, reconoció tal derecho de retención ejercitado por el demandado Tello para salvaguardiar el pago de las mejoras; pero en la parte dispositiva de tal fallo se abstuvo, sin causa ni razón para ello, de reconocer y consagrar a Tello el derecho de retener la finca en su poder hasta tanto que se le cubriera el valor reconocido por las mejoras.

---

Causal cuarta:

El fallo recurrido fue acordado con menor número de votos del exigido por la ley, porque separado por impedimento uno de los magistrados que constituían la Sala Falladora, fue sustituído por un Conjuez en cuya escogencia y designación no se cumplieron los requisitos exigidos para tales casos por los artículos 57 a 66 del C. J. Arguye el recurrente que era necesario agotar la lista de seis conjueces designados previamente para dicha Sala y que sólo impedidos todos éstos, se podía proceder a la elección de un conjuez ad-hoc, escogido por la Sala en virtud de acuerdo reglamentario por mayoría de votos. Como tal cosa no se hizo, es fuerza concluír que el fallo recurrido no reúne las condiciones intrínsecas de una verdadera sentencia, dado que en la integración de la Sala falladora se pretermitieron requisitos esenciales para su constitución. Sostiene que la sentencia debe ser casada, por existir comprobada la causal cuarta del artículo 520 del C. J.

---

Fundamentos del recurso

A.—Buena fe, exenta de culpa del demandado.

Conviene recordar que en el fallo de 20 de mayo de 1936 se llamó de manera expresa la atención hacia las diferencias que existen entre aquel caso concreto, en el cual resultaban de una aplicabilidad incuestionable el mencionado principio y la susodicha norma a otros que sólo en apariencia tienen analogía jurídica, como el que aquí se estudia, en que se trata de un negocio celebrado directamente por el poseedor tercero, que invoca su buena fe, con el aparente titular del derecho.

En el caso fallado en aquella sentencia se aceptó como base para la aplicabilidad del error común creador de derechos la buena fe, exenta de culpa, del demandado, porque los medios de publicidad establecidos por nuestra ley no podían brindarle datos que fueran bastantes para suscitar dudas sobre la legitimidad de la operación que iba a efectuar o para inducir a una persona avisada, prudente y diligente a realizar investigaciones pertinentes a completar la información que pudieran suministrarle los instrumentos públicos o certificados del Registrador de Instrumentos. Porque sí es el caso de aplicar la máxima **error communis facit jus**, cuando los sistemas jurídicos de publicidad establecidos en el derecho positivo del país no le permiten al tercero de buena fe, por prudente y diligente que se muestre, conocer oportunamente el hecho jurídico cuya ignorancia lo indujo a error; que viene a ser precisamente lo que ocurrió en el litigio fallado en aquella providencia, ya que el hecho jurídico de la disolución de una sociedad conyugal no repercute en el registro, ni directa ni indirectamente, mientras no se hace la partición de los bienes sociales.

Pero en este caso que se estudia y falla, se está en presencia de una compraventa de cosa ajena, celebrada directamente por el titular aparente con el tercero comprador de buena fe, en circunstancias de que tal comprador tenía en sus manos un sistema jurídico de publicidad relacionado con actos traslaticios del dominio de los bienes raíces que sí le permitían informarse debidamente quién era el propietario del inmueble que pretendía adquirir, ya que nuestro sistema de inscripción pone al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble, según lo expresa el propio legislador.

---

Alega el recurrente que el comprador de la finca, Ibraím Tello T., obró al celebrar la operación con buena fe exenta de toda culpa, en virtud de un error común excusable e invencible que lo impulsó a considerar al vendedor Tomás Corredor como verdadero titular del derecho de dominio del inmueble vendido.

Se considera:

Están conformes los tratadistas en que para la aplicación de la máxima protectora del error común creador del derecho, lo mismo significa que se esté en presencia de un error de hecho que en uno de derecho, puesto que la buena fe es un fenómeno moral que ni está subordinado exclusivamente al error de hecho ni queda destruído por el de derecho. No interesa, por lo tanto, su origen y debe atenderse únicamente a su excusabilidad; porque en este orden de ideas y en el terreno de la apariencia, tan excusable puede ser el uno como el otro.

Pero para que dicha máxima tenga su debida aplicabilidad y establezca una restricción o limitación al principio latino **nemo plus juri in alium transferre potest quam ipse habet**, se requiere la existencia de dos elementos, a saber:

a) Que se trate de un error generalizado y por lo tanto común y colectivo para el medio social en que se actúa;

b) Que tal error haya sido invencible, en término que el hombre más prudente, avisado y diligente lo hubiera cometido.

Sobre este particular sostiene Gorphe "que en realidad el error común no sirve sino para hacer presumir que fue invencible el error invocado; y más adelante afirma que "la complicación cada vez más grande de las relaciones sociales y jurídicas hace que sea cada vez menos posible ir hasta el fondo de las cosas y que uno se vea cada vez más obligado a fiarse de la apariencia. Es el aspecto bajo el cual vuelve a aparecer en el derecho moderno la antigua importancia de la forma. El error que se presenta bajo la forma de la verdad es tratado como la verdad misma".

Reducido a sus naturales proporciones el caso de autos, no es otro que el del poseedor de un inmueble, con buena fe y justo título, a quien el verdadero dueño le demanda la restitución material de la finca vendida por el **non domino**.

Vienen muy bien las reflexiones que para excluír un caso como este de los efectos de la función creadora de la buena fe hace la sentencia mencionada de 20 de mayo, que

son de este tenor: "Cuando el tercero que invoca la buena fe en su favor ha negociado directamente con el aparente titular del derecho, le será casi imposible a ese tercero poner de manifiesto su falta de culpa, puesto que una persona avisada, prudente y diligente toma referencia acerca del contratante, y por consiguiente el que no ha obrado de esa manera incurre en uno de esos errores de conducta característicos de la culpa. Sería muy raro que mediando esas precauciones elementales no obtuviera el adquirente, en la debida oportunidad, las informaciones o al menos los indicios necesarios para evitar el error de hecho o de derecho determinante de la celebración del contrato con el titular aparente". (G. J., 1904).

---

Considera la Corte que en el caso del litigio ni hubo error común y colectivo, que hiciera sustituír la verdad con la apariencia ante todo el conglomerado social; ni la buena fe alegada por el poseedor vencido alcanza a hacer prevalecer su título sobre el verdadero; ni menos la tradición viciada puede sanearse con la buena fe que se le reconoce.

No hubo error común porque no hay demostración alguna de que el conjunto de personas que conviven con los contrayentes hubiera aceptado como una verdad aparente, pero indiscutible, que la finca de "El Carmen" o "Ancón" fuera de la exclusiva propiedad de Tomás Corredor o siquiera de la sociedad conyugal contraída por éste con la actora. Tal error no era ni podía ser invencible, porque como el sistema de publicidad establecido en nuestro derecho positivo, y consistente en el registro de los títulos relativos a la trasmisión del dominio de los bienes raíces, se puede conocer en un momento dado la situación de tales bienes.

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

La noción del error común está íntimamente relacionada con los sistemas jurídicos de publicidad establecidos en el país. Pero ese aspecto meramente teórico no puede alegarlo el demandado y recurrente, dado que la inscripción de los títulos traslaticios del dominio del inmueble le permitía conocer su situación y quién era su legítimo dueño. Pero como éste alega en el recurso que bien pudo padecer error invencible por las circunstancias de hecho que rodearon la operación, conviene examinar tales circunstancias, que así pueden concretarse:

1.—La comunidad "El Bolo de los Escobares" fue dividida y en la partición se adjudicó a Tomás Corredor el lote número 92, por escritura número 125 de 1921, con linderos que corresponden precisamente a los de la finca de "El Carmen", según inspección ocular corriente en autos;

2.—Tal escritura número 125 de 1921 fue registrada en la oficina respectiva, el 11 de junio de ese año, y la inscripción está vigente. La fecha de ese registro es posterior a la de la escritura de donación hecha a favor de Eufemia Avenia de Corredor, efectuada el 30 de junio de 1919;

3.—El certificado expedido por el registrador de Palmira el 18 de septiembre de 1922, que fue tomado en cuenta por el demandado para realizar la compra del inmueble, y que se insertó en el instrumento de venta, "señala como dueño del inmueble materia de la compraventa al vendedor Tomás Corredor".

Todos estos hechos aparecen evidenciados en el proceso, pero no pueden ellos por sí solos servir de fundamento a la aplicación de la máxima del error común, ni otorgárseles el carácter de suficientes para hacer el error común e invencible, porque sobre la base de que el registro de la propiedad tiene las finalidades ya indicadas, las personas prudentes y diligentes, cuando proyectan una operación de compraventa, o un préstamo con hipoteca, o cualquiera otra que requiera el conocimiento perfecto del carácter de dueño, no se limitan a pedir

el certificado escueto y sin explicación alguna sobre tal carácter de dueño, sino que también exigen que la certificación contenga la debida explicación y la expresa declaración de que los registros anteriores al expresado, en treinta años han sido cancelados conforme al artículo 789 del C. C.

Y tampoco resulta normal y suficiente esta precaución para un hombre avisado y prudente en la administración de sus negocios, sino que también debe exigir a su vendedor que le exhiba la escrituras públicas correspondientes a un período de treinta años, en que consten los actos jurídicos concernientes a las transferencias o mutaciones del dominio del inmueble en ese lapso. Con el certificado, en esa forma completa y suficiente, se cerciorará de que el vendedor aparece efectivamente inscrito como dueño del bien y que todas las inscripciones anteriores han sido canceladas de acuerdo con los modos indicados en la ley civil; y con la cadena aludida de títulos averigua si en el proceso de transferencias de propiedad que culminó en esa última inscripción hay irregularidades que puedan conducir a una nulidad, a una resolución, a una revocación o a una reivindicación, que cambien la situación jurídica que aparece en el respectivo certificado del registrador.

Si el comprador Tello, que figura como rrecurente en este recurso, no adoptó estas precauciones, necesarias siempre que se trata de adquirir la propiedad de un bien raíz, ni puede alegar error común, ni éste puede reputársele invencible y por lo tanto excusable.

No quiere esto decir que la buena fe reconocida en el poseedor Tello deje de producir efectos jurídicos apreciables. Tales efectos están previstos en numerosos textos de nuestro derecho positivo, en el capítulo IV, Título 12, Libro 2º del C. C., relativo a las prestaciones recíprocas que se deben las partes en caso de reivindicarse un bien raíz. Esos efectos, que vienen a ser como proyecciones del dominio invocado, miran económicamente a la percepción de frutos y pago de deterioros, expensas y mejoras.

---

**B.—Violación del art. 965 del C. C.—Pago de mejoras y expensas invertidas en la conservación y defensa de la casa.**

Reconoce la sentencia recurrida que es procedente la súplica referente al pago del valor de las mejoras puestas en la finca por el poseedor vencido, antes de la contestación de la demanda, pero dice que no debe reconocerse ninguna otra prestación a favor de éste, porque a tales mejoras se concreta lo pedido en el libelo y la sentencia debe limitarse a lo pedido.

Se observa:

Ha sido doctrina constante de la Corte la de que decretada judicialmente una reivindicación, las prestaciones recíprocas se producen **de jure**, lo que significa que no es preciso que no hayan sido pedidas en la demanda o en su respuesta.

Si, pues, se acepta que debe decretarse judicialmente la restitución y prospera la súplica principal de la demanda, se impone al juzgador el deber de ordenar, por propia iniciativa, todas las prestaciones mutuas que la ley concede en estos casos y que aparecen determinadas en los artículos 961 y siguientes del C. C., sin necesidad de que el poseedor vencido las haya solicitado. Esto es así, porque se trata de un derecho consagrado por la ley, con estricta aplicación de preceptos inspirados en principios superiores de justicia y equidad, que tienden a evitar un desplazamiento patrimonial injusto, de unas manos a otras, y un enriquecimiento sin causa.

De manera que si el artículo 965 del C. C. estatuye que el poseedor vencido tiene derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación y defensa de la cosa, no debió el Tribunal limitar su declaración condenatoria, como lo hizo, a ordenar el valor de las mejoras necesarias puestas en la finca, sino que debió también decretar por las mismas causas y razones el pago del valor de las expensas necesarias invertidas, dentro de los límites fijados por tal precepto.

Por esta razón es indudable que se violó por falta de plena aplicación la referida norma y es de rigor en ese caso casar parcialmente la sentencia que se revisa, con el solo

objeto de enmendar ese yerro y hacer extensiva la condenación del fallo recurrido al pago de tales expensas de conservación y defensa, que por otra parte vienen debidamente estimadas y avaluadas en el juicio.

---

C.—**Violación del artículo 2443 del C. C.**

Por escritura número 70 de 1927, Tello se constituyó deudor del Banco Agrícola Hipotecario, por suma de pesos, y para garantizar el pago hipotecó a favor de esa institución la finca de "El Carmen", que había adquirido de manos de Corredor y comprendida dentro de mayor cabida y extensión. El abogado ante la Corte tanto de Tello como del Banco, esto es, del hipotecante y del acreedor a cuyo favor se constituyó tal garantía, sostiene que ese gravamen se constituyó en concepto de ser aquél el poseedor con ánimo de dueño, con lo cual se llenó el único requisito exigido por el artículo 2443 del C. C., para la validez de la hipoteca.

Observa la Sala que indudablemente, como lo expresa el recurrente, para aceptar el Banco acreedor esa hipoteca tuvo en consideración y a la vista los mismos elementos de que dispuso el hipotecante Tello, a tiempo de comprar la finca. Ya viene dicho al estudiarse la buena fe del demandado, que éste no supo adoptar todas las precauciones que una persona avisada y diligente acostumbra en la administración de sus negocios, lo mismo que en la celebración de esta clase de operaciones comerciales.

Puede repetirse este argumento respecto del Banco acreedor y recurrente, porque aparece claro que si éste, ya por la responsabilidad que ante los accionistas tienen los que lo gerencian, ya por el volumen de los negocios que efectúa, cuenta con un departamento jurídico que actúe con diligencia y prudencia, ha debido solicitar y extender sus investigaciones tanto al certificado completo que contuviera los elementos pormenorizados antedichos y que prevee la ley civil, como al estudio detenido de los títulos correspondientes a un período de treinta años, en que constaran los actos jurídicos concernientes a las transferencias o mutaciones de finca hipotecada.

Así habría tenido que cerciorarse de si en tal proceso de transferencia, hasta la última inscripción, había o no irregularidades o lagunas que condujeran a una nulidad, resolución o reivindicación, etc. Como no lo hizo, debe soportar las consecuencias de su falta de prudencia y diligencia, y no puede sostener que haya obrado dominado por un error común, excusable e invencible, capaz de realizar una función creadora del derecho invocado.

No es operante el cargo alegado y se rechaza por esa circunstancia.

---

**Causal segunda**

**No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.**

Funda el recurrente la existencia de esa causal segunda en el hecho de que el demandado, en su libelo de reconvención, ejercitó contra el actor el derecho de retención que consagra el artículo 970 del C. C.; la sentencia acusada acepta que el poseedor vencido tiene un derecho incuestionable a retener el inmueble, por el saldo reconocido a su favor a título de mejoras, y a pesar de llegar a tal conclusión, nada dice el fallo en su parte dispositiva.

El demandado Tello ejercitó en la reconvención el derecho de retención que le otorga el artículo 970 del C. C., para el caso de que como poseedor vencido tuviera algún saldo que reclamar de su contraparte, en concepto de expensas y mejoras. La sentencia que se estudia reconoce que es procedente en el proceso tal derecho, dado que decreta a favor del demandado el pago de la cantidad de cuatro mil cuatrocientos noventa pesos ($ 4,490.00) en que los peritos avaluaron las mejoras. Luego es de rigor concluír que debió reconocerse en la sentencia al demandado el derecho de retención sobre la finca, hasta tanto que se le pagara o asegurara a satisfacción tal cantidad.

Incide, por esa razón la tacha propuesta y también es de rigor, por esa circunstancia, casar parcialmente la sentencia recurrida, con la finalidad de complementar en

ese sentido la declaración condenatoria que reconoce el pago de mejoras.

---

Causal cuarta

Sostiene el recurrente que en el sorteo del conjuez que integró la Sala falladora se violó la ley y se pretermitieron formalidades procesales, por no haber sido citados oportunamente los seis conjueces, para que manifestaran si estaban impedidos. Concluye por ese motivo que el fallo acusado no reúne las condiciones de una verdadera sentencia acordada por tres miembros.

Se considera:

Al folio 2 v. del cuaderno 5º informa el Secretario del Tribunal que cinco de los conjueces de la Sala se manifestaron impedidos para conocer de este negocio y el otro conjuez, doctor Temístocles Rengifo V., se encontraba enfermo en Bogotá, según informe de su familia. En ese mismo folio aparecen efectivamente las declaraciones personales de impedimento de los conjueces señores Luis Angel Tofiño, Marcelino Valencia, Gustavo Lloreda C., Miguel A. González y Julio E. Albán Plata.

Resulta de lo dicho que cinco conjueces se declararon impedidos y el otro estaba ausente de Cali a causa de enfermedad. Era el caso, por lo tanto, de darle aplicación al artículo 63 del C. J. y proceder a sortear un conjuez **ad-hoc**, en Sala de Acuerdo. Así lo hizo la falladora del Tribunal y resultó escogido el doctor Jorge E. Cruz, por mayoría de votos, y él fue quien completó la Sala.

De manera que no incide el motivo de tacha alegado y debe ser rechazado por infundado e inoporante.

---

Fallo

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el día 12 de julio de 1938, en el sentido de adicionar la declaración condenatoria sobre pago de mejoras, que por tal motivo quedará así:

Condénase a la señora Eufemia Avenia de Corredor a pagar al señor Ibrahím Tello T. la cantidad de SIETE MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS ($ 7,640.00) moneda colombiana, por los siguientes conceptos: Cuatro mil cuatrocientos noventa pesos ($ 4,490.00), como valor de las mejoras puestas por él en el inmueble hasta la contestación de la demanda; y tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3,150.00), por las expensas necesarias que invirtió en la conservación de la cosa.

**Parágrafo:** Reconócese a favor del señor Ibrahím Tello T., como poseedor vencido, el ejercicio del derecho de retención sobre la finca de "El Carmen" o "Ancón", hasta que se verifique el pago de las sumas anteriores o se le asegure a su satisfacción. (Artículo 970 del C. C.)

En todas sus demás declaraciones la sentencia recurrida queda en firme.

No hay condenación en costas.

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

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

ORDINARIO POR PESOS

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Ceferino Bermúdez demandó en vía ordinaria a la Compañía Automoviliaria Sidea, S. A., con los fines que se dirán adelante; el Juzgado 1º Civil de este Circuito en fallo de 14 de agosto de 1936 negó las peticiones del libelo, y el Tribunal Superior confirmó esa sentencia en la de 15 de septiembre de 1938 contra la cual el actor interpuso casación, recurso que pasa a decidirse:

Los antecedentes son en suma: Bermúdez compró a la Sociedad Industrial de Automóviles el camión marca G. M. C., modelo D-42, con motor Nº 2388887; y por escritura número 872 otorgada ante el Notario 2º de Bogotá el 17 de marzo de 1930, en que así lo expresa, se declaró deudor de esa Sociedad por tal causa, en cantidad de $ 2,500.03, y se obligó a pagársela en la forma y contados detallados allí, con intereses moratorios del 1½% mensual, deberes que caucionó con hipoteca de la finca o mejoras precisadas en tal instrumento y con prenda del crédito determinado allí también y del camión antedicho, el que, citando el artículo 950 del C. Co., los interesados dejaron en manos del tercero señalado por ellos como tenedor precario.

Bermúdez pagó varias sumas por el motivo en referencia, y presentando las correspondientes cartas de pago y afirmando que, por enfermedad del tenedor precario aludido, la Compañía Automoviliaria Sidea tomó el camión a comienzos de junio de 1932 e hizo que empleados suyos lo llevaran a los depósitos de ella en esta ciudad, dirige (Bermúdez) contra esta Compañía su demanda, en la que pide se la condene: 1º a devolverle $ 2.136.55 pagados por cuenta del valor del camión; 2º a pagarle los intereses al 1½% mensual sobre cada partida de esta suma desde su recibo hasta su pago; 3º a cancelar la citada hipoteca; 4º a devolverle con la correspondiente nota de cesión el crédito dado por él en prenda, y 5º a pagarle las costas.

El Tribunal no encontró vinculación, relación o nexo alguno entre el demandante y la Compañía demandada, y esa fue la razón cardinal de su fallo.

---

El recurso se funda en el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., dentro del cual acusa la sentencia recurrida por error en la apreciación de ciertas pruebas y violación de disposiciones legales sustantivas. Pasan a estudiarse uno a uno estos cargos.

Comienza por aducir el artículo 214 del C. J. y reclamar por no habérsele aplicado, en cuanto a pesar del silencio del demandado, no se le condenó como allí se establece.

Esta disposición contempla el caso de demanda de un cuerpo cierto y atiende al perjuicio que se deriva al actor cuando el reo no le advierte al responder la demanda que no tiene la cosa demandada. De ahí la sanción de hacerlo responsable de la cosa o de su precio, salvo la mala fe del demandante. Este artículo reproduce con ligeros cambios de redacción el 279 del Código Judicial antiguo.

La inaplicabilidad de esta sanción y disposición en el presente caso, salta a la vista al sólo considerar que no se demanda el camión, por ejemplo, sino un dinero, y que se demanda también la devolución de una prenda y la cancelación de una hipoteca, con advertencia de que esa prenda consiste en el crédito a favor del actor que éste dio a su vendedor y que pide con la nota que invalide la que él puso en favor de éste.

Ahora bien, ese vendedor, que en su caso es quien ha de ejecutar estas obligaciones,

ambas de hacer, no fue la Compañía a quien ahora Bermúdez ha tenido a bien demandar, sino otra compañía distinta, como fue la Sociedad Importadora de Automóviles.

Y no hay en el proceso elemento probatorio alguno que acredite que aquella Compañía es responsable de las obligaciones de ésta.

De los varios recibos acompañados a la demanda, uno por $ 100 está firmado por la Compañía demandada; pero esto no la convierte en vendedor del camión ni en tenedor del crédito dado en prenda, ni en acreedor hipotecario que en su día cancele el gravamen.

Nótese que la demanda se formula sobre la base de una compraventa incumplida por el vendedor, lo que basta para determinar su improcedencia al dirigirse contra quien no fue parte en ese contrato y de quien no se demuestra que por algún título o causa sea el sucesor del contratante.

Del propio modo, el hecho de que la Sociedad demandada hiciera llevar a sus depósitos el camión, no la convierte en responsable de obligaciones nacidas de aquella compraventa. Aquí, como ya se dijo, no se demanda el camión. Si el pleito versara sobre éste y su restitución o entrega, habría de estudiarse aquel hecho y la responsabilidad de su autor; pero bien se ve que tal problema no se ha planteado ni discutido ni puede ser materia del fallo.

---

El recurrente acusa de violación de los artículos 540 y 590 del C. Co. porque la Sociedad demandada se puso en liquidación el 14 de octubre de 1931 y el liquidador no ha procedido a lo que esto implica.

Aun dando por sentado, en gracia de hipótesis, que hubiera vinculación entre Bermúdez y la Compañía a quien se le ha ocurrido demandar, esto es, aunque no mediase el escollo de la carencia en él de interés jurídico, no sería tampoco procedente el cargo, porque la sentencia favorable a que aspira no podría deducirse de ahí, siendo así que esa falta de liquidación sería tan sólo un defecto o retardo en la solución inmediata de sus créditos, pero no el fundamento o razón de ser de éstos. Si sus acciones le asistiesen contra su actual demandado, otras serían las disposiciones legales quebrantadas por la sentencia negativa de sus pedimentos.

A manera de confirmación de este cargo, aduce el recurrente su reflexión o suposición de que si el liquidador hubiera procedido al inventario ordenado por dicho art. 540 en su numeral 1º, en él aparecería o figuraría el camión referido, porque son dos empleados de la Compañía demandada quienes aquí declaran que por orden de ella lo llevaron a los depósitos de la misma. Pero, a más de que de haber esto sucedido en junio de 1932 no se deduce obligadamente que en inventario de fecha distinta —con más veras, si de fecha anterior— hubiera de hallarse ese bien, ello nada acreditaría contra la Compañía demandada en el sentido de someterla a las prestaciones exigidas de ella en la demanda, porque ésta lo que pide es, como ya se vio, no el camión, sino la devolución de un dinero recibido por otra compañía y la cancelación de cauciones otorgadas a favor también de esa otra compañía.

Por lo dicho,no es admisible el cargo de violación de los citados artículos 214, 540 y 590. Tampoco se hallan violados los artículos 1757 y 1602 del C. C., puesto que ni ocasión ha habido para esto, siendo así que el actor no ha comprobado contrato alguno entre él y la Compañía demandada, de donde se dedujeran a cargo de ésta las obligaciones que pretende imponerle.

Otro tanto ocurre respecto del artículo 1622 del C. C., por estas mismas razones.

Con el epígrafe "motivo de hecho", formula el recurrente al final de su alegato de casación el cargo de haber el Tribunal desoído las declaraciones de testigos y prescindido del silencio de la Sidea, tanto con ocasión de la demanda inicial, la que no contestó, cuanto al ratificar su curador lo actuado sin manifestación alguna sobre no ser esa Compañía "la obligada a responder por las cosas y obligaciones demandadas"; y deduce de ahí la violación del art. 697 del C. J., por una parte, y por otra, de los citados artículos 1602 y 1622 del C. C.

Lo ocurrido en el fallo del Tribunal en relación con los testigos, no es que los desoyera, sino que de lo que de sus declaraciones acreditan, que fue la llevada del camión a dichos depósitos, no encuentra que se pueda deducir responsabilidad a cargo de la Compañía por obligaciones correspondientes a la compraventa y por prestaciones deducidas, al tenor mismo de la demanda, de ese contrato en que la Sidea no fue parte. Y en cuanto al silencio referido, ya se vio que no cabe deducir de él que el actor pretende creyendo aplicable al caso el citado art. 214.

Se rechazan, pues, estos otros cargos.

---

Ya se advirtió que la demanda no versa sobre el camión y su entrega y que se entabló sobre el pie referido, consistente en reputar el actor a la Compañía demandada como responsable en calidad de vendedor, cual si ella lo hubiera sido en la compraventa de que se originaron los hechos relacionados como antecedentes de este pleito. Así las cosas, y encarrilada y caracterizada así la litis, no cabe estudiar siquiera ni mucho menos fallar aquí situaciones jurídicas tan distintas como lo serían, por ejemplo, las relacionadas con haber recibido la Sidea los supradichos $ 100 y con haber hecho llevar el camión a sus depósitos. Planteada la litis como la formuló y trazó la demanda, sería extraño al presente fallo indagar siquiera si, por ejemplo, ese pago fue sin causa y, por tanto, de lo no debido y si indebido fue también, con las respectivas consecuencias legales, el hecho de tomar la Sidea el camión. Este hecho en sí y el recibo de esa suma no han sido, en la forma a que se está aludiendo, materia del pleito. No pueden serlo del fallo (C. J., art. 471).

Como esto no se planteó ni discutió en esa forma, sino que a la Sidea se la demandó por causa y en pie que no correspondían sino en cuanto hubiera sido parte contratante en la compraventa del camión o se hubiera demostrado que había asumido las obligaciones de quien sí fue contratante, esto es, de la Sociedad Importadora de Automóviles, y como esto en manera alguna se demostró, la sentencia obligadamente tenía que ser absolutoria.

---

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, que es la dictada en este asunto el quince de septiembre último por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

## ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En su pronio nombre, ante el Juzgado del Circuito de San Juan del Córdoba, Daniel Montenegro. en libelo de fecha 26 de julio de 1933. en el que defectuosamente se confunden las súplicas y los hechos fundamentales. demandó a José Antonio Fernández de Castro (padre) para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se le condenara a pagarle el valor de 510 reses que le vendió a razón de $ 31.50 cada una y que no le ha pagado, más los intereses legales de esta suma desde el día de la notificación de la demanda hasta el pago y las costas del juicio.

Los hechos en que se funda la demanda se sintetizan así:

A principios del mes de septiembre de 1930 celebró el actor con su demandado un acuerdo o convenio verbal por medio del cual Daniel Montenegro se comprometió a venderle a Fernández de Castro (padre) "por día e indistintamente una res, dos reses, tres reses, cuatro reses, seis reses, de ambos sexos, que fuera necesitando diariamente para beneficiarlas y expenderlas en la plaza de Ciénaga", a razón de $ 31.50, precio éste que debía pagarle a medida que vendiera las respectivas carnes en el mercado público. En cumplimiento de este convenio Montenegro le entregó al demandado, en el tiempo comprendido del 23 de septiembre de 1930 al 6 de septiembre de 1931, 761 reses entre machos y hembras, de las cuales solamente pagó el demandado "el valor de cada res hasta llegar a 251, más $ 11.50 para el pago de otra", debiendo por consiguiente el comprador el valor de las 510 reses restantes, de que habla la demanda.

Negados por el demandado los hechos y pedimentos del libelo, se adelantó la primera instancia del juicio hasta finalizar con la sentencia del 17 de marzo de 1936, en la cual se absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda. Apelado este fallo por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta lo confirmó en sentencia definitiva de 11 de octubre de 1937, que es la sometida a acusación ante la Corte en el recurso que ahora se decide, oportunamente interpuesto por Daniel Montenegro.

---

En el fallo del Tribunal confirmatorio de la sentencia absolutoria del primer grado, se consideran y analizan en una breve página los elementos probatorios producidos por el actor en demostración de los hechos fundamentales de su acción. Se hace referencia a las posiciones absueltas por el demandado en que éste negó haber tratado con el demandante y afirmó no haber recibido ganado alguno de Montenegro antes ni en el lapso a que éste se refiere en su demanda. Se alude a la inspección ocular verificada en la Alcaldía de Ciénaga para examinar las boletas de degüello expedidas a José Antonio Fernández de Castro, y se advierte que el resultado de esta diligencia, como se comprueba además con el certificado expedido sobre el particular por la Contraloría departamental, fue la demostración de que el número de reses beneficiadas por el demandado "fue enteramente exiguo". Se hace mención del certificado expedido por el Colector de Hacienda Departamental de Ciénaga sobre el número de reses que benefició el demandado Fernández de Castro desde el 23 de septiembre de 1930 al 6 del mismo mes de 1931, traído por el actor a los autos en la segunda instancia, para advertir que este documento no puede estimarse como prueba por haber sido declarado falso por el Tribunal en la decisión que finalizó el incidente con tér-

mino probatorio, en que se debatió la cuestión por haber sido redargüído de falso por el demandado. Finalmente, considera el Tribunal en la sentencia la prueba testimonial aducida por el actor en ambas instancias y la encuentra insuficiente por la circunstancia de que los testigos discuerdan en sus declaraciones en puntos importantes como la época y el precio del convenio, y porque otros deponen sobre las condiciones del negocio porque "estando ellos en el mercado público de Ciénaga, oyeron casualmente, que demandante y demandado trataban sobre negocio de ganado". De este análisis probatorio deduce el Tribunal que no resulta fehacientemente establecido que José Antonio Fernández de Castro (padre) contratara con Daniel Montenegro en la forma que éste asegura, y que no aparecen en forma alguna demostrados los hechos que fundan la petición esencial de la demanda, esto es, el número de reses que recibiera el demandado, su precio, lo que el actor recibiera de éste y la parte que adeuda el demandado.

---

El recurrente invoca el primero de los motivos de casación enumerados en el art. 520 del C. J. y formula contra la sentencia estos dos cargos de violación legal:

Infracción del art. 697 del C. J. en que incurrió el Tribunal al apreciar erradamente, por error de derecho, las declaraciones testimoniales de Antonio Jiménez, César Salcedo, Pedro Rivas y Dagoberto Díaz Granados por no tenerlas como suficiente prueba del contrato a que se refiere la demanda; y

Quebrantamiento directo del art. 632 del C. J., por haberlo dejado de aplicar, al negarse el Tribunal a apreciar como prueba plena el certificado expedido por el Colector de Hacienda Departamental de Ciénaga sobre el número de reses beneficiadas por el demandado en el lapso a que atrás se hizo referencia.

Se considera:

Como la fuente jurídica de las obligaciones cuyo cumplimiento se demanda en este juicio, es, de acuerdo con las súplicas del libelo y sus hechos fundamentales, un contrato, o varios contratos de venta, como también podría pensarse, el deber del actor consistía en demostrar con plenitud probatoria tal convención y su cumplimiento para establecer la existencia de su crédito. No encontró el sentenciador al hacer la apreciación del mérito probatorio del juicio que los testimonios aducidos por el actor fueran merecedores de fe plena y capaces legalmente de acreditar la celebración del negocio en las circunstancias afirmadas por el demandante Montenegro, y no solamente por la discordancia en cuanto al tiempo o fecha de la celebración del negocio, como lo afirma el recurrente, sino porque deponen por conocimiento adquirido no por intervención directa en el negocio a que se refiere sino por haber oído casualmente una conversación entre el actor y el demandado en el mercado de Ciénaga, circunstancias éstas de mérito probatorio que se ponen de manifiesto a la simple lectura de las exposiciones testimoniales.

El testigo Antonio Jiménez dice, en resumen, que en fecha que no recuerda del mes de septiembre de 1930, ocasionalmente oyó en el mercado de carnes de Ciénaga que Fernández de Castro le propuso a Montenegro que le vendiera una, dos o tres reses, o las que necesitara diariamente para la matanza que tenía en esa plaza, pero no oyó lo relativo al precio (f. 26, C. 3º). César Salcedo también refiere que "a mediados o a fines" del mes citado oyó la propuesta que el demandado le hacía al actor de que le vendiera la res o reses que necesitara diariamente para su expendio de carne en esa plaza, a $ 31.50 como valor medio, pagadero tan pronto como el comprador vendiera la carne. Pedro Rivas se encontraba en el mercado de carnes de Ciénaga y por esta circunstancia se dio cuenta de que un día que no recuerda del citado mes de septiembre Fernández de Castro le propuso a Montenegro que le vendiera la res o reses que necesitara para su expendio en la plaza, pagaderas cuando vendiera la carne, pero que no se dio cuenta de si fue al precio que afirma el actor. Dagoberto Díaz Granados.

último de los testigos cuya declaración fue mal interpretada por el Tribunal según el recurrente, después de expresar la manera ocasional como adquirió el conocimiento sobre lo que declara, se refiere a la propuesta relacionada por los demás deponentes del suministro de ganado vacuno que necesitara diariamente el demandado Fernández de Castro, y en relación con el precio dice que en la conversación que oyó éste ofreció pagar el ganado al mismo precio que Montenegro lo comprara en Fundación, y luégo añade que oyó que el precio fue de $ 31.50 por cada res que Fernández de Castro comprara y que debía pagar inmediatamente que vendiera la carne.

Como se ve, ningún error de hecho ni de derecho puede imputarse al Tribunal por no haber adoptado esta prueba testimonial como fuente de certidumbre plena sobre la existencia del contrato o de la serie de contratos a que se refiere la demanda, porque es evidente que ella no suministra los elementos necesarios para determinar una obligación en forma que pudiera declararse judicialmente. La desestimación que el Tribunal hizo de esta prueba de testigos en ejercicio de su facultad legal de apreciación es intocable mientras no se demuestre por el recurrente que fue objeto de una estimación errónea en la sentencia, y además —cosa que no ha sucedido en este caso— que a consecuencia del error se ha quebrantado la ley sustantiva en forma que incide en la resolución del pleito. Es improcedente el concepto de error de derecho en la apreciación testimonial cuando el juzgador al hacerla se ha mantenido dentro de la órbita legal de estimación que le corresponde. Pero ni aun en el supuesto de que pudiera tenerse con estas probanzas como plenamente demostrada la existencia de la fuente contractual de la obligación que se demanda, y sin parar mientes sobre la posibilidad probatoria de acreditar una obligación mayor de $ 500 con mera prueba testimonial contra la disposición de los arts. 91 y 92 de la ley 153 de 1887, es indudable que el proceso no ofrece la prueba sobre el número de reses que el actor entregara al demandado, ni sobre su precio, ni sobre la cuantía de éste que el demandado Fernández de Castro esté debiendo. Sobre esta falta de elementos esenciales para la declaración de la obligación referida es terminante el siguiente pasaje del alegato del actor en la segunda instancia: "Como en realidad, no se ha acreditado, ni la cuantía exacta del ganado entregado, ni el valor de ese ganado, pido que se haga la declaración en abstracto, de conformidad con las disposiciones procesales sobre la materia".

---

En auto que lleva fecha 22 de junio de 1937 el Tribunal decidió el incidente (cuaderno Nº 6) sobre falsedad del certificado que aparece expedido por Oscar O. González como colector de hacienda departamental de Ciénaga, fechado el 2 de febrero de 1932, sobre el número de reses sacrificadas por José Antonio Fernández de Castro (padre) entre el 23 de septiembre de 1930 y el 6 del mismo mes de 1931. Consideró el Tribunal las diversas pruebas del artículo y concluyó que el documento contestado no fue realmente firmado por el colector y que contiene datos contradictorios con los que arrojan los archivos de la Contraloría del Departamento y la Alcaldía de Ciénaga, por lo cual lo declaró falso y lo desestimó como prueba en el juicio.

El cargo que formula el recurrente contra la sentencia por no haber tenido como prueba este certificado, de donde deduce violación del art. 632 del C. J., sin expresar tampoco incidencia sobre la ley sustantiva pertinente, lo hace consistir en que la falsedad declarada por el Tribunal es intelectual, de donde deduce que esta tacha debe ser objeto de apreciación en el fallo final y no en el incidente previo, porque la falsedad a que se refiere el capítulo V, Título XVII, Libro II del C. J. es la denominada formal o material.

El derecho que la ley procedimental concede a la parte contra quien se ha presentado un documento como prueba, de tacharlo de falso para que se desestime, en cualquier estado de la causa hasta la citación para sentencia, o antes de fallarse, según

el caso, está instituído para salvaguardiar la verdad y la sinceridad de la prueba. Por eso la falsedad a que allí se hace referencia tiene un sentido general y obvio de mutación de la verdad que abarcan todas sus especies jurídicas. Por decisión ejecutoriada del Tribunal pronunciada en incidente con pruebas y alegatos del actor se sabe que el certificado en cuestión tiene un contenido mentiroso y es indigno de la fe judicial, cualquiera que sea la calificación que le corresponda a su falsedad a la luz de los principios del derecho penal. La tesis del recurrente, que de prosperar podría conducir al absurdo de que la falsedad intelectual merece la fe pública, carece, por otra parte, de importancia para la decisión del recurso, porque ni en el supuesto de que fuera ilegal la desestimación del documento referido, de él nada podría deducirse en el sentido de demostrar la fuente convencional de la obligación que se demanda, ni sus circunstancias y modalidades.

Por lo expuesto, y no siendo más los cargos contra la sentencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta el día once (11) de octubre de mil novecientos treinta y siete (1937), que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

ORDINARIO POR PESOS

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón).

## Antecedentes

Lastenia Ruiz v. de Alba, dueña en esta ciudad de una fábrica destinada a la elaboración de cigarros, con el fin de ensanchar su industria acudió a las oficinas del comisionista Walter Pilgrim, con el fin de solicitar de él, el desarrollo y redacción de un presupuesto que comprendiese el valor de compra e importación al país de algunas máquinas y accesorios para el desarrollo de su empresa. El comisionista Pilgrim redactó el presupuesto en nombre de la fábrica "A. Levis & Cº" de Alemania y lo ilustró con la información impresa que corre en autos, todo lo cual entregó a la señora v. de Alba. Tiene ese presupuesto fecha de veintisiete de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro.

Dos meses más tarde, la demandante señora v. de Alba convino con Pilgrim en hacer a la casa "Bieling Gebrueder de Hamburgo" un pedido de maquinaria y accesorios, para su industria no igual a lo declarado en el primer presupuesto, sino de otras especificaciones, y al efecto se redactó el pedido número 505 que fue dirigido a la casa que acaba de mencionarse, por la misma señora, como así lo manifiesta en documento del folio 5 del cuaderno número 1º, en que se lee lo siguiente: "Pedido de la señora Lastenia v. de Alba. Por cuenta y riesgo de los señores Bieling Gebrueder—Hamburgo, Alemania—. Marca Argemiro Alba. Dos máquinas automáticas tipo PROGRESSA, modelo B, para la fabricación automática de toda clase de rollos (Tirulos) de tabacos, cigarrillos y cigarros dobles..... Visto y conforme. Bogotá, enero 24 de 1935. (Firmado) Lastenia v. de Alba" En el documento a que se hace referencia se lee lo siguiente: "Este pedido es compra firme por parte del comprador, pero sujeto a la confirmación de la casa vendedora".

La señora v. de Alba consignó en el Banco Alemán Antioqueño a favor de la casa despachadora de la maquinaria la suma de $ 3,500.00 moneda corriente a buena cuenta del pedido, suma equivalente a la cantidad de 6,896 marcos, según consta del recibo que aparece al folio 8º del cuaderno 1º Esta consignación, único pago que hizo la demandante, equivale a la mitad del valor del pedido.

En agosto de 1935 el pedido llegó a Barranquilla, de donde fue remitido por la casa Leonidas Lara e Hijos por conducto del Expreso Ribón a Bogotá, en donde fue recibido por la señora de Alba, quien inmediatamente dispuso la instalación de la maquinaria en las dependencias de su empresa.

Como a la expresada señora de Alba no le satisfizo el pedido que le había despachado la casa Bieling Gebrueder, demandó por la vía ordinaria al expresado comisionista Walter Pilgrim, para que se hicieran estas declaraciones: Que se condene a éste "a reconocerme y pagarme en el término de seis días después de ejecutoriada la sentencia la suma de diez y ocho mil noventa y seis marcos de oro al tipo de cambio que esta moneda tuvo en el mes de enero de mil novecientos treinta y cinco, valor de dos máquinas de hacer cigarros que a él compré junto con sus motores eléctricos directamente acoplados, más los intereses de la suma demandada, más las costas del juicio". Subsidiariamente, que se declare que Pilgrim "debe pagarme los perjuicios ocasionados por la no entrega de las dos máquinas marca PROGRESSA, tipo B. para fabricar cigarros, que contraté con el demandado, perjuicios que estimo en la suma de dos mil pesos moneda colombiana..... más la suma de seis mil ochocientos noventa y seis marcos en oro alemán más cincuenta céntimos de marco, al tipo de cambio del dos de julio de

mil novecientos treinta y cinco, que yo pagué anticipadamente al señor Walter Pilgrim; más los intereses de esta última cantidad, desde el día que hice el pago en el Banco Alemán Antioqueño, hasta el instante en que el señor Pilgrim me haga la devolución que demando".

Sentencias de primera y segunda instancia

Los fallos de primero y segundo grado fueron totalmente adversos a la demandante, quien fue condenada en costas. El Juez 6º del Circuito de Bogotá en sentencia de 20 de mayo de 1937 absolvió al demandado de los cargos de la demanda y el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 22 de junio de 1938 confirmó la del inferior.

La parte vencida recurrió en casación, recurso que pasa hoy a estudiarse.

Fundamentos del fallo recurrido

Se funda éste en dos bases a saber: a) que no está comprobado que el señor Pilgrim hubiera procedido con dolo que hubiera inducido a la demandante a hacer el pedido y b) que el demandado no fue sino un intermediario, un mero corredor de comercio y no parte contratante vendedora, respecto de las máquinas pedidas a la casa Bieling Gebrueder.

El recurso

El recurrente no ataca la sentencia por el primer fundamento de que se acaba de hacer mérito, sino por ser violatoria en su concepto de los artículos 1880 y 1882 del C. C. por interpretación errónea. Además señala como violado por la misma causa el artículo 65 del C. de Comercio.

La Corte considera: El fallo recurrido no se funda en los artículos 1880 y 1882, de donde resulta que no pudo haber interpretación errónea de tales normas. La demanda de casación no puede por lo tanto entenderse en ese sentido, sino más interpretarse en el concepto de violación de dichos artículos por no aplicación al caso del pleito.

Entendidas así las cosas, la Corte llega a la conclusión de que el motivo que se estudia no puede prosperar, porque el Tribunal teniendo en cuenta las pruebas aducidas por la demandante concluyó que el demandado fue un mero intermediario y comisionista y que el contrato de compraventa se celebró solamente entre la casa despachadora y la señora Lastenia Ruiz v. de Alba.

El recurrente no ha demostrado que el Tribunal hubiera incurrido en error de hecho manifiesto al apreciar las pruebas de las cuales dedujo que el demandado Pilgrim fue un mero intermediario o comisionista y no el vendedor. Más, aun cuando se hubiera atacado el fallo por este concepto, la acusación no prosperaría porque de las pruebas que existen en el expediente se destaca de bulto que la actuación de Pilgrim fue la de un intermediario y que la demandante se entendió directamente, como compradora, con la casa vendedora o sea Bieling Gebrueder. En efecto: el pedido de las máquinas fue hecho directamente por la demandante a la casa mencionada, firmado por ella y sobre la base de que constituía un negocio de compraventa entre ellos. Dicha señora demandante consignó en el Banco Alemán Antioqueño, por cuenta y a la orden de la casa vendedora, la mitad del valor del pedido. Ella recibió la maquinaria y se apersonó en todo lo referente a su instalación y montaje. La misma demandante en posiciones (fol. 16 del cuaderno número 1) pedidas a Pilgrim y absueltas por éste conviene en que el demandado fue agente de la casa vendedora de la maquinaria. Pero hay más: La señora Ruiz v. de Alba demandó a Pilgrim por la no entrega de las dos dos máquinas marca PROGRESSA; pero ella misma confiesa en posiciones que recibió las dos máquinas (pregunta 15, fol. 17, ibídem).

La demandante no pagó a la casa vendedora sino la mitad del valor del pedido. La otra mitad la pagó de sus fondos particulares el demandado. La actora conviene en esto y por eso interrogó así al demandado en posiciones (fol. 7 vto., cuaderno número 4): "Diga si es cierto o nó que el absolvente pagó a la casa Bieling Gebrueder la mitad de la maquinaria pedida, con sus aho-

rros personales". El demandado contestó así: "Es cierto". La explicación dada por el demandado a este respecto es la siguiente: Con el fin de quedar bien con la casa vendedora él abonó a ésta lo que la compradora había quedado debiendo. Lo anterior indica claramente que si Pilgrim abonó esa suma a la casa, era porque no tenía él el carácter de vendedor.

Ante el anterior análisis, no se ve que el Tribunal haya incurrido en manifiesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, ni tampoco aparece que haya dejado de estudiar ningún otro elemento probatorio de donde hubiera podido sacarse la conclusión de que el vendedor de la maquinaria había sido Pilgrim y no la casa ya mencionada en este fallo.

El cargo que se estudia no puede por lo tanto recibirse.

El otro motivo de casación o sea de violación del artículo 65, debe correr la misma suerte que el anterior por estas razones: El hecho de que Pilgrim no hubiera estado registrado como agente o comisionista en la Cámara de Comercio, sería una omisión cuya consecuencia habría sido la de no poder cobrar emolumentos por su trabajo (artículo 69 del C. Co.), pero en ningún caso la de convertirlo de comisionista en vendedor. Este hecho de no ser el vendedor es el decisivo, y queda en pie, cualquiera que sea la calificación legal que se dé a la intervención de Pilgrim; pueda o no llamársele corredor o comisionista o mandatario, etcétera. La demanda se ha dirigido contra él sobre un pie que precisamente requiere que se le tenga por vendedor. No cambiando este concepto, ella no puede prosperar. Y el concepto de ser vendedor Pilgrim es inadmisible, por las varias razones expresadas, entre ellas ante todo la clarísima redacción del pedido firmado por la señora demandante, que en lo pertinente aquí se transcribió.

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

Las costas del recurso son a cargo del recurrente.

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

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

## REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

Va a decidirse del recurso de casación interpuesto por José Vicente Torres contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga de 9 de septiembre último que confirmando la del Juzgado del Circuito de Sevilla de 27 de agosto de 1937, absolvió a Leopoldo Henao y Mercedes Agudelo de todos los cargos de la demanda de aquél, sobre la cual se ha seguido este juicio ordinario.

Tratándose de reivindicación de un inmueble, Juzgado y Tribunal procedieron en primer lugar a estudiar las pruebas del dominio del actor y no hallándolas satisfactorias en ley, negaron sus pretensiones.

El recurrente acusa la sentencia de segunda instancia por error de derecho y de hecho, manifiesto éste, en la apreciación de sus títulos y otras pruebas y por la consiguiente violación de disposiciones sustantivas, entre ellas ante todo de los artículos 946 y 950 del C. C. por no haberlos aplicado. Sostiene que es de ahí de donde se deriva la absolución; de suerte que, en estimadas debidamente tales pruebas y reconocido, por ende, su dominio, la sentencia recurrida se casará y se reemplazará por una que acogiendo la acción incoada, decrete la restitución.

Cuando notificada la demanda a Henao respondió éste no ser el poseedor por haberle vendido a la Agudelo, reformó Torres su libelo dirigiendo su acción contra la Agudelo como poseedora, sin prescindir de Henao y sin que se procediera como manda el artículo 215 del C. J. Así, pues, ambos han figurado como demandados hasta ahora, aunque en verdad sólo ella ha sostenido el litigio contestando la demanda, aduciendo pruebas y alegando en las instancias.

Los títulos aducidos por Torres son: su compra de un lote de terreno con sus accesorios hecha a Israel Restrepo y su consorte Concepción Cardona el 28 de noviembre de 1930, por escritura número 786 de la Notaría de Sevilla, y su compra a José Antonio Romero de otro lote con sus accesorios en escritura número 134, de esa Notaría, el 12 de marzo de 1931, en la que Romero dice haber comprado a dicho Restrepo en escritura número 647 de 31 de julio de 1929 en la misma Notría. Ambos lotes están ubicados en Sevilla en el paraje de Bolivia o Buenavista, y ambas compras de Torres figuran desde su demanda acreditadas en copia notarial de los instrumentos que acaban de citarse, debidamente registrada.

El Registrador de aquel Circuito certificó con fecha 20 de septiembre de 1937, como prueba en segunda instancia, sobre vigencia de la inscripción de estos títulos de Torres y encadenamiento con los dueños anteriores por lapso mayor del requerido en ley, así: Restrepo y señora compraron en la Notaría de Caicedonia por escritura número 392 de 6 de diciembre de 1927 a la sociedad anónima Empresa de Burilá, la cual adquirió con mayor extensión por aporte que le hicieron Lisandro y Belisario Caicedo según escritura número 693 otorgada en la Notaría de Manizales el 25 de noviembre de 1884. Agrega que éstos heredaron de José María Caicedo y Zorrilla, quien hubo por remate en 1840.

La Agudelo presenta su compra a Henao el 22 de julio de 1935 por escritura número 662 de la Notaría de Sevilla; la compra de Henao a Elisa Franco de Marín en escritura número 663 de esa Notaría, el 21 de junio de 1928, a que se agrega la división material en juicio seguido en los años de 1932 y 1933, de que se hablará en seguida, en el que a Henao se hizo la adjudicación correspondiente a los derechos que en 1928 había comprado a la viuda de Marín.

Con estos títulos sostiene la Agudelo la justicia de su posesión y estima temeraria

la pretensión de Torres, que atribuye a que éste no obtuvo en esa partición todo lo que creía alcanzar por sus adquisiciones de los derechos de algunos de los herederos de Ismael Antonio Marín. Agrega ella que, hecha esa partición con intervención de Torres y desoídas en ese juicio las objeciones de éste, no puede él esquivar el alcance de la respectiva sentencia y de su cumplimiento.

Las partes están acordes en que Ismael Antonio Marín puso en Buenavista unas mejoras que a su muerte pasaron a ser de su viuda y de sus hijos como sus herederos, en que los derechos de ella pasaron a ser de Henao, en que los de algunos de los hijos pasaron a ser de Torres. Obra en autos en copia venida legalmente lo pertinente de la actuación en el juicio divisorio aludido. (Cdno. 3º, fols. 22 a 35).

Allí consta, efectivamente, como Torres alega en la presente causa, que la división versó exclusivamente sobre las mejoras y, por tanto, no incluyó el suelo. Ese juicio lo inició Henao como dueño de los referidos derechos y al señalar a Israel Restrepo entre los comuneros demandados y responder éste que lo que había sido suyo era a la sazón de José Vicente Torres, extendió a éste Henao su demanda, la que Torres respondió advirtiendo que como Marín no había tenido tierra sino mejoras, esto era lo único perteneciente a sus sucesores, y agrega: "de donde se deduce que la división propuesta debe concretarse únicamente a las mejoras, y en este caso me conviene a mí y a los otros demandados..... pero como el actor pretende de manera visible comprender los terrenos, en que no tiene dominio, y esto es contrario a la ley y a la justicia, me opongo por ello a que la división se lleve a efecto en la forma propuesta....."

En esta situación, el Juzgado del Circuito de Sevilla dictó el auto de 15 de julio de 1931, en que, trayendo a cuento esta forma de oponerse Torres a la partición material en cuanto abarcara el suelo y manifestando que hasta le convenía en cuanto se redujera a las mejoras, y trayendo a cuento también el Juez la manifestación de Henao, sobre que no era el suelo lo que pretendía dividir, decretó "**la partición material de las mejoras agrícolas** de la finca denominada Buenavista....."

Y cuando más tarde, realizada la partición, halló Torres que a Henao se había adjudicado dentro de lo que Torres reputaba terreno suyo, por lo cual, aparte de otros motivos, objetó la partición, alegando que el partidor había violado aquella providencia judicial extendiendo su labor al suelo habiendo debido limitarse a las mejoras, al fallar el Juzgado el 18 de julio de 1932 las objeciones, rechazó ésta en razón de que si cada hijuela señalaba linderos, no era porque incluyera el terreno respectivo, sino porque la alinderación era un simple medio indispensable de fijación del sitio de las mejoras asignadas en singular a cada cual por virtud de la partición de éstas. Allí vuelve el Juzgado a recordar que Torres no se opuso a la división de las mejoras y que Henao replicó que se refería sólo a ellas y no pretendía el suelo, y recuerda también que si la partición se decretó fue porque, así las cosas, no había oposición sino acuerdo. Y el Tribunal Superior de Buga al confirmar esa providencia el 30 de mayo de 1933, volvió a poner de presente que la partición se limitaba a las mejoras, y fue sobre este pie como justificó el rechazó de las objeciones de Torres, entendiendo el Tribunal expresamente que sólo a ellas se refería la partición objetada.

Así, pues, en relación con ese trabajo y con el juicio mismo, se tiene que si, de un lado, Henao no pretendía suelo, de otro lado Torres no pretendía mejoras o, más precisamente, reconocía la existencia de una comunidad sobre éstas, distinta y extraña al suelo mismo, en la cual Henao tenía cuota.

Torres concreta sus pretensiones del presente juicio al suelo, al punto de que uno de los fundamentos de su alegato de casación estriba en que el Tribunal confunde el suelo con las mejoras y da a la partición de éstas alcance sobre aquél. Así, por ejemplo, después de decir que el Tribunal quizá "consideró que se discutía no lo relativo al terreno alinderado, sino lo referente a las mejoras, por haber empleado los términos

finca agrícola", y después de advertir que "el pedimento consignado en el punto segundo de la parte petitoria de la demanda" es el que allí transcribe, agrega: "Esta parte de la demanda corrige la ambigüedad, en el caso de que la hubiere, del primer pedimento, y deja claramente establecido que lo que se reivindica es el terreno que allí se ha delimitado en la demanda, con lo demás que al tenor del artículo 658 del C. C....."

Esta advertencia del mismo Torres hace inconducente relatar y estudiar otras escrituras públicas aducidas por Torres y relativas a mejoras, puesto que él se concreta al suelo. Y a esta situación legal del pleito no se opone que pretenda los aludidos accesorios, porque éstos siguen al suelo, que es lo principal, y al entregárselo tiene que ser con ellos; pero esto es cosa distinta de lo antedicho sobre mejoras en relación con el juicio divisorio, cuya sentencia y tramitación ulterior encaminada a su cumplimiento no pueden perder su alcance sobre Torres, que fue parte en este juicio.

A estos respectos debe advertirse también que una de las quejas de él es que al practicarse la entrega material por el Juzgado se le arrebató su propiedad. Así se tiene que, por una parte se entregaba a Henao lo que la partición le adjudicó en las mejoras y que por otra parte Torres se veía desposeído, no de ellas, puesto que se trataba de una comunidad dividida con su intervención y en la que Henao era condueño, sino del suelo respectivo.

A más de las deducciones expuestas, viene de esta circunstancia esta otra: que Torres, comunero en un total de mejoras y parte litigante en el juicio divisorio de las mismas, no puede pretender derecho de dominio especial sobre las que se adjudicaron a Henao, por más que vinieran a quedar en el suelo de Torres; y se deduce también que allí no hay mejoras de éste, puesto que después de esa entrega Torres no ha ocupado y antes de esa entrega estaban las mejoras en común, en forma tal que él, al ser demandado sobre partición, como ya se vio, contestó manifestando que ésta le convenía en cuanto a las mejoras se concretase.

El habla, es verdad, de mejoras suyas y testigos llamados por él al presente juicio declaran sobre que él tiene mejoras; pero las circunstancias especiaels de que se viene hablando obligan a reconocer que aun por el dicho de él mismo no es posible decidir sobre mejoras en forma distinta o sobre pie distinto del que quedó sentado para ellas en el juicio divisorio mismo y en sus pertinentes detalles, así como en su sentencia y en la ejecución de ésta.

Las dudas del partidor en ese juicio y la forma como se resolvieron concurren a confirmar esta opinión, así como la inspección ocular de 12 de julio de 1934 practicada con audiencia de Torres, cuya copia forma los folios 40 a 43 del Cdno. 2º

Y concurren también eficazmente en el mismo sentido las quejas de Torres en el acto de entrega y también la diligencia de lanzamiento, respectivamente de 7 de septiembre de 1934 y 10 del subsiguiente octubre (folios 36 vuelto a 39, ibídem), quejas repetidas en el curso del presente juicio, sobre que a Henao se le entregó con motivo de dicha partición y adjudicación el suelo de Torres que hoy éste reivindica.

En suma: los antecedentes de este litigio, de entre los cuales se destacan los que vienen citándose, obligan al juzgador a reconocer la completa coincidencia entre la ubicación del suelo de Torres y la de las mejoras adjudicadas allí a Henao, enajenadas por éste a la Agudelo años después.

No es posible, por tanto, dados estos hechos y dada esa participación, entender que los demandados estén obligados a indemnizar deterioros en su caso ni a pagar frutos de las mejoras en referencia; y por los mismos motivos es preciso reconocer el derecho de retención de aquéllas hasta que se pague o asegure su precio (C. C., arts. 966 y 739, inc. 2º, y ley 95 de 1890, art. 10).

Conviene advertir que el presente litigio no puede decidirse a la luz de la ley 200 de 1936, entre otras razones por la decisiva de que cuando ésta entró a regir en abril de 1937 aquella demanda se notificó a la Agudelo en 19 de octubre de 1935 (Cdno. 1º, fol. 12).

Se adelantan conceptos concernientes a la restitución, porque ésta ha de decretarse,

casando la sentencia recurrida, en razón de violar los arts. 946 y 950 del C. C. en el concepto indicado por el recurrente, pues Torres acredita en forma legal satisfactoria su dominio sobre el suelo que reivindica, con los títulos acompañados a su demanda, con el certificado de Registro ya citado (fols. 1 a 3 del Cdno. 4º) y con el concepto pericial contenido en la diligencia de 12 de diciembre de 1935 (Cdno. 2º, fols. 9 v. a 13), el que no fue en manera alguna objetado y contiene categórica afirmación sobre identidad de ese suelo, según la alinderación expresada en la demanda inicial y reproducida en el respectivo memorial de pruebas.

La entrega del suelo reivindicado ha de abarcar la de sus accesorios, tal como corresponde a los artículos 658 y 962 del C. C. sin más cortapisa que la implicada en el pago de cuanto como mejoras tiene allí la poseedora actual, pago que debe hacérsele previamente o a segurársele como permite el citado art. 10 de la ley 95 de 1890, en lo tocante al referido derecho de retención.

La citada diligencia de 12 de diciembre de 1935 contiene un avalúo pericial de las mejoras; pero él no puede regir, tanto por las mutaciones que de entonces a acá pueden haber ocurrido en las mejoras mismas, cuanto también por las que pueden mediar sobre los respectivos precios. Debe, pues, dejarse esa fijación para la ejecución de la sentencia, tal como la reglamenta el art. 553 del C. J. De lo contrario, esto es, si se señalara o acogiera hoy lo indicado por el avalúo de entonces, se desatendería, con grave peligro de desacierto y de injusticia, tanto las posibles mutaciones a que acaba de aludirse, cuanto las singulares circunstancias del presente caso determinadas principalmente por el antecedente del juicio divisorio, en el que, como repetidamente aquí se ha observado, con intervención de Torres se confirió título singular a las mejoras en cuestión a Leopoldo Henao, quien las enajenó a la Agudelo. Es, pues, el precio actual y no el de hace cuatro años el que ésta debe recibir.

El traspaso de Henao a la Agudelo no ha sido materia del litigio; por tanto, no hay lugar a considerar ni menos a decidir sobre la validez de este título, acerca del cual en sus alegatos sugiere y aun afirma Torres que es fingido y fraguado, para entorpecerle su acción, entre Henao y la Agudelo, no sin que en esto dejaran de influír las relaciones ilícitas existentes, dice, entre estos dos.

---

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el nueve de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, y revocando la de primera instancia pronunciada por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Sevilla el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y siete, falla el litigio así:

1º Condénase a Mercedes Agudelo a entregar a José Vicente Torres la finca denominada Bolivia o Buenavista, jurisdicción del Municipio de Sevilla, por los linderos expresados en el punto primero de la parte petitoria de la demanda inicial de esta causa.

2º Esa entrega se hará a Torres con todos los accesorios inmuebles respectivos de conformidad con los arts. 658 y 962 del C. Civil.

3º Previamente dicho Torres pagará a la Agudelo o le asegurará debidamente el valor de los referidos accesorios, el que se fijará como indica el art. 553 del C. J., y entre tanto ella podrá ejercitar el derecho de retención, de conformidad con el art. 970 del C. C. y el art. 10 de la ley 95 de 1890.

4º No hay lugar a condenar a la parte demandada al pago de frutos.

5º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

## RECURSO DE HECHO

**Cuando ninguna de las dos demanmandas, la principal y la de reconvención, que se debate en un juicio, alcanza por sí sola la cuantía necesaria para el recurso de casación, es improcedente dicho recurso. Porque en tal caso resultaría injurídico acumular el valor de las dos acciones para establecer la competencia de la Corte, en razón de que siendo la cuantía de los negocios judiciales la representación en dinero del interés de cada parte, cuando hay demanda de reconvención, surgen entonces dos intereses contrarios por su naturaleza y contenido, y si el artículo 472 del C. J. no admite la suma de ellos en orden a establecer la competencia de los jueces de primera instancia, con igual razón tampoco debe ser admisible para determinar la de la Corte en el recurso de casación.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

El tribunal superior del distrito judicial de Medellín, con fecha 14 de mayo próximo pasado, dictó sentencia de segundo grado en el juicio ordinario intentado por los señores Luis E. Latorre, Alberto Baena y Pedro Pablo Posada contra Clímaco Velásquez para obtener la resolución de un contrato de arrendamiento celebrado por los tres primeros con el último, y el pago de los perjuicios respectivos.

En este fallo se declaró resuelto el contrato, habiendo el tribunal condenado a Velásquez a pagar a los demandantes la cantidad de mil ochocientos pesos ($ 1,800.00) a título de perjuicios.

Consecuencialmente fueron negados los pedimentos de la demanda de reconvención propuesta por Velásquez contra los actores, encaminada a obtener contra éstos la condenación en perjuicios por haber sido ellos quienes violaron el mismo contrato de arrendamiento.

El apoderado de Velásquez interpuso contra la sentencia el recurso de casación. Pero como el tribunal estimó dudoso el valor de las acciones ordenó avaluarlas mediante la intervención de peritos. Nombrados éstos, se obtuvo el siguiente resultado:

Los peritos principales estuvieron de acuerdo en avaluar la cuantía de la acción principal en la cantidad de $ 1,800. Respecto de la de reconvención, después de varias aclaraciones solicitadas por el apoderado de Velásquez, también resultaron al fin de acuerdo y señalaron la cantidad de $ 2,263.75.

En atención a este resultado el tribunal negó el recurso de casación. Contra esta providencia se interpone, trayendo las copias de rigor, el de hecho ante la Corte.

La Corte considera bien negada la concesión del recurso de casación.

El avalúo tuvo por objeto disipar las dudas respecto de la verdadera cuantía del negocio, de manera que el dictamen pericial es la única pauta legal que hoy sirve para fijar esa cuantía.

Según eso, ninguna de las acciones alcanza un valor siquiera de tres mil pesos.

Es inadmisible la pretensión del recurrente de que se tenga en cuenta el valor sumado de las dos demandas.

En el presente caso, aun cuando hay dos demandas, la principal y la de reconvención, la pretensión jurídicamente es una misma, comoquiera que tienen por objeto deducir perjuicios del mismo contrato por el incumplimiento de él de que recíprocamente se acusan las partes. De consiguiente, el reconocimiento del derecho en favor de los demandantes excluye lógica y necesariamente el que aspira a hacer triunfar el demandado.

De otro lado, cuando ninguna de las dos demanda, la principal y la de reconvención, que se debaten en un juicio, alcanza por sí sola la cuantía necesaria para el recurso de casación, es improcedente dicho recurso.

Porque en tal caso resultaría injurídico acumular el valor de las dos acciones para establecer la competencia de la Corte, en razón de que siendo la cuantía de los negocios judiciales la representación en dinero del interés de cada parte, cuando hay demanda de reconvención, surgen entonces dos intereses contrarios por su naturaleza y contenido, y si el artículo 472 del Código Judicial no admite la suma de ellos en orden a establecer la competencia de los jueces de primera instancia, con igual razón tampoco debe ser admisible para determinar la de la Corte en el recurso de casación.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, deniega el recurso de hecho y por tanto el de casación contra la sentencia del tribunal superior de Medellín de fecha 14 de mayo postrero, pronunciada en el juicio ordinario de Luis E. Latorre y otros contra Clímaco Velásquez, recurso de que tratan las precedentes copias.

Póngase esta providencia en conocimiento del inferior para que conste en el respectivo proceso (art. 514 del C. J.).

Publíquese, cópiese, notifíquese, archívese el expediente e insértese esta providencia en el próximo número de la **Gaceta Judicial.**

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

MINAS.—IMPUESTO DE ESTACA.—PRESUNCION DE PAGO.—PRESUNCIONES

**Según el art. 173 del C. de Minas, los recibos que comprueban el pago del impuesto en tres años consecutivos harán presumir el pago en los años anteriores, admitiéndose contra esta presunción pruebas que la destruyen. Aunque esa norma habla de "los recibos que comprueben el pago del impuesto...", de ahí no puede deducirse que para aceptar la presunción establecida se requiera fatalmente la exhibición de los recibos, expedidos en la forma estatuída en los artículos 165 y 166, porque también otras disposiciones del Código minero otorgan a las certificaciones el mismo valor probatorio y la misma fe que los recibos, y por esta circunstancia no puede interpretarse en esa forma rígida y restringida la norma que consagra la presunción, sino antes bien, darle aplicación a la presunción de pago, siempre que se evidencia en juicio en alguna de las dos formas expresadas, el pago de tres años consecutivos y posteriores a aquellos que aparecen insolutos en los libros de la Oficina de Hacienda respectiva. — 2.—Los tratadistas de pruebas judiciales establecen tres clases de presunciones: las presunciones simples o de hombre; las presunciones JURIS TANTUM y las presunciones JURIS ET DE JURE. Cualquiera que fuere la naturaleza de una presunción, una vez reconocida y consagrada por la ley positiva, debe producir el importante efecto jurídico de relevar de la carga de la prueba a quien la alega en su favor. Es claro que entre las anteriores categorías existe una variada gama de presunciones. Pero lo que las caracteriza y da fisonomía es que la presunción JURIS ET DE JURE, por fundarse en principios científicos incuestionables, no admite prueba en contrario; en tanto que entre las de naturaleza JURIS TANTUM o simplemente legales, hay unas que admiten toda clase de pruebas en contrario y otras que no admiten sino pruebas determinadas y especiales. — 3.— El artículo 175 consagra una presunción JURIS TANTUM que sólo admite como pruebas que la destruyan la confesión y aquellas de carácter documental que se originen en las oficinas fiscales donde deba satisfacerse el impuesto o donde se lleve la administración general del Tesoro (arts. 165 a 172 del C. de M.).**

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

(Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez).

Antecedentes

1.—La mina de oro, de aluvión, denominada "Guinulte", fue adquirida por Juan y María Castillo, en virtud de venta que les hicieron los herederos del señor Javier Cortés, por escritura pública número 56 de 18 de diciembre de 1860, otorgada en la Notaría de Barbacoas;

2.—El Presidente del Estado Soberano del Cauca expidió a los compradores el correspondiente título de propiedad sobre la mencionada mina, ciñéndose a la Ley 66 de 1859, que regía en aquel Estado. Dicho título fue revalidado en 1891 por el Gobernador del Departamento del Cauca, a favor de José Ignacio, Francisco y Prudencio Castillo, Plácido Cortés y Carlos Rincón, como causahabientes de los anteriores adquirentes.

Juicio ordinario

Ante el Gobernador de Nariño denunció el doctor Raúl F. Castillo Klinger, como **abandonada**, la mina de oro "Guinulte", por los linderos que determina en el respectivo memorial. Además, indicó como antiguos poseedores de tal mina a los señores Evaristo, Alberta, Isaac, María, Hortensia, Angélica, Petronila, Lucila, Pedro y Eulalia Castillo, Plácido Cortés y Pedro Rincón.

La Gobernación comisionó al señor Alcalde de Barbacoas para que, mediante el trámite legal, diera al denunciante posesión de la mina. Fijados los anuncios se presentaron Pedro Rincón, Pedro E. Castillo, María Enriqueta de Castillo, Plácido Cortés, Hermógenes y Segundo Castillo manifestando que en su calidad de poseedores y propietarios de la mina denunciada se oponían a la posesión intentada por el avisante.

Remitidas las diligencias al Poder Judicial y dispuesto por el Juez 2º del Circuito de Barbacoas que el denunciante Castillo debía asumir la posición de demandante, al

tenor de lo dispuesto en el art. 53 de la Ley 292 de 1875, dicho denunciante demandó en juicio ordinario a los opositores antes indicados, pidiendo en su libelo que en sentencia definitiva se declarara su mejor derecho a la posesión y titulación de la mina "Guinulte", abandonada, a su decir, por los últimos poseedores que fueron determinados por él en el memorial de aviso y denuncia de la referida mina.

Tramitada la primera instancia, el Juez a quo le puso término en sentencia fechada el día 15 de mayo de 1937, en la cual se declaró que la mina objeto del litigio ha sido abandonada por los antiguos poseedores indicados en el libelo, por cuanto dichos señores no habían pagado los impuestos nacionales correspondientes a varias anualidades anteriores. También se hicieron otras declaraciones tendientes al debido cumplimiento de la principal que acaba de enunciarse.

Funda su fallo el Juez de instancia en que con el doble certificado que obra en autos el Administrador de Hacienda Nacional, al hacer la discriminación de los pagos hechos por concepto de impuestos, deja vacantes los años comprendidos entre el de 1915 hasta el de 1926 inclusive, ocurriendo por esta contravención uno de los casos de abandono previstos por el art. 354 del C. de M. Agrega que si los demandados hubieran hecho los pagos puntuales del impuesto de "estaca", habrían afianzado su mejor derecho, sin que ningún otro individuo hubiera podido disputárselo.

No acepta el Juez fallador que se deba admitir la presunción de pago de los años declarados insolutos, según así lo preceptúa el art. 173 del C. de M., porque si el Legislador presume el pago de años anteriores cuando se exhiban recibos de pago de tres años consecutivos posteriores, tal caso no se contempla en este pleito, porque tal presunción admite prueba en contrario y las referidas certificaciones constituyen prueba suficiente para destruír tal presunción, por constar en éstas el no pago de tales anualidades.

**Sentencia recurrida**

Apelada esa providencia por el abogado de los opositores y surtida la tramitación legal, el Tribunal Superior de Pasto le puso término en sentencia de 4 de febrero de 1938, en la cual revoca la de primera instancia y en su lugar absuelve a los demandados de los cargos hechos en el libelo por el denunciante Castilllo Klinger.

El Tribunal sentenciador, para llegar a tal conclusión se expresa así:

"Es verdad que los opositores no han presentado los comprobantes del pago del impuesto anual de minas correspondiente a los años de 1914 a 1927, en razón de que en la oficina respectiva no les han podido suministrar la testificación del caso, por cuanto, según disculpa de dicha oficina no han encontrado los libros respectivos, pero en cambio han comprobado que en la Administración de Hacienda Nacional existe el vacío anotado y además aparece en favor de los mismos una presunción legal que la hacen valer por medio del certificado oficial expedido por el Jefe de la Sección Tercera de la Administración de Hacienda Nacional, que a la letra dice: 'Administración Principal de Hacienda Nacional. — Sección Tercera. — El suscrito, Jefe de la Sección Tercera de la Administración Principal de Hacienda Nacional de Nariño, en vista de la solicitud que antecede y teniendo de presente los libros y registros llevados en este despacho, como también las disposiciones legales vigentes que regulan los impuestos nacionales de minas, en legal forma, certifica: Teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 13 del Decreto Legislativo número 223 de 1932, en donde los recibos que comprueban el pago del impuesto nacional de minas por tres (3) años consecutivos, hacen presumir el pago de los años anteriores, y como por la mina de oro, de aluvión, denominada Guinulte, sita en el distrito y provincia de Barbacoas, se hallan pagados consecutivamente los impuestos por los años de 1927 a 1936, se presume que fueron pagados, también, los impuestos correspondientes a los años de 1915 a 1926, los que no figuran en los libros respectivos de esta oficina. La no constancia en los libros de la

Administración de Hacienda de haberse pagado el impuesto anual de los años de 1915 a 1926, no constituye un comprobante de no haberse pagado efectivamente el impuesto en esos años, pues que pudo suceder que por un error involuntario del empleado de ese entonces, encargado de la Sección de Minas, o por otras causas, no se hizo la anotación del pago correspondiente. Expedido en Pasto a los cuatro días del mes de octubre de mil novecientos treinta y siete. Carlos Zarama Delgado, Jefe de la Sección Tercera".

"Por otro lado el art. 173 del C. de M. contribuye en favor de los opositores, de modo pleno, porque dice lo siguiente: 'Los recibos que comprueben el pago del impuesto en tres años consecutivos, harán presumir el pago de los años anteriores, pero contra esta presunción se pueden admitir pruebas que la destruyan".

"Así, pues, que armonizando la disposición acabada de transcribir con el certificado antes también transcrito de la Administración de Hacienda Nacional, ha de convenirse en que el impuesto anual o de estacada de la mina 'Guilnulté' en los años de 1914 a 1927, ha sido pagado regularmente y por lo mismo la citada mina no ha estado en abandono en ninguna época, pues que los interesados en ella han cumplido a cabalidad con los deberes que la ley impone para la conservación de la mina, puesto que han pagado cumplidamente el derecho de estacada y han demostrado, con el respectivo certificado presentado al (sic) Recaudador de Hacienda Nacional, la explotación de la mina, condición indispensable para no perder la propiedad, como lo requiere el art. 303 del C. de M."

"Estando pues demostrado, como se halla, que las tantas veces citada mina, no ha estado abandonada en ninguna época desde el tiempo de sus primitivos dueños Juan y María Castillo hasta los actuales poseedores, herederos de aquéllos y por lo mismo dueños de la mina por tener justo título, en rigor de justicia debe ampararse a los demandados, absolviéndolos, una vez que los hechos de la demanda no han sido demostrados y está comprobado que la citada mina, a tiempo de ser denunciada por el doctor Castillo, no estuvo abandonada".

### Recurso de casación

El abogado de la parte actora recurre en casación contra la sentencia de segundo grado y la acusa por el primero de los motivos consagrados en el art. 520 del C. J. Considera que en el caso de autos se ha aplicado erróneamente el art. 173 y sus concordantes del C. de M., y para fundamentar el recurso hace las siguientes consideraciones, que se pasan a extractar:

Los opositores a la adjudicación de la mina no han presentado comprobante alguno de que se hubiese pagado el impuesto de "estaca", en los doce años comprendidos entre 1915 a 1926. Tales comprobantes no podían ser otros que los recibos originales, expedidos en la forma indicada en los arts. 165 y 166 del C. de M., o las certificaciones de que tratan los arts. 168 a 169 del estatuto minero.

Como con ninguno de estos medios de prueba han demostrado los opositores que en realidad efectuaran el pago en esos años, es indudable que la sentencia recurrida ha violado por errónea interpretación el art. 173 mencionado, al presumir el pago del impuesto en tales años, fundándose en las certificaciones aludidas, pues éstas no son asimilables a los recibos para establecer la presunción que consagra tal precepto, sino para demostrar el pago que no pudiera comprobarse con los recibos originales.

Como el Tribunal sentenciador ha considerado que la ausencia de estas pruebas ha quedado suplida por la presunción que establece el art. 173, concluye el recurrente que se aprecian mal unas pruebas, es decir, las certificaciones de la Administración de Hacienda de Nariño, dándoles un alcance probatorio que en realidad no tienen; y ha dejado de estimarse otra, que consiste en la falta de constancia de pago, que se desprende también de tales certificaciones.

### Estudio del recurso

Estatuye el art. 303 del C. de M. que la

posesión regular de una mina se adquiere por la expedición del título y se conserva por el pago del impuesto.

Tanto el actor y recurrente como el abogado que lo representa en este recurso de casación aceptan que la mina "Guinulté" fue adquirida por Juan y María Castillo, en virtud de venta que de ella les hicieron los herederos de Javier Cortés, por escritura número 56 de 18 de diciembre de 1860, corrida en la notaría de Barbacoas.

Convienen también en que por el Presidente del entonces Estado Soberano del Cauca les fue expedido el título sobre la mencionada mina, en el año de 1865, ajustándose en un todo a los preceptos de la ley 66 de 1859, de aquel Estado. Posteriormente, atendiendo al mandato de la ley nacional número 38 de 1887, la Gobernación del Departamento del Cauca hizo en el año de 1891 expresa revalidación de ese título de adjudicación de la mina "Guinulté" a favor de José Ignacio, Francisco y Prudencio Castillo, Plácido Cortés y Carlos Rincón, como causantes de los actuales opositores.

Conviene igualmente observar, para fijar bien los lineamientos de la cuestión jurídica debatida en casación, que éstos no fundan su oposición en el dominio evidente que sobre la mina tuvieran por ser dueños del terreno, sino en el derecho que luégo adquirieron para explotarla, en virtud del título y su revalidación a que antes se ha aludido.

De manera que no es objeto de controversia si los opositores adquirieron o no dicha mina, a perpetuidad. El hecho preciso que se debate y que es materia del recurso viene a ser, por lo tanto, si la mina fue abandonada, por no haber pagado sus últimos poseedores los derechos fiscales correspondientes; y si por esa circunstancia, prevista en el Código minero, puede ser denunciada como lo hizo Raúl F. Castillo Klinger, para que se le adjudique como restaurador.

En relación con este hecho básico, sostenido por el actor y que ha sido negado por el apoderado de los opositores, existe en el proceso un certificado de la Administración de Hacienda Nacional de Nariño, presentado por ambas partes como prueba, cuyo texto dice:

"Que el impuesto de estaca correspondiente a la mina de oro de aluvión denominada 'Guinulté', sita en el distrito y provincia de Barbacoas, paraje del río Telembí, ha sido pagado por los interesados por los de 1905 a 1914, inclusive; y por los años de mil novecientos veintisiete (1927) a mil novecientos treinta y seis (1936), inclusive, en la siguiente forma:....."

Como puede apreciarse, en ese certificado no hay constancia de que el impuesto nacional de "estaca" haya sido pagado durante los años de 1915 a 1926. Como es necesario el pago puntual de tal impuesto para conservar la posesión de una mina, según los artículos 142 y 303 del Código Minero, deduce de tal infracción el actor y recurrente que la mina "Guinulté" fue abandonada y puede ser denunciada por él para que se le adjudique como restaurador.

Pero es el caso que la sentencia recurrida se funda en los dos certificados expedidos por la Oficina de Hacienda de Nariño, a que antes se ha aludido, para considerar que tiene oportuna aplicación el artículo 173 de la misma codificación y presumir el pago de tal impuesto en esos años anteriores, en virtud de haberse comprobado el pago del impuesto en tres años consecutivos posteriores.

Para decidir sobre tal cuestión controvertida, que es la materia sometida al recurso, la Corte considera:

Según el artículo 173 ya mencionado, los recibos que comprueben el pago del impuesto en tres años consecutivos harán presumir el pago en los años anteriores, admitiéndose contra esta presunción pruebas que la destruyan.

Es verdad que los opositores no han presentado los recibos originales que demuestren el pago del impuesto de estaca de la referida mina entre 1915 y 1926. Pero como del pago de ese impuesto se debe dejar constancia en el libro correspondiente de la Oficina de Hacienda, al tenor del artículo 167 del C. de M., es fundado en tal anotación y en los asientos del libro antes aludido por lo que nuestro estatuto minero dispone, en sus artículos 168 y 169, que las certificaciones de los empleados de Hacienda, con refe-

rencia a dicho libro y a las copias que remitirán cada año a la Administración General del Tesoro (Tesorería General de la Nación), harán fe, como recibos originales, del pago del impuesto. Se desprende de lo dicho que las dos certificaciones sí constituyen documentos comprobatorios suficientes del pago del impuesto, en los años en ellos determinados, o sea de 1905 a 1914, y de 1927 a 1936. No han podido comprobar los opositores el pago de esa contribución durante los años de 1915 a 1926; pero hizo bien el Tribunal en aplicar la presunción legal consagrada en el artículo 173 del C. de M. y considerar que debía presumirse el pago en esos años, dado que el actor y recurrente no ha presentado prueba alguna que destruya esa presunción y haga, por lo tanto, inconducente la aplicación de tal precepto.

Bien es cierto que esa norma habla de "los recibos que comprueben el pago del impuesto.....", pero de ahí no puede deducirse que para aceptar la presunción establecida se requiera fatalmente la exhibición de los recibos, expedidos en la forma estatuída en los artículos 165 y 166, porque también otras disposiciones del Código Minero otorgan a las certificaciones el mismo valor probatorio y la misma fe que los recibos, y por esta circunstancia, no puede interpretarse en esa forma rígida y restringida la norma que consagra la presunción, sino antes bien, darle aplicación a la presunción de pago, siempre que se evidencia en juicio en alguna de las dos formas expresadas, el pago de tres años consecutivos y posteriores a aquéllos que aparecen insolutos en los libros de la Oficina de Hacienda respectiva.

Los tratadistas de pruebas judiciales establecen tres clases de presunciones: las presunciones simples o de hombre; las presunciones **juris tantum** y las presunciones **juris et de jure.** Cualquiera que fuere la naturaleza de una presunción, una vez reconocida y consagrada por la ley positiva, debe producir el importante efecto jurídico de relevar de la carga de la prueba a quien la alega en su favor.

Es claro que entre las anteriores categorías existe una variada gama de presunciones. Pero lo que las caracteriza y da fisonomía es que la presunción juris et de jure, por fundarse en principios científicos incuestionables, no admite prueba en contrario; en tanto que entre las de naturaleza **juris tantum** o simplemente legales, hay unas que admiten toda clase de pruebas en contrario y otras que no admiten sino pruebas determinadas y especiales.

El artículo 173 que se alega como violado, consagra una presunción **juris tantum,** que sólo admite como pruebas que la destruyan la confesión y aquéllas de carácter documental que se originen en las oficinas fiscales donde deba satisfacerse el impuesto o donde se lleve la administración general del Tesoro (artículos 165 a 172 del C. de M.) Tal prueba documental sería la pertinente para demostrar que el impuesto nacional de "estaca", como elemento de la posesión minera, no se satisfizo puntualmente en los años señalados como insolutos.

Como en el caso de autos no se han exhibido documentos de esta índole y corre de cargo del actor la carga de la prueba para destruír tal presunción, es forzoso concluír que ésta queda en pie y favorece a la parte opositora, que ha sabido alegarla con toda oportunidad.

Si, pues, esas certificaciones comprueban el pago del impuesto a falta del recibo original siempre que coincidan con los asientos que deben encontrarse en los libros de la Administración de Hacienda o con las copias remitidas a la Administración General del Tesoro, y no se ha contrapuesto por el actor, a tales certificados, un recibo original, hay que concluír que aquéllos sí son asimilables a los recibos, para establecer la presunción de que trata el artículo 173 del C. de M.

Bien pudo el Tribunal excederse de los límites normales de una fiel y exacta interpretación de uno de tales certificados, cuando dice en la sentencia que en la Oficina de Hacienda de Nariño no han podido suministrar la testificación del caso, por no haberse encontrado en los libros respectivos. En realidad de verdad, lo que atestigua esa Oficina, es que el pago del impuesto en esos

años (1915 a 1926) no figuran en los libros respectivos y que la no constancia no constituye un comprobante de no haberse pagado el impuesto en esos años. Pero hecha la necesaria rectificación a la argumentación del Tribunal, en ese punto de la controversia, en nada se aminora la aplicación de la presunción legal sobre pago, ni se le resta su valor demostrativo al certificado.

De lo expuesto concluye la Corte que es verdad que los opositores a la adjudicación de la mina "Guinulté" no han presentado comprobantes que demostraran haberse pagado los impuestos correspondientes a los años de 1915 a 1926; ni han podido reponerlos como lo estatuye el artículo 172 del C. de M., porque en el libro correspondiente no hay constancia de haberse hecho tales pagos; pero sí han evidenciado suficientemente el pago de tal impuesto en varios años posteriores y consecutivos (más de tres) y así se justifica la aceptación de la presunción de pago que para esos casos consagra el artículo 173 del C. de M., en relación con el 661 del C. J.

Se rechaza el único cargo, por inoperante.

---

## Fallo

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, fecha el día 4 de febrero de 1938.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

# SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

## EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL—LEY 94 DE 1938—NO ES APLICABLE EN PROCESOS INICIADOS ANTES DEL PRIMERO DE JULIO DE DICHO AÑO

**La Ley 94 de 1938 — nuevo Código de Procedimiento Penal — la cual suprimió el fuero que amparaba a ciertos funcionarios públicos, no es aplicable respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de aquel año.**

**El juzgamiento de aquellos empleados por los jueces comunes no puede considerarse como más favorable al reo que el hecho por la Corte Suprema de Justicia.**

**El artículo 22 de la Constitución y los artículos 5º de la Ley 57 de 1887 y 3º del nuevo Código Penal consagran expresamente el principio de que en materia penal la ley más favorable al reo, aun cuando sea posterior, debe proferirse a la desfavorable; pero tal cosa ha de entenderse respecto de una ley nueva vigente, no de una ley, como la 94 de 1938, que deba empezar a regir paulatinamente, para aplicarla, por expresa voluntad del legislador, tan sólo en procesos que se vayan iniciando a partir de la expedición de esa nueva ley.**

**En virtud del artículo 722 del mismo Código, para dichos procesos no existe todavía la ley de naturalza penal que se invoca como más favorable al reo; el nuevo Código de procedimiento tiene existencia FORMAL desde el primero de julio de mil novecientos treinta y ocho; pero no tiene existencia MATERIAL o efectiva sino para procesos iniciados de aquella fecha en adelante.**

**Quiso el legislador que la reforma penal no produjese sus efectos de manera súbita y brusca. Por lo que hace a la ley sustantiva, ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer, en cada caso, entre el Código de 1890 y el de 1936, para aplicar el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se ha suavizado la trancisión con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del Código.**

**Respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho no se trata, pues, de escoger entre dos leyes de naturaleza penal para aplicar la más favorable al reo, sino de una ley vigente y de otra que por mandato expreso del legislador, no debe regir sino en determinados procesos: los iniciados a partir de aquella fecha.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala Dual. — Bogotá, seis de octubre de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, doctor José Antonio (Montalvo).

Por auto fechado el nueve de julio de este año dispuso el señor Magistrado doctor Salvador Iglesias que se oyera al señor Procurador General de la Nación en el presente sumario contra Miguel Moreno Alba, ex-Administrador de la Aduana de Barranquilla.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en vez de emitir concepto de fondo, planteó ante el Magistrado sustanciador la tesis de que la Corte ha dejado de ser competente para conocer en asuntos de esta índole, por cuanto la Ley 94 de 1938 suprimió el fuero especial para empleados como aquél a que se refiere este proceso.

Como a juicio del señor Magistrado sustanciador no ha cesado la competencia de la Corte, y por auto de treinta de julio último insistiera en pedir el concepto de fondo de la Procuraduría, ésta vuelve sobre sus puntos de vista, recurriendo en súplica ante la Sala Dual.

La súplica es procedente, pues aunque el auto reclamado sea en su aspecto de mera sustanciación, tratándose como se trata de

fijar el punto de competencia, el auto de treinta de julio decide un incidente, y por ende puede atribuírsele el carácter de interlocutorio.

Para resolver, la Sala considera:

Sostiene el señor Procurador que aun cuando el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento dice que sus disposiciones se aplicarán solamente a los procesos iniciados después de la vigencia del mismo, debe regir sin embargo en punto a jurisdicción para actuaciones anteriores al primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, por cuanto el artículo 22 de la Carta dispone que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Y en opinión del señor Procurador, el fuero en casos como éste resulta desventajoso para el funcionario acusado, pues implica que el juicio se surta en una sola instancia, en vez de las dos del procedimiento ordinario, con la posible intervención del jurado y el recurso de casación.

Estima el señor Procurador que por encima del artículo 722 del Código está la norma constitucional, cuya aplicación se impone de preferencia.

No comparte la Sala el concepto de que el fuero se estableciera para someter a ciertos funcionarios a situaciones procedimentales desventajosas. Tal institución se informa sí en un criterio de desigualdad, pero no en contra del sindicado sino en su favor. La ley ha querido como elevar el juzgamiento de determinados funcionarios, y por eso los ha puesto bajo la jurisdicción de magistrados de jerarquía más alta que la de los jueces comunes.

Quizá este sistema legal ofrezca menos variedad de recursos que los inherentes a la jurisdicción ordinaria; pero esa apreciación no autoriza para concluír que la supresión del fuero pueda tomarse en el sentido de que el legislador haya querido hacer más favorable la ley en cuanto al juzgamiento de funcionarios.

Prueba de ello es que a pesar de las reformas legales y constitucionales, el fuero se ha mantenido en relación con el Presidente de la República, el Procurador General de la Nación, etc.

Pero aun aceptando que el legislador se haya propuesto en el nuevo Código de Procedimiento Penal determinar en esta materia del fuero una situación más ventajosa para los acusados, es lo cierto que por expresa voluntad del mismo tal situación carece de entidad legal en procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho. En una palabra, la Corte considera que en virtud del artículo 722 del Código, para dichos procesos no existe todavía esa ley de naturaleza penal más favorable que invoca el señor Procurador.

Bien sabida es la distinción que suele hacerse entre la existencia **formal** y la existencia **material** de una ley; y conocida la norma del artículo 53, Ley 4ª de 1913, conforme a la cual cuando la ley fije el día en que ella deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, sólo comienza a regir en ese momento.

Así, pues, de la comparación de los artículos 724 y 722 del nuevo Código resulta: el primero de febrero de mil novecientos treinta y ocho tal estatuto comenzó a existir **formal y materialmente** para procesos que se iniciaran después de esa fecha; y respecto de procesos iniciados con anterioridad a tal día, la existencia del Código es meramente **formal,** pero no **material.**

Cosa semejante—no igual, desde luego—ha ocurrido con otras leyes en materia penal. Por ejemplo:

El día veintisiete de diciembre de mil novecientos veintidós fue sancionada la Ley 109 de ese año (Código Penal del doctor Concha); pero como ella dispuso en su artículo 418 que sólo entraría a regir luégo que se llenaran varios requisitos, y la Ley 81 de 1923 aplazó la vigencia de aquel Código hasta el primero de enero de mil novecientos veinticinco, durante ese lapso de dos años la Ley 109 tuvo existencia **formal** no **material,** y de ningún modo habría podido invocarse entonces como estatuto penal más favorable.

Con fecha veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y seis se expidió el reciente Código Penal. Desde entonces existió for-

malmente; pero su existencia efectiva, o sea material, no empezó sino el primero de julio del presente año. Y no podrá afirmarse que con ese sistema de aplazamiento de la vigencia se quebrantara el artículo 22 de la Constitución por el aspecto de que entre la serie de leyes nacionales se encontrara una en materia penal, no aplicable a pesar de que en determinadas ocasiones pudiera resultar más favorable.

Claramente se ve que al culminar la reforma penal quiso el legislador que no produjera sus efectos de manera súbita y brusca.

Por lo que hace a la ley sustantiva ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer—en cada caso—entre el Código de mil ochocientos noventa y el de mil novecientos treinta y seis, para ir aplicando el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se facilitó una suave trancisión con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del Código.

Resulta, pues, fundada en derecho la providencia del señor Magistrado doctor Iglesias, materia del recurso de súplica interpuesto por el señor Procurador, y por tanto, la Sala Dual de la Corte la confirma.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

**José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Baños,** Srio. en propiedad.

## DISTINCION ENTRE LOS ELEMENTOS MATERIALES DEL CUERPO DEL DELITO Y LOS ELEMENTOS DE INCRIMINACION DEL HECHO A DETERMINADA PERSONA

**Cuando para sustentar un recurso de casación no se impugna la existencia de los elementos materiales del cuerpo del delito sino la prueba de la imputación del hecho a determinada persona, el recurso no puede prosperar por la causal 3ª —error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito— y podría ser sustentable más bien por la causal 5ª, veredicto notoriamente injusto.**

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

A la pena de veinte años de presidio fue condenado Eustorgio Velasco por el Tribunal Superior de San Gil, como responsable del delito de asesinato en la persona de Inocencia Castillo.

El procesado interpuso casación y su defensor, doctor Luis Antonio Martínez, en escrito dirigido al Tribunal, manifestó que la causal invocada en este caso es la 2ª, o sea, violación de la ley procedimental por haberse dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad. Dijo allí el señor defensor lo siguiente:

"En efecto, en la página 65 se ve que en la diligencia de sorteo se incurrió en una equivocación que es factor de incertidumbre acerca de la persona que debía desempeñar el cargo de jurado; pues al tratar de reemplazar un jurado, se insacularon tres balotas y no una sola: circunstancia que está erigida en causal de nulidad por el art. 265, L. 57 de 1887, número 4º (sic) y aceptada por la Suprema Corte en casación de junio 14 de 1937".

Ante la Corte constituyó el recurrente un apoderado especial, quien fundamentó la casación, en escrito donde aduce y sustenta dos causales: nulidad del procedimiento y error sobre la prueba del cuerpo del delito (causal 3ª).

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Penal impugna la causal 3ª —cuerpo del delito— pero coadyuva el recurso por lo que hace a la causal 2ª.

Deben estudiarse en el presente caso, las dos causales en el mismo orden en que lo hace la Procuraduría, pues de hallarse fundada la referente al cuerpo del delito, el recurso debería prosperar en virtud de ella, ya que afectaría el juicio por su base.

**Causal 3ª—Error en cuanto a la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.**

Razona así el señor apoderado: "Entendiéndose por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible según las leyes (artículo 1512 C. J.), es indubitable que dentro de esta noción va implícito el concepto de responsabilidad: para que un hecho sea punible es indispensable que haya sobre quién recaiga la pena, es decir, que haya sujeto responsable".

Y partiendo de esta tesis entra en consideración sobre los elementos probatorios que obran en el proceso.

Como ha dicho la Corte en varios fallos, cuando se atacan los elementos materiales del cuerpo del delito, los argumentos de casación apoyados en deficiencia de la prueba sobre imputación del hecho a determinada persona inciden más bien, tratándose de juicios por Jurado, en la causal 5ª, injusticia notoria del veredicto que, en el presente caso, según lo advierte el señor Procurador, no ha sido invocada, ni podría haberlo sido puesto que ese punto no se debatió en las instancias.

**Causal 2ª—Violación de la ley procedimental, por motivo de nulidad.**

El señor Procurador dice sobre este particular:

"La nulidad consistente en haberse incurrido en error en el sorteo de jurados, sí resulta establecida. Al respecto, la H. Corte ha sentado lo siguiente: Que en los sorteos parciales no hay lugar a recusación de jurados porque el artículo 3º de la Ley 1ª de 1923 no la autoriza; que, al insacularse más de las balotas necesarias para reemplazar a los jurados respectivos, se introduce un factor de incertidumbre acerca de las personas que debían desempeñar ese cargo, y tal irregularidad es constitutiva de la nulidad que contempla el numeral 4º del art. 265 de la Ley 57 de 1887".

Y como es verdad que la Corte ha infirmado sentencias teniendo en cuenta irregularidad semejante a la que se observa en este proceso, por el "factor de incertidumbre" acerca del personal que debiera integrar el Jurado cuando se sortea mayor número de nombres del que legalmente se necesita, ese factor de incertidumbre de que hablan el señor defensor y la Procuraduría hace nulo el proceso, nulidad que debe retrotraerse a la diligencia de sorteo general (numeral 5 del artículo 243, Ley 57 de 1887) o, mejor dicho, al auto que señaló día para esa diligencia.

Es, pues, improcedente el recurso por la causal 3ª de casación, pero debe prosperar por la causal 2ª.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta y siete, que condenó a Eustorgio Velasco a la pena de veinte años de presidio por el delito de asesinato en la persona de Inocencia Castillo; en su lugar anula el juicio desde el auto que señaló día para el sorteo general del Jurado, fechado el once de marzo del mismo año, inclusive (fs. 60), y ordena reponer el procedimiento de ahí en adelante.

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

**José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Salvador Iglesias.—Alberto Malo Baños**, Srio. en ppdad.

## NO ES ADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS QUE IMPONGAN MENOS DE SEIS AÑOS DE PENA CORPORAL, CUANDO SE TRATE DE PROCESOS INICIADOS ANTES DEL 1º DE JULIO DE 1938.

**No es admisible el recurso de casación contra sentencias que impongan menos de seis años de pena corporal, cuando se trate de procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, porque el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) así lo dispuso de manera inequívoca. El artículo 22 de la Constitución y los artículos 5 de la Ley 57 de 1887 y 3º del nuevo Código Penal consagran expresamente el principio de que en materia penal la ley más favorable al reo, aun cuando sea posterior, debe preferirse a la desfavorable; pero tal cosa ha de entenderse respecto de una ley nueva vigente, no de una ley, como la 94 de 1938, que debe empezar a regir paulatinamente, para aplicarla, por expresa voluntad del legislador, tan sólo en procesos que se vayan iniciando a partir de la expedición de esa nueva ley. En virtud del artículo 722 del mismo código, para dichos procesos no existe todavía la ley de naturaleza penal que se invoca como más favorable al reo; el nuevo código de procedimiento tiene existencia FORMAL desde el primero de julio de mil novecientos treinta y ocho; pero no tiene existencia MATERIAL o efectiva sino para procesos iniciados de aquella fecha en adelante. Quiso el legislador que la reforma penal no produjese sus efectos de manera súbita y brusca. Por lo que hace a la ley sustantiva, ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer, en cada caso, entre el código de 1890 y el de 1936, para aplicar el más favorable al reo Y en cuanto al procedimiento, se ha suavizado la transición con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del código. Respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho no se trata, pues, de escoger entre dos leyes de naturaleza penal para aplicar la más favorable al reo, sino de una ley vigente y de otra que por mandato expreso del legislador, no debe regir sino en determinados procesos: los iniciados a partir de aquella fecha.**

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Faustino Torres interpuso casación, el cuatro de marzo de mil novecientos treinta y ocho, contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que lo condenó a cuatro años de presidio y tres de relegación en una colonia agrícola, por hurto de un caballo.

El veinticuatro del mismo mes de marzo concedió el Tribunal el recurso; y venido a la Corte el proceso, durante los meses de abril, mayo y junio se surtieron los trámites respectivos hasta el traslado al recurrente, el cual fue conferido por auto de veintisiete de junio.

Tal era la situación del negocio, cuando el primero de julio de mil novecientos treinta y ocho entró a regir la Ley 94 de ese año nuevo Código de Procedimiento Penal.

Puesto que esta ley ha ampliado la esfera del recurso de casación, ya que aparte de otorgarla para todos los asuntos de que conocen los jueces superiores, la admite desde la cuantía de cinco años de pena privativa de libertad computable sobre el máximo señalado en la correspondiente disposición penal en los negocios de que conocen los jueces de circuito, es decir, rebaja el límite previsto en la Ley 78 de 1923 (seis años de presidio, reclusión o prisión impuestos por la sentencia del Tribunal), la Corte confronta hoy el siguiente problema:

Si por virtud del principio sobre aplicabilidad de la ley penal más favorable fuera preciso concluír que la Ley 94 de 1938 rige aun en tratándose de procesos iniciados con anterioridad al primero de julio, viable se-

ría el recurso de casación de Faustino Torres, porque el máximo de la sanción que le correspondería conforme al nuevo Código Penal, es de seis años de prisión (arts. 397 y 398); pero si por una u otra circunstancia, la Ley 94 sólo rige para procesos iniciados con posterioridad al primero de julio, improcedente resultaría el recurso de Torres, condenado a cuatro años de presidio, desde el momento en que la Corte tiene decidido que la relegación a colonias no es tiempo que pueda sumarse a la sanción principal impuesta en la sentencia.

El señor Procurador delegado en lo penal acorde con la tesis de que la relegación y el presidio no son acumulables para efectos de casación, sostiene sin embargo que el recurso es admisible en el presente caso, con observancia de la Ley 94 de 1938; y lo que es más, funda el recurso de su parte, no obstante que el nuevo Código de Procedimiento por él invocado dejó al Procurador sin la atribución que al respecto le confería la Ley 118 de 1931.

Pero la Corte no considera aceptable el recurso, y no lo acepta, en fuerza de las siguientes razones:

La Corte no ignora que al tenor de los artículos 22 de la Constitución, 5º de la Ley 57 de 1887, 3º del nuevo Código Penal y 5º de la Ley 94 de 1938, en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, prefiere a la restrictiva o desfavorable, y sabe también que al tenor del artículo 150 de la Carta, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley deben aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales.

Claro está que la Ley 94 de 1938 determina una situación más ventajosa para los acusados al reducir la cuantía de pena que las leyes anteriores fijaban como base de admisibilidad del recurso de casación; pero es lo cierto que por expresa voluntad del legislador, tal situación carece de entidad legal respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho. En una palabra, la Corte considera que en virtud del artículo 722 de aquel Código, para dichos procesos no existe todavía esa ley de naturaleza penal más favorable que invoca el señor Procurador.

Son pertinentes para demostrar esta tesis los mismos argumentos que se expusieron en providencia fechada el seis de octubre último, por medio de la cual resolvió la Sala que la competencia de la Corte no ha cesado para continuar conociendo en única instancia de procesos iniciados antes del primero de julio de este año contra los administradores de Aduana y de Hacienda Nacional, cuyo fuero se suprimió por la Ley 94 de 1938.

Bien sabida es la distinción que suele hacerse entre la existencia formal y la existencia material de una ley; y conocida la norma del artículo 53, Ley 4ª de 1913, conforme a la cual cuando la ley fije el día en que ella deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, sólo comienza a regir en ese momento.

Así, pues, de la comparación de los arts. 724 y 722 del nuevo Código resulta: el primero de julio de mil novecientos treinta y ocho tal estatuto comenzó a existir formal y materialmente para procesos que se iniciaran después de esa fecha; y respecto de procesos iniciados con anterioridad a tal día, la existencia del Código es meramente formal, pero no material.

Cosa semejante —no igual desde luego— ha ocurrido con otras leyes en materia penal. Por ejemplo:

El día veintisiete de diciembre de mil novecientos veintidós fue sancionada la Ley 109 de ese año (Código Penal del doctor Concha); pero como ella dispuso en su art. 418 que sólo entraría a regir luégo que se llenaran varios requisitos, y la Ley 81 de 1923 aplazó la vigencia de aquel Código hasta el primero de enero de mil novecientos veinticinco, durante ese lapso de dos años la Ley 109 tuvo existencia formal, no material, y de ningún modo habría podido invocarse entonces como estatuto penal más favorable.

Con fecha veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y seis se expidió el reciente Código Penal. Desde entonces existió formalmente; pero su existencia efectiva, o sea material, no empezó sino el primero de julio del presente año. Y no podría afirmarse que con ese sistema de aplazamiento de la vigencia se quebrantara el ar-

tículo 22 de la Constitución por el aspecto de que entre la serie de leyes nacionales se encontrara una en materia penal, no aplicable a pesar de que en determinadas ocasiones pudiera resultar más favorable.

Claramente se ve que al culminar la reforma penal quiso el legislador que no produjera sus efectos de manera súbita y brusca.

Por lo que hace a la ley sustantiva ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer —en cada caso— entre el Código de mil ochocientos noventa y el de mil novecientos treinta y seis, para ir aplicando el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se facilitó una suave transición con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del Código.

En el caso de que ahora se trata, no es, por tanto, que haya dos leyes entre las cuales escoger, ambas de naturaleza penal, y una de ellas más favorable al reo que la otra. Tal situación se presentaría si el nuevo Código no tuviera el artículo 722, o mejor dicho, si la Ley 94 de 1938 hubiera comenzado a regir el primero de julio para toda clase de procesos. Pero fue expresa voluntad del legislador que respecto de procesos antiguos no se aplicara.

Por lo demás, aventurado sería desconocer aquel artículo 722 so pretexto de inconstitucionalidad, siendo así que el legislador ha sido considerado hasta ahora libre para acometer o no una reforma legal, y para fijar la fecha desde la cual la ley debe empezar a regir, en todo o en parte.

Es sensible tener que llegar a la conclusión de la inadmisibilidad del recurso en un caso como éste, dada la desproporción que existe entre la penalidad asignada por el Código de mil novecientos treinta y seis y la que fijaban el de mil ochocientos noventa y sus leyes complementarias para el delito de hurto de un semoviente de escaso valor; tanto es así que habiéndose condenado a Faustino Torres a cuatro años de presidio y tres de relegación en Colonia penal, el señor Procurador delegado pide la más equitativa de doce meses de prisión para el evento de que se infirmara la sentencia.

Afortunadamente queda el remedio de la rebaja de pena al tenor de los artículos 44 y 45 de la Ley 153 de 1887, para cuya aplicación, como incidente nuevo que es, sí tiene cabida el artículo 6º de la Ley 94 de 1938, según la cual dicha rebaja es del resorte de las autoridades del Organo Judicial y no de las del Ramo Administrativo, sea de oficio o a petición del interesado.

En fuerza de las consideraciones expuestas, 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 Pamplona, fechada el veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y ocho, que condenó a Faustino Torres, a cuatro años de presidio y tres de relegación en una Colonia penal y agrícola, por el delito de hurto de una cabeza de ganado mayor.

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

**José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Salvador Iglesias.—Alberto Malo Baños**, Srio. en ppdad.

SENTENCIA EN QUE SE DA APLICACION AL ARTICULO 153 DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y SE DISPONE, EN CONSECUENCIA, NO ADELANTAR, POR SUSTRACCION DE MATERIA, LAS DILIGENCIAS SUMARIAS INICIADAS CONTRA EL GOBERNADOR DE SANTANDER Y SU SECRETARIO DE HACIENDA POR LA AUTORIZACION QUE DIERON AL TESORERO DEPARTAMENTAL PARA RECIBIR BONOS DE LA DEFENSA NACIONAL EN UN PAGO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El asunto a que se refieren estas diligencias aparece muy bien sintetizado en los siguientes pasajes de la vista del señor Procurador Delegado:

"El 24 de abril de 1933 se dedujo un alcance al Recaudador de Rentas Departamentales del Municipio del Socorro, señor Camilo Gómez Plata, por la suma de $ 2,826.88, según auto proferido por la Tesorería General del Departamento de Santander.

"Por Resolución número 16, de 29 de julio de 1933, los doctores Humberto Gómez Naranjo y Ernesto Valderrama Ordóñez, Gobernador del Departamento y Secretario de Hacienda, respectivamente, autorizaron al Tesorero General de Santander, con apoyo en el artículo 25 de la ordenanza 38 de aquel año, para que aceptara al señor Gómez Plata, en pago de aquel alcance, bonos de la defensa nacional.

"Esa Resolución fue modificada por la número 1 de 17 de enero de 1934, en el sentido de autorizar al Tesorero para que recibiera en pago por el valor del saldo pendiente ($ 921.88) bonos de deuda interna departamental.

"El 7 de marzo de 1935, al estudiar las cuentas del Tesorero General del Departamento, dispuso la Contaduría Departamental, en auto número 89/657 firmado por el señor Contador de la Sección 4ª, Antonio Garavito Durán, el fenecimiento con un alcance a cargo del Tesorero, señor Gonzalo Carrizosa, y sacar copia de los documentos relacionados con el alcance de Gómez Plata con el fin de que se determine por la autoridad competente la responsabilidad que de los hechos denunciados en dichos comprobantes pueda deducírseles a los señores Camilo Gómez Plata, Humberto Gómez Naranjo y Ernesto Valderrama Ordóñez'.

"Las copias fueron enviadas al Juez 1º del Circuito y este funcionario inició la investigación, sin que llegara a perfeccionarla. En noviembre del año próximo pasado remitió el expediente a la H. Corte.

"El auto 89/657 fue apelado oportunamente por el señor Carrizosa y la Sala de Decisión de la Contaduría al decidir del recurso, dispuso que no se compulsaran las copias, de que ya se habló, 'porque la admisión de bonos en el pago de que allí se trata fue aceptada con arreglo al artículo 22 de la Ordenanza 38 de 1933 y al Decreto número 729 de 1934, disposiciones que para la Sala estaban en vigor y eran de ineludible acatamiento, según doctrina ya sentada en anteriores y repetidas ocasiones'.

"Resulta, por tanto, que se inició una instructoría en virtud de una providencia que no estaba ejecutoriada y que fue más tarde revocada por el Superior.

"Pero no es ésta propiamente la razón para que cese todo procedimiento en este asunto. El motivo fundamental estriba en que los acusados ejecutaron un acto que, por estar ceñido a la ley, no puede constituír delito.

"En tal virtud, este Despacho dictamina que es el caso de declarar que el hecho imputado a los señores Humberto Gómez Naranjo, Ernesto Valderrama Ordóñez y Camilo Gómez Plata, no constituye delito, y de ordenar, en consecuencia, que cese todo

procedimiento contra ellos, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 153 de la Ley 94 de 1938, revocando también la solicitud hecha al Senado para que se levantara inmunidad parlamentaria al primero de los nombrados. Así lo pide respetuosamente la Procuraduría a la H. Corte".

**Resultando**: Efectivamente la Sala de Decisión de la Contaduría Departamental de Santander declaró legal el acto cumplido por la Gobernación; y aquella Sala revocó expresamente la orden del Contador Antonio Garavito Durán sobre compulsa de copias para iniciar una investigación al respecto.

**Considerando 1º** Por estar ceñido a la ley el acto de la Gobernación, como lo declaró la entidad competente para calificarlo, carecerían de base las diligencias sumarias; y

**Considerando 2º** En tales condiciones debe aplicarse el artículo 153 del nuevo Código de Procedimiento Penal, pues aunque dicho estatuto sólo rige para procesos iniciados con posterioridad al primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, de lo que se trata en casos como éste es cabalmente de no adelantar, por sustracción de materia, procedimiento alguno.

A virtud de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de proseguir diligencias sumarias en el presente asunto.

Cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

**José Antonio Montalvo.—Pedro Alejo Rodríguez.—Salvador Iglesias.—Alberto Malo Baños**, Srio. en ppdad.

## EL CURADOR AD LITEM EN EL JUICIO CRIMINAL

**Hay nulidad en el juicio seguido contra un menor sin la intervención del curador AD LITEM, que en fuerza del artículo 1620 del Código Judicial debe asistir "a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor"; pues en esas condiciones falta en la causa criminal personería suficiente por parte del reo, y ello implica omisión de las formas propias del juicio.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Con fecha 3 de octubre de 1936 el Juzgado 1º Superior de Buga, dictó auto de proceder "contra Nepomuceno Jaramillo Ossa, de trece o catorce años de edad", por el delito de homicidio en la persona de Pedro Antonio Ballesteros.

Dicha providencia le fue notificada al menor enjuiciado en presencia de la madre del mismo, señora María Elena Ossa, a quien para el efecto se hizo venir de Ansermanuevo, su residencia, a Buga.

Al surtirse la notificación, la señora Ossa manifestó que nombraba defensor de su hijo al doctor Luis Carlos Copete; el juzgado lo reconoció como tál y le dio posesión en ese carácter (folio 36 v.), con el cual actuó el doctor Copete hasta cuando el expediente subió al Tribunal en apelación de la sentencia condenatoria.

De entonces para acá ha figurado en representación del procesado el doctor Carlos Moncayo Quiñones, a quien la madre dijo designar curador ad-litem y defensor en reemplazo del doctor Copete (folio 88). Nótese que el Tribunal ordenó tener como defensor al doctor Moncayo, pero nada expresó respecto de curaduría (folio 88 v.)

El culminó con la sentencia condenatoria del menor Jaramillo a la pena de veinte años de presidio.

Surgió en la alzada del fallo la cuestión de si el juicio estaba afectado de nulidad, por cuanto el primer defensor había desistido del recurso de apelación contra el auto de enjuiciamiento: Sostuvo el doctor Moncayo Quiñones que siendo entonces el doctor Luis Carlos Copete curador-defensor, no podía desistir válidamente de un recurso sin especial autorización del juez (artículos 1620, Código Judicial, y 465, Ley 105 de 1931). El Tribunal no aceptó la tesis del doctor Moncayo, porque, en concepto de dicha entidad el doctor Copete no había sido curador sino defensor únicamente, nombrado por la madre del procesado, en presencia de la cual se notificó a Jaramillo el auto de proceder.

Contra la sentencia interpuso casación el defensor Moncayo Quiñones, quien invoca varias causales, una de ellas la 2ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931 — nulidad del procedimiento — con base en el motivo que acaba de apuntarse y que había sido alegado por él en el Tribunal.

El señor Procurador Delegado se expresa así:

"La Procuraduría no cree necesario entrar a estudiar los motivos de casación alegados por el recurrente, porque estima que hay una cuestión fundamental que no ha sido dilucidada ni alegada y que merece, a su juicio, ser esclarecida de manera plena.

La conducta del acusado resulta exótica e inexplicable, no sólo por las circunstancias que rodearon el hecho imputado y por la carencia de móviles visibles para su ejecución, sino también por la corta edad de Jaramillo Ossa.

Se trata de un adolescente, levantado en un ambiente saturado de pasiones violentas y de tragedia impresionante, que excitado por el alcohol dio muerte a un individuo con quien no parece que tuviera rencillas de una enemistad profunda, y sin que hubiera mediado un choque, o un incidente de cualquier naturaleza que explicara la acerbía de

la agresión. La actitud desafiadora y triunfadora del menor, después de consumada la violencia, es otro tema que desconcierta y que hace pensar que este delincuente está afectado de grave anomalía psíquica.

Fundado en estas breves consideraciones, este Despacho invoca la causal 1ª de casación y pide respetuosamente a la H. Corte que invalide la sentencia recurrida y que en su lugar profiera un auto para mejor proveer en el sentido de que Nepomuceno Jaramillo Ossa sea trasladado a Bogotá y sometido a un riguroso examen por parte de la Oficina Central Médico-legal de esta ciudad".

Para resolver, la Corte considera:

Como entre los fundamentos del recurso el primero que debe examinarse, por afectar más radicalmente el proceso, es el que enfoca a la nulidad de éste, a ello se pasa.

La Sala encuentra acertada la observación del Tribunal sobre la circunstancia de que en el juicio contra el menor Jaramillo Ossa no hubo curador, sino solamente defensor. Basta, en efecto, recorrer los autos para persuadirse de que en ningún momento se reconoció ni discernió al doctor Copete el cargo de curador, así como tampoco al doctor Moncayo.

Y en el caso de Jaramillo era indispensable la curaduría **ad-litem,** ya que la madre del sindicado ni siquiera residía en el lugar del juicio. Hubo que hacerla venir de Ansermanuevo a Buga para surtir con el menor la primera notificación, sin que luégo en el transcurso de la causa hubiera vuelto a aparecer dicha señora.

De suerte que la nulidad del proceso resulta no propiamente de que el defensor hubiese desistido de una apelación, sino de que el juicio se tramitó contra el menor sin la intervención del curador ad-litem que por mandato del artículo 1620 del Código Judicial debe asistir "a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor".

Se ha surtido, pues, una causa criminal con falta de personería suficiente por la parte del reo; es decir, que se le ha condenado sin la plenitud de las formas propias del juicio, lo cual afecta los autos de nulidad sustancial desde el primero que se notificó al procesado sin estar asistido por la madre, ni por curador **ad-litem.**

La repetición del proceso que esta nulidad implica abre el campo para que en las instancias se averigüe la posible anomalía psíquica del reo de que habla el señor Procurador, grave interrogante que en la nueva actuación debe despejarse.

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 Buga, fechada el catorce de marzo de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Nepomuceno Jaramillo Ossa la pena de veinte años de presidio por el delito de asesinato; en su lugar, declara nulo lo actuado a partir de la notificación del auto de veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y seis (folio 37), y ordena reponer desde ahí el procedimiento.

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

**Pedro Alejo Rodríguez. — José Antonio Montalvo. — Salvador Iglesias. — Alberto Malo B.,** Secretario.

## PLURALIDAD DE CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

**Negadas las circunstancias modificadoras del homicidio, es decir, no considerado ya como asesinato, los juzgadores de instancia quedan en libertad para apreciar aquellos hechos por el aspecto de simples agravantes en otra de las especies del delito de homicidio.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El defensor de Otoniel y Florentino Melo interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, en donde se condenó a éstos a la pena principal de nueve años de presidio, como autores de la muerte de Cupertino Benavides, calificada la delincuencia en grado medio.

Al interponer el recurso, en memorial de breves líneas el defensor de los reos, tacha de injusto el veredicto, motivo éste que constituye la causal 5ª de casación; pero ni en dicho memorial, ni posteriormente ante la Corte, expone razones para fundarla por lo cual la Sala carece de base para entrar en el estudio de esta cuestión.

De su parte el señor Procurador Delegado en lo Penal, estimando que la ley se aplicó indebidamente por el Tribunal al calificar la delincuencia de los reos en el segundo grado en vez de hacerlo en el tercero, sustenta el recurso en la causal 1ª, y aduce para ello las siguientes razones:

"Los acusados Melos fueron llamados a responder en juicio criminal por el delito de homicidio premeditado, con caracteres de asesinato. El veredicto negó estas circunstancias y negó también la premeditación, lo que quiere decir que estimaron los jueces de hecho que se trataba de un homicidio simplemente voluntario.

Así lo estimaron también el Juzgado y el Tribunal. El reparo contra la sentencia de este último se refiere a la calificación del grado.

Al respecto dice el Tribunal: 'Tratándose como se trata de un homicidio simplemente voluntario está bien aplicado el artículo 600 del Código Penal y también es correcta la calificación de la delincuencia en segundo grado, por la forma como se verificó el delito y por el carácter pendenciero de los acusados. En efecto, durante el plenario se han allegado copias de varias sentencias por las cuales aparecen condenados los Melos a la pena de arresto, por delitos de heridas y riña. Y hasta podría creerse que Florentino Melo es reincidente, de acuerdo con la parte resolutiva de la sentencia de 19 de febrero de este año, proferida por el Juzgado 1º del Circuito de Túquerres, por ultrajes a empleados públicos, en la que fue condenado a seis meses de presidio, si no fuese porque esta sentencia es posterior a la fecha en que se cometió el homicidio'.

Sobre este mismo tema de la calificación de la delincuencia dijo el Juez de primera instancia: 'Varios testimonios afirman la buena conducta y honradez de los hermanos Melo; más, por otra parte, aparece de autos que los victimarios se cebaron ferozmente en la víctima e hicieron gala públicamente de haber ultimado a Cupertino Benavides, como buenos "samaniegueños". Por otra parte, la peligrosidad de los Melos, aparece en todo su vigor en las copias de las sentencias dictadas contra ellos, por el Juzgado Municipal de Samaniego, en 14 de marzo de 1933 por riña, en 17 de junio de 1935 y en 2 de abril de 1937, por heridas, golpes y malos tratamientos. Por consiguiente, existiendo circunstancias agravantes en mayor número, y atenuante, la calificación del delito, debe ser en segundo grado.....'

La circunstancia de haberse cebado los acusados en la víctima, fue negada unánimemente por los jueces de hecho. Por tanto, no se les puede capitalizar para la cali-

ficación de la delincuencia. Queda en pie únicamente la agravante de la mala conducta.

La H. Corte tiene resuelto que para la calificación de la delincuencia en segundo grado es necesario que exista pluralidad en las circunstancias agravantes, pluralidad que no se cumple en el presente caso, lo que implica una indebida aplicación, por parte del Tribunal del artículo 123 del Código Penal y 600 de la misma obra.

Por tal razón, la Procuraduría pide respetuosamente a la H. Corte que invalide el fallo recurrido y en su lugar condene a Luis Otoniel y Florentino Melo a la pena de seis años de presidio, calificidada la delincuencia en grado ínfimo, por el delito a que se refiere este proceso.

Y en cuanto a las penas accesorias mantener en firme el fallo recurrido".

Para resolver, se considera:

Es verdad que la Corte ha resuelto que para la calificación de la delincuencia en segundo grado se requiere pluralidad de circunstancias agravantes; y de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal, en aquellos casos en que no resulta sino una sola circunstancia de esa clase ha calificado el delito en grado mínimo, pero aumentando la pena en la sexta parte diferencial de que habla el artículo 124 del Código de la materia.

Con todo, en el asunto que se estudia no es posible llegar a la conclusión que propone la Procuraduría, ya que la Corte encuentra bien apreciadas las dos circunstancias agravantes que el sentenciador de instancia tuvo en cuenta, a saber, la mala conducta anterior de los reos y el haberse ellos cebado en la víctima.

Bien sabido es que los Tribunales son soberanos en cuanto a la apreciación de la prueba, por lo cual se descarta la cuestión de hecho sobre la existencia misma de las circunstancias tomadas como agravantes en la sentencia recurrida.

En derecho, tanto la mala conductota anterior de los procesados, como la mayor "impudencia, crueldad o violencia" con que se ejecutó el delito, tienen la calidad de circunstancias agravantes a la fas del artículo 117 del Código Penal.

Nada objeta el señor Procurador respecto de la mala conducta anterior.

Verdad es que el jurado contestó negativamente el cuestionario en que se le preguntó si los acusados se cebaron bárbaramente en la víctima o emplearon actos de ferocidad o de crueldad para causarle la muerte; pero no puede perderse de vista que esa pregunta y la correspondiente respuesta del jurado se refieren a una circunstancia específica del delito de asesinato.

Negada esta circunstancia modificadora del homicidio, es decir, no considerado ya como asesinato, el juzgador de instancia quedaba en libertad para apreciar el mismo hecho por el aspecto de simple agravante en otra de las especies del delito de homicidio.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del señor rocurador 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 Pasto, fechada el veintiocho de septiembre de mil novecientos treinta y siete, que impuso a Luis Otoniel y Florentino Melo la pena principal de nueve años de presidio como responsables de la muerte de Cupertino Benavides.

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

Pedro Alejo Rodríguez.—José Antonio Montalvo. — Salvador Iglesias. — Alberto Malo B.. Secretario.

## CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES EN EL DELITO DE ROBO

**Las circunstancias agravantes objetivas en el delito de robo, v. gr., cometerse de noche y ser más de dos los ladrones, afectan a todos los partícipes.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Manuel Artunduaga, Rubén Calderón, Juan de la Cruz León y Esilda Mogrovejo interpusieron casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que condenó a Calderón y a León como autores del delito de robo, y a Artunduaga y la Mogrovejo en calidad de auxiliadores del mismo delito.

Después de una serie de incidentes que motivaron la nulidad del proceso, al fin ha llegado el caso de decidir acerca del mencionado recurso, y a ello procede la Corte con base en las consideraciones que siguen.

El señor Procurador delegado en lo penal opina que el recurso está desierto; pero la Sala entra a estudiarlo en el fondo, por cuanto al folio 52 del cuaderno número 6 obra un escrito del señor defensor de Esilda Mogrovejo en el cual se fundamenta la casación alegando que el Tribunal sentenciador, no obstante calificar la delincuencia de los auxiliadores en tercer grado, les aplica la pena en el segundo.

Observa también el defensor que el sentenciador "se equivocó, porque no tomó en cuenta la cuantía concreta o determinada, sino el total del denuncio", agregando que la sentencia en este aspecto "peca por error sustancial".

Y tal escrito debe tomarse en consideración, porque como lo dijo la Corte en auto de catorce de septiembre último, los memoriales de interposición o fundamento del recurso no quedan incluídos en las actuaciones anuladas.

Verdad es que la calificación de la delincuencia para Artunduaga y la Mogrovejo vino a quedar en segundo grado a pesar de que, según el mismo Tribunal, en relación con ellos solamente obraban circunstancias atenuantes.

Pero lo que ocurre es que hay una mala exposición del Tribunal para llegar a la conclusión cierta de que la pena imponible a los auxiliadores Artunduaga y Mogrovejo sí era en este caso la equivalente a la mitad de la impuesta por la sentencia a los autores, ya que las circunstancias de haberse cometido el robo de noche y ser más de dos los ladrones, por ser objetivas afectan a todos los partícipes.

El Tribunal al hablar, pues, de que en relación con Artunduaga y la Mogrovejo, no existían agravantes, se refirió a las circunstancias subjetivas.

Respecto del reparo sobre la cuantía del robo, tal motivo de acusación contra la sentencia no es pertinente porque no ha sido invocada a la faz de la causal 3ª, única que permite estudiar el error de apreciación acerca de la prueba del cuerpo del delito.

No prospera, pues, el recurso por las razones que alega el recurrente.

De haber prosperado la casación en forma que correspondiera a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al invalidado, ella como Tribunal de instancia, tendría que confrontar el proceso a la faz del Código Penal que entró a regir el primero de julio de este año, para decidir si ha de aplicarse, con efecto retroactivo y en calidad de ley permisiva o favorable, de preferencia al Código antiguo (artículos 22 de la Constitución, 44, ley 153 de 1887 y 3º de la ley 95 de 1936).

Pero ya que en este caso no se infirma la sentencia, y por lo tanto no corresponde a esta Sala dictar fallo que reemplace al recurrido, la Corte se limita a advertir al Tribunal acerca de la obligación en que está el juez del conocimiento de proveer en consonancia con lo dispuesto por los artículos 44 de la ley 153 de 1887 y 6º de la 94 de 1938,

ora a petición de parte o simplemente de oficio.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer del esñor 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 Neiva, fechada el dos de julio de mil novecientos treinta y cinco, dictada en la causa contra Manuel Artunduaga, Rubén Calderón, Juan de la Cruz León y Esilda Mogrovejo, por el delito de robo.

Se llama la atención a lo anotado en la parte motiva del presente fallo, sobre aplicabilidad del nuevo Código Penal.

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

**Pedro Alejo Rodríguez. — José Antonio Montalvo.—Salvador Iglesias.—Alberto Malo Baños**, Srio. en ppdad.



# SALA DE NEGOCIOS GENERALES

## PENSION

**1.—La contradicción o desacuerdo entre dos pruebas no puede establecerse sino cuando la una infirma lo que la otra asevera. — 2.—El medio más eficaz como prueba en el Derecho procesal civil es el instrumento, así sea público o privado, y de su uso puede surgir directa o indirectamente el efecto buscado. Su eficacia radica en la plena fe que se debe a la aseveración del funcionario público que por su competencia y en relación a la calidad de las funciones que desempeña, certifica actos y hechos que están bajo su conocimiento. Cuando se trata de prueba instrumental, en relación con los servicios prestados por los personeros municipales, es más jurídica la prueba formada de los hechos que constan en los archivos de los concejos y han sido certificados por el funcionario competente que para tales casos es el secretario de las entidades dichas. Así debe ser, por elementales motivos de lógica procesal, puesto que se trata de la esfera donde ha tenido existencia el acto jurídico o administrativo, que ha dado a determinadas personas la calidad de empleados, y donde han de cumplir, ya las funciones que les están asignadas por ley o aquellas que competen a los funcionarios que en la jerarquía municipal dependen de los concejos. — 3.—Así como el acta de nombramiento no acredita servicios civiles para fines de jubilación, tampoco la posesión los establece, ya que bien puede un empleado posesionarse hoy, y mañana separarse del puesto. La prueba eficaz para tales fines son las constancias o certificaciones del servicio prestado, expedidas por el competente funcionario, y que hacen mérito en el instrumento público respectivo, el cual viene a constituír la prueba principal; pero si ésta no se logra por haber desaparecido los archivos oficiales, puede ocurrirse a las pruebas supletorias, tan eficaces en estos casos como la principal, tales como las constancias que aparezcan por virtud de las funciones del cargo, en oficinas distintas, como el haber autorizado declaraciones o firmado actas de visita, recibos o actuaciones que establezcan el pago del sueldo.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Feliciano Echeverri, en libelo de 22 de enero de 1937, dirigido al Tribunal Superior de Medellín, demandó a la Nación para que se condene a esta entidad a pagarle al peticionario la suma de cuarenta y ocho pesos ($ 48,00), como pensión mensual que le corresponde en conformidad con la ley 29 de 1905.

Como fundamentos de hecho adujo los siguientes:

Que tiene más de sesenta años; que ha desempeñado empleos por un lapso que excede de treinta; que en el desempeño de tales funciones se portó con honradez y consagración, observando excelente conducta; que carece de medios de subsistencia y no ha recibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional.

En providencia de diez y seis de febrero del año pasado, el Tribunal desató la "litis", negando las peticiones de la demanda.

Por apelación del actor, vino el expediente a la Corte, Sala de Negocios Generales, donde se ha tramitado con todas las ritualidades legales y ha llegado el momento de decidir el negocio.

Durante el término correspondiente, se practicaron numerosas pruebas, solicitadas por el doctor Jesús María Arias, apoderado del demandante, con el propósito de llenar las deficiencias encontradas por el Tribunal **a quo**. El señor Procurador Delegado en lo civil, al descorrer el traslado, deslizó alguna duda sobre una de las pruebas de la demanda, y la Sala procede a examinarla,

advirtiendo antes, que, por tratarse de un juicio ordinario adelantado y fallado ante el Tribunal, cuando entró a regir la Ley 153 de 1938, por cuestión de jerarquía, sólo la Corte es competente para la segunda instancia.

Dice el señor Procurador Delegado en lo civil, al examinar una de las pruebas del actor:

"La ley 29 de 1095, exige para el reconocimiento de pensiones civiles a cargo del Estado treinta años de servicios. Es preciso, por tanto, examinar si el demandante comprobó haber desempeñado destinos públicos durante ese tiempo.

"Personero Municipal.—Existen dos certificaciones para comprobar el tiempo de servicios como Personero Municipal, firmada una por el Alcalde de Jericó y su Secretario el día 18 de febrero de 1937 (fls. 14) y la otra firmada por el Secretario del Concejo Municipal del mismo lugar de fecha 20 de febrero de 1937 (fls. 20). En la primera se certifica que el señor Echeverri desempeñó el cargo de Personero durante los años de 1911, 1912, 1915 y 1916; en la segunda que desempeñó el referido cargo durante los años de 1910 a 1916 inclusive sin interrupción..."

De las anteriores pruebas, el señor Procurador hace los siguientes comentarios:

"De tal suerte que existen dos certificaciones en perfecto desacuerdo: el certificado de la Alcaldía, que afirma haber desempeñado el puesto durante cuatro años, y el otro que certifica siete años de servicios. Es decir, el del Secretario del Concejo Municipal certifica tres años más. Se presenta una duda a este Despacho sobre si sirvió cuatro o siete años, y para resolverla se acoge a ambos certificados, aceptando que desempeñó la personería cuatro años".

Se considera:

La contradicción o desacuerdo entre dos pruebas no puede establecerse sino cuando la una infirma lo que la otra asevera.

El medio más eficaz como prueba en el Derecho procesal civil es el instrumento, así sea público o privado, y de su uso puede surgir directa o indirectamente el efecto buscado. Su eficacia radica en la plena fe que se debe a la aseveración del funcionario público que por su competencia y en relación a la calidad de las funciones que desempeña, certifica actos y hechos que están bajo su conocimiento.

Cuando se trata de prueba instrumental, en relación con los servicios prestados por los personeros municipales, es más jurídica la prueba formada de los hechos que constan en los archivos de los Concejos y han sido certificados por el funcionario competente que para tales casos es el Secretario de las entidades dichas. Así debe ser, por elementales motivos de lógica procesal, puesto que se trata de la misma esfera donde ha tenido existencia legal el acto jurídico o administrativo, que ha dado a determinadas personas la calidad de empleados, y donde han de cumplir, ya las funciones que les están asignadas por ley o aquellas que competen a los funcionarios que en la jerarquía municipal dependen del Concejo.

La certificación de folios 20, cuaderno principal, expedida por el Secretario del Concejo Municipal de Jericó y de la cual se desprende que el señor Echeverri sirvió 7 años en la Personería de aquella población, reúne todos los requisitos de la prueba instrumental o literal, puesto que ni siquiera fue redargüída de falsa; ni incidentalmente se logró aminorar su fuerza probatoria, ya que por la certificación de folios 14, expedida por la Alcaldía de la citada población, no se establece el hecho negativo de que en los años de 1910, 1913 y 1914, la Personería no hubiera estado desempeñada por el señor Echeverri, ni de ella puede desprenderse directa o indirectamente que otro funcionario la hubiera desempeñado. Agrega sí la certificación de folios 14, aceptada por el señor Procurador: "Se buscó en el archivo, de una manera acuciosa, el libro de posesión de empleados correspondientes a los años de 1910, 1913 y 1914 y no se hallaron las respectivas constancias". Pero de esto no puede inferirse que el señor Feliciano Echeverri no hubiera ejercido el cargo de personero durante esa época.

Así como el acta de nombramiento no acredita servicios civiles para fines de jubilación, tampoco la posesión los establece,

ya que bien puede un empleado posesionarse hoy, y mañana separarse del puesto.

La prueba eficaz para tales fines son las constancias o certificaciones del servicio prestado, expedidas por el competente funcionario, y que hacen mérito en el instrumento público respectivo, el cual viene a constituír la prueba principal; pero si ésta no se logra por haber desaparecido los archivos oficiales, puede ocurrirse a las pruebas supletorias, tan eficaces en estos casos como la principal, tales como las constancias que aparezcan por virtud de las funciones del cargo, en oficinas distintas, como el haber autorizado declaraciones o firmado actas de visita, recibos o actuaciones que establezcan el pago del sueldo.

Por otra parte ,la certificación de la Alcaldía no dice que el demandante no hubiera ejercido en 1910, 1913 y 1914 las funciones de Personero; ella expresa sencillamente: "El señor Feliciano Echeverri fue Personero (subraya la Sala), durante los años de 1911, 1912, 1915 y 1916". Si de esta prueba pudiera desprenderse una negación sería razonable aceptar la duda de que habla el señor Procurador Delegado y desestimar en su fuerza probatoria la prueba de folios 20.

En consecuencia, no habiéndose aminorado la validez del instrumento donde se comprueba que el señor Echeverri sirvió 7 años como Personero de Jericó; no infirmando la certificación de la Alcaldía lo establecido por la del Concejo, la Sala considera aquella prueba como complementaria a la instrumental otorgada por el Secretario del Cabildo y en consecuencia la acepta como comprobante de los servicios prestados por el actor en su calidad de Personero Municipal durante el lapso comprendo de 1910 a 1916 inclusive, o sean siete años.

En cuanto a los servicios como Inspector de Policía de Tarso, el señor Procurador Delegado, acepta que desempeñó este cargo desde el 19 de febrero de 1919 hasta el 31 de diciembre de 1922, de acuerdo con lo que afirma la prueba de folios 25 vta. Empero, al hacer la estimación correspondiente, el señor Procurador, olvidó la eficacia que le había concedido a la certificación de folios 14, emanada de la Alcaldía Municipal. En ella se lee: "Sirvió como Inspector de Policía de Tarso, durante el año de 1922, y hasta el catorce de abril de 1923". De suerte que para el cómputo de los servicios de Inspector de Policía de Tarso no puede tomarse solamente la prueba invocada por el opositor de la demanda, porque el fallo tiene que recaer sobre todas las pruebas de que consta el expediente. Por consiguiente, los servicios de Inspector de Policía hay que contabilizarlos sobre los instrumentos de folios 25 y 14, de los cuales se concluye que el demandante sirvió como Inspector de Policía de Tarso del 19 de febrero de 1919 hasta el 14 de abril de 1923, resultando entonces que el señor Echeverri sirvió en este empleo 4 años, 2 mes, 24 días y no 3 años, 10 meses, 10 días de que habla el señor Procurador.

**Oficial de Estadística de Jericó.**—El Procurador acepta, de acuerdo con las pruebas de folios 14 y 25 vto. que sirvió cuatro años, ocho meses, diez y seis días. **Alcalde de Jericó.** La Procurdauría admite que dicho puesto lo sirvió así: del 30 de abril de 1903 al 31 de diciembre de 1904; de 8 de julio de 1928 al 10 de agosto de 1929; igualmente da por cierta la certificación de folios 4 vto., cuaderno número 3, la cual establece que el precitado señor Echeverri sirvió diversos puestos públicos durante once años, cinco meses, dos días.

En resumen: el señor Procurador Delegado en lo civil acepta que el señor Feliciano Echeverri ejerció empleos públicos durante 26 años, 9 meses, un día. Pero como se analizó antes, dejó de sumar 3 años como Personero (folios 14 y 20), y 3 meses, 14 días como Inspector de Policía de Tarso.

De lo anterior se concluye que el señor Faustino Echeverri ha comprobado satisfactoriamente los siguientes años de servicio civil:

| | Años | meses | días |
|---|---|---|---|
| Como Personero Municipal de Jericó (fls. 14 y 20).. | 7 | | |
| Como Inspector de Policía de Tarso (fls. 14 y 25).. | 4 | 1 | 24 |
| Como Oficial de Estadística (fls. 14 y 25.)..... | 4 | 8 | 16 |

| | | | |
|---|---|---|---|
| Como Inspector de Policía, Alcalde, Administrador de Correos, Oficial escribiente del Juzgado del Circuito de Jericó, Fiscal y Prefecto de Suroeste (fls. 4 vto., cuaderno número 3, pruebas de la segunda instancia ..... | 11 | 5 | 2 |
| Total..... | 30 | 0 | 15 |

La ley 29 de 1905, artículo 2º, da derecho a los empleados civiles que hayan desempeñado destinos públicos por treinta años, a una pensión de jubilación equivalente a la mitad del sueldo del último empleo que hubieran ejercido. El artículo 3º de la misma ley, señala además otros requisitos que deben comprobarse, y son los siguientes:

1º Que en los destinos desempeñados se hayan portado con honradez y consagración;

2º Que carecen de medios de subsistencia;

3º Que no han recibido pensión o recompensa ni están en goce de ella;

4º Que observan buena conducta;

5º Que han cumplido sesenta años; y

6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

En primer lugar, de acuerdo con lo expresado arriba, el señor Feliciano Echeverri ha comprobado:

1º Que durante más de treinta años desempeñó destinos públicos.

2º Que el último sueldo devengado fue de noventa y seis pesos ($ 96.00) en su calidad de Alcalde de Jericó (fls. 5, cuaderno principal).

3º Que es mayor de sesenta años, según la certificación de origen eclesiástico (fls. 1, ibídem).

4º Con las declaraciones de los señores Joaquín Cadavid, Antonio J. Ospina, Rafael Gómez Cadavid, Manuel Ramírez y Faustino López, recibidas con las formalidades legales, se comprobó que el señor Echeverri desempeñó los destinos a que se refiere la demanda, con honradez y consagración y que carece de medios de subsistencia (fls. 3 y 4, ibídem).

5º Consta igualmente en los autos, que no ha recibido pensión ni recompensa y que está a paz y salvo con el Tesoro Nacional (fls. 9 y 10, ibídem).

La Sala encuentra completa la documentación presentada por el demandante, para fundamentar su derecho a la pensión de jubilación que solicita.

De acuerdo con la doctrina del artículo 2º de la ley 29 de 1905, la cuantía de la jubilación debe ser igual a la mitad del sueldo del último empleo desempeñado por el actor; en este caso el último sueldo fue el devengado como Alcalde de Jericó con la remuneración de noventa y seis pesos. Le corresponde, por tanto, una jubilación de cuarenta y ocho pesos ($ 48,00).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada, y en su lugar decreta a favor del señor Feliciano Echeverri, vecino de Medellín en el Departamento de Antioquia, una pensión vitalicia de jubilación de cuarenta y ocho pesos ($ 48,00) mensuales, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día veintidós de enero de 1937, fecha en que fue presentada la demanda.

Copia de esta sentencia será enviada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Contralor General de la República.

Notifíquese, cópiese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**Pedro A. Gómez Naranjo. — Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.**

## RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA (*)

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Luzardo Fortoul)

En libelo de 17 de febrero de 1933 el señor Ramón L. González M., vecino de Ibagué, demandó ante el Tribunal Superior de dicha ciudad al Departamento del Tolima para que por sentencia definitiva a la cual precediera la tramitación de un juicio ordinario, se hicieran, como principales, estas declaraciones y condenaciones:

Primera.—Que se declare resuelto el contrato de compraventa que reza la escritura pública número (554) quinientos cincuenta y cuatro de (1º) primero de agosto de (1930) mil novecientos treinta de la Notaría Primera (1ª) del Circuito de Ibagué, por el cual el Departamento del Tolima me vendió y yo le compré la hacienda denominada "Maracaibo", integrada por los diversos lotes descritos y alinderados en la cláusula primera (1ª) de dicha escritura pública, y por las minas y servidumbres allí mismo relacionadas.

Segunda.—Que, como consecuencia de la declaración anterior de resolución, se condene al Departamento del Tolima a devolverme, en el plazo que se fije en la sentencia, la suma de ($ 42,520.78) cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos y setenta y ocho centavos moneda corriente que le pagué a dicho Departamento a buena cuenta del precio de la compra-venta, como consta de la clásula segunda (2ª) de la misma escritura precitada.

Tercera.—Que se condene al Departamento del Tolima a pagarme, en el plazo que se fije en la sentencia, los perjuicios compensatorios correspondientes, perjuicios cuyo monto se determinará por peritos dentro del presente juicio.

Para el caso de que no prosperaran las anteriores peticiones, se hicieron con el carácter de subsidiarias, las que siguen:

Primero.—Que se declare que tengo derecho de conservar en mi poder la suma de $ 31,705.64) treinta y un mil setecientos cinco pesos y sesenta y cuatro centavos moneda corriente, saldo del precio de la compra-venta de la predicha hacienda de "Maracaibo" o demorar el pago de dicho saldo, hasta cuando el Departamento del Tolima le haya dado cumplida y entera ejecución a las obligaciones que contrajo por aquel contrato de compra-venta.

Segundo.—Que se condene al Departamento del Tolima a pagarme, en el plazo que se fije en la sentencia, los perjuicios que me han causado las perturbaciones y despojos posesorios de que sido (sic) víctima en la hacienda de "Maracaibo", perturbaciones y despojos de los cuales noticié al vendedor o Departamento del Tolima, oportunamente, sin que hasta la fecha haya cumplido con su obligación, en toda ni en parte, de hacerlos cesar, instituyéndome en la posesión plena y tranquila de la cosa vendida....." Los motivos de hecho de su demanda los consignó el actor en los trece incisos que a continuación se leen: a) Por escritura pública número (554) quinientos cincuenta y cuatro, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Ibagué el primero (1º) de agosto de mil novecientos treinta (1930), el Departamento del Tolima me vendió la hacienda de "Maracaibo" por la suma de ($ 74,226.42) setenta y cuatro mil doscientos veinte y seis pesos y cuarenta y dos centavos moneda corriente; b) De este precio estipulado pagué la suma de ($ 42,520.78) cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos sesenta y ocho centavos moneda corriente, y quedé debiendo un saldo por valor de ($ 31,705.64) treinta y un mil setecientos cinco pesos sesenta y cuatro centavos moneda corriente; c) Por la cláusula tercera (3ª) del contrato, el Departa-

(*) Esta sentencia no había sido pasada a la Relatoría, razón por la cual se publica hasta ahora.

mento del Tolima "para evitar toda duda que pudiera presentarse en lo relativo a los requisitos legales sobre trasmisión del dominio sobre los bienes objeto de la compraventa", se comprometió expresamente a que dentro del término de (60) sesenta días contados a partir del (1º) primero de agosto de (1930) mil novecientos treinta, el doctor Carlos Cock, en su carácter dicho de Superintendente del Ferrocarril Ambalema-Ibagué y representante del promotor, o quien tenga la personería legal suficiente de esas entidades, y con asistencia del Ingeniero Interventor de la obra de dicho Ferrocarrli, ratificará por escritura pública el presente contrato de venta en los términos aquí pactados, y declararán legal y plenamente verificada la transferencia de los derechos y bienes materia de la venta o cosa vendida. d) Por escrituras públicas números (1911) pasada ante el Notario (4º) del Circuito de Bogotá el (8) de octubre de (1927) y (928) pasada ante el Notario (1º) del Circuito de Ibagué el (14) de noviembre de (1927), los bienes que el Departamento me vendió por medio del contrato cuya resolución demando, fueron adquiridos para la empresa del Ferrocarril Ambaleba-Ibagué, circunstancia que imponía e impuso la exigencia legal y contractual sobre ratificación de la venta con asistencia del Ingeniero Interventor de la obra de dicho Ferrocarril; e) El doctor Carlos Cock, en su carácter de Superintendente del Ferrocarril Ambalema-Ibagué, ratificó el contrato que consta en la escritura número (554) ya relacionada, por medio de la escritura número (569) pasada en la Notaría Primera de Ibagué el (8) de agosto de (1930); f) El Ingeniero Interventor de la obra del Ferrocarril Ambalema-Ibagué no ratificó dentro del término de (60) días, y aún no ha ratificado, el contrato de compraventa que reza la escritura número (554) de la Notaría Primera de Ibagué de (1º) de agosto de (1930); g) El Departamento del Tolima está en mora desde el (1º) de octubre de (1930), de cumplir con la obligación que se impuso de hacer que el Ingeniero Interventor de la obra del Ferrocarril Ambalema-Ibagué ratificara la compraventa; h) La omisión anterior, violatoria del contrato de compraventa, me ha causado perjuicios, pues sin duda por falta de ella el Banco de Bogotá de esta ciudad encontró fundamentos resolutorios del contrato de compraventa, y por eso me negó un empréstito que con garantía de la hacienda de "Maracaibo" le había solicitado por la suma de nueve mil pesos ($ 9,000.00); i) También me causó perjuicios la no ratificación aludida, pues tuve en negociación la hacienda de "Maracaibo", por la suma de ($ 70,000.00), negociación que no pudo efectuarse porque en concepto de los abogados que estudiaron los títulos de la finca, éstos estaban viciados por estar vigente la causal de resolución por falta de ratificación del contrato con asistencia del Ingeniero Interventor de la obra del Ferrocarril Ambalema-Ibagué; j) Después de que el Departamento del Tolima me entregó la hacienda de "Maracaibo", y dentro de los linderos de ella en la parte denominada potrero de "La Unión", colindante con la hacienda de "El Santuario", y por la parte del potrero denominado de "Bohórquez", que linda con la hacienda de "Zamba", hicieron irrupción perturbatoria de mi posesión y en parte me despojaron de ella, los dueños de "Zamba" y "El Santuario"; k) Inmediatamente dí cuenta de las perturbaciones y despojos de que era víctima, a la Gobernación del Departamento del Tolima, y esta entidad por conducto del Ingeniero doctor Adolfo Pardo Vargas, constató ante testigos las perturbaciones y despojos de posesión ocurridos en la hacienda de "Maracaibo", pero nada eficaz hizo para hacer cesar la anómala situación y restablecer la plenitud de mi derecho; l) Las perturbaciones y despojos de la posesión relacionados, me han causado enormes perjuicios estimables en dinero; y m) Hoy no estoy en posesión de la totalidad de la hacienda de "Maracaibo".

"Como fundamentos jurídicos invocó las prescripciones de los artículos 1494, 1495, 1505, 1506, 1507, 1602, 1603, 1604, 1608, 1609, 1612, 1618, 1622, 1849, 1850, 1857, 1858, 1929, 2341 a 2343, 1546 del Código Civil, y la de los artículos 234, 735 a 737 del Código Judicial.

El señor Fiscal del Tribunal, al evacuar el traslado de la demanda, manifestó que

se oponía formalmente a que se hicieran las declaraciones impetradas, por no tener ellas, dijo, una base legal ni estar fundadas suficientemente en derecho. Negó la causa o razón de la demanda, pidió se le absolviera al Departamento de los cargos en ella formulados, y se condenara al actor en las costas del juicio. Aceptó los tres primeros hechos, el quinto y el sexto. De los restantes negó unos y manifestó no constarle otros.

Recorridos los trámites de la primera instancia, el Tribunal le puso término por medio de la sentencia de 22 de febrero de 1934 (mil novecientos treinta y cuatro), que remata así: Primero.—No hay lugar a declarar resuelto el contrato de compraventa celebrado entre el Departamento del Tolima y Ramón L. González de que da cuenta el instrumento número 554 otorgado en Ibagué el primero de agosto de mil novecientos treinta. Segundo.—No hay, en consecuencia, lugar a decretar la devolución de la suma de cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos con sesenta y ocho centavos ($ 42,520.68) pagados por Ramón L. González a buena cuenta del precio de la venta. Tercero.—No hay lugar a condenar al Departamento al pago de perjuicios. Cuarto. No es del caso declarar en mora al Departamento, y, por consiguiente, no puede reconocerse a favor de Ramón L. González el derecho para demorar por su parte el saldo de lo estipulado como precio de venta; y Quinto.—No se hace condenación especial en costas".

No conforme con el anterior fallo el demandante, interpuso apelación contra él, iniciada así la segunda instancia del juicio, que se ha sustanciado con arreglo a la ley procesal. A fin de dictar el fallo que corresponde la Corte sienta los siguientes considerandos en calidad de premisas de las conclusiones a que habrá de llegar. De la trascripción que se deja hecha de las postulaciones de la demanda y de los hechos que le sirven de fundamento, así como las disposiciones legales que el actor señala como aplicables al caso, aparece que la acción incoada con el carácter de principal es la que se deriva de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del Código Civil en estos términos: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado". "Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". El demandante afirma que el Departamento del Tolima se halla en el caso contemplado en esta disposición, por cuanto ha dejado de dar cumplimiento a la estipulación contractual consignada en la cláusula tercera de la escritura pública número quinientos cincuenta y cuatro autorizada por el Notario Primero del Circuito de Ibagué el primero de agosto de mil novecientos treinta, por la cual el Departamento le vendió la hacienda "Maracaibo", cláusula que es del siguiente tenor: "Que los bienes materia de este contrato los adquirió el Departamento por compra que de ellos hizo para la empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué de propiedad del Departamento del Tolima, el Superintendente General de dicho Ferrocarril doctor Carlos Cock como aparece del instrumento público número 1911 pasado ante el Notario Cuarto del Circuito de Bogotá el 8 de octubre de 1927, compra que autorizó y aceptó el Departamento por medio de su representante general José Joaquín Caicedo Rocha, Ingeniero Interventor de la obra de dicho Ferrocarril, como igualmente aparece de la escritura pública número 928 pasada ante el Notario Primero del Circuito de Ibagué, el día 14 de noviembre de 1927, siendo de advertir que el precio pagado por el adquirente doctor Cock y los gastos ulteriores hechos en la hacienda han sido cargados a la cuenta del Departamento y consecuencialmente ingresados tales bienes entre los que constituyen la empresa del Ferrocarril. Pero que para evitar toda duda que pudiera presentarse en lo relativo a los requisitos legales sobre transmisión del dominio sobre los mismos bienes por haberse otorgado la citada escritura de compraventa número 1911 en favor del doctor Cock, como Superintendente del Ferrocarril y para esta Empresa, el Departamento se obliga para con Ramón L. González M. a que dentro del término de sesenta días

a contar de esta fecha el doctor Carlos Cock en su carácter dicho de Superintendente del Ferrocarril Ambalema-Ibagué y representante del promotor, o quien tenga la personería legal suficiente de esas entidades, y con asistencia del Ingeniero Interventor de la obra de dicho Ferrocarril, ratificará por escritura pública el presente contrato de venta en los términos aquí pactados y declararán legal y plenamente verificada la transferencia de los derechos y bienes materia de la venta o cosa vendida". Y afirma el actor que el Departamento no ha dado cumplimiento a la obligación que contrajo en esta cláusula, por cuanto aunque el doctor Carlos Cock, en su condición de Superintendente General del Ferrocarril Ambalema-Ibagué, ratificó dentro del plazo convenido la escritura de venta de la hacienda de "Maracaibo" de que se ha hablado, según aparece de la escritura pública número 569 pasada en la Notaría Primera del Circuito de Ibagué el 8 de agosto de 1930, tal ratificación no se ajustó al compromiso contraído por no haber tomado parte en ella ni en ese entonces ni después el Ingeniero Interventor del Ferrocarril.

El señor Fiscal del Tribunal a quo al responder del hecho f) de la demanda admite que efectivamente el expresado Ingeniero Interventor no hizo la ratificación dentro del término de sesenta días fijados para ello y que no la había aún efectuado al tiempo de incoarse la demanda; pero agrega que aquél no estaba obligado a efectuar la memorada ratificación, punto éste que no es materia del debate en el presente juicio, pues no se trata aquí de las obligaciones que contrajera el Interventor, sino de las que contrajo el Departamento en su condición de vendedor. El Tribunal de primera instancia admite también que el Departamento no obtuvo del Ingeniero Interventor la ratificación dentro del término estipulado. Mas estima que como dicha ratificación no era de la esencia ni de la naturaleza del contrato de compra-venta consignado en la escritura número 554, ya que el Gobernador del Departamento tenía facultad suficiente para enajenar por sí solo el predio de "Maracaibo", la falta de cumplimiento a tal obligación no puede generar la acción resolutoria tácita consagrada en el artículo 1546 del C. C. En contra de la tesis sustentada por el Tribunal, algunos distinguidos abogados de esta capital cuyos conceptos fueron aportados por la parte demandante durante la segunda instancia del juicio, son de parecer que por cuanto el art. 1546 establece en términos generales la condición resolutoria tácita para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, sin hacer distinción alguna entre los elementos que son de la esencia, los que pertenecen a la naturaleza, y los meramente accidentales, ni entre la inejecución total y la parcial, basta que se falte a cualquiera de las obligaciones estipuladas en un contrato bilateral, sea cual fuere la naturaleza o importancia de ellas, para que tenga cabida la acción resolutoria que el sobredicho texto establece. Entre estas dos tesis extremas y opuestas entre sí, existe una intermedia expuesta por uno de aquellos abogados, que la Corte encuentra ser la verdadera, en razón de los sólidos fundamentos que la sustentan. Dicha tesis se encuentra desarrollada de la siguiente manera en carta dirigida al demandante: "De los antecedentes arriba expuestos se deduce que el problema jurídico que se plantea en el caso que se estudia es de **inejecución parcial del contrato** en relación con la condición resolutoria tácita. Porque se trata aquí de un caso en que el Departamento del Tolima cumplió la generalidad de las obligaciones que contrajo como vendedor de la hacienda de "Maracaibo" para con usted como comprador, pero omitió cumplir una de tales obligaciones, aquella según la cual la venta de la hacienda debía ser ratificada por el Superintendente del Ferrocarril Ambalema-Ibagué con asistencia del Ingeniero Interventor de la obra de dicho Ferrocarril. Qué influencia tendrá esta omisión con respecto a la aplicabilidad del principio de la condición resolutoria tácita? Tal principio, demasiado conocido se halla formulado en el artículo 1546 del Código Civil concebido así: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolu-

ción o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios". Como se ve, la disposición trascrita está concebida en términos generales; establece la condición resolutoria para el caso de que no se cumpla por uno de los contratantes lo pactado, pero no dice si para la efectividad de tal condición se requiere que la inejecución haya sido completa o si basta que haya sido parcial. El asunto, sin embargo, no me parece discutible en el derecho colombiano desde luego que el artículo 1932 del Código Civil deja comprender claramente que la acción resolutoria tiene cabida en caso de inejecución parcial de una obligación contractual como es la de pagar el precio en el contrato de compraventa. Ese artículo, en efecto, estatuye que resuelto el contrato de venta se restituyan los fondos a la parte del precio que no hubiere sido pagada. Respecto de otras obligaciones contractuales distintas de la de pagar el precio en los contratos de compraventa, no veo motivo para poner en duda que la falta de ejecución, aunque sea parcial, por parte de uno de los contratantes, dé también lugar a la acción resolutoria, si se atiende a que el artículo 1546 del C. C. es general en sus términos y no hace distinción alguna. Por lo que hace a la jurisprudencia podrían citarse varias sentencias de la Corte y de los Tribunales en que se ha dado cabida a la acción resolutoria en caso de inejecución parcial del contrato. Pero cabe preguntar aquí si, en el evento que venimos contemplando, de inejecución parcial, debe darse entrada a la acción resolutoria aun cuando la parte incumplida de la obligación parezca de poca entidad. No he visto, o no recuerdo, que la cuestión haya sido discutida por los expositores del derecho colombiano. En cambio el punto ha sido ampliamente debatido en el derecho francés, cuyos ilustres expositores han llegado a la conclusión de que para decidir el punto propuesto debe atenderse a la intención presunta de las partes contratantes, y que para inquirir tal intención los tribunales deben apreciarla en cada caso según las circunstancias. En este sentido se han pronunciado los tribunales de aquel país: "Repetidas veces, dicen Baudry-Lacantinerie-Barde, la Corte de Casación ha declarado que los tribunales tienen un poder soberano de apreciación para decidir, de acuerdo con las circunstancias de hecho, si la inejecución tiene importancia bastante para acarrear la resolución, o si ella no es susceptible de ser reparada por una indemnización pecuniaria. Con mayor razón ha estimado la Corte que no hay lugar a resolver el contrato cuando el demandante no tiene ningún interés en la ejecución de las cláusulas de que se trata". (Traité Théorique et Practique de Droit Civil, tomo 13, número 912). De manera semejante el expositor moderno Laurent hace mérito de la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa, inspirada en la doctrina de Pothier, y advierte que el principio legislativo que establece la condición resolutoria en los contratos bilaterales es, como lo dice la Corte misma, una regla de equidad, por la cual el juez en esta materia debe tener una grande amplitud de apreciación (Principes de Droit Francaise, tomo 17, número 127). Creo que la referida enseñanza de los expositores y la jurisprudencia francesa con respecto al alcance de la condición resolutoria tácita, halla también cabida en nuestro derecho, por los motivos siguientes: a) Porque el principio que establece la condición resolutoria tácita en los contratos bilaterales en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, fue inspirado en el derecho francés. Tal principio, que no existía en la legislación española (como tampoco en la romana), pasó al derecho francés, al chileno, y de éste al colombiano. b) Porque tal principio, como se vio en algunas de las citas anteriormente aducidas, obedece a altos motivos de equidad y debe por lo tanto aplicarse conforme a los dictados de la equidad, que son de universal observancia. c) Porque el mismo Código Civil da muestra de ese criterio de equidad en el campo de la condición resolutoria, en caso de inejecución parcial del contrato. Así, en la venta de un predio por cabida, si el vendedor deja de entregar toda la cabida declarada, no por eso el comprador está autorizado para ejercer irrestrictamente la acción resolutoria sino que solamente puede intentarla cuando el precio de la cabida que falta pasa de cierto límite señalado por el

artículo 1888, inciso segundo del Código Civil. (La Corte acertadamente ha calificado de acción resolutoria la que este artículo consagra aun cuando en él se la denomina desistimiento del contrato: Jurisprudencia, tomo II, número 749).

Viene ahora al caso examinar a la luz de las ideas expuestas la cuestión que se ha suscitado con motivo de la venta de la hacienda de "Maracaibo". Estamos, según dije en otro lugar, en presencia de un caso de inejecución parcial del contrato, consistente en que habiéndose comprometido el Departamento del Tolima, como vendedor de esa hacienda, a que el contrato sería ratificado por el señor Carlos Cock como Superintendente del Ferrocarril Ambalema-Ibagué y representante del promotor, con asistencia del Ingeniero Interventor del Ferrocarril, la ratificación se hizo sin la asistencia de este funcionario. Esta falta parcial del cumplimiento autorizará el ejercicio de la acción resolutoria por parte del comprador? Acogiéndonos a la doctrina de que he hecho antes sucinta relación, es preciso examinar las circunstancias del caso para deducir de ellas la intención de las partes, es decir, si en el ánimo de éstas la presencia del Ingeniero Interventor en la ratificación era una formalidad necesaria, o si por el contrario era un requisito de poca entidad, o del cual pudiera prescindirse. Para ello hay que advertir, en primer lugar, que la hacienda de "Maracaibo", vendida por el Departamento a usted, no había sido adquirida directamente por el Departamento, sino por el señor doctor Carlos Cock en su calidad de Superintendente General del Ferrocarril Ambalema-Ibagué, según trasmisión que de esa propiedad le hizo la Colombian Assets Corporation de Nueva York por medio de la escritura pública número 1911 del ocho de octubre de 1927, otorgada en la notaría cuarta de Bogotá. La cláusula octava de esa escritura dice: "La empresa (es decir la del Ferrocarril Ambalema-Ibagué), representada por el Superintendente doctor Carlos Cock declara que acepta el presente instrumento y la venta que en él se hace en las condiciones referidas. Allí mismo se declaró que el Ingeniero Interventor aceptaría posteriormente la escritura a nombre del Departamento del Tolima y que su aceptación formaría parte integrante del contrato de que se viene hablando. Así lo hizo, en efecto, ese funcionario, por medio de instrumento público número 928 del 14 de noviembre de 1927, extendido en la notaría primera de Ibagué. Pero de todos modos, y a pesar de la aceptación del Ingeniero Interventor, es lo cierto que el título de propiedad de la hacienda de "Maracaibo" fue conferido por la Colombian Assets Corporation al doctor Carlos Cock, quien lo aceptó para la empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué. Había pues, un motivo de duda, por demás fundado, acerca del punto de si el Departamento del Tolima podía por sí solo, sin intervención del Superintendente General del Ferrocarril, otorgar un título válido de la citada hacienda. Esta duda era tanto más explicable cuanto la empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué, para la cual aceptó el doctor Carlos Cock la escritura de transmisión de la hacienda de "Maracaibo", estaba constituída, además del mismo doctor Carlos Cock, por varias otras personas y entidades. De ahí que en la escritura pública por medio de la cual el Departamento hizo a usted la venta de aquella propiedad se hubiera estipulado, con muy buen acuerdo, lo que ya se vio por la reproducción que antes hice de la cláusula tercera de esa escritura, a saber: que el señor doctor Carlos Cock, como Superintendente General del Ferrocarril Ambalema-Ibagué y representante del promotor debía ratificar por escritura pública la venta hecha a usted, con asistencia del Ingeniero Interventor. Esa ratificación y esa asistencia se juzgaron, pues, necesarias por las partes contratantes para alejar toda duda con respecto a la legalidad de la trasmisión que se efectuaba a favor de usted, del título de propiedad de la hacienda de "Maracaibo". El requisito de la participación del Ingeniero Interventor en el acto de la ratificación se explica perfectamente por la circunstancia de que según el contrato de construcción del Ferrocarril Ambalema-Ibagué y según disposiciones oficiales del Gobierno del Tolima, el Ingeniero

Interventor tenía toda clase de facultades fiscalizadoras con respecto a la obra de dicho Ferrocarril, y a la aprobación de ese funcionario estaban sujetos los contratos que celebrase el contratista. Claro es que usted como comprador de la hacienda de "Maracaibo" al adquirir esa finca estaba grandemente interesado en que el título de propiedad que iba a trasferírsele estuviese ajustado a todas las exigencias del derecho, a fin de que tal título fuese completo y quedase al abrigo de toda duda u objeción. Igual interés debía tener en ello el Departamento por ser responsable, como todo vendedor, del saneamiento de lo vendido. De lo dicho hay que deducir, en mi concepto, que la obligación de ratificar la escritura de venta por el Superintendente del Ferrocarril, con asistencia del Ingeniero Interventor, obligación estipulada en la cláusula tercera de dicha escritura y cumplida sólo en parte por el Departamento tenía según la intención de las parte que celebraron el contrato, o sea el Departamento y usted, no un interés meramente secundario, sino un alcance muy importante porque miraba a la validez misma del título. Y como la ratificación no podía considerarse perfecta sin la asistencia del Ingeniero Interventor del Ferrocarril, por la razón ya expresada anteriormente, creo que la estipulación que dispuso la presencia de este funcionario en el acto de la ratificación debe colocarse en el mismo plano de importancia que la ratificación misma, por ser un elemento integrante de ésta, sin el cual no quedaba completa. Guiándome, pues, por el criterio aconsejado por los expositores franceses y aplicable a mi juicio en el derecho colombiano, de examinar la intención de las partes cuandoquiera que se trate de inejecución parcial de un contrato a efecto de apreciar la influencia que tal incumplimiento parcial pueda tener en lo tocante a la condición resolutoria tácita, y apoyándome en las consideraciones que dejo hechas con rsepecto a la importancia y necesidad, que, según aquella intención tiene en la escritura de venta de la hacienda de "Maracaibo" otorgada a usted por el Departamento del Tolima, la estipulación según la cual el contrato de venta debía ser ratificado por el Superintendente del Ferrocarril Ambalema-Ibagué con asistencia del Ingeniero Interventor, requisito este último que no se cumplió, he llegado a la conclusión de que el referido contrato se halla dentro del alcance del artículo 1546 del Código Civil, o sea que usted como comprador está en el derecho de alegar la condición resolutoria tácita establecida en dicho artículo por haber omitido el Departamento cumplir la estipulación contenida en la cláusula tercera de dicha escritura en cuanto se pactó allí que la venta sería ratificada por el Superintendente del Ferrocarril Ambalema-Ibagué con asistencia del Ingeniero Interventor de dicho Ferrocarril".

La Corte acoge en todas sus partes la docta exposición que precede, así como la conclusión a que en ella se llega, y para reafirmarse en esta última agrega las siguientes reflexiones:

El encabezamiento, junto con la parte pertinente de las cláusulas primera, cuarta y octava de la escritura pública número 1911 del 8 de octubre de 1927, otorgada ante el notario 4º de este Circuito dice textualmente: ". . . . . comparecieron el doctor Carlos Cock, mayor de edad, vecino de Medellín, a quien personalmente conozco y quien obra como Superintendente General del Ferrocarril Ambalema-Ibagué y el señor Jorge A. Ramírez, mayor de edad, vecino de Bogotá, de cuyo conocimiento personal doy fe y quien obra como apoderado general de la sociedad domiciliada en Nueva York, Estados Unidos de Norte América, denominada Colombian Assets Corporation, según poder otorgado ante el Cónsul General de Colombia en Nueva York. . . . . manifestaron que han celebrado el contrato que se expresa en las cláusulas siguientes: Primera. — Ramírez, obrando en nombre de la sociedad Colombian Assets Corporation, que en adelante se llamará la sociedad vendedora, trasmite a la Empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué, del Departamento del Tolima, representada por el Superintendente General de la misma, parte que en adelante se denominará la Empresa, el dominio y posesión

plenos en la hacienda denominada "Maracaibo" junto con las edificaciones, cercas, anexidades..... Cuarta.—Que la entrega la hará la sociedad vendedora a la Empresa del Ferrocarril por inventario y durante el curso del presente mes..... Octava.—La Empresa representada por el Superintendente doctor Carlos Cock, declara que acepta el presente instrumento y la venta que en él se le hace en las condiciones referidas. Se hace constar que el general José Joaquín Caycedo Rocha, nombrado Ingeniero Interventor de las obras del Ferrocarril Ambalema-Ibagué, ha tomado parte personalmente en la celebración del presente contrato y que la aceptación que él haga en nombre del Departamento del Tolima a quien representa, la verificación por medio de escritura pública que otorgará en la ciudad de Ibagué la cual formará parte integrante del presente contrato de venta..... La aceptación a que se refiere la última parte trascrita la efectuó el Ingeniero Interventor por medio de la escritura 928 pasada el 14 de noviembre de 1927 ante el Notario primero de Ibagué. La trascripción que se acaba de hacer patentiza que quien compró la hacienda de "Maracaibo" a la Colombian Assets Corporation fue la Empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué representada por el Superintendente General y el Ingeniero Interventor de la misma. De consiguiente, fue dicha Empresa la que en virtud de aquella compra adquirió el dominio del inmueble, comoquiera que el título quedó expedido y registrado a su favor. La mencionada empresa tenía sus representantes jurídicos que lo eran el Superintendente General y el Ingeniero Interventor, quienes asumían la personería de aquélla en las negociaciones sobre inmuebles, según aparece de escritura que se deja relacionada y de la número 87 del 23 de enero de 1928, por la cual la referida empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué celebró con el demandante en este juicio señor Ramón L. González y el señor Aurelio Bejarano S. un contrato de promesa de venta y explotación de la misma hacienda de "Maracaibo" que se ha venido mencionando, contrato en el cual estuvo la empresa representada por los nombrados Superintendente e Ingeniero Interventor (fojas 13 a 19 del cuaderno 2º).

Esta forma de representación de la empresa vino a quedar corroborada con la obligación que contrajo el Gobernador del Departamento en el contrato cuya resolución se debate, de obtener dentro de un plazo perentorio la ratificación de dicho pacto por parte del Superintendente del Ferrocarril, con asistencia del Ingeniero Interventor. La necesidad de la intervención de este último empleado en los actos jurídicos de la empresa, es lo que se controvierte especialmente en esta litis, se halla consignada en varias cláusulas de la escritura pública número 485 otorgada a 13 de julio de 1926 ante el Notario Primero de Ibagué instrumento que da cuenta del contrato sobre empréstito y construcción del Ferrocarril Ambalema-Ibagué celebrado entre el Gobernador del Departamento del Tolima en representación de esta última entidad, de una parte, y los señores Carlos Cock, Félix Salazar J. y Francisco Jaramillo Ochoa, de otra, el cual contrato dio nacimiento a la entidad denominada Empresa del Ferrocarril Ambalema Ibagué. En efecto, el artículo 19 de aquel pacto establece que la adquisición de toda clase de elementos para la empresa se hará por conducto del ingeniero interventor, que todos los contratos y subcontratos que celebre la misma deberán tener la aprobación de aquel empleado, y que éste tiene el carácter de colaborador del Promotor, o sea de la Empresa del Ferrocarril. Y el artículo 23 dispone que las relaciones entre el Departamento y el Promotor tendrán lugar por conducto de la Oficina del Ingeniero Interventor. Patentizada así la necesidad de que el interventor tomara parte en los contratos que llevara a cabo la empresa del Ferrocarril y el carácter de intermediario que tenía este empleado en las relaciones del Departamento con aquélla, surge la duda muy fundada de si por el hecho de pertenecer la Empresa del Ferrocarril al Departamento y de tener el Gobernador el carácter de representante jurídico de esta última entidad, podía este funcionario asumir directamente la representación de la empresa en los contratos que ésta hu-

biera de celebrar, pretermitiendo así la personería constituída y radicada en el Superintendente y el Ingeniero Interventor de aquella entidad. Esa duda se acentúa si se tiene en cuenta que el contrato sobre construcción del Ferrocarril Ambalema-Ibagué de que atrás se habló, tiene carácter bilateral por haber figurado en él como partes contratantes de un lado el Departamento representado por el Gobernador y de otro los tres contratistas antes mencionados. Lo cual hace que las estipulaciones de ese contrato, en las cuales se fijaron las atribuciones del Superintendente y el Interventor, no puedan ser modificadas unilateralmente por el Gobernador del Departamento. Y era tanto más justificada la expresada duda cuanto que en la escritura de compra-venta otorgada por el Gobernador al demandante no aparece la prueba de que la Empresa del Ferrocarril perteneciera en realidad al Departamento, pues esta circunstancia contribuía a hacer menos clara todavía la legalidad de dicho título. Es preciso tener en cuenta que en tratándose de dudas acerca de la legalidad de un título, no hay, puede decirse, parvedad de materia, dado que cualquier objeción que con aparente fundamento siquiera pueda oponerse a un título, ocasionaría un demérito y un perjuicio evidente para cualquiera operación comercial que con base en tal título haya de verificarse, ya que nadie estará dispuesto a entrar en negocio sobre una finca en circunstancias de quedar expuesto a las contingencias y resultados de un posible litigio.

De lo anterior se concluye, de una parte, que la duda a que alude la escritura que se analiza era justificada y, de otra, que la estipulación en virtud de la cual el Gobernador en nombre del Departamento se obligó a obtener la ratificación del Superintendente del Ferrocarril con asistencia del Ingeniero Interventor, lejos de ser superflua, como lo considera el Tribunal, tenía una importancia real e innegable para el comprador en términos de poderse presumir que sin dicha estipulación no hubiera éste contratado. De lo hasta aquí expuesto se sigue que es procedente la acción resolutoria fundada en la falta de cumplimiento del contrato por parte del Departamento del Tolima, y que en tal virtud hay lugar a decretar las prestaciones mutuas consiguientes a la resolución. A este respecto el actor pide en la segunda de las postulaciones principales de su demanda que como consecuencia de la resolución, se condene al Departamento del Tolima a devolverle la suma de ($ 42,520.78) moneda corriente que le pagó al Departamento a buena cuenta del precio de la compraventa. Esta petición es fundada porque la restitución del precio pagado por el vendedor es una de las consecuencias legales de la resolución de un contrato de compra-venta conforme al artículo 1932 del C. C., y porque de la cláusula segunda de la escritura en que se consignó la venta de la hacienda de "Maracaibo" efectuada por el Gobernador del Tolima al demandante, consta que del precio de esa venta, fue de $ 74,226.42, tenía ya recibido el Departamento a la fecha del contrato la suma que el demandante pide se le devuelva. Por otra parte, el comprador debe restituír al Departamento el predio de "Maracaibo", acto éste que debe ser simultáneo con la devolución de la parte pagada del precio, de acuerdo con jurisprudencia de la Corte que tiene su fundamento en la equidad, como puede verse en Casación de 12 de agosto de 1921—(Tomo XXIX, página 10 de la Gaceta Judicial). — En consecuencia, también de la resolución, de acuerdo con la norma fijada por el artículo 1932 del Código Civil, la restitución por parte del comprador de los frutos que haya producido la hacienda de "Maracaibo", en proporción a la parte del precio que no ha sido pagada. Por lo que hace a los perjuicios que se demandan en la tercera de las peticiones principales, el derecho a ellos se encuentra consagrado en el artículo 1546 del mismo Código, que en caso de incumplimiento de un contrato bilateral por una de las partes contratantes, confiere a la otra la facultad de mandar indemnización de perjuicios, ya sea que pida la resolución del contrato, o el cumplimiento del mismo. Y aun cuando no aparece acreditada la existencia ni la cuantía de los perjuicios, la Corte tiene establecido que tratándose de un contrato oneroso, como lo

es el de compraventa, que tiene en mira la utilidad de las partes, debe presumirse que la infracción de él por uno de los contratantes le ocasionará perjuicios a la otra parte, debiéndose hacer en tal caso la condenación en abstracto, para que en forma legal se efecte posteriormente la regulación de ellos. Para el efecto de sentar las bases con arreglo a las cuales ha de efectuarse la indicada regulación (artículo 480 del Código Judicial) debe tenerse en cuenta la norma establecida en el artículo 1616 del C. C. de cuya aplicación al caso de este litigio resulta que no habiéndose comprobado ni apareciendo que la inejecución del contrato por parte del Departamento hubiera sido dolosa, éste solamente es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato.

Por lo que respecta a las peticiones formuladas en la demanda con el carácter de subsidiarias, no hay lugar a considerarlas por aparecer justificadas las principales.

En razón de lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y falla en estos términos la controversia: PRIMERO. Declárase resuelto el contrato de compraventa de que da fe la escritura pública número quinientos cincuenta y cuatro (554) de primero de agosto de mil novecientos treinta otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Ibagué, contrato por el cual el Departamento del Tolima vendió al señor Ramón L. González M. la hacienda denominada "Maracaibo", integrada por los lotes descritos y alinderados en la cláusula primera de dicho instrumento y por las minas y servidumbres allí mismo relacionadas. — SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, el señor Ramón L. González M. restituirá al Departamento del Tolima, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la referida hacienda de "Maracaibo" con todas sus minas, anexidades, dependencias y servidumbres, por los linderos expresados en la mencionada escritura número quinientos cincuenta y cuatro (554).—TERCERO. El Departamento del Tolima devolverá al demandante señor Ramón L. González M. dentro del mismo término de seis días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos setenta y ocho centavos ($ 42,520.78) moneda corriente que recibió como parte del precio de la compraventa antes mencionada. — CUARTO. El señor Ramón L. González M. restituirá al Departamento del Tolima los frutos que haya producido la hacienda de Maracaibo que se viene mencionando, desde que la recibió del Departamento a virtud de la compraventa de que aquí se trata, hasta que se verifique la restitución de dicha hacienda, frutos que restituirá en la proporción que corresponda a la parte del precio que no ha sido pagada, teniendo en cuenta que, el precio total fue de setenta y cuatro mil doscientos veintiséis pesos cuarenta y dos centavos ($ 74,226.42) y que la parte pagada de ese precio total fue la suma de cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos setenta y ocho centavos ($ 42,520.78). El monto de estos frutos se fijará con arreglo a la ley. QUINTO. El Departamento del Tolima indemnizará al mismo señor Ramón L. González M. los perjuicios que le haya ocasionado con la infracción del indicado contrato de compraventa, pero sólo en cuanto tales perjuicios se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. El valor de estos perjuicios se determinará en forma legal.

SEXTO. No es el caso de considerar las postulaciones de la demanda subsidiaria. —

SEPTIMO. No se hace condenación alguna por concepto de costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase a su tiempo el proceso.

**Julio Luzardo Fortoul.—Enrique A. Becerra.—Jenaro Cruz V.—Pedro Sanz Rivera,** Srio. en ppdad".

(Es copia comparada, el Secretario, **Pedro Sanz Rivera**). — Bogotá, 23 de mayo de 1935.

## LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE LAS LEYES, ORDENANZAS, ACUERDOS O DECISIONES JUDICIALES, PARA PAGAR UNA CANTIDAD LIQUIDA, CUANDO ESTAS PROVIENEN DE OBLIGACIONES CONTRAIDAS CON CAUSA LEGAL, CONSTITUYEN DERECHOS PERFECTOS

**I. Las obligaciones nacidas de las leyes, ordenanzas, acuerdos o decisiones judiciales, para pagar una cantidad líquida, cuando éstas provienen de obligaciones contraídas con causa legal, constituyen derechos perfectos.**

**II. De acuerdo con la doctrina del art. 982 del C. J., pueden exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, siempre que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio nueve de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el doctor Julián Llinás Vega, en nombre y representación de los hermanos Elías R. Coba, Eugenia Coba viuda de Ortega, Agustina Coba viuda de Bula, María de Jesús Coba y María R. Coba, hizo las siguientes peticiones:

1º Que se requiera al Departamento del Atlántico, por medio del señor Gobernador y del señor Fiscal del Tribunal, para que dentro de los términos que se le fije, pague a sus representados la suma de $ 1,397.50 m/c. que les adeuda según las ordenanzas números 50 de 1937 y 3 de 1938.

2º Que vencido el término del requerimiento y constituído en mora, se libre mandamiento ejecutivo contra el Departamento del Atlántico para que pague a sus representados la suma de mil trescientos noventa y siete pesos, cincuenta centavos ($ 1,397.50) más los intereses, costos y costas del juicio.

Presentó como fundamento de sus pretensiones las ordenanzas números 50 de 1937 y 3 de 1938, debidamente autenticadas.

El veintiocho de junio de mil novecientos treinta y ocho, el Tribunal dispuso el requerimiento en la forma pedida por el ejecutante, fijando el término de diez días para pago de la suma estipulada en el libelo.

Notificados, tanto el señor Gobernador como el Fiscal del Tribunal, del respectivo requerimiento, este funcionario lo contestó, manifestando que por estar la vigencia expirada, mal podría darse cumplimiento "al requerimiento de que se trata".

En providencia de quince de septiembre del mismo año, el Tribunal dictó mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra el Departamento demandado y en favor de los demandantes, por la cantidad de mil trescientos noventa y siete pesos, cincuenta centavos ($ 1,397.50).

En virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal, vino el expediente a la Corte, donde tramitado en debida forma y oído el concepto del señor Procurador delegado en lo civil, ha llegado el momento de decidirlo.

Se considera:

De acuerdo con la doctrina del art. 982 del C. J., puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse, siempre que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible.

La Ordenanza número 50, traída a los autos en legal forma, dispone lo siguiente:

"Art. 4º Reconócese a favor de Elías Ramón Coba, María del Rosario Coba, María

de Jesús Coba, Eugenia Coba de Ortega y Agustina Coba de Bula, hermanas legítimas y únicas herederas de la señorita Isabel Coba, la suma de un mil trescientos noventa y siete pesos, cincuenta centavos, moneda legal ($ 1,397.50), valor de las pensiones decretadas en favor de dicha finada Isabel Coba por la Ordenanza 33 de 1929, y dejadas de pagar en las vigencias de 1933 a 1934, 1934 a 1935, 1935 a 1936, y en los meses de julio de 1936 a enero de 1937.

"Art. 5º Para atender al pago de la suma a que se refiere el artículo anterior, ábrese al Presupuesto de Gastos de la actual vigencia un crédito por la suma de un mil trescientos noventa y siete pesos, cincuenta centavos ($ 1,397.50) con la siguiente imputación:

**Departamento de Educación Pública.**

Ca. Art. Reconocimiento de pensiones.

Para pagar a Elías Ramón Coba, María del Rosario Coba, María de Jesús Coba, Eugenia Coba de Ortega y Agustina Coba de Bula, las pensiones dejadas de pagar a su finada hermana Isabel, fallecida el 7 de febrero de 1937: $ 1,397.50.

Igualmente a folios 7 del cuaderno principal consta la Ordenanza número 3 de 1938 la cual volvió a incluír la obligación no soluta del Departamento con los herederos de Isabel Coba, de acuerdo con la Ordenanza 50 prenombrada.

Las razones propuestas por el señor Fiscal para sustentar la apelación, carecen de solidez y se encaminan a demostrar que en el Código Judicial no "se encuentran comprendidos (sic) los documentos presentados por el doctor Llinás Vega y, en los cuales basa el H. Tribunal Superior su precitado auto de 19 de septiembre".

Las obligaciones nacidas de las leyes, ordenanzas, acuerdos o decisiones judiciales, para pagar una cantidad líquida, cuando éstas provienen de obligaciones contraídas con causa legal, constituyen derechos perfectos, y como lo dijo esta Sala en su reciente fallo publicado en la **Gaceta Judicial** número 1943, página 548, las acciones que puedan promoverse no pueden invalidarse porque en el presupuesto no se haya incluído la partida respectivas.

Y tratándose en el caso de autos de una suma debida, consagrada y reconocida no sólo en la disposición de carácter sustantivo, sino además en la de carácter adjetivo como es el acto presupuestal, resulta arbitraria toda demora para la solución de la deuda, que ha debido cancelarse en el tiempo del requerimiento.

Por consiguiente, el Departamento entró en mora, una vez ejecutoriado el requerimiento judicial, puesto que el pago de la deuda ya no dependía de ningún acto posterior, al cual suelen estar encadenadas las obligaciones que contraen la Nación, los Departamentos y los Municipios, estando como lo estaba incluída la partida necesaria en el Presupuesto Departamental.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado, dijo:

La Procuraduría no tiene objeciones qué formular al mandamiento de pago librado, ya que de los documentos presentados se deduce una obligación expresa, clara y actualmente exigible, de pagar una suma determinada de dinero, con origen en un acto que proviene del deudor".

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, **decide:**

Confírmase en todas sus partes la providencia recurrida.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo. — Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

**1.—Cuando una ley adscribe a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de determinados negocios, priva de toda jurisdicción al Poder Judicial y ni siquiera le deja un principio de ella, por lo cual la actuación no sería ratificable. — 2.—La frase de que en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia (Ley 153 de 1938), no puede restringirse a sólo los negocios que se hallen en tramitación ante la Corte al entrar a regir la ley. Una interpretación más lógica comprende no sólo estos negocios sino todos aquellas pensiones y recompensas, cuyo conocimiento le compete a esta entidad en una instancia o en segunda. — 3.—Conocer es el acto de entender en las causas y determinarlas. Cuando se dice que la Corte conoce de tales asuntos se expresa una facultad jurisdiccional. La inflexión verbal está empleada para consagrar un principio, una verdad de duración indefinida, sin que la frase "en la actualidad" restrinja la norma. — 4.—Si la Corte no puede conocer en segunda instancia de un negocio, al Tribunal no le compete el conocimiento de la primera, porque esto llevaría al absurdo de que tales juicios ordinarios carecerían del recurso de apelación o de consulta o que el legislador había sometido la revisión de ellos ante el Consejo de Estado. Ambas sugerencias son inaceptables.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En auto de 16 de octubre de 1937, dijo la Sala: "La interpretación lógica del art. 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 deben poder 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 demanda del señor Efraím Calero Mercado, para que se le reconociese una pensión civil fue instaurada el 29 de abril de 1939 ante el Tribunal de Popayán, cuando ya estaba rigiendo la ley 153 de 1938, la cual adscribió el conocimiento de todas las demandas sobre pensiones al Consejo de Estado.

Quiere decir entonces que el Tribunal de Popayán carecía de jurisdicción desde el instante en que admitió la demanda, pues la ley citada priva de toda jurisdicción para estos asuntos al Poder Judicial.

No hay ni siquiera un principio de jurisdicción en el Tribunal para estos negocios que son del resorte de la jurisdicción contencioso administrativa, por lo cual la actuación no sería ratificable.

Por otro lado, el Agente del Ministerio Público no puede ratificar sino en el caso de utilidad evidente que haya sido declarada, lo que no consta en los autos.

No es el caso, por tanto, de poner la nulidad en conocimiento de las partes sino de proferir la resolución de plano, como en circunstancias similares se ha practicado.

La falta de jurisdicción que se observa sólo inhibe a la Corte, para conocer del fondo del negocio; pero no para la anulación, pues de otro modo quedaría en pie una actuación írrita e ilegal.

Es verdad que hay quienes restringen el significado y alcance de la siguiente frase de la Ley: ".....de que en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia, sea en virtud de atribución y por procedimientos especiales o por los trámites ordinarios". Quienes así piensan se figuran que la expresión en la actualidad se refiere tan sólo a los negocios que se hallen en tramitación ante la Corte al entrar a regir la Ley. Mas ello no es así, porque una interpretación más lógica comprende no sólo estos negocios sino todas aquellas pensiones y recompensas, cuyo conocimiento le compete a esta entidad en una instancia o en segunda.

Conocer es "el acto de entender en las causas y determinarlas". Cuando se dice que la Corte conoce de tales asuntos se expresa una facultad jurisdiccional. La inflexión verbal está empleada para consagrar un principio, una verdad de duración indefinida, sin que la frase "en la actualidad" restrinja la norma.

Una interpretación distinta contraría los fines que el legislador se propuso.

Si la Corte no puede conocer en segunda instancia, al Tribunal no le compete el conocimiento de la primera, porque esto llevaría al absurdo de que tales juicios ordinarios carecerían del recurso de apelación o de consulta o que el legislador había sometido la revisión de ellos ante el Consejo de Estado. Ambas sugerencias son inaceptables. Luego lo más racional es considerar que la Ley 153 dictada adscribió al Contencioso-administrativo los asuntos como el que decidió el Tribunal.

Por tratarse del tránsito de una legislación a otra y dadas las dudas que este fenómeno suscita siempre, la Sala opta por no estimar para efecto de costas, culpable ni al Tribunal ni al demandante.

Por lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia anula todo lo actuado en este juicio en primera instancia desde el auto que admitió la demanda inclusive.

Notifíquese al Procurador Delegado en lo Civil y cópiese.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

# SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

## ACCION DE NULIDAD DE UNA HIPOTECA

**Para hipotecar una finca raíz se necesita ser dueño de ella, de conformidad con el artículo 2443 del Código Civil. Habiéndose hipotecado la finca por quien no. era dueño de ella, la hipoteca adolece de nulidad.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La señora Agustina Pardo de Guerrero adelantó el presente juicio contra la Nación y contra el señor Heliodoro Guerrero G. para que la Corte Suprema, en su Sala Civil de Unica Instancia, haga estas declaraciones:

Primera. Que es nula la hipoteca de la casa número cuarenta y cinco A de la antigua nomenclatura, hoy número cuatro, cinco, cinco de la calle veinte de la ciudad de Bogotá y comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el norte, con calle veinte (20); por el oriente, casa y solares de herederos de Nepomuceno Barragán y solar hoy de Anastasio Ruiz; por el sur, con solar de Ignacio S. de Santamaría, y oriente, con casa del mismo Ignacio S. de Santamaría; hipoteca que se halla constituída en la escritura pública número seiscientos cinco, de fecha veinte de abril de mil novecientos veintiséis, otorgada ante el Notario cuarto de esta ciudad. Segunda. Que, en consecuencia, debe cancelarse la inscripción de tal hipoteca en los libros de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá. Tercera. Que debe también cancelarse la inscripción del embargo de dicha casa, embargo decretado por el señor Juez segundo de Ejecuciones Fiscales Nacionales y declarar libre dicha casa de la traba ejecutiva en el juicio ejecutivo que por jurisdicción coactiva adelanta la Nación contra los señores Heliodoro y Manuel A. Guerrero, juicio en el cual aparece embargada y trabada dicha casa.

Como hechos expuso la demandante los siguientes:

Primero. Soy dueña de la casa situada en esta ciudad, en la calle veinte, marcada en su puerta de entrada con el número cuarenta y cinco A de la antigua nomenclatura y hoy con el número cuatro, cinco, cinco y deslindada como queda expresado atrás. Segundo. Según consta de la escritura número 605 de fecha 20 de abril de 1926, otorgada en la Notaría cuarta de esta ciudad, dicha casa de mi propiedad fue hipotecada sin mi consentimiento ni mi conocimiento por el señor Heliodoro Guerrero G. para garantizar a favor de la Nación el manejo de fondos públicos del señor Manuel A. Guerrero como Cajero del Lazareto de Contratación. Tercero. En virtud de glosas hechas al señor Manuel A. Guerrero por la Contraloría General de la República, el Juez 2º de Ejecuciones Fiscales dictó mandamiento ejecutivo contra los señores Heliodoro Guerrero y Manuel A. Guerrero y en ese juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva trabó la casa mencionada y la embargó, embargo que hoy está vigente. Cuarto. Intenté la acción de desembargo en ese juicio y me fue fallada desfavorablemente. Quinto. No concurrí a la escritura de hipoteca mencionada ni presté ni he prestado mi consentimiento al acto que consta en la escritura pública número 605 de fecha 20 de abril de 1926, de la Notaría cuarta de esta ciudad. Sexto. Ha sido hipotecado un bien ajeno sin consentimiento ni conocimiento de su dueño, que soy yo, y la hiptoeca en ese bien ajeno es la que apa-

rece en la escritura número 605 mencionada en el hecho anterior.

Los artículos 1494, 1502, 1527, 1740, 1782, 1783, 2439 del C. C., 2º y 5º de la Ley 28 de 1932, 40 y 734 del C. J. se adujeron como fundamento de derecho.

Cumplido el procedimiento ritual, es llegada la oportunidad de pronunciar sentencia y a ello se procede.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del C. J. esta Sala de la Corte es competente para conocer del negocio y fallarlo, porque se trata en él de obtener la nulidad de un convenio de hipoteca entre la Nación, a cuyo favor se constituyó, y un particular que en el contrato respectivo aparece como dueño de la finca hipotecada.

La escritura número 605 de 1926, Notaría 4ª de Bogotá, se otorgó entre los señores Alejandro Herrera Restrepo, Director General de Lazaretos, y los señores Manuel A. Guerrero y Heliodoro Guerrero, para garantizar el manejo del primero, nombrado Cajero del Lazareto de Contratación, en cuantía allí fijada, de dos mil pesos ($ 2,000.00) oro. En los puntos cuarto y quinto de dicha escritura se lee: "Cuarto. Que para mayor seguridad del cumplimiento de todos y cada uno de los deberes que contrae como Cajero del Lazareto de Contratación, además de la obligación personal que contrae, hipoteca especial y expresamente una casa de propiedad del señor Heliodoro Guerrero G., situada en esta ciudad de Bogotá, en la cuadra quinta (5ª) de la calle veinte, marcada actualmente con el número cuarenta y cinco (45 A) y deslindada según el título de propiedad así: (los mismos linderos transcritos en la demanda). Quinto. Presente el señor Heliodoro Guerrero G., varón, mayor de edad, y de esta vecindad, a quien igualmente conozco y dijo: a) Que consiente expresamente en el gravamen hipotecario que por esta escritura constituye el señor Manuel A. Guerrero, sobre una casa de su propiedad, relacionada en el punto anterior de este instrumento, y al efecto la constituye en hipoteca para responder por todas las obligaciones que dicho señor Manuel A. Guerrero ha contraído como Cajero del Lazareto de Contratación y de que habla el punto segundo de esta escritura".

Expresa la demandante que aunque el señor Heliodoro Guerrero compró la casa a que la hipoteca se refiere, el inmueble es de propiedad de aquélla, porque la adquisición se hizo con dinero suyo, como consta en la escritura respectiva, y que ella había recibido de la venta de otros bienes. Plantea, por consiguiente, como consumado en su favor, y para que así se reconozca, el fenómeno jurídico de la subrogación.

El señor Procurador Delegado en lo Civil se opone a que la Corte haga las declaraciones pedidas, por considerar no acreditada en autos legalmente la subrogación. Dice: "La regla es muy clara. Cuando uno de los cónyuges necesita permutar un inmueble de su propiedad por otro; o cuando necesita vender un inmueble que le pertenece exclusivamente para comprar otro, pero, al mismo tiempo, quiere impedir que el inmueble permutado, o el dinero del vendido éntre al patrimonio común de la sociedad, por tratarse de ingresos a título oneroso, entonces hace manifestación de subrogar, es decir, de cambiar el primer inmueble por el segundo o de cambiar el dinero de la venta por otro inmueble. En el primer caso basta expresar en la escritura única de permuta, su ánimo de subrogar. Y en el segundo es preciso manifestar este ánimo, no sólo en la escritura de venta del inmueble propio, sino también en la escritura de compra del otro inmueble. Pero en el caso que se contempla no sucedió lo propio. Solamente se dejó constancia de la voluntad de subrogar en la escritura de **compra**..... En cambio, nada se expresó en la escritura de **venta** al señor Nicolás Perdomo, cuyo dinero sirvió, según se afirma, para comprar la finca materia de esta litis. En estas condiciones no se operó ni pudo operarse el fenómeno de la subrogación, que exige que tanto en la escritura de venta como de compra se manifieste el ánimo de subrogar".

Considera la Sala:

Es cuestión esencial para el fallo la de determinar si en el caso de la venta y compra de inmuebles mencionados se llenaron los

requisitos legales necesarios para la subrogación.

Dice el artículo 1789 del Código Civil que para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero, y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar.

Como en las operaciones sobre inmuebles anteriores al acto de la constitución de la hipoteca a favor de la Nación no hubo permuta de un bien por otro, ha de examinarse si los requisitos legales para que se realice la subrogación en los casos comunes de venta y compra, se cumplieron respecto de la venta de inmuebles hecha por la señora Pardo de Guerrero al señor Nicolás Perdomo y de la compra que Heliodoro Guerrero hizo de una casa en Bogotá a Edelmira Moreno.

A la venta de las fincas de propiedad de la señora de Guerrero procedió el otorgamiento de la autorización judicial que le confirió el Juez del Circuito de Cáqueza. En el fallo respectivo de autorización, fechado el 18 de julio de 1911, se lee: "Que la señora Pardo de Guerrero es dueña de las fincas por adjudicación que se le hizo en la partición de los bienes de la sucesión del señor Manuel Pardo H.", con lo cual resulta establecido suficientemente, para este juicio, que la señora Pardo de Guerrero era dueña de unos inmuebles en el municipio de Chipaque y que el Juez autorizó su venta. En el propio auto del Juzgado se dijo estar acredtiado "que tiene necesidad de enajenarlos (la señora de Guerrero) reportando con ello una verdadera utilidad según las declaraciones de los señores doctor Leopoldo Castaño y Saturnino Hurtado", en las cuales, uniformes y contestes, dijeron los declarantes, en rescpuesta a una pregunta que se les hizo por petición de la señora de Guerrero: "Con el precio que den por las fincas de que se trata, puede comprarse una casita en Bogotá, donde definitivamente piensan radicarse". Y la señora, al pedir las declaraciones mencionadas le había dicho al Juez que se les preguntara a los declarantes lo siguiente: "Si por el precio que den por las fincas de que se trata podemos comprar una casita en Bogotá, en donde definitivamente pensemos radicarnos".

De lo cual se deduce que las fincas que la señora de Guerrero tenía en Chipaque eran de su propiedad y que fueron vendidas con el ánimo de comprar con su precio una casa en Bogotá.

Realmente en la escritura 2325 de 19 de noviembre de 1912, de la Notaría segunda de Bogotá, por la cual la señora Agustina Pardo de Guerrero y su marido Heliodoro Guerrero vendieron a Nicolás Perdomo los lotes de tierra llamados "Arracachera" o "Jabonera" y "Llanitos" o "Piedra Gorda", situados en el municipio de Chipaque, y que son los mismos a que se refirió la autorización judicial, no aparece de modo directo consignado el ánimo de subrogar. No hay en ella una declaración de los vendedores, la señora y su marido, de que hicieran la venta para comprar posteriormente otra finca en la que se subroga el precio que recibía la señora por razón del negocio. Sin embargo, otorgan la dicha escritura, en ejercicio de la autorización que les fue dada por el Juzgado del Circuito de Cáqueza, y que allí agregan para que se inserte en las copias que de ese instrumento se expidan, viniendo así prácticamente la autorización judicial a formar parte de la escritura de venta, ya que sus copias han de llevar siempre la de la licencia judicial. Así vino al juicio el ejemplar que se trajo de la escritura 2325 citada.

Importa analizar el contenido jurídico de la licencia judicial. En ella se expresa: "Que los peticionarios son casados legítimamente; que la señora Pardo de Guerrero es dueña de las fincas por adjudicación que se le hizo en la partición de los bienes de la sucesión del señor Manuel Pardo H. y que tiene necesidad de enajenarlos reportando por ello una verdadera utilidad según las declaraciones de los señores doctor Leopoldo Castaño y Saturnino Hurtado....." Si se comprobó, como resulta del fallo correspondiente, la necesidad y la utilidad de parte de la señora en la venta proyectada, fue porque al propio tiempo se consideró, como se

halla igualmente establecido, que la señora de Guerrero se proponía realizar una operación ventajosa para sus intereses cambiando las fincas de su propiedad situadas en el municipio de Chipaque por una casa en la ciudad de Bogotá. La autorización judicial posiblemente no se hubiera dado si aquellas demostraciones no le hubiesen sido presentadas al funcionario que la concedió. Luego, otorgada la autorización, se confería a la vez la aprobación de la autoridad judicial para la operación que la señora de Guerrero pretendía ejecutar, suficientemente acreditada en las diligencias respectivas, y que consistía en la venta de los lotes ubicados en Chipaque para comprar con su precio una finca en Bogotá.

En la licencia judicial inserta en el propio instrumento se mencionan los declarantes que expusieron que la susodicha venta iba a hacerse con el ánimo de subrogar los bienes vendidos por otro bien raíz en Bogotá.

De las cuales consideraciones se deduce que en la escritura de venta de la señora de Guerrero a Nicolás Perdomo sí se encuentra consignado el ánimo de subrogar, si no de un modo expreso y directo, sí por el hecho mismo, los antecedentes y los términos de la licencia judicial que precedió a la venta, y que hace parte de la escritura en que ésta se consignó.

Y viene ahora el estudio de la segunda escritura, la de compra que Heliodoro Guerrero le hizo de una casa en Bogotá a Edelmira Moreno.

En la escritura número 2339, de 21 de noviembre de mil novecientos doce, de la Notaría segunda de Bogotá, por la cual Edelmira Moreno vendió a Heliodoro Guerrero G. la casa que más tarde fue hipotecada a la Nación, se hallan las siguientes constancias:

"Que dan en venta pública y enajenación perpetua al señor Heliodoro Guerrero G., varón, casado, mayor de edad y de la misma vecindad, a quien también conozco, es a saber: una casa..... Estando presente el comprador, señor Heliodoro Guerrero G., hizo las siguientes declaraciones: a) que acepta la presente escritura y la venta que en ella se hace; b) que el dinero con que paga la casa que adquiere por esta escritura, es de su esposa la señora Agustina Pardo de Guerrero y que procede de parte del valor de un terreno que hubo dicha señora por herencia de su padre el señor Manuel Pardo H., terreno que fue vendido al señor general Nicolás Perdomo, por escritura número dos mil trescientos veintiocho de fecha diez y nueve del presente mes, otorgada en esta misma Notaría; y que por tanto es su ánimo y voluntad subrogar esa suma en la finca comprada;..... .Presente la señora Agustina Pardo de Guerrero, mujer casada con el citado señor Heliodoro Guerrero G., mayor de edad, vecina de esta ciudad de Bogotá, y a quien también conozco, dijo: Que acepta (sic) escritura y la venta que contiene por estar a su satisfacción y que son ciertas las declaraciones hechas en este instrumento por su esposo señor Guerrero G."

Dijo la señora de Guerrero, en el instrumento de que aquí se trata, "Que acepta (sic) escritura y la venta que contiene por estar a su satisfacción". Si la finca en cuestión no se compraba para ella, qué objeto tenían en la escritura respectiva aquellas declaraciones? Si la finca comprada era para Guerrero resultaba plenamente fuera de lugar que la señora Agustina manifestara su aceptación a la escritura y a la venta (sic); si la finca se adquiría para la sociedad conyugal, también era improcedente que la señora Agustina expresara su aceptación, puesto que Guerrero era el representante y jefe de la sociedad conyugal; luego necesariamente debe concluírse que al concurrir a la operación la señora fue porque se quiso por los otorgantes que la compra se hiciera para la señora Pardo de Guerrero y nó para el señor Guerrero ni para la sociedad conyugal.

El ánimo de subrogar quedó expresamente consignado en la escritura respectiva por medio de esta declaración del otorgante Guerrero: "y que por tanto es su ánimo y voluntad subrogar esa suma en la finca comprada". Qué fue lo que en tal forma expresó Guerrero Que como el pago de la compra que estaba realizando lo hacía con

dinero de su mujer, quería que constase que era su voluntad la de que en la finca comprada quedara representada, subrogada esa suma. Y como la señora manifestó su aceptación a la escritura y a las declaraciones en ella contenidas, resulta claro que ambos otorgantes, marido y mujer, hicieron constar que la compra del bien a que la escritura se refiere era para la señora Pardo de Guerrero.

Hay una consideración de orden ético que se puede agregar a las razones jurídicas ya expuestas: Al efectuarse la compra a Edelmira Moreno de la casa situada en Bogotá se expresó que el dinero con que se pagaba era de Agustina Pardo de Guerrero; no hay en el proceso dato alguno que contraríe esa afirmación, o que la haga siquiera dudosa; la señora Pardo de Guerrero había vendido, dos días antes, bienes de su haber patrimonial, que no pertenecían a la sociedad conyugal formada con Guerrero, por los cuales recibió entonces una suma escasamente mayor que la que dos días después aparece dando como parte principal del valor de la casa, pues recibe $ 3,000.00 de Nicolás Perdomo y entrega a la vendedora Edelmira Moreno $ 2,800.00. Los bienes vendidos por los cónyuges no hacían parte del haber social, sino que eran propiedad de la señora, adquiridos por ella por habérsele adjudicado en pago de su legítima en la sucesión de su padre Manuel Pardo H. No se hubiera comprobado claramente que los terrenos vendidos a Perdomo pertenecían a Agustina Pardo, podría estimarse que la compra hecha en la escritura 2339 contenía una declaración engañosa, para sustraer dolosamente del haber de la sociedad conyugal unos bienes que lo integraban, y así perjudicar posiblemente a terceros. Mas como lo aseverado respecto a la propiedad patrimonial de la señora de Guerrero se demostró, hay que reconocer que en la operación de compra de la casa se procedió sin malicia al declararse que se quería subrogar en ella el dinero recibido por la venta de bienes propios de la señora Pardo de Guerrero.

Y esta constatación de autos sirve para singularizar el caso de que se trata, distinto a otros en que existe la sospecha de que se realiza, por las operaciones de venta y de compra, una maniobra en perjuicio del respaldo común que debe garantizar las obligaciones sociales. La venta de los terrenos de Chipaque y la compra de la casa en Bogotá se hicieron por doña Agustina Pardo de Guerrero y su marido con el fin de subrogar en un inmueble urbano las fincas rurales. La intención de ellos fue muy clara en el sentido de la subrogación, y no envolvió dolo respecto a terceros.

Estas observaciones sustentan las deducciones ya hechas de haberse llenado, en el caso que se estudia, los requisitos que para subrogar se exigen en el artículo 1789 del C. C.

Si al otorgarse la escritura número 605, de veinte de abril de mil novecientos veintiséis, Notaría 4ª de Bogotá, por la cual Heliodoro Guerrero se constituyó fiador hipotecario de Manuel A. Guerrero ante el Director General de Lazaretos, este funcionario o quien legalmente debía asesorarlo, hubiera leído con atención el contenido de la escritura de compra de la casa que iba a hipotecarse, habrían podido constatar fácilmente que la casa que se hipotecaba era de propiedad de la señora Agustina Pardo de Guerrero y no del señor Heliodoro Guerrero G. por las constancias que en la propia escritura se hallan y que antes se analizaron en el presente fallo.

El error del funcionario ante quien se otorgó la fianza hipotecaria provino posiblemente de haberse limitado a examinar el certificado de libertad de la casa expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Bogotá, que comienza con esta declaración: "Certifica: 1º Que por escritura número dos mil trescientos treinta y nueve, de veintiuno de noviembre de mil novecientos doce, ante el Notario segundo de Bogotá, **Heliodoro Guerrero** compró (subraya la Corte) a Edelmira Moreno una casa baja, de tapia y teja, etc."

La escritura de hipoteca a favor de la Nación, número 605 citada, se otorgó por Heliodoro Guerrero G. personalmente, llamándose dueño de la casa que se gravaba, sin que al acto hubiese concurrido la señora Agustina Pardo de Guerrero; y como con las pruebas traídas al juicio se demuestra

que la dueña de tal finca es la señora de Guerrero, resulta otorgando la hipoteca y gravando la casa una persona que no es dueña del inmueble.

Como la hipoteca no puede constituírse sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad (artículo 2443 del C. C.), la que Heliodoro Guerrero G. otorgó por medio de la escritura número 605 es nula, por faltarle el requisito legal dicho de haberse otorgado por el dueño de la finca que se quiso hipotecar.

Entre las peticiones de la demanda figura la de que se ordene cancelar en la Oficina de Registro de Bogotá la inscripción de un embargo decretado por el Juez segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales sobre la finca tantas veces mencionada. Pero no es el caso de dar en este fallo la orden solicitada, porque el embargo de que se trata se produjo en un juicio del cual no conoce actualmente la Corte.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, 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, falla:

Primero. Es nula la hipoteca que Heliodoro Guerrero G. constituyó por medio de la escritura número 605 del 20 de abril de 1926 de la Notaría 4ª de Bogotá, sobre la casa número 45 A, de la antigua nomenclatura, hoy número 4-55 ubicada en la calle 20 de la ciudad de Bogotá y comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el norte, con calle 20; por el oriente, casa y solares de Nepomuceno Barragán y solar hoy de Anastasio Ruiz; por el sur, con solar de Ignacio S. de Santamaría, y occidente, casa de Ignacio S. de Santamaría".

Segundo. Ordénase cancelar la inscripción de la hipoteca a que se refiere el punto anterior en los libros de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá.

Tercero. Niégase la petición tercera de la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese.

**Aníbal Cardoso Gaitán.—Pedro A. Gómez Naranjo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Fulgencio Lequerica Vélez.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

## RECURSO DE SUPLICA—INSTRUMENTOS PUBLICOS

**Los documentos públicos a que alude el artículo 636 del C. J. son todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, y no simplemente los que se custodian por un funcionario público y de los cuales se solicita copia. Esos documentos y los señalados en el artículo 632, ibid., con excepción de las escrituras públicas que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el Notario y debidamente registrada (artículo 630), no pueden llegar a formar parte del proceso para ser estimados como pruebas, sino en la forma y condiciones señaladas en el citado artículo 636, que no deben considerarse como inútiles trabas al derecho probatorio sino como garantías de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley.**

Cote Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, julio 25 de 1939.

(Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca).

En auto de fecha 24 de abril del año en curso el Magistrado sustanciador en el juicio ordinario de la Nación contra The Anglo-Colombian Development Company, Limited, y otro decretó la práctica de algunas pruebas pedidas por el apoderado de la compañía demandada en memorial del 12 del mes citado y se abstuvo de mandar tener como pruebas los documentos mencionados en los puntos a) a k) por no haberse pedido de conformidad con el artículo 636 del C. J.

Contra esta resolución, a la que corresponde la calidad de auto interlocutorio al tenor del artículo 466, numeral 2º, del C. J., se interpuso el recurso de súplica, el cual, legalmente sustanciado, se procede a decidir.

Dispone el artículo 636 del C. J. que cuando las partes pretendan hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, deben pedir dentro del correspondiente término probatorio que se libre despacho al funcionario respectivo para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del correspondiente registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro.

El texto inequívoco de esta disposición legal, determinante de la manera de allegar documentos públicos en la oportunidad probatoria del juicio, reduce el asunto de la súplica a términos muy sencillos e indiscutibles. Los documentos públicos a que hace referencia el artículo 636 del C. J. son todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, y no simplemente, como lo dice el recurrente, los que se custodian por un funcionario público y de los cuales se solicita copia. El artículo 632 del código citado enumera como tales, además de las escrituras públicas, todos los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; las copias de tales documentos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos, y las certificaciones de los jueces y magistrados sobre hechos que pasen ante ellos y de que no quede dato en los procesos, y en los demás casos autorizados por la ley. Todos estos instrumentos auténticos, con la excepción de las escrituras públicas que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el notario y debidamente registrada (artículo 630, ib.), no pueden llegar a formar parte del proceso para ser estimados como pruebas, sino en la forma y condiciones señaladas en el citado artículo 636 del C. J., que no deben considerarse como inútiles trabas al derecho probatorio sino como garantías de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley.

Entre las pruebas que se enumeran en el memorial del 12 de abril del año que cursa, marcadas con las letras a) a k), negadas

en el auto suplicado, el ejemplar del folleto a que se refiere la letra c), no puede considerarse como un instrumento público, ni tratarse, por tanto, para su entrada al proceso como si fuera tal, sino como un elemento de información e ilustración, cuyo acceso al juicio no debe ser negado y cuyo mérito probatorio ha de estimarse en la debida oportunidad. Fuera de este documento, todos los demás señalados desde la a) hasta la k) son instrumentos públicos, que para que puedan ser estimados probatoriamente han de llegar al proceso por la vía procedimental de que se ha hablado. Las especiales circunstancias en que se presentan las copias señaladas en los puntos d) y h), por referirse a expedientes cuya desaparición se trata de demostrar con otras pruebas que se piden al mismo tiempo, aconseja sin embargo, autorizar la agregación de estos documentos al proceso como pruebas, cuya estimación en la debida oportunidad, queda naturalmente subordinada al mérito de las probanzas destinadas a acreditar la imposibilidad material de obtener su copia en la fuente original y por la vía señalada.

En relación con las demás pruebas pedidas, nada justificaría que no se las sometiera al tratamiento ordinario que estatuye la ley de procedimiento judicial.

Por lo expuesto, se modifica el auto del 24 de abril del año en curso, en la parte sometida a la súplica, en la siguiente forma:

Con citación de la parte contraria, agréguense a los autos, para ser estimados como pruebas, en las condiciones arriba indicadas, el ejemplar del folleto señalado en el punto c), y las copias de la diligencia de entrega de la mina y de la actuación del recurso de hecho a que se refieren los puntos d) y h) del memorial del 12 de abril de 1939.

No se manda tener como pruebas los demás documentos mencionados en el precitado memorial, por no haberse pedido de conformidad con el artículo 636 del C. J.

La pétición subsidiaria del memorial del 28 del citado abril, por medio del cual se interpuso el recurso de súplica, es de la competencia del señor Magistrado sustanciador.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

**Hernán Salamanca. — Eleuterio Serna.**— El Conjuez, **Carlos Bravo.—Francisco Niño Torres,** Srio. en ppd.

# PROPOSICIONES

Dígase al Cabildo de Tunja que la Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, al conmemorarse el Cuarto Centenario de la fundación de tan ilustre ciudad, exalza sus virtudes proceras y las del pueblo boyacense, en cuyo suelo quedó sellada la Independencia de Colombia.

Bogotá, seis de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

---

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

**Considerando:**

1º Que la Ley 75 de 1936, "por la cual se honra la memoria de un ilustre ciudadano", el doctor Luis Eduardo Villegas, jurista y extinto Presidente de esta Corporación, dispuso la colocación de un retrato suyo en la Corte;

2º Que a la Corte corresponde la ejecución de este mandato honroso, y

3º Que el Gobierno ha enviado a la Corte el retrato de su ex-Presidente doctor Villegas,

**Acuerda:**

Designar una comisión de dos Magistrados, nombrados por el Presidente, con el fin de organizar el acto en que se dé cumplimiento a lo dispuesto por la Ley 75 de 1936.

Bogotá, agosto dos de mil novecientos treinta y nueve.

---

# NOTA

Por disposición de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y con el objeto de ampliar los servicios de divulgación jurídica de la **Gaceta**, desde el presente número se abren dos (2) nuevas secciones.

Estas dos nuevas secciones son:

**Bibliografía y canjes**, y

**Resoluciones judiciales.**

El objeto de la primera es el de una glosa sobre libros y revistas jurídicas.

Y el objetivo de la segunda es el de dar a conocer las resoluciones de la Corte Suprema y de los Tribunales y el movimiento de personal en Tribunales y Juzgados, u otros actos conexionados con el Poder Judicial.

El Relator,

**Julián Motta Salas.**

## LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA DE COLOMBIA COMENTADA EN EL EXTERIOR

"República de Colombia.—Ministerio de Releciones Exteriores.—Departamento Comercial.— Número CM. 2020.— Bogotá, agosto 22 de 1939.

"Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
"L. C.

"Señor Presidente:

"Con esta nota tengo el honor de enviar a usted el artículo publicado por el "Journal of Commerce", de New York, remitido a esta Cancillería por nuestro Cónsul General en dicha ciudad, en el que se hace un elogio a la imparcialidad de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, para que, si usted lo tiene a bien se sirva hacerlo poner en conocimiento de los honorables Magistrados de esa alta Corporación.

"De usted servidor muy atento,

"Por el Ministro, el Secretario,
"Alfonso González Fernández".

---

## TRADUCCION DEL EDITORIAL DE "THE JOURNAL OF COMMERCE AND COMMERCIAL", DE NUEVA YORK, CORRESPONDIENTE AL 25 DE JULIO DE 1939

La Corte Suprema de la República de Colombia decidió en la semana pasada que una compañía minera, en la que se ha invertido considerable capital americano, había sido ilegalmente desposeída de sus propiedades en virtud de una orden expedida a principios del año pasado por el Ministro de Industrias. Anteriormente, el citado Ministerio había dado concesiones mineras en el área donde poseía títulos la aludida corporación americana.

Esta decisión es de gran significado porque demuestra la intención de Colombia de dar a las compañías americanas un tratamiento justo y equitativo en las inversiones de sus capitales. La Corte Suprema colombiana sentó el principio de que las autoridades administrativas no tienen facultad para decidir sobre las cuestiones de títulos y así no pueden legalmente proceder al lanzamiento de los propietarios. De aquí el que se haya encontrado ilegal todo el procedimiento del Ministerio de Industrias en este asunto. La Corte declaró, además, que las autoridades colombianas no pueden privar a los residentes de sus derechos de propiedad sin que antes medie una acción en los Tribunales de Justicia.

Innecesario es decir que las compañías americanas que operan en países extranjeros deben someterse a las leyes del país en donde tienen sus negocios. Donde ellas así proceden no deben estar sujetas, sin embargo, a un tratamiento arbitrario o confiscador, si se desean inversiones en el futuro. La Corte Suprema de Colombia ha sentado un ejemplo que, por ser indicativo de su deseo de tratar con justicia al capital extranjero, debe resultarle a Colombia un buen negocio. Ese resultado debe ser el de atraerle más capital americano. Esto debe contribuír a acelerar el desarrollo de sus enormes recursos naturales y a equilibrar su economía nacional creando un más alto standard de vida para su población.

## LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

En el Tomo I de la Memoria que el señor Ministro de Gobierno presenta al Congreso en las sesiones actuales, encuéntrase una información muy importante sobre este tópico.

Bien conocida es la circular dirigida por el doctor Carlos Lozano y Lozano, en su calidad de Ministro de Gobierno, a las Instituciones Jurídicas del país el 11 de septiembre de 1938. En dicha circular expresó el "propósito de la presente administración ejecutiva de procurar el avance de las instituciones de la República, con el fin de colocarlas mediante una evolución constante, dentro del plano que la ideología democrática moderna les ha dado a las concepciones jurídicas y a la justicia social"

En la misma circular se señalaron como puntos de reflexión y de estudio doce tópicos de actualidad sobre transformación de nuestras instituciones de derecho civil.

Se abrió así una encuesta. A ella respondieron juristas y academias de derecho, cuyos estudios corren publicados en un volumen llamado "El Ministro de Gobierno y la reforma del Código Civil", publicado por la Imprenta Nacional en este año.

Al responder esta encuesta la Corte Suprema de Justicia lo hizo en informe aprobado en la Sala Plena el 21 de febrero de 1939 y que corre publicado en el número 1944 de la "Gaceta Judicial".

La síntesis del concepto de la Corte sobre el particular, se resume así: "La Corte Suprema de Justicia es favorable a la reforma del Código Civil por medio de leyes que separada y sucesivamente establezcan sobre cada problema o grupos de problemas la consonancia debida entre la ley escrita y la realidad de nuestra época".

La Corte Suprema opinó, pues, por una reforma parcial y no total del Código Civil, a diferencia de opiniones muy respetables de varios juristas que conceptúan que la reforma debe ser total. Y para ello ha tenido en cuenta la marcha evolutiva vital que hace siempre la jurisprudencia y que ha venido realizando la Corte en su última etapa, en la cual la Corporación ha seguido el ritmo de la hora de nuestro país y del mundo, sin forzar ni desviar los textos y antes bien hallando en ellos venturosamente firme respaldo. Por eso dijo la Corte en el referido concepto:

"Y así nociones jurídicas de fecunda aplicación, tales como el fraude a la ley, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la imprevisión, el influjo y alcance del error sobre el consentimiento, las teorías modernas sobre responsabilidad civil, la imprevisión, el riesgo creado, las limitaciones a la autonomía de la voluntad, han ingresado a nuestro Derecho y enriquecídolo, por la amplia y segura vía de la elaboración jurisprudencial".

La reforma del Código Civil ha entrado ya en una etapa concreta para su realización.

Así el Ministerio de Gobierno, a cargo del doctor Lozano y Lozano, creó ya la comisión respectiva de estudios, integrada por el doctor Ricardo Hinestrosa Daza, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el doctor Tulio Enrique Tascón, Segundo Designado y Presidente del Consejo de Estado, el doctor Jorge Soto del Corral, Rector de la Facultad de Derecho, y los juristas Luis Felipe Latorre, Antonio Rocha y Alberto Zuleta Angel, juntamente con el Profesor León Julliot de la Morandiere, catedrático en ejercicio de la Universidad de París, asiduo colaborador de los expositores Colin y Capitant, y autoridad por consiguiente en la materia.

Esta comisión está en plena actividad, y según se ve por el acta de la sesión del 14 de abril de 1939, publicada en la Memoria del Ministro, el Gobierno no ha propuesto la derogación completa del Código Civil ni su reforma total, sino solamente la armonización de sus partes anacrónicas, no acordes con las nuevas leyes reformatorias, con la Constitución Nacional o con el estado actual del país. La reforma debe hacerse en-

tonces por medio de una ley única, y el trabajo realizado hasta ahora por la comisión ha sido reunido, según lo dice la misma Memoria del señor Ministro, en un cuerpo llamado de "Formación, promulgación, interpretación, aplicación y derogación de las leyes", o sea, lo relativo a la revisión del Título I del Código, cuyas normas puestas a tono con las corrientes nuevas del Derecho se guiarán por este criterio para la interpretación científica de la ley. Claro que después la Comisión continuará de acuerdo con el programa propuesto preparando las leyes reformatorias del Código Civil.

En todo caso la información dada por el Ministro en el informe al Congreso establece que la reforma está andando en la práctica.

## LA REFORMA CARCELARIA

En el mismo informe del señor Ministro de Gobierno se halla condensado lo referente a las iniciativas del Poder Ejecutivo, a la realización de algunas de ellas y a la necesidad de la cooperación de los departamentos y de los municipios sobre el importantísimo problema carcelario en el país.

Hace notar el Ministro que no obstante la propaganda e insistencia del Gobierno, las Asambleas rehusaron casi sistemáticamente ocuparse del problema "y sin su concurso cualquier plan de conjunto está destinado al fracaso, pues mucho más de un centenar de cárceles debe ser suministrado por los departamentos". Y agrega que es voluntad del Presidente y del Ministro no desalentarse por estos tropiezos, sino continuar la lucha a fin de crear una cooperación y un ambiente necesarios para atender a la construcción de cárceles y demás establecimientos de castigo y reforma.

La reforma penal comprende dos partes: la relativa a los códigos de procedimiento y al Código Penal mismo, es decir, la parte técnica, ya concluída con la expedición de las leyes 94 de 1938 y 95 de 1936, y la parte práctica, o sea, la construcción y adecuación de los establecimientos de castigo que conforme a la índole del nuevo Estatuto Penal debe tener la República para no ir al fracaso con el cambio de sistema.

Lo que acontece es que estas medidas complementarias de la reforma, o sea, la construcción y adecuación de cárceles, no son tenidas en cuenta por los legisladores ni por las Asambleas departamentales para apropiar en los respectivos presupuestos las sumas necesarias. Siendo entendido que ni el Gobierno exige ni el país puede de un golpe construír los edificios indispensables, pero sí puede paulatinamente en el curso de dos o tres años tenerlos y de inmediata realización, higienizar y adaptar las cárceles existentes mientras se construyen las futuras.

El Ministerio de Gobierno ha hecho y continúa haciendo toda clase de esfuerzos sobre el particular. Pero es menester llamar la atención a fin de despertar en los legisladores y en la conciencia pública el movimiento de cooperación efectiva a los esfuerzos de esta necesidad social inaplazable de la reforma carcelaria.

Quizá lo más interesante y de inmediata ejecución son estos tres puntos: la construcción de las tres grandes penitenciarías, la construcción de reformatorios penales para menores delincuentes y la de una colonia agrícola penal cuya ubicación, en nuestro concepto, debe ser en la Cordillera Central.

Y respecto de cárceles municipales, de circuito y de distrito judicial, los departamentos y municipios no deben continuar indiferentes sino proceder a higienizar y a adaptar los locales que tienen para ese uso y que les corresponde mantener a sus expensas según las leyes vigentes.

En el número 1938 de la "Gaceta" está publicado un estudio del Presidente de la Corte, doctor Iglesias, en el cual se indican estos tópicos, que el señor Ministro de Gobierno actualiza y sobre los cuales trabaja ese despacho de continuo con medidas complementarias, como son su decreto reciente, número 1324 de 1939, de junio 23, que organiza una medida de protección social en favor de quienes han cumplido condenas en las cárceles y penitenciarías.

# RESOLUCIONES JUDICIALES

En varias sesiones de la Sala Plena, verificadas en el mes de mayo del corriente año, declaró la Corte electos a los abogados que en seguida se nombran para Magistrados de los diferentes Tribunales Superiores del país:

Para el de Bogotá: los doctores Luis C. Velásquez, Carlos Rico Morlot, Jesús M. Arteaga, Antonio C. Prieto, Daniel Anzola Escobar, Luis Enrique Cuervo, Gualberto Rodríguez Peña, Manuel Iregui, Edilberto Arévalo Correal, Alejandro Copete Mafla, Dionisio Arango Vélez, Julio Ernesto Forero y Luis Gutiérrez Jiménez.

Para el Tribunal de Tunja: Guillermo Acosta Acosta, Jorge Velásquez, Alfonso Márquez Páez, Cayetano Moreno Medina, Eduardo Castro Martínez, Luis María Ortiz y Luis F. Rincón Castro.

Para el de Santa Rosa de Viterbo: José A. Reyes, Luis E. Camargo, Gerardo Suescún y Carlos Julio Pedraza.

Para el de Bucaramanga: doctores Euclides Argüello, Rafael Enrique Velandia, Agustín Gómez Prada, Calimo Durán y Domingo Arenas Serrano.

Para el de San Gil: doctores Guillermo Galvis Galvis, Guillermo Hansen, Raimundo Rueda y Jorge A. Ortiz.

Para el de Santa Marta: doctores Carlos Bermúdez, Cristóbal García, Dionisio Rincones Ponce y Félix J. Ospina Molina.

Para el de Barranquilla: doctores Tulio Mendoza Amarís, Alejandro Gutiérrez Ripollo, Manuel Pérez Pérez y Clemente Salazar Movilla.

Para el de Cartagena: doctores Héctor N. Bula, Manuel Edmundo Mendoza, Abel Cabrales, Manuel Z. Pareja, Antonio María Ripollo y Sebastián R. Castell.

Para el de Manizales: doctores Eduardo Vallejo, Eduardo Posada Arango, Tulio Gómez Estrada, Arturo Giraldo Upegui, Victoriano Veléz, Bernardo Salazar Grillo, Clímaco Sepúlveda y Benjamín Baena Hoyos.

Para el de Pamplona: doctores Nicolás Villamizar Pinto, Víctor Manuel Espinel Blanco, Luis F. Urbina y José Antonio Archila.

Para el de Cali: doctores Jorge Enrique Velasco, Ernesto García Vásquez, Marco A. Guerrero, Ricardo Jordán Jiménez, Antonio José Camacho y Manuel A. Carvajal.

Para el de Buga: doctores Vicente Rizo, Modesto Rivera, Jorge Ospina Lozano y Alejandro Domínguez M.

Para el de Medellín: doctores Germán Orozco Ochoa, José Manuel Mora Vásquez, Eduardo Isaza Pérez, Francisco Echeverri, Fidel Rodríguez, Mariano Sanín, Campo Elías Aguirre, Wenceslao Facio Lince, Bernardo Ceballos N., Nicolás Vélez B. y Angel Martín Vásquez.

Para el de Pereira: doctores Mariano Jaramillo, Julio Eastman, Enrique Coral Velasco y Marco Tulio López Angel.

Para el de Neiva: doctores Camilo Rincón Lara, Luis R. Moncaleano, Alfonso Medina y Rafael A. Cuervo.

Para el de Ibagué: doctores Germán Alvarado, Luis Felipe García, Jorge Sanabria, Jorge Iriarte, Raúl Carrera y David Rincón Bonilla.

Para el de Popayán: doctores Alejandro Cerón R., Rodolfo Hernández Soler, Luis A. Velasco, Justiniano Medina Bonilla, Alfredo Constaín y José Gabriel Vargas.

Para el de Pasto: doctores José Elías Dulce, Aníbal A. Córdoba, Vicente Andrade, Isaías Chaves, Francisco de P. Santander, Manuel A. Coral y Domingo Sarasti.

Por renuncia aceptada a los doctores Marco Tulio Mendoza Amarís, Eduardo Vallejo, José Antonio Archila y José Elías Dulce, fueron nombrados en su reemplazo los doctores José P. Esmeral, Eduardo Arango Garrido, Pedro Antonio Sánchez y Manuel María Montenegro, respectivamente.

## REPRESENTACION PROPORCIONAL DE LOS PARTIDOS EN EL PODER JUDICIAL

*Con ocasión del nombramiento de Jueces de Circuito hecho por el Tribunal Superior de Bogotá sentó la Corte la siguiente doctrina como aparece del Acta que seguidamente se copia:*

"Presentes los señores Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, manifestaron su deseo de comunicars con la Corte para tratar algún punto relativo a aquella entidad. Concedido el permiso, el presidente del Tribunal, doctor Anzola Escobar, puso en manos del señor presidente de la Corte un ejemplar del documento que a la letra dice: 'Los suscritos Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca, declaramos: que en esta fecha hemos llegado a un acuerdo completo respecto a las diferencias que surgieron con ocasión de la elección de Jueces para el próximo período, bajo las siguientes bases:

a) La mayoría del Tribunal de Cundinamarca considera que la minoría de la Corporación tiene derecho para indicar libremente los nombres de los candidatos que le corresponde elegir.

b) Las dos primeras vacantes de Juzgados Penales ocupados por candidatos de mayoría, serán llenadas por candidatos indicados por los respectivos Magistrados de la minoría.

c) La primera vacante de Juzgados Civiles ocupados por candidatos de mayoría, se llenará con un candidato indicado por los respectivos Magistrados de la minoría.

d) Toda vacante que ocurra en Juzgados ocupados por conservadores, se llenará con candidatos indicados por los respectivos Magistrados de la minoría.

e) Este acuerdo se pondrá en conocimiento de la H. Corte Suprema de Justicia por una comisión integrada especialmente por mayoritarios, con la expresa solicitud de que dicha entidad se sirva resolver cuanto antes, y en la forma que más conveniente lo estime, la renuncia presentada por los señores Magistrados minoritarios.

En constancia firmamos el presente acuerdo, por triplicado, en Bogotá a trece de junio de mil novecientos treinta y nueve. (Fdos.) Daniel Anzola.—Julio Ernesto Forero.—Carlos Rico Morlot. — Luis Enrique Cuervo.—Luis Gutiérrez Jiménez.—Manuel Iregui. — Gualberto Rodríguez. — Dionisio Arango Vélez. — J. M. Arteaga. — Luis C. Vásquez R.—Antonio José Prieto.—Alejandro Copete M.'

El presidente de la Corte congratuló a los señores Magistrados del Tribunal por haber llegado a tan satisfactoria resolución; y reanudada la sesión de la Corte, el señor Magistrado doctor Pedro Alejo Rodríguez, presentó la siguiente proposición que fue aprobada: 'Dígase a los señores doctores Luis Enrique Cuervo, Julio Ernesto Forero, Luis Gutiérrez Jiménez, Manuel Iregui y Gualberto Rodríguez Peña, signatarios de la nota fechada el 2 de junio en curso, en la cual presentan renuncia de sus plazas de Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, con base en la circunstancia apuntada por ellos de que en la elección de Jueces esa entidad no consultara a plenitud el principio de la representación proporcional de los partidos, que noticiada la Corte por los señores Magistrados del Tribunal, quienes en Corporación concurrieron a informarla de que allí se ha llegado a un laudable convenio encaminado a enmendar lo hecho, y desde que la renuncia no se inspira en causa que indique propiamente el ánimo de los señores Magistrados de hacer dejación de los cargos para que fueron elegidos, la Corte se abstiene de aceptar tales renuncias".

# BIBLIOGRAFIA Y CANJES

## CANJES

Hemos recibido los siguientes canjes:

LA LEY, de Buenos Aires; GACETA JUDICIAL, de Bolivia; REVISTA FORENSE, de Río de Janeiro; REPERTORIO JUDICIAL, de la Habana, y APOLLINARIS, de Roma. El número 4 de esta célebre revista, toda escrita en latín, órgano del INSTITUTO PONTIFICIO UTRIUSQUE JURIS, trae una importante necrologia del esclarecido profesor José Chiovenda, fallecido cuando todavía podía seguir prestando preciosos servicios a la ciencia del Derecho. No vacilamos en traducir para los lectores de nuestra revista lo que, con ocasión de la muerte de tan eminente profesor, sobrado conocido en nuestra patria, trae la revista romana. Dice así:

"JOSE CHIOVENDA

Nació en los extremos confines septentrionales de Pedemonte, en la ciudad de Premosello, el día 2 de noviembre de 1872 y en esa misma ciudad falleció el 5 de noviembre de 1937, rodeado por sus queridos y dolientes deudos. Había nacido de antigua y honrada estirpe, cuyos mayores dieron lustre a la patria en la ciencia, las armas, el trabajo y la virtud.

Terminados los estudios superiores y aún no cumplidos treinta años ascendió a la cátedra de la Universidad y enseñó sucesivamente en Parma, Bolonia, Nápoles y Roma.

Era a fines del siglo XIX el ejercicio forense absolutamente práctico y la ciencia del derecho meramente exegética. Comenzando Chiovenda por los estudios que recientemente han llevado a cabo los doctores alemanes, ejecutó un admirable, propio y conveniente sistema procesal con sus histórico-dogmáticas investigaciones, principalmente en el proceso itálico y romano. Habiendo establecido la distinción real entre la acción y el proceso, separó de éste los presupuestos de la relación jurídica procesal y en su tratado general fueron llamados a examen y ordenados en un cuerpo orgánico todos y cada uno de los institutos procesales y, especialmente, las acciones y sus distinciones, sus elementos e identificación, las provisiones caucionales, las excepciones sustantivas y procedimentales, las especies de jurisdicción, la competencia funcional, la naturaleza de los tribunales, las partes en la causa y la sustitución de ellas, la litisconsorcio, el acto de proceso, el impulso procesal, los géneros de sentencias, la cosa juzgada, la condenación en costas, el título de la ejecución, etc. El proceso, que hasta allí había sido considerado como una institución privada y accesoria del derecho civil, fue conocido por obra de Chiovenda como un instituto público e independiente de aquél. Estudiando la reforma de las leyes patrias enseñó con empeño que, para que el proceso se haga breve y fácil, es necesario que sea oral y que se reduzcan los actos procesales.

Sus preclaros estudios y su incansable labor científica hicieron que nuestro autor fuese celebrado como un instaurador insigne de toda la ciencia procesal italiana, y no solamente de ésta, pues sus estudios fueron extensamente divulgados en Alemania, en Francia y en América.

Corrido ya el vigésimo quinto año de haber iniciado su labor docente dedicáronle discípulos y admiradores un gran volumen de disertaciones procesales que le ofreció el viejo Luis Mortara, principal seguidor de la antigua escuela, quien no dudó en tributar al varón eximio grandes alabanzas "y a la floreciente escuela nueva que lo aclama iniciador y maestro". Dos años después había sido condecorado con la orden civil de los caballeros de Saboya, con regocijo cor-

dial de los amigos que lo felicitaban y le auguraban mayores honores todavía.

Aunque toda obra humana pueda ser perfeccionada, juzgamos que el llorado maestro adquirió gloria inmortal principalmente con sus máximos escritos que se llaman "La condenación en costas judiciales", "Ensayos de Derecho Procesal Civil", "Principios de Derecho Procesal Civil" e "Instituciones de Derecho Procesal Civil".

La prematura separación del profesor Chiovenda ha sido también luctuosa para los canonistas, pues él, por su diligente investigación histórica y por una definida y sistemática ordenación, mereció bien del Derecho procesal canónico. Lo que no es de maravillar si se piensa en que el derecho procesal civil de hoy deriva principalmente su origen de los principios romanos y canónicos. Por eso no pudieron pasar por alto los canonistas los escritos del egregio Doctor. Los primeros vestigios de los estudios de nuestro autor los hallamos en la célebre obra titulada "Ius Decretalium", de F. X. Wernz; S. I.; mas no vacilamos en afirmar que la doctrina de José Chiovenda ejerció no pequeño influjo en el mismo Código de Derecho Canónico. Por lo demás, en cuánto estimase él el proceso canónico nos lo mostraba no solamente de palabra, sino por escrito, cuando exhortaba con instancia al estudio "del glorioso procedimiento canónico". Tenemos averiguado por la experiencia que su sistema científico le conviene maravillosamente al proceso canónico, como que no se aparta de aquella tradición romana y canónica que secularmente conservó la Iglesia; aunque el doctísimo varón no pudo libertarse del todo del principio consignado de que no hay jurisdicción sino de la Ciudad, al juzgar que la potestad espiritual y, en verdad, superior de la Iglesia, no se extiende sino presupuesta a la jurisdicción del Estado. Por lo demás, las obras de nuestro autor son hoy conocidas comunmente entre los canonistas y se consultan con frecuencia en los tribunales eclesiásticos.

A las admirables dotes que en tan egregio varón se observaban iban unidas eximias virtudes del alma: reconocida integridad y probidad suma, firme constancia, disposición para el trabajo asiduo, exquisita cortesía y urbanidad, gravedad sazonada de buen humor, delicado amor a su familia, singular benevolencia para con sus discípulos.

Reverentísimo de la religión católica, se durmió plácidamente el llorado Maestro en la que había profesado libremente cuando vivía.

FRANCISCO ROBERTI,
Profesor de Derecho Procesal Canónico
en el Instituto Pontificio
Utriusque Juris.

(Traducción del Relator de la Corte).

# INDICE


Págs.

EDITORIAL. — DE LA SUBROGACION REAL.—Por Emilio Altamirano Sánchez ..... 231

VISITA DEL PROCURADOR GENERAL a la sala del doctor Cardoso Gaitán ..... 249

SALA DE CASION EN LO CIVIL

PERSONERIA SUSTANTÍVA O DERECHO DE ACTOR EN JUICIOS DE FILIACION NATURAL. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el ordinario de Clemencia Andrade de Serna contra Gabriel Andrade e Higinio Rengifo.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca ..... 251

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — RELACION JURIDICO-PROCESAL.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en el ordinario del doctor Julio Restrepo Toro contra el Municipio de Pereira.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez ..... 258

RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS. — TRANSACCION. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Cely & Rueda contra la Societé National de Chemins de Fer en Colombie, S. A.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez ..... 266

MINAS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre la posesión de la mina Teraimbe desarrollado entre la sociedad ordinaria de minas "Teraimbe", "Cumainde" y "Manuelita" y el señor Edmundo del Castillo.—

Págs.

Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca ..... 271

DESISTIMIENTO.—Se decreta el desistimiento del recurso de casación presentado por las partes en el juicio ordinario sobre separación de bienes entre Luis Mantilla y Felisa Leal de Mantilla, juicio fallado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Bucaramanga.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca ..... 281

REIVINDICACION. — BUENA FE EXENTA DE CULPA. — ERROR "COMUNIS FACIT JUS"—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario de Eufemia Avenia de Corredor contra Lesmes A. Avenia.—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez ..... 282

ORDINARIO POR PESOS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Ceferino Bermdez contra la Compañía Automoviliaria Sidea, S. A.— Magistrado ponente. doctor Ricardo Hinestrosa Daza ..... 292

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario de Daniel Montenegro contra José Antonio Fernández de Castro. — Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca ..... 295

ORDINARIO POR PESOS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de Lastenia Ruiz v. de Alba contra Walter Pilgrim. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón..... 299

REIVINDICACION.—Se casa la sen-

# GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento" (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVIII JULIO y AGOSTO DE 1939. NUMERO 1949.

# DE LA SUBROGACION REAL

Por EMILIO ALTAMIRANO SANCHEZ

(Continuación)

## COMPARACION ENTRE LAS DOCTRINAS CLASICA Y MODERNA

Hecho ya el análisis de los postulados sobre los cuales descansa la doctrina llamada clásica y efectuado también el estudio de los diferentes sistemas que los tratadistas modernos proponen como reacción a los principios demasiado rígidos, sustentados por aquélla, nos corresponde ahora hacer un estudio comparativo de ambas tendencias para ver cuál es el estado actual de la subrogación en el campo jurídico moderno.

1. Abandono de la subrogación general en favor de la especial.—Si revisamos los diversos sistemas suministrados por los tratadistas modernos, para determinar el verdadero campo de aplicación de la subrogación, podemos ver que todos ellos están de acuerdo para rechazar el principio sustentado por la doctrina clásica, de que la subrogación se produce de pleno derecho en las universalidades, cuyo ejemplo típico es el patrimonio, en virtud del adagio "In judiis universalibus..."; es decir, rechazan la llamada subrogación general que, según la doctrina clásica, se produce como una consecuencia de la fungibilidad de los elementos que forman el patrimonio.

Demuestran los autores modernos que la justificación de la subrogación real por la idea de la fungibilidad de los elementos que forman el patrimonio, no tiene un fundamento sólido y que con ello se llega a confundir la noción de subrogación, con la idea misma de patrimonio, que no requiere de ella para explicar los fenómenos que se producen en su seno. En efecto, los representantes de la escuela clásica han recurrido a la subrogación real para explicar el llamado Derecho de Prenda General de los acreedores sobre los bienes de su deudor, expresando que ese derecho que posee el acreedor y que desaparece por efecto de la enajenación de un bien, reaparece sobre el bien adquirido en reemplazo, en virtud de haberle subrogado realmente. Es decir, explican estos fenómenos que se realizan en el patrimonio, por la idea de la subrogación real.

Pero los tratadistas modernos hacen ver, de inmediato, que esta explicación es pura-

mente artificial, pues, si los bienes que entran al patrimonio del deudor, sirven de garantía a los acreedores para el pago de sus créditos, es en virtud de la noción misma del patrimonio, que comprende el conjunto de todos los bienes que pertenecen a una persona o pueden pertenecerle en su vida jurídica, esto es, todo lo que posea o pueda adquirir.

Es, pues, por la idea de que el deudor, al obligarse, ha debido hacerlo con todo lo suyo, prometiendo pagar todas las veces que pueda, cualquiera que sea el origen y la época de adquisición de los bienes que tenga en sus manos, que los acreedores pueden perseguir los bienes que entran al patrimonio del deudor, y no por efecto de la subrogación real, como pretende la doctrina clásica. La subrogación real no bastaría para explicar los fenómenos que se realizan en el patrimonio, pues, los bienes que adquiere el deudor a título gratuito y que NO VIENEN A REEMPLAZAR a ningún otro bien, forman parte también del derecho de prenda general de los acreedores, pudiendo ser perseguidos por ellos para hacer valer sus derechos.

Además, como lo observa muy bien Capitant (43), desde que los elementos del patrimonio son esencialmente fungibles, es decir, perfectamente cambiables entre sí, ¿para qué decir que tal objeto se ha subrogado a tal bien, más que a tal otro, puesto que todos son fungíbles entre ellos? Se ve claro, que la subrogación no tiene nada que hacer en todo esto, y que el derecho de prenda general de los acreedores es la consecuencia de la noción misma del patrimonio.

Tenemos que concluir, pues, con la mayoría de los tratadistas modernos que la subrogación general no es necesaria para explicar la situación jurídica en que se encuentran los acreedores y demás personas que tienen derechos sobre los bienes que forman el patrimnoio del deudor.

El postulado básico de la doctrina, que supone que la subrogación opera de pleno derecho en las universalidades, cuyo ejemplo típico es el patrimonio, en virtud de la fungibilidad de los elementos que lo componen, debe ser, pues, abandonado definitivamente, por ser inexacto e incompleto. La subrogación real general cede su paso a la puramente especial.

2. Abandono de la idea de ficción como naturaleza específica de la subrogación real. Hemos visto que para los sostenedores de la doctrina clásica, la subrogación es una ficción, por la cual, una cosa que entra en el patrimonio, adquiere la cualidad de "res universitatis" o adquiere la "naturaleza jurídica" del bien que viene a reemplazar.

Distinguen para ello, entre las cualidades intrínsecas e extrínsicas de las cosas, concluyendo que la subrogación conduce a atribuír al bien subrogado las cualidades extrínsecas, que pertenecían al bien salido del patrimonio.

Pero los autores modernos que, como lo dejamos dicho en el número anterior, proponen el abandono de la subrogación general para substituírla por una de carácter especial, niegan en sus sistemas el carácter de mera ficción que la doctrina clásica atribuye a la subrogación, estableciendo que al igual que muchas otras nociones nuevas en el campo jurídico, ella entraña una verdadera realidad. Para ello, dicen, es necesario dar el verdadero significado que a la palabra ficción se le asigna en el derecho moderno.

Demogue (44) nos enseña, que en Roma, la admisión de la ficción se debió principalmente al carácter conservador del derecho. Para extender el dominio de una acción, el Pretor suponía que todas las condiciones exigidas por la Ley, para que una acción procediera, estaban cumplidas. Así por ejemplo, organizando la acción Publiciana, el Pretor suponía cumplido el plazo de prescripción y por lo mismo extendía el campo de la acción reivindicatoria, sin la intervención.

La ficción consiste, entonces, en el Derecho Romano, en extender, ampliar el campo de una acción suponiendo que todas las condiciones[a] consideradas como esenciales por

(43) Capitant. **Revue Trimestrelle**, 1919, página 392.

(44) **Notions fondamentales de Droit Privés**; Chapitre. V. **Les fictions**; página 238.

el derecho positivo para que ella proceda, se encuentran cumplidas.

En el derecho moderno, escribe Demogue, entendemos por ficción una solución legislativa o tradicional, que aparece en contradicción, ya con la naturaleza de las cosas, ya con la técnica jurídica corriente.

Como puede verse, en Roma, la ficción era una extensión del derecho, creada por el Pretor, mientras que en Derecho Moderno se presenta como una derogación de los principios del derecho positivo. La ficción, escribe Ihering (45), es una mentira técnica, consagrada por la necesidad". Pero, ¿en qué consiste esa mentira? ¿Consiste en la suposición de un hecho contrario a lo naturaleza de las cosas, o simplemente en contradicción con el derecho positivo?

Si por naturaleza de las cosas, dice Demogue (46), se entiende el conjunto de leyes físicas, sociales o morales que nos rigen, estamos obligados a reconocer que no existen, propiamente hablando, sino escasísimos ejemplos que le sean contrarios, y que casi siempre la ficción no se encuentra en oposición, sino que con las reglas técnicas habitualmente reconocidas. Así, expresa, "reconocer una personalidad moral, es contrario a la idea que sólo los hombres son sujetos de derechos; reconocer la retroactividad de la condición, es ir contra la idea establecida de que el contrato condicional no se hace perfecto, sino por la llegada de la condición; dar un efecto declarativo a las particiones, es ir contra la idea de que los derechos de cada uno, no nacen sino al momento de la partición, etc."

Para terminar, indica, "que la ficción no es más que una construcción provisoria, destinada a desaparecer delante de otra.

De esto resulta, que la subrogación real sería una ficción si ella llega a derogar los principios generales del derecho, situación que está muy lejos de producirse, tratándose de la institución en estudio. En efecto, ya vimos que la subrogación no trasmite de un bien a otro cualidades que sean compatibles con su naturaleza, sino que ella grava al bien nuevo de la misma afectación o de los mismos derechos que gravaban al bien antiguo, fenómeno éste, que constituye un hecho positivo y concreto y no una mera ficción.

Es ésta la idea que indica Planiol (47), cuando dice: "que se examinen los diferentes casos de subrogación real; se verá que se trata, no de hacer adquirir a un bien una cualidad o una naturaleza perteneciente a un bien precedentemente enajenado, sino de afectar sus entradas a una carga determinada..." Todo lo cual está en perfecta armonía con los dicatdos del derecho positivo, sin que pueda hablarse de la existencia de una ficción.

Como lo dijimos, la subrogación resultaría una ficción, si ella derogara los principios generales del derecho; pero aquí no se hace más que respetar la voluntad expresa del legislador o de los particulares, lo que ciertamente está bien lejos de constituír una ficción. Tenemos que concluir, entonces, como lo hacen los tratadistas modernos que, si la subrogación produce un resultado real, que corresponde a la situación que se ha querido mantener en determinados bienes, comprendidos en el patrimonio de una persona, para salvaguardiar los derechos de terceros, o para asegurar la restitución de los bienes recibidos por una persona, bajo esta condición, ella no tiene el carácter de una ficción jurídica, ya que siempre descansa sobre la voluntad expresa o tácita de los interesados en producirla.

Podemos decir, pues, como lo hace Bonnecase (48), que "la subrogación está muy distante de ser un artificio reñido con la realidad, sino, al contrario, la traducción fiel de la sana realidad, llamada a asegurar el imperio de la noción de derecho en las relaciones de los individuos, cuando por efectos de la enajenación, deterioro o destrucción de un bien determinado pudieran verse comprometidos o perjudicados sus intereses".

(45) **R. Von Ihering. El Espíritu del derecho Romano**; tomo IV; página 329.

(46) Obra citada; página 243.

(47) Nota en Dalloz, **Recueil**, 1902; 1ª parte; página 33.

(48) **Suplement.** Tomo III, pág. ..

3. Efectos de la subrogación real.—De la conclusión a que arribamos en el número anterior, esto es, que la subrogación real, lejos de ser una ficción, es una verdadera realidad jurídica, se desprende, como lo ha manifestado la totalidad de los autores modernos, que los efectos de la institución en estudio, no consisten en transmitir del bien antiguo al nuevo, determinadas cualidades o su naturaleza jurídica, según el decir de la escuela clásica, en el postulado "Subrogatum sapit...", sino que ella hace que el bien reemplazante de aquel que se encontraba en una situación determinada en el patrimonio de una persona y que salió de él por efecto de una enajenación, deterioro o destrucción, quede gravado de la misma afectación que tenía el bien primitivo, es decir, quede sometido a los mismos derechos. Así, si el bien primitivo era un efecto del haber propio de uno de los cónyuges, en el régimen de comunidad, el bien adquirido en reemplazo de aquel que salió de ese patrimonio especial, por efecto de una enajenación, será también un efecto del haber personal del cónyuge dueño del bien primitivo. Es decir, quedará sometido al régimen especial, a la misma afectación que la ley acuerda para los bienes propios.

Como lo expresa Planiol (49) "la confusión producida por la doctrina clásica para determinar los efectos de la subrogación, se debe a que la afectación de un bien se explica generalmente con una palabra que parece indicar una cualidad, como "bien propio", "bien dotal", siendo que aquellas expresiones sólo indican la afectación de dichos bienes a un uso determinado".

---

## SITUACION ACTUAL DEL PROBLEMA DE LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO CHILENO

1. Ausencia de un estudio de conjunto.—La institución de la subrogación real, a diferencia de lo que ha acontecido en la doctrina francesa, no ha sido abordada, entre nosotros, en un estudio de conjunto, es decir, no ha sido estudiada como un fenómeno jurídico que forme parte integrante de nuestro derecho positivo, y que responda como tal, a principios de causalidad y de lógica jurídica.

Por el contrario, cada vez que los comentaristas del Código Civil, los profesores en sus respectivas cátedras o los alumnos en sus tesis de licenciados, han debido referirse a la subrogación real, la han tomado siempre como un hecho abstracto, aislado, como una creación arbitraria del legislador, que aparece como derogando los principios generales del derecho. No se han detenido, nuestros comentadores, a examinar los numerosos casos en que el legislador, movido por las necesidades de la práctica jurídica, ha hecho aplicación del principio de la subrogación, para ver que detrás de este fenómeno al parecer puramente ficticio, se esconden verdaderas realidades que es preciso agrupar en un todo orgánico.

Creemos que este resultado no es sino la consecuencia de la adopción del llamado Método Tradicional de Interpretación de los Textos Legales, que parece dominar totalmente nuestro criterio jurídico actual, en materia de derecho privado. En efecto, todos nuestros tratadistas y comentadores, se han limitado siempre a la interpretación "stricto sensu" de los textos legales, siguiendo con ello una de las ideas capitales del método tradicional de interpretación jurídica, que el tratadista Geny (50), resume de la siguiente manera: "1. Bajo el imperio de una legislación civil codificada, como es la nuestra, toda solución jurídica debe estar unida, directa o indirectamente a la ley escrita; y 2. El juego de los elementos de decisión suministrados por los textos, no pueden ser perseguidos, sino por medio de una lógica cerrada, principalmente deductiva, y suponiendo en la base misma de la ley, un número limitado de concepciones abstractas, consideradas como imponiéndose "a priori", al intérprete no menos que al legislador mismo".

No es raro, entonces, que dominados por aquel sistema, nuestros comentadores se

---

(49) Nota citada, página 36.

(50) **Méthode d'interprétation et sources en droit positif.** Tomo 1º, página 67.

hayan limitado a ver en la subrogación real, como ha sucedido con otras concepciones nuevas del derecho, un fenómeno abstracto, reducido a los casos aislados en que el legislador habla de ella expresamente, y no una institución que responde a principios de aplicación general.

Pero, ¿puede ser ésta la sola misión del intérprete? Creemos que no. Su misión, como escribe Geny (51), "consiste esencialmente en transformar una regla, a veces abstracta y siempre seca, en un cuadro vivo y concreto, donde puedan encontrar satisfacción los intereses diversos de la vida jurídica".

Tal es nuestro deseo, colocar a la institución de la subrogación real dentro de un sistema general, que abarque los diferentes casos en que el legislador la ha contemplado, para dar satisfacción a las necesidades de la práctica jurídica.

2. La subrogación real se encuentra dominada por los postulados de la doctrina clásica o tradicional francesa. — Del hecho de considerar a la subrogación real como un fenómeno abstracto, sin hilación en su desarrollo, resulta que nuestros comentadores aceptan de plano todos los postulados sobre los cuales descansa la doctrina clásica de la subrogación real que, sabemos, han sido totalmente abandonados en el derecho moderno, por las razones que estudiamos con detención en el capítulo respectivo.

a) Para nuestros comentadores la subrogación es una ficción.—El postulado clásico que dice que la subrogación real es una ficción del legislador, es ampliamente aceptada entre nosotros.

Así, don Alfredo Barros Errázuriz (52), hablando de la subrogación que se realiza en los bienes propios de los cónyuges, en la sociedad conyugal, dice: "éste es un caso de subrogación real, o sea cambio de un bien por otro, lo que es UNA FICCION LEGAL, que trae por resultado la transmisión de una CALIDAD JURIDICA del bien antiguo al nuevo".

Don Germán Ovalle Ovalle (53), en su Memoria de Licenciado, que versa sobre la subrogación real, en el régimen de comunidad, expresa: "Nosotros aceptamos la teoría de la FICCION LEGAL, porque creemos que el legislador ha creado las situaciones que se producen en los casos de subrogación para introducir excepciones, en circunstancias especiales, a los principios generales que forman el derecho, inducido a ello por la equidad y las necesidades de la vida, pero estamos, con Colin et Capitant, en que su mejor justificación se encuentra en los grandes servicios prácticos que presenta".

Don Gonzalo Barriga Errázuriz (54), en su Memoria de Licenciado, refiriéndose a nuestra institución, dice: "Aplicación del antiguo aforismo de derecho, "subrogatum sapit natura subrogati", la subrogación real es una FICCION LEGAL, que tiene por objeto transmitir la CALIDAD JURIDICA del inmueble (o valor) antiguo, al nuevo que lo sustituye".

De las citas que hemos transcrito, se desprende que el principio sustentado por la Doctrina Clásica Francesa, que acuerda a la subrogación real el carácter de una ficción del legislador, encuentra amplia acogida en el campo jurídico nuestro aun cuando no existe, como veremos más adelante, la razón sobre la cual hacen recaer la ficción los tratadistas franceses.

Entendida así la subrogación real, como una creación ficticia del legislador, es natural que nuestros comentadores le hayan acordado una aplicación restringida, esto es, limitada a los solos casos en que la ley diga expresamente que tal bien se subroga a tal otro, sin que pueda hablarse de dicha institución, en las demás instituciones en que se cumpden todos los requisitos necesarios para que ella funcione, de acuerdo con los principios generales que la rigen.

b) Efectos de la subrogación real.—Los efectos de la subrogación real se encuentran

(51) Gény. Obra citada; página 30.

(52) **Curso de Derecho Civil.** Tercer año. Primera parte. Tomo IV; página 120.

(53) Subrogación real. Memoria de prueba, 1929; página 11.

(54) **De la Sociedad Conyugal.** Memoria de prueba, 1924; página 255.

también dominados por los principios de la escuela clásica francesa, pues nuestros autores estiman que ellos pueden traducirse en el antiguo adagio: "Subrogatum sapit..." Es decir, estiman que la subrogación real tiene por resultado transmitir del bien antiguo al nuevo la misma calidad jurídica que aquél poseía. Para demostrar este aserto, basta dar lectura a las diferentes definiciones que nuestros comentaristas dan para la subrogación real y que ya hemos transcrito.

(Continuará)

(De la **Revista Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales**, de Santiago de Chile).

# SALA DE CASACION EN LO CIVIL

## RECURSO DE HECHO.—CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

**Cuando el demandado no objeta la estimación de la cuantía dada por el demandante, esa estimación queda en firme. Con sólo producirse una alteración en el precio de las cosas, no puede producirse el efecto de modificar una fijación dada en la demanda y no reclamada por el reo.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Eustorgio y Lisandro Arias demandaron en vía ordinaria a Martín Niño Martínez para que se declarara que el terreno ubicado en Oicatá y deslindado en el libelo, inventariado en la mortuoria de Hipólito Espinosa, pertenece a la sociedad conyugal que existió entre éste y Carlina Buitrago, y que en consecuencia se condenara al demandado a entregarlo y pagar sus frutos.

La primera instancia cursó en el Juzgado 2º del Circuito de Tunja, y el Tribunal de allí decidió la segunda en fallo de 28 de noviembre de 1938, contra el cual ambas partes recurrieron en casación.

El Tribunal negó este recurso y la reposición de la respectiva providencia y concedió el recurso de hecho que pasa a decidirse.

La negativa del Tribunal se funda en que la cuantía no alcanza a los $ 3,000 señalados en el artículo 519 del C. J., porque los demandantes la fijaron desde su demanda en $ 2,500 y no hubo objeción al respecto.

El abogado de Lisandro Arias en este recurso arguye que esos $ 2,500 son el solo valor del terreno y que hay error en tomar esta cifra como cuantía total, para la cual debe agregarse la suma de $ 1,000 en que desde el libelo se estimaron los frutos, y deduce de ahí que, así las cosas, la cuantía fijada desde entonces es de $ 3,500 por lo menos, lo que significa la procedencia o cabida de la casación.

Pero ocurre que, aun suponiendo dudoso el punto, a pesar de que la demanda habla de los $ 2,500, en la forma en que lo hizo, la duda se disiparía por la afirmación de los mismos demandantes, quienes al pedir reposición del auto que les negó el recurso, no sólo insisten en que esta cifra es la que fijaron a su acción, sino que fundan su reclamo sobre cuantía, en que la finca se ha valorizado al punto de valer más de los $ 3,00 necesarios en la ley a aquel fin. Las respectivas frases trascritas por el Tribunal en su providencia de 29 de mayo último son estas: "aun cuando en la demanda fijamos la cuantía de la acción en dos mil quinientos pesos y el demandado aceptó esa cuantía, por la valorización de las fincas raíces el inmueble a que se refiere el juicio vale hoy más de tres mil pesos".

Apenas será necesario agregar cómo con sólo producirse una alteración en el precio de las cosas, no se puede producir el efecto de modificar una fijación dada en la demanda y no reclamada por el reo, y que así sucede tanto para no adquirirse un derecho a que no se alcanza de conformidad con esta fijación, cuanto para no perderlo, si con ella se adquirió.

La fijación que se hace en la demanda puede ser en cantidad precisa, como en el caso presente, o limitarse a indicar en términos generales que la cuantía pasa de cierta cifra, a fin de establecer una base necesaria para determinar la competencia, por ejemplo la del Juzgado de Circuito y no la del Juzgado municipal, en su caso. Esa fijación tiene también otros alcances entre los

cuales en el presente recurso el de traerse a cuento lo tocante a casación.

Si, v. gr., los demandantes hubieran dicho que la cuantía era mayor de los dichos $ 2,500 o de $ 1,000 o de $ 500, habría cabido ahora la indagación de que habla el artículo 524 del C. J. Pero como la fijación se hizo en suma precisa que limitó la cuantía en $ 2,500, no habiendo lugar a duda, no lo hay tampoco a esa indagación ni a conceder el recurso, siendo así que esa limitación impidió desde luego considerar que pasara o siquiera llegara a aquella que precisa el citado artículo 519.

Cuando el demandado no objeta la estimación de la cuantía dada por el demandante, esa estimación queda en firme. El artículo 205 del C. J., indicativo de lo que una demanda debe contener, termina hablando de la cuantía", cuando su estimación sea necesaria para fijar la competencia". Y el artículo 206, ibídem, autoriza la referida objeción por el demandado y resuelve esta diferencia defiriendo al dictamen de un perito nombrado por el Juez. Como se dijo ya, en el presente pleito no hubo objeción.

En suma: los demandantes, sin objeción del demandado, fijaron inicialmente la cuantía de su acción en la suma precisa de $ 2,500. Esto basta para reconocer que la casación no tiene cabida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley **estima bien denegado** el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 28 de noviembre de 1938 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, a quien se comunicará el presente fallo.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Archívese este expediente.

**Hernán Salamanca. — Liborio Escallón. Ricardo Hinestrosa Daza. — Fulgencio Lequerica Vélez. — Juan Fracisco Mújica. — Arturo Tapias Pilonieta. — Emilio Prieto Hernández** Of. Mayor.

## ACCION PETITORIA DE HABER PERDIDO EL DEMANDADO EL DERECHO DE RESCISION POR LESION ENORME

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

(Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica).

### Materia del pleito

Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez I., con la acción procesal constitutiva, demandaron en sus propios nombres y como liquidadores de la extinguida sociedad colectiva de comercio Lucrecio Vélez y Compañía a las menores Elvia y Amparo Uribe Vélez, representadas por su padre Juan Uribe W., y a Eugenia Vélez de Jaramillo, mediante las siguientes súplicas principales: a) "Que la sucesión de Aurelio Vélez G., representada por los demandados, ha perdido el derecho a que se rescinda por lesión enorme el contrato "de compraventa cuya nulidad fue decretada en sentencia ejecutoriada. Tal pérdida débese a que los reos no cumplieron "dentro del plazo legal las obligaciones que del fallo resultan a esa sucesión en favor de Lucrecio Vélez y Compañía, en liquidación". b) Que, por lo tanto, el derecho de dominio que Lucrecio Vélez y Compañía adquirió en virtud del contrato rescindido debe conservarlo la sociedad y, consecuencialmente, los demandados están en la obligación de devolver a ella el inmueble sobre el cual recae aquél, "en el caso de que el juez a quien corresponde ejecutar la sentencia sobre rescisión haya puesto" a los reos en posesión del fundo. Y estas otras subsidiarios: "a) Que la sociedad de Lucrecio Vélez y Compañía cumple lo dispuesto en la sentencia de rescisión al entregar el terreno del hecho tercero fundamental de la demanda, porque eso fue lo que se adjudicó en la parte del bien común en que Lucrecio Vélez y Compañía adquirió derecho proindiviso, en virtud del contrato del hecho primero fundamental de esta demanda. b) Que la sucesión de Aurelio Vélez G., o los herederos o los representantes legales de éste, tienen obligación de reconocer a Lucrecio Vélez y Compañía las mejoras puestas en el terreno y que se acreditarán en este juicio, reconociéndoles el carácter de poseedores de buena fe. c) Que Lucrecio Vélez y Compañía tienen el derecho de retener el bien a que se refiere la sentencia de rescisión hasta que se les pague las mejoras o se les asegure el pago, y en caso de que el juez hubiere puesto a la sucesión de Aurelio Vélez G., o a sus representantes, en posesión del inmueble, deben devolverlo a la sociedad para que ésta lo retenga hasta que se paguen las mejoras o se garantice ese pago". go".

En síntesis, éstas son las afirmaciones del libelo: Aparece de la escritura número 759 del 2 de agosto de 1922, pasada ante el Notario 4º de Medellín, que Aurelio Vélez G. vendió a Lucrecio Vélez y Cía. "la tercera parte de un terreno, con sus edificios, mejoras y anexidades, situado en esta ciudad en el barrio de Guayaquil, terreno que mide en su totalidad ciento siete mil cuatrocientas sesenta y siete (107,467) varas cuadradas". Sobre las dos terceras partes restantes eran comuneras Ana Vélez de Uribe y Eugenia Vélez de Jaramillo, quienes, con Lucrecio Vélez y Cía., dividieron materialmente la comunidad dicha, por medio de la escritura número 1524 del 22 de noviembre de 1923, otorgada ante el mismo notario.

En abril de 1926, Aurelio Vélez G. impugnó, por lesión enorme y contra Lucrecio Vélez y Cía., el referido contrato de compraventa. El Tribunal Superior de Medellín decretó la rescisión por lesión enorme con fecha 6 de julio de 1928, y la Corte Supre-

ma de Justicia, el 4 de agosto de 1933, se abstuvo de casar esa sentencia, que está ejecutoriada.

En tal fallo el Tribunal estimó como justo precio del inmueble, respecto a una cabida de treinta y cinco mil ochocientas veintidós (35,822) varas cuardas, el de un peso diez y seis centavos ($ 1.16) cada una. Dejó a salvo el derecho para la sociedad compradora que consagra el artículo 1948 del C. C., el cual debería ejercitarse dentro de los tres días de que habla el artículo 870 del C. J. En el supuesto de que se verificara la rescisión, Lucrecio Vélez y Cía. pagaría los frutos desde la contestación de la demanda y Aurelio Vélez G. devolvería los siete mil quinientos pesos ($ 7,500), precio de la compraventa, junto con sus intereses legales desde la misma fecha.

Devuelto el expediente al juzgado de origen, se dictó el auto de cumplimiento de la sentencia el 20 de octubre de 1933, el cual se notificó por estado el 23 de los mismos.

Aurelio Vélez G. murió el 12 de junio de 1928. Lo heredó su madre Lucrecia Gaviria v. de Vélez. Cuando ésta falleció la sucedieron su hija Eugenia Vélez de Jaramillo y sus nietas Elvia y Amparo Uribe Vélez, éstas en representación de su madre Ana Vélez de Uribe, quien había muerto.

Los sucesores de Aurelio Vélez G. no han cumplido con la obligación de consignar el precio pagado por Lucrecio Vélez y Cía. y sobre el inmueble construyó esta cociedad cuatro casas, antes de la iniciación del juicio, las cuales costaron más de cinco mil doscientos pesos ($ 5,200).

Los demandados se opusieron a los hechos sustanciales, en virtud de que los vencidos en el juicio rescisorio están imposibilitados para cumplir la obligación de entregar, dado que ésta tiene por objeto una cuota del derecho proindiviso de dominio y no el cuerpo cierto adjudicado a la sociedad actora cuando la división.

### Sentencia de segunda instancia

En sentencia del 12 de mayo de 1938, el Tribunal Superior de Medellín confirmó la de primera instancia, en la cual el Juzgado desestimó las pretensiones de los actores. Consideró el Tribunal que aparece de la escritura número 1126, del 22 de abril de 1926, otorgada ante el Notario 4º de Medellín y registrada el 3 de mayo del mismo año, que Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez y los herederos de Lucrecio Vélez disolvieron la sociedad Lucrecio Vélez y Cía., por la muerte de éste, y la liquidaron los tres socios sobrevivientes, quienes, para clausurar la liquidación, "han convenido en repartirse hoy sus bienes sin necesidad de esperar a que el liquidador o liquidadores los reduzcan a dinero efectivo". Que en el mismo acto se adjudicó a las tres personas físicas, actuales demandantes, en común y en diferentes proporciones, el derecho de dominio sobre el lote adjudicado a Lucrecio Vélez y Cía., con motivo de la división material realizada después de la adquisición por la sociedad de la cuota del dominio que en la comunidad primitiva correspondió a su vendedor, Aurelio Vélez G. Y que, por último, expresamente, por medio de ese instrumento público, los ex-socios estimaron definitivamente liquidada la sociedad. Que, no obstante todo ello, la sociedad disuelta y liquidada continúa su vida jurídica, representada por los liquidadores, para el efecto de ejercitar las acciones y hacer efectivos los derechos no incluídos en la liquidación.

Las dos súplicas principales se desestiman. La primera, por cuanto es ir contra la cosa juzgada resolver que los demandados perdieron el derecho de rescisión por lesión enorme, decretado en el fallo ejecutoriado, y, además, desde otro punto de vista, porque no acreditaron los demandantes haber cumplido ni estado dispuestos a cumplir las obligaciones que la sentencia les impuso. La segunda, porque no se realizó la entrega del lote, ni, en el supuesto contrario, sería procedente, desde luego que está acreditado que Lucrecio Vélez y Cía., cuando su liquidación, transfirió el derecho de dominio sobre el lote a Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez I.

Respecto de las súplicas subsidiarias se tiene: La primera se encamina a obtener una pauta sobre el modo de cumplir la sentencia de rescisión por lesión enorme. En

ésta se tuvo en cuenta la partición de la primitiva comunidad sobre el inmueble de La Alpujarra, sin embargo de lo cual se decretó la rescisión del acto jurídico mismo de la compraventa, porque, de acuerdo con la tesis sostenida, tanto por el Tribunal como por la Corte, la partición no es traslaticia sino declarativa del dominio, de donde resulta que la tercera parte proindiviso en el terreno de La Alpujarra adquirida por Lucrecio Vélez y Cía. equivale jurídicamente al cuerpo cierto que en la división material se adjudicó a la sociedad. "Por lo mismo ha de entenderse que una vez hecha la partición, lo que adquirió efectivamente Lucrecio Vélez y Cía. por la escritura de 1922 fue ese lote determinado, aunque él hubiese estado formando parte, al comprarse, de un inmueble proindiviso. Y esto ocurre aquí con mayor motivo si se advierte que de acuerdo con títulos que obran en el expediente, esa partición se hizo entre la parte demandante y la demandada en este proceso; y por esto ha de considerarse que en ella no hubo perjuicios de terceros, puesto que fue obra de las mismas partes litigantes, las cuales es de presumirse que atendieron a la equidad y a sus conveniencias al hacer tal partición".

No está obligada la parte vencida en el juicio sobre rescisión por lesión enorme a entregar el lote purifacado de las servidumbres de aguas, tránsito y cerramiento, porque ellas fueron constituídas en el acto mismo de la partición material en interés recíproco de los antiguos comuneros y como compensación de lo que por una y otra parte se dio.

No obstante, la opción que en la tentencia se reconoció, de acuerdo con el artículo 1948 del C. C., a Lucrecio Vélez y Cía., caducó en virtud de que el término de tres días concedido para hacer la elección estaba también fijado para la entrega de lo elegido, sea la cosa o el precio. No acreditaron los demandantes haber hecho la elección y haber estado listos a cumplirla entregando lo elegido dentro del plazo fijado en la sentencia, porque no adujeron la prueba de que el auto del Juzgado de cumplimiento del fallo hubiese sido dictado el 20 de octubre de 1933 y notificado por estado el 23 de los mismos, como se afirma en el libelo.

Además, Lucrecio Vélez y Cía., por su hecho posterior a la contestación de la demanda en el juicio ordinario, en donde se impugnó, por lesión enorme, el acto de la compraventa, se colocó en imposibilidad de elegir la restitución del terreno, debido a que en la liquidación éste se adjudicó a los ex-socios Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez. En realidad, la demanda de Aurelio Vélez fue contestada por Luis Alfonso Vélez en su carácter de liquidador de Lucrecio Vélez y Compañía el 23 de abril de 1926. El 22 de abril de 1926 se liquidó definitivamente la sociedad, liquidación que se perfeccionó en virtud del registro verificado el 3 de mayo de ese mismo año. De acuerdo con ese acto, el terreno aludido pertenece particularmente a tres de los ex-socios, y la sociedad, por su propia voluntad, se privó de elegir la entrega del lote. De ahí que la manifestación hecha por Lucrecio Vélez y Cía., cuando "ya no era dueña del inmueble, en virtud de actos posteriores a la demanda", de aceptar la rescisión, sea innocua e inoperante, "por cuanto era ineficaz para devolver a los herederos de Aurelio Vélez un derecho de dominio de que ya carecía esa sociedad".

Si la elección de rescindir hecha por la sociedad "se hubiera completado oportunamente con la declaración de voluntad de los dueños inscritos Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez de que estaban listos a devolver el lote aludido", habría sido admisible tal aceptación en virtud de que se puede pagar una suma o entregar una cosa aun contra la voluntad del verdadero obligado.

Desestima el juzgador la primera súplica subsidiaria, a causa, pues, de que "no se demostró que se hubiera hecho oportuna y válidamente la aceptación de la rescisión".

Por ser consecuencia de aquélla, niega igualmente el Tribunal la segúnda súplica subsidiaria, añadiendo que las mejoras puestas en el lote ya no son propiedad de Lucrecio Vélez y Cía.

Y por idénticas razones, o sea que el derecho a retener el bien hasta cuando se le pague o asegure el valor de las mejoras no

corresponde hoy a la sociedad disuelta y liquidada, se rechaza por el Tribunal la tercera y última petición subsidiaria.

**Materia del recurso**

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la sentencia.

En providencia del 1º de junio último, la Corte declaró desierto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 532 del C. J., el recurso interpuesto por la parte demandada (sucesores del primitivo vendedor, Aurelio Vélez G.) En consecuencia, ha quedado inmodificable la situación jurídica procesal de la parte demandante por lo que respecta a la legitimación sustantiva en la causa actual de la sociedad Lucrecio Vélez y Cía., desde luego que el Tribunal aceptó que esta sociedad existe aún, a pesar de su liquidación. Como resultante de esa providencia y con apoyo en el principio procesal que prohíbe la **reformatio in peius**, son igualmente intangibles los considerandos del Tribunal relativos al modo de cumplir la sentencia que decretó la rescisión por lesión enorme, en el sentido de que, con la entrega del lote que correspondió a Lucrecio Vélez y Cía. en la división de la comunidad primitiva sobre La Alpujarra, se pagaría la obligación a que la sociedad fue condenada, sin necesidad de purificar el derecho de dominio de las servidumbres creadas en el acto de la partición.

En la demanda de casación formulada por la parte demandante y que se apoya en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., se acusa el fallo sólo en lo tocante a la desestimación que hizo de las súplicas subsidiarias. Por consiguiente, tampoco es hoy materia **sub judice** la absolución pronunciada en cuanto a las peticiones principales.

Violó el Tribunal los artículos 1941 del C. C., 473 del C. J. y 841 del antiguo C. J.

De la sentencia misma de cuyo cumplimiento se trata, aparece que la demanda de Aurelio Vélez G. fue corregida con el fin de que se tuviera en cuenta la situación creada a causa de la liquidación de la sociedad. No obstante lo cual, el fallo se dictó sin reconocer trascendencia a ese estado y la Corte no lo casó.

De tal suerte, el Tribunal incurrió en "error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba consistente en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata o en la falta de apreciación de la misma", a consecuencia de lo cual el Tribunal violó lo referente a la cosa juzgada y el artículo 1948 del C. C. "que consagra un derecho que no se consideró perdido sino vivo y plenamente existente en el momento de ser expedido el fallo y que fue allí expresamente reconocido".

Violó el Tribunal los artículos 487 y 542 del C. de Comercio, 473, 474 del C. J., 831 y 850 del antiguo C. J. y 1630, 1568 y 1948 del C. C.

Partiendo de la hiptótesis de que la liquidación de la sociedad Lucrecio Vélez y Cía. y consiguiente partición de bienes fuese estimada como un acto de enajenación del lote a que se refiere el actual pleito, esa enajenación no puede constituír obstáculo para la consumación o práctica de la rescisión, pôrque Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez, en su calidad de socios de una sociedad colectiva de comercio, están vinculados solidariamente con ella.

Desconoció, pues, el Tribunal el artículo que consagra la solidaridad dicha y no le dio aplicación en este pleito, y no tuvo en cuenta las normas del C. J. citadas, que establecen, para los efectos de la cosa juzgada, identidad de personas en los casos de obligaciones solidarias o indivisibles. Al obligar a la sociedad la sentencia sobre rescisión, obligó igualmente a sus socios, y como, además, éstos se hallan dispuestos a efectuar su prestación, no es dable sostener que la pretendida enajenación impide legalmente la consumación de la rescisión.

Otrosí, las personas dichas, en su carácter de liquidadoras de la sociedad, tienen la responsabilidad de que trata el artículo 542 del C. de Comercio.

Para el Tribunal, si Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez hubieran hablado en nombre propio, y no simplemente en nombre de la sociedad al elegir en la opción la entrega de la cosa, estimaría las súplicas, situando a los ex-socios como terceros, con lo cual incurrió en un error de derecho, por-

que el artículo 1630 del C. C. es extraño al caso de los deudores solidarios, desde luego que, de acuerdo con los artículos 1568 y siguientes, "tan obligada estaba al cumplimiento de la sentencia la sociedad misma como sus socios colectivos, y más aún si se quiere, siendo estos socios liquidadores". De otro lado, la manifestación expresa de los socios sobraba para los efectos de su responsabilidad personal, desde luego que no puede hablarse con semejante actitud de novación tácita ni expresa, porque, aparte de que ésta requiere condiciones muy bien definidas, la aceptación hecha por la sociedad cobijó, por ministerio de la ley misma, a sus socios colectivos, quienes, debido a ello, "quedaron obligados al cumplimiento de la rescisión".

**Motivos**

Vistos todos los textos legales invocados por el recurrente, y considerando:

Que el Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho en la apreciación de la prueba consistente en la sentencia que decretó la rescisión por lesión enorme en el juicio ordinario de Aurelio Vélez G. contra Lucrecio Vélez y Cía., porque en los considerandos de ella aparece que el sentenciador sí tuvo en cuenta la circusntancia de la disolución, liquidación y distribución de los bienes de la sociedad y precisamente la parte motiva de una sentencia es lo que determina el sentido y alcance de su parte resolutiva.

Que incurrió igualmente el Tribunal en error de derecho en la apreciación de esa prueba, puesto que redujo el alcance de la cosa juzgada que por lo tanto ella comprende.

Que entrañando el artículo 1948 del C. C. una obligación facultativa, cuyo objeto es la entrega del inmueble, tanto Lucrecio Vélez y Cía. como sus socios, vinculados a esa sociedad por la solidaridad, quedaron, a causa de la sentencia, sometidos al cumplimiento de la prestación dicha, sin que para ello se hubiera necesitado de una manifestación expresa de los obligados, el Tribunal dejó de aplicar el artículo 487 del C. de Comercio y 1658 y 1571 del C. C.

**Resolución**

Por 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 parcialmente la sentencia que en este juicio ordinario pronunció el 12 de mayo de 1938 el Tribunal Superior de Medellín, e infirmando también parcialmente la de primer grado, dictada con fecha 14 de septiembre de 1935 por el Juzgado 3º Civil de ese Circuito, resuelve:

1º Lucrecio Vélez y Compañía, por medio de sus socios colectivos, Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez I., cumple la obligación impuesta por la sentencia ejecutoriada que finalizó el juicio ordinario de Aurelio Vélez G. contra la sociedad dicha sobre rescisión por lesión enorme de un contrato de compraventa, entregando a la sucesión de aquél, demandada en el presente juicio y representada por Eugenia Vélez de Jaramillo y Elvia y Amparo Uribe Vélez, el lote adjudicado a la mencionada sociedad en la partición a que se refiere la escritura número 1524 del 22 de noviembre de 1923, pasada ante el Notario 4º de Medellín.

2º La sucesión de Aurelio Vélez G., representada como queda dicho, está obligada a reconocer a Lucrecio Vélez y Compañía, en sus dichos socios colectivos, las mejoras que esta sociedad puso de buena fe en el terreno aludido con anterioridad a la primera contestación que dio como demandada a la demanda referida sobre rescisión por lesión enorme, entablada por Aurelio Vélez G.

3º Lucrecio Vélez y Compañía, por medio de sus prenombrados socios colectivos, pueden ejercitar el derecho de retención a que se refiere la sentencia sobre rescisión por lesión enorme hasta que se les paguen las mejoras o se les asegure el pago.

4º Se absuelve a los demandados de los demás cargos de la demanda.

5º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la **Gaceta Judicial** copia de esta sentencia.

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

SOCIEDADES ANONIMAS. — DISOLUCION DE ESTAS SOCIEDADES. — DEBERES DEL LIQUIDADOR. — DERECHOS DE LOS ACREEDORES DE LAS SOCIEDADES DISUELTAS

**1. Disuelta una sociedad anónima no desaparece el ser moral en su substancia.—2. De acuerdo con precepto aplicable igualmente a las sociedades anónimas (artículos 465 y 551 C. Co.), la disolución de la sociedad antes de vencido el término estipulado en los estatutos debe llevarse a conocimiento de los terceros, entre quienes están en primer lugar los acreedores de la sociedad, observándose previamente todas las formalidades legales bajo pena de inoponibilidad, en forma que los terceros pueden ejercitar válidamente sus acciones judiciales contra la sociedad considerándola legalmente como existente. — 3. Uno de los principales deberes del liquidador "consiste en liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad con terceros y con cada uno de los socios". (Artículo 540, C. Co.) — 4. Aunque liquidada y disuelta una sociedad puede dejar tras sí obligaciones insolutas que la clausura de la entidad no puede aniquilar o siquiera amenguar, como sería el caso, por ejemplo, de un crédito contra la sociedad sometido a un litigio que se falló cuando la sociedad estaba ya liquidada, y con la circunstancia de que el crédito fue reconocido en la sentencia y ordenado pagar. En situación semejante es claro que el cobro no podría hacerse contra la sociedad por haber dejado de existir. No sería desacertado en este caso aceptar la doctrina de que el acreedor, después de clausurada la liquidación tiene el derecho de perseguir individualmente a cada ex-accionista hasta concurrencia de las sumas o de los valores que éste haya retirado de la liquidación en proporción a sus acciones; sin perjuicio naturalmente de la acción personal de responsabilidad contra el liquidador o liquidadores, en caso de culpa. Es obvio que para estas acciones no puede entenderse vencida o en curso la prescripción quinquenal de que habla el Código de Comercio en su artículo 545, no mediando la publicación señalada por éste como punto de partida de dicha prescripción. — 5. La venta de todos los haberes de una compañía anónima la disuelve IPSO FACTO, colocándola así en estado de liquidación, cuando hay una imposibilidad, más que material, jurídica, de que pueda seguir actuando. — 6. La ausencia de publicación a que aluden los artículos 465 y 469 del C. de Co. no afecta los derechos de terceros, para quienes el acto de disolución es entonces inoponible; de modo que los terceros están facultados para ejercer sus acciones considerando la sociedad disuelta o vigente aún, según convenga mejor a sus propios intereses. Pero si optan por darla por subsistente siempre tendrán que perseguir al ente moral en la persona de su legítimo representante, que es quien según la última acta inscrita de la asamblea general tenga el carácter de gerente (artículo 3º, Ley 42 de 1898), o quien de modo expreso o implícito haya asumido la liquidación, aun cuando no lleve el nombre de liquidador, porque lo que lo caracteriza es la función que esté desempeñando. — 7. Disuelta por la venta de sus haberes una sociedad anónima en que los liquidadores fueron todos los accionistas y demandada para el pago de un crédito, podrá pesar hoy tan sólo la responsabilidad personal basada en la culpa que hubiere irrogado daño a terceros por actos u omisiones tendientes a desconocer o burlar el derecho legítimo de esos terceros a ser pagados preferencialmente con el importe del activo de los bienes sociales. Y sobre los accionistas que como tales se repartieron el producto de los bienes sociales sin tener en cuenta las cargas del pasivo, pesará en favor del acreedor una acción de reembolso hasta concurrencia de los valores que indebida y prematuramente recibieron por cuenta de sus acciones, con el fin de atender el pago del crédito insoluto.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, julio once (11) de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta).

## CAPITULO I

1º Mediante escritura pública número 113 de 22 de marzo de 1914, Notaría primera del Circuito de Buga, constituyóse la sociedad anónima denominada "Compañía de Instalaciones Eléctricas del Distrito de Buga",

que tenía por objeto "la producción de energía eléctrica en forma de luz, fuerza y calor con destino al alumbrado público y particular y a los usos industriales del Distrito de Buga".

2º Por escritura número 871 de 9 de agosto de 1928, Notaría del Circuito de Buga, la Compañía de Instalaciones Eléctricas del Distrito de Buga vendió a la Compañía Colombiana de Electricidad todos los elementos de la empresa y que hacen parte de ella "y que consisten en derechos, acciones, permisos, contratos celebrados con el municipio de Buga, edificios, lotes de terreno, servidumbres, maquinarias, líneas de trasmisión y distribución de energía (tanto primarias como secundarias), trasformadores, existencias de artículos para el consumo de la Compañía y del público, créditos, muebles y en general todos los bienes corporales e incorporales que constituyen el activo de la vendedora".

3º Por sentencia de fecha 17 de abril de 1931, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, no infirmada por la de la Corte Suprema de Justicia de fecha 17 de marzo de 1932, la Empresa de Luz y Energía Eléctrica de Buga, representada por su gerente doctor Mario Garcés, fue condenada a pagar a Faustino Pasmín, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de **ocho mil setecientos pesos ($ 8,700)** oro, como indemnización por el daño que se le causó con la muerte de su legítimo hijo Roberto Pasmín, ocurrida el 22 de mayo de 1927, a consecuencia de una descarga eléctrica producida por uno de los alambres conductores de la energía que se encontraba caído en el suelo, debido a un corto circuito.

4º Con apoyo en esta sentencia el señor Faustino Pasmín promovió el juicio ordinario de que da cuenta este expediente, encaminado a que se declare que los señores Bernardino Cabal Molina y José María Azcárate, el primero como director principal y el segundo como director suplente de la sociedad anónima de Instalaciones Eléctricas del Distrito de Buga, "son personal y solidariamente responsables por dicha sociedad por no haber procedido a la liquidación no obstante haber sido disuelta" y en consecuencia dichos señores deben pagarle la cantidad de ocho mil setecientos pesos ($ 8,700.00) y sus intereses legales, a que fue condenada la compañía.

5º Entre los motivos que indica el demandante para considerar responsables a los demandados figuran los siguientes, que son la causa o razón de la demanda: a) el 12 de febrero de 1928, según el acta de la asamblea general de accionistas de la sociedad Instalaciones Eléctricas del Distrito de Buga, que fue oportuna y debidamente protocolizada, fue elegida la siguiente junta directiva: primer director gerente, doctor Mario Garcés; segundo director, Modesto Cabal G.; suplente, don José María Azcárate; tercer director doctor Bernardino Cabal Molina; suplente, don Julio Hurtado; b) los señores Mario Garcés Patiño, en su condición de gerente, José María Azcárate y Bernardino Cabal Molina como miembros de la junta directiva de la citada sociedad, hicieron la enajenación de la empresa de la Compañía Colombiana de Electricidad, por la suma de trescientos mil pesos ($ 300,000.00); c) "Al verificarse la venta de todos los haberes de la Compañía quedaban los administradores en el deber de liquidar dicha sociedad como una causa de disolución de ésta, mediante los requisitos legales y por medio de escritura pública, cosa que hasta la fecha, a pesar de la disolución de hecho de la compañía, y de haberse distribuído casi en su totalidad (según confesión judicial del director Cabal M.) el haber no se ha efectuado, y por tanto, han incurrido los demandados, en su carácter de directores de la **Compañía de Instalaciones Eléctricas del Distrito de Buga**, en la sanción correspondiente en razón de la obligación de pago a que fue condenada dicha empresa para que se me pagase la suma hasta por el tanto que se enuncia en esta demanda"; d) el gerente de la compañía de Instalaciones Eléctricas, doctor Mario Garcés Patiño y el segundo director de la referida sociedad señor Modesto Cabal G. fallecieron; e) la compañía, no obstante los múltiples reclamos del demandante, sólo le ha entregado por concepto de la indemnización que le debe la cantidad de ochocientos treín-

ta y ocho pesos trece centavos ($ 838.13), "suma que me entregó, por conducto de mi apoderado, la sucursal del Banco de Colombia en esta ciudad el 26 de octubre último (1936) por cheque número 20/I-407".

6º El demandante en apoyo de su acción cita los artículos 3º de la ley 42 de 1898, 598 del C. de Comercio, 2124 y siguientes del Código Civil.

7º El juzgado del circuito de Buga por sentencia de 26 de agosto de 1937 absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda. Pero el tribunal superior del distrito judicial de Buga en sentencia de 12 de agosto de 1938, condenó a los señores José María Azcárate y Bernardino Cabal Molina "como representantes de la Compañía de Instalaciones Eléctricas del distrito de Buga o Empresa de Luz y Energía Eléctrica de Buga, a pagar al señor Faustino Pasmín, tres días después de la ejecutoria de este fallo, la suma de ocho mil setecientos pesos ($ 8,700.00), los intereses legales de esta suma a partir del 19 de agosto de 1932, hasta el día en que se verifique el pago, y las costas del juicio".

8º Los demandados interpusieron oportunamente el recurso de casación, y de él pasa a ocuparse la Corte por estar ya debidamente preparado.

## CAPITULO II

### La sentencia acusada

La sentencia del tribunal de Buga, materia del recurso de casación, puede resumirse así:

Para saber si efectivamente los demandados deben responder de la obligación demandada, lo primero que debe averiguarse es si la compañía "Empresa de Luz y Energía Eléctrica de Buga" se disolvió por la venta que de todos sus elementos hizo a la Compañía Colombiana de Electricidad, o si por el contrario, a pesar de ese hecho, quedó subsistente y, como tal, "sus gerentes o representantes deben responder de toda obligación deducida contra dicha compañía". Toda sociedad puede disolverse antes del plazo estipulado en el contrato, cumpliendo con la formalidad de la escritura pública y demás requisitos legales, conforme al artículo 465 del C. de Comercio. La venta hecha por la Empresa de Luz y Energía Eléctrica de Buga, disolvió la sociedad? Tomada la palabra **disolución** en el sentido de **desatar, deshacer,** etc., no hay la menor duda de que la dicha venta disolvió de hecho la compañía. Mas no puede aceptarse jurídicamente que una venta de tal naturaleza rompa las relaciones de la sociedad con terceros.

La venta que la Empresa de Luz y Energía Eléctrica de Buga hizo a la Compañía Colombiana de Electricidad, no produjo ni pudo producir efecto alguno contra terceros interesados en la existencia de la sociedad, puesto que no se disolvió como lo manda la ley, es decir, no se otorgó escritura pública que pusiera en conocimiento de esos terceros que la compañía quedaba disuelta. Para esos terceros sólo hay disolución a partir de tal formalidad.

Conclusión cierta e inevitable de lo anterior, es que la compañía vendedora existe porque no se ha disuelto legalmente, a pesar de haber cesado en sus operaciones desde hace mucho tiempo. Si de hecho quedó extinguida, no así para los terceros, quienes no tienen conocimiento legal de esa situación; por consiguiente, cualquier acreedor de la compañía, inclusive Pasmín, podía demandarla para el cobro de su crédito insoluto.

Por consiguiente, la Empresa de Energía y Luz Eléctrica de Buga, terminada de hecho por la venta y subsiguiente cesación de operaciones, pero subsistente y viva ante terceros, debe responder de los créditos de esos terceros. Pero quién debe responder? Acaso la sociedad no se extinguió y el gerente y segundo director de la sociedad no murieron como está comprobado? Basta pasar la vista por la nómina de dignatarios de la sociedad, nombrados por la asamblea general de accionistas, según el acta número 91 de 12 de febrero de 1928, para convencerse de que realmente no son otros sino los señores Azcárate y Cabal Molina quienes deben responder de la obligación demandada, el primero como suplente del segundo director señor Modesto Cabal, quien murió,

y el señor Cabal Molina, como tercer director.

Contra la réplica de los demandados de que sus designaciones nunca han sido efectivas y de que tampoco son liquidadores, debe observarse que ellos concurrieron con el gerente señor Garcés al otorgamiento de la escritura de venta en todos los elementos de la empresa. Pero aún en el caso de que no hubieran participado en ese acto, basta que figuren como representantes de la compañía para que salgan a responder de los créditos que ésta dejó insolutos.

"Y no es que no se les demande como socios para que ellos tengan que responder con sus bienes propios, ni el tribunal los condenaría como tales, violando el principio legal de que en las sociedades anónimas, la sociedad es una persona distinta de los socios. No. Se les ha demandado como representantes legales de una compañía que vive todavía porque no se ha extinguido legalmente, para que ellos paguen lo que dejó de pagar, si siguen alegando que no existe, si no ordenan su liquidación, pues de lo contrario sería autorizar asaltos a la buena fe de las personas.

"Ahora bien, si ellos no procedieron a salvaguardiar los derechos de terceros pagando del dinero recibido de la venta los créditos de la compañía, entonces su responsabilidad aparece personal y solidaria. Ellos estaban obligados como miembros de la Junta de Administración a ordenar que se disolviera y liquidara la sociedad, y si así no lo hicieron, quebrantaron los estatutos, violaron la ley, y por tanto deben responder personal y solidariamente por su negligencia y sus culpas... Pero se dirá que los demandados no son administradores. No importa que no lo sean. Figuran en los estatutos como representantes de la compañía que el tribunal ha considerado que existe y son ellos por tanto sus representantes.

"Su culpa se hace más palpable si como miembros de la Junta Directiva estaban obligados a ordenar la disolución y liquidación de la compañía y no lo hicieron, negligencia que viene en perjuicio de terceros, por falta de un liquidador que hubiera atendido los activos y pasivos de la compañía, presentando un balance definitivo de los negocios.

"Que cuando salió la sentencia a favor de Pasmín la sociedad ya no existía por la venta verificada, se alega por una de las partes. Existía, puesto que no se había disuelto y liquidado. Para los terceros interesados sigue existiendo realmente, como si las operaciones no hubieran cesado".

Vendidos los elementos de la compañía, quedó como patrimonio de la sociedad el dinero producto de la venta, al cual se vincularon las acciones. "Ahora bien: si los socios se repartieron los tres mil pesos de la venta en proporción de sus acciones, de estos trescientos mil pesos deben resultar los $ 8,700.00 del crédito de Pasmín, es decir, que todos los socios deben participar en común de ese valor; mas como sólo son demandados los señores Azcárate y Cabal Molina, como representantes de la compañía, según los estatutos, a falta del gerente principal, que ya murió, y del principal director, que también falleció, ellos son los responsables solidaria y personalmente de ese valor por las acciones que a ellos les correspondieron en el reparto, sin perjuicio naturalmente de que ellos muy bien puedan repetir contra los demás por la parte que legalmente les corresponde".

## CAPITULO III

### Consideraciones previas de la Corte

La disolución de las sociedades anónimas puede obedecer a distintas causas: expiración del plazo determinado en los estatutos; llegada del evento de la condición que se ha prefijado en la carta social para que tenga fin; extinción de la cosa o de las cosas que forman su objeto total cuando éste no puede ser repuesto; y finalización del negocio para que fue contraída.

Cualquiera de estos hechos produce la disolución en forma, por decirlo así, automática. Por consecuencia de esa disolución la sociedad paraliza su actividad y de ahí en adelante empieza a prepararse para desaparecer. En tanto que la sociedad vive plenamente, los mandatarios generales de ella, administradores, tienen por misión emplear los elementos activos del sér moral en el

desarrollo del objeto social previsto en los estatutos, de manera de desenvolver y cumplir lo mejor posible ese objeto. Pero a partir del momento en que sobreviene la disolución de la sociedad, aquel mandato queda terminado **ipso facto**, y reemplazado por otro en virtud del cual los nuevos mandatarios, liquidadores, no deben ocuparse sino en realizar el activo y en hacerlo fácilmente divisible entre los socios, previo el pago o extinción de las deudas sociales. Paul Pic define en general la liquidación así: "el conjunto de operaciones tendientes a establecer las cuentas respectivas de los asociados, concluír los negocios en curso, saldar el pasivo y realizar el activo". Realización metódica del activo, conclusión de las operaciones pendientes al entrar la sociedad en disolución y pago del pasivo, son las tres funciones esenciales que el artículo 540 de nuestro Código de Comercio le impone al liquidador, antes de hacer la división del saldo repartible entre los accionistas.

Mas cabe advertir que la disolución, como varias veces lo ha sostenido esta Corte, no produce por sí sola la desaparición del sér moral en su substancia. Nada cambia en la naturaleza del derecho de los asociados, el cual continúa siendo un derecho mobiliario, un derecho de crédito que en vez de recaer sobre una fracción alícuota de los beneficios, desde la disolución recae sobre una fracción alícuota del capital que quede como saldo después de atender al pago del pasivo. Los bienes sociales continúan siendo una masa colectiva; ningún derecho individual existe todavía sobre ellos. Y los asociados permanecen durante el período de liquidación sometidos a todas las reglas impuestas por el pacto social en tanto que esas reglas no pugnen con la nueva orientación que corresponde imprimir a los negocios sociales. El sér moral subsiste con el mismo órgano de expresión legislativa que antes. Se admite en efecto por todos los expositores que las asambleas generales deben ser convocadas por el liquidador cada vez que la necesidad lo requiera, sea para completar sus poderes, sea para ratificar determinadas operaciones, sea para darle el finiquito de las cuentas.

De acuerdo con precepto aplicable igualmente a las sociedades anónimas (artículos 465 y 551 del Código de Comercio), la disolución de la sociedad antes de vencido el término estipulado en los estatutos debe llevarse a conocimiento de los terceros, entre quienes están en primer lugar los acreedores de la sociedad, mediante las solemnidades de rigor, bajo la sanción de la nulidad entre los socios prevista en el artículo 472. Pero como esta nulidad no es remedio para los terceros contra los cuales podría reflejarse en detrimento más bien de sus intereses, con relación a ellos lo que ocurre es que el acto que efectúa la disolución de la sociedad antes de tiempo y de que no han podido tener conocimiento auténtico, por declaración de la misma sociedad, les es inoponible, de manera que ellos en sus relaciones con ésta tienen dos caminos: o considerarla subsistente como si nada hubiese ocurrido, sin que le sea lícito a su antiguo representante —que en las nóminas será quien figure como tal en la última acta inscrita (artículo 3º de la ley 42 de 1898— o ponerles el conocimiento que los terceros hubieren podido adquirir por una vía distinta de la publicidad legal; o someterse a la situación creada, persiguiendo a la entidad en estado de liquidación en la persona de los liquidadores o de quienes están haciendo sus veces, no importa que no ostenten este nombre, si eso conviene mejor al éxito de las demandas. Con la agregación de esta libertad de elección, resultado necesario del fenómeno jurídico de la inoponibilidad a terceros de los actos jurídicos, se reitera ahora la siguiente doctrina de esta misma Corte: "En los casos en que la disolución de la sociedad debe ser publicada, esto es, siempre que ocurra antes del vencimiento del término estipulado, deben ser observadas todas las formalidades legales a que se ha hecho referencia, bajo la pena de inoponibilidad, en forma que los terceros pueden ejercitar válidamente sus acciones judiciales contra la sociedad considerándola legalmente como existente". (Casación de 23 de febrero de 1939. Gaceta Judicial, número 1944, tomo XLVII, pág. 653, 1ª col.).

Es interesante anotar que hay un caso

en que al acreedor, por circunstancias de orden práctico, no le conviene prevalerse de la inoponibilidad de la disolución y de la liquidación: cuando la sociedad por haber repartido sus bienes carece ya de patrimonio. En tales circunstancias es claro que en derecho el acreedor podría dar por existente una sociedad cuya disolución y liquidación no le son oponibles por la falta de publicación; pero en el hecho tal actitud le sería contraproducente, porque cuando pretenda ejecutar la sentencia y efectuar el embargo de los bienes sociales, ya no los encuentra en manos del gerente o del liquidador, sino en cabeza particular de los distintos accionistas.

---

Uno de los principales deberes del liquidador "consiste en liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad, con terceros y con cada uno de los socios" (artículo 540, ordinal 4º del Código de Comercio). El liquidador está obligado pues a formar la lista de los acreedores sociales con el fin de apercibirlos para que se apresten a recibir el pago del monto de sus respectivas acreencias. Todo liquidador recibe así la misión primordial de atender el pasivo social, como el único medio legítimo de constituír el activo divisible entre los socios. No hay masa social susceptible de división si el pasivo no se ha cancelado. Por esto habría en el liquidador una violación de su mandato y por ende una actividad culposa, si él procediera a la distribución de un supuesto activo afectado todavía por deudas conocidas cuya preterición pudiera ocasionar perjuicios a los acreedores. No hay duda entonces de que esa culpa podría ser cobrada por ellos si la omisión del liquidador les ha irrogado perjuicios colocándolos en condiciones difíciles o imposibles respecto del pago. Por una disposición abstracta, el artículo 2141 del Código Civil, el legislador asimila la partición de los bienes sociales a la partición de las sucesiones en cuanto no repugne a la naturaleza de aquéllas. Y en materia de sucesiones la destinación de bienes al pago del pasivo es imperiosa, al punto que su omisión por el partidor lo hace responsable de los perjuicios que reciban los acreedores, según el artículo 1393 **ibídem**. Ahora, si bien es cierto que el artículo 2141 contempla únicamente las sociedades civiles y no las comerciales, también lo es que el principio que lo inspira es de simple equidad y de justicia, de tal manera que se atentaría contra el buen sentido y el equilibrio legal, al darle a ese principio un carácter excepcional, quitándole todo influjo en el dominio de la liquidación de sociedades comerciales. A que se agrega que de otro lado el artículo primero del Código de Comercio dispone la aplicación del Código Civil a las cuestiones comerciales que no estén previstas o no puedan ser resueltas por la analogía de los preceptos de aquel código.

Pero es obvio que estas acciones de responsabilidad contra el liquidador, no podrán prosperar sino después de la clausura de la liquidación, en que ha desaparecido el sér moral y por ende la masa de bienes que sirve de garantía a los acreedores, se contempla palpable el perjuicio irrogado al acreedor por el abandono y la situación de inseguridad en que se le ha dejado.

---

La clausura de la liquidación determina la disolución definitiva de la sociedad y la entera disgregación del sér moral que estaba constituído. Los asociados en adelante no estarán unidos entre sí por ningún vínculo contractual ni colectivo; de esta manera, cada uno de ellos recobra su plena independencia e individualidad.

Sin embargo, la sociedad, aunque disuelta y liquidada, puede dejar tras de sí obligaciones insolutas que la clausura de la entidad no puede aniquilar o siquiera amenguar.

Supóngase que una sociedad anónima durante el curso de la vida social hubiera contraído deudas de que el liquidador no hubiera podido enterarse por no aparecer inscritas en los libros o de las cuales él voluntariamente quiso prescindir, por estimarlas por ejemplo dudosas, y que han adquirido después de la disolución el carácter de ciertas y auténticas. Es **verbi gratia** un crédito contra la sociedad sometido a litigio el cual litigio viene a decidirse cuando la liquidación está ya hecha, con el resultado de que el crédito se reconoce por la sentencia y se manda pagar.

En situaciones semejantes, y otras en que el acreedor por presentarse tardíamente a cobrar el crédito fuese el responsable de la situación difícil en que se encuentra por su negligencia, es claro que el cobro no puede hacerse a la sociedad, porque ésta ya dejó de existir; el liquidador por haber cesado en sus funciones tampoco la representa. Como se dejó dicho, contra el liquidador en caso de convencérsele de culpa podría prosperar una acción de indemnización; pero ésta ya no es propiamente una acción dimanada directamente de la sociedad extinguida sino del hecho personal del liquidador.

Entonces, cómo hacer efectivos aquellos derechos vigentes después de la clausura de la liquidación de la sociedad anónima? La doctrina francesa se inclina por reconocerle al acreedor que aparece tardíamente, en tales circunstancias, una acción individual contra cada uno de los ex-asociados, de restitución de la parte del activo que se les asignó y que prematuramente recibieron.

Cooper Royer apunta que a este respecto la administración fiscal ha adoptado varias veces esa teoría en presencia de sociedades que se liquidaron definitivamente antes de haber saldado todos los impuestos atrasados que podían reclamárseles. "Frecuentemente ninguna culpa concreta puede ser imputada al liquidador, por ejemplo en el caso de un aumento de la tasa pronunciada demasiado tarde. La administración reconoce que, habiendo desaparecido el sér moral, ninguna persecución puede dirigirse contra él ni contra el liquidador que ha cesado de representarlo. Pero a la administración se reconoce el derecho de perseguir individualmente cada asociado (el que ella pueda reconocer), hasta concurrencia de las sumas o de los valores que cada cual haya retirado de la liquidación y de la partición de bienes sociales". (Traité des Societés Anonymes, tomo VI, Nº 697).

Houpin y Bosvieux dicen: "Después de la clausura de la liquidación, los acreedores sociales, aun si su título es posterior, tienen una acción directa contra los accionistas y pueden demandar la reconstitución del activo tal como existía en el día de la disolución, así como la restitución a la masa de las sumas indebidamente pagadas a título de repartición. La obligación de restitución, de la cual los accionistas son así responsables, es individual y no solidaria, a menos que los demandantes justifiquen un dolo o maniobras fraudulentas. Después de la clausura de las operaciones de la liquidación, los terceros no pueden demandar al liquidador, porque la repartición integral del activo tiene por efecto hacer desaparecer definitivamente el sér moral y transformar los acreedores sociales en acreedores personales de los asociados".

"El producto de la liquidación debe servir desde luego para pagar el pasivo y hacer frente a las cargas de la sociedad para con los terceros. El liquidador comprometería su responsabilidad si procediera a una repartición antes de la completa extinción del pasivo, y conforme lo hemos dicho, los accionistas estarían ellos mismos expuestos, en ese caso, a una acción de restitución de parte de los acreedores, hasta concurrencia de la suma indebidamente recibida por aquéllos". (Traité Général Théorique et Practique des Sociétés Civiles et Commerciales et des Associations, tomo II, números 1406 y 1407).

Lyon Caen y Renault dicen: "El activo no puede ser repartido entre los accionistas sino después del pago integral de las deudas sociales. Si la repartición se hace antes, los acreedores tendrían una acción de restitución contra los accionistas. Después de la disolución de la sociedad, como durante su existencia, el capital social que forma la prenda de los acreedores sociales, no puede ser devuelto a los accionistas, en todo o en parte, sino cuando el pasivo social haya sido extinguido". (Traité de Droit Commercial, segunda parte del tomo II, número 910).

Entre nosotros es notoria también la ausencia de disposiciones reguladoras del pago de los créditos insolutos contra la sociedad anónima, después de consumada su desaparición por la liquidación. Corresponde pues a la doctrina definir el punto. Para lo cual no sería desacertado y antes sí muy conforme con el ancho derrotero de interpretación científica indicado por el artículo 8º de la ley 153 de 1887 —acerca de la manera de resolver los casos en que no exista ley exactamente aplicable— aceptar la doctrina de

que el acreedor, después de clausurada la liquidación tiene el derecho de perseguir individualmente a cada ex-accionista hasta concurrencia de las sumas o de los valores que éste haya retirado de la liquidación en proporción a sus acciones; sin perjuicio naturalmente de la acción personal de responsabilidad contra el liquidador o liquidadores, en caso de culpa. Esto está de acuerdo con el principio de equidad y de razón de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa ajena. El accionista que retira de la liquidación sus participaciones antes de la completa extinción del pasivo, indudablemente se enriquece a costa de los acreedores. Impónese también el principio de que la asignación que se le haga al accionista en la masa social con igual anticipación, quebranta y desconoce el derecho de prenda de los acreedores sobre todo el patrimonio de la sociedad, a más de que desnaturaliza las finalidades de la liquidación, por cuyo motivo configura un verdadero pago de lo no debido, que debe ser reembolsado a quien agravia, el acreedor, en la medida de lo indebido.

Los dos principios anotados, en armónica conjugación, conducen necesariamente a admitir como cierto e indiscutible el expresado derecho de los acreedores para perseguir a quienes en la partición figuraron como postreros accionistas de la sociedad anónima, con el fin de hacer efectivos sus créditos. Derecho que existe individualmente contra todos y cada uno de quienes fueron accionistas y recibieron prematuramente cuotas del producto del activo social; sabrá el acreedor a quién o quiénes escoge; contra cuál o cuáles se dirige a fin de obtener el pago de la obligación.

Por lo demás, es obvio que para estas acciones no puede entenderse vencida o en curso la prescripción quinquenal de que habla el Código de Comercio en su artículo 545, no mediando la publicación señalada por éste como punto de partida de dicha prescripción.

## CAPITULO IV

### El caso concreto sub-judice

Las consideraciones anteriores están hechas con el fin de dejar aclarados algunos principios con los cuales enfocar mejor el estudio de los problemas planteados en el recuros de casación.

**La Compañía de Instalaciones Eléctricas del Distrito de Buga,** organizada como sociedad anónima, fundóse con el exclusivo fin de explotar el negocio de producción de energía con destino al alumbrado público de Buga y usos industriales del mismo distrito. Según sus estatutos la administración de los negocios sociales estaría a cargo, en primer lugar, de la Asamblea General de Accionistas, y en segundo lugar, de una junta directiva compuesta del primer director gerente, que la debía presidir, y del segundo y tercer director, que debían desempeñar el cargo de consejeros. Estos tendrían dos suplentes que entrarían a reemplazarlos por el orden que ocuparan en el acta de la asamblea general en que fueron elegidos. Las faltas temporales o absolutas del gerente correspondía llenarlas a los otros dos directores por su orden; y la falta de los consejeros la llenarían los suplentes por su orden. A la asamblea general correspondía la función de nombrar cada año los miembros de la junta directiva, decretar la disolución o la prórroga de la sociedad, dictar las reglas para la liquidación de ésta, nombrar los liquidadores, resolver la enajenación o gravamen de la empresa, etc. A la junta directiva le incumbía "dar su voto consultivo al gerente siempre que éste lo exija o lo determinen los reglamentos", convocar la asamblea general de accionistas a las reuniones extraordinarias cuando lo crea conveniente o cuando lo exija un número de accionistas que representen las dos terceras partes de las acciones, por lo menos, etc. Por último, los estatutos dispusieron que "disuelta la sociedad se procediera a su liquidación por tres liquidadores designados por la asamblea general, que pueden ser accionistas o extraños".

El doce de febrero de 1928 la asamblea general de accionistas de la compañía designó la siguiente junta directiva: gerente, doctor Mario Garcés; segundo director, don Modesto Cabal G.; suplente, don José María Azcárate; tercer director, doctor Bernardi-

no Cabal Molina; suplente, don Julio Hurtado.

El nueve de agosto del mismo año y por escritura pública número 871 de la notaría del circuito de Buga, la Compañía de Instalaciones Eléctricas de Buga enajenó a título de venta por la cantidad de trescientos mil pesos ($ 300,000.00) a la Compañía Colombiana de Electricidad todos los bienes de la empresa, sin reservarse nada absolutamente de lo que pudiera constituír ésta, como bienes raíces, muebles, instalaciones, maquinarias, licencias, privilegios, etc.

A este acto precedió la resolución de la asamblea general de accionistas reunida extraordinariamente el día 22 de julio de 1928, autorizando la venta, mediante la aprobación de la siguiente proposición, que aparece inserta en el título: "Autorízase ampliamente al señor gerente de la Compañía para que, previa consulta con la junta directiva, otorgue escritura de venta de la empresa al señor Gonzalo Lourido o a la persona o compañía que éste indique, sin que tenga necesidad de convocarse nuevamente a la Asamblea General de Accionistas para resolver cualquier asunto, duda o diferencia que pueda presentarse al otorgar dicho instrumento, el cual será firmado únicamente por el señor gerente".

No obstante la advertencia contenida en la proposición anterior, de que la escritura de venta debía ser firmada únicamente por el señor gerente, ésta aparece suscrita, además del gerente señor Mario Garcés, por los señores José María Azcárate y Bernardino Cabal Molina. En su carácter de tales también la firmaron todos los accionistas, aprobando la venta, según se lee en la última parte de la escritura: "Presentes los señores Modesto Cabal M., quien comparece por sí y como propietario de veinte acciones en la Compañía vendedora y en nombre y representación de su padre el señor Modesto Cabal G., quien es propietario de treinta y ocho acciones, Hernando Cabal G., quien es propietario de tres acciones, Julio Hurtado, quien es propietario de dos acciones, José Ignacio Calero, quien es propietario de doce acciones, todos mayores de edad..... con los exponentes Mario Garcés Patiño, propietario de ocho acciones, José María Azcárate, propietraio de ocho acciones, y Bernardino Cabal, propietario de treinta y ocho acciones, expusieron:

Que como accionistas de la Compañía de Instalaciones Eléctricas del Distrito de Buga, aprueban expresamente el negocio de que trata la presente escritura por la cual se perfecciona lo pactado por los exponentes con el señor Gonzalo Lourido de que trata la cláusula décima, y que personalmente saldrán al saneamiento de los bienes vendidos en los casos de la ley, en proporción de las acciones que tienen en la Compañía vendedora, pero no por el estado de las maquinarias y de sus conexiones y anexidades. Además se aclara que no queda entre las partes contratantes reclamo alguno por concepto de la opción. En este estado se aclara que estando presente el señor Manuel Francisco Cabal, mayor de edad y vecino de esta ciudad y propietario de cinco acciones en la Compañía vendedora, declara que se adhiere a las declaraciones que han hecho los otros accionistas de la compañía vendedora ratificando esta escritura en todas sus partes".

Al decir del demandante en el libelo de demanda, apoyado en la afirmación del demandado Cabal Molina, contenida en un pliego de posiciones rendido extrajuicio, inmediatamente después de la venta el gerente, señor Mario Garcés, por acuerdo privado con los accionistas, distribuyó entre ellos los trescientos mil pesos producto de la enajenación, en proporción con el número de acciones, dejando sólo un pequeño saldo disponible.

---

En nuestro derecho positivo no está expresamente reglamentado el caso de la disolución y liquidación de una compañía por enajenación de todos sus haberes, como tampoco lo está el de fusión de una sociedad con otra u otras. Pero esta ausencia de reglamentación especial, de que también adolece todo nuestro sistema de sociedades anónimas, construído sobre unas pocas disposiciones del Código de Comercio, que en lo concerniente a la disolución y liquidación hacen aplicables los preceptos de las sociedades colectivas sobre la materia, en cuanto no pugnen con la naturaleza de las so-

ciedades anónimas, no es óbice para considerar que la venta de todos los haberes de una compañía anónima la disuelva **ipso facto**, colocándola así en estado de liquidación, cuando hay una imposibilidad, más que material, jurídica, de que pueda seguir accuando.

El doctor Félix Cortés en sus comentarios al Código de Comercio Terrestre colombiano, dice: "Desde luego la validez del acto no puede ponerse en duda. Si se trata de venta de los haberes, hecha con intención de terminar la especulación, se producirá la disolución, y la liquidación se simplifica, por tratarse de repartir el producto de la enajenación" (pág. 204).

Y este aserto se fortifica más si se piensa que en materia de sociedades colectivas civiles y comerciales la finalización del negocio para que se contrae una sociedad la pone en estado de disolución (art. 2125 del Código Civil). Luego el mismo principio debe regir en las compañías comerciales anónimas, ya que el fenómeno por su índole y naturaleza debe producir en éstas idéntico resultado.

---

Es concluyente, pues, que la autorización de la asamblea general de accionistas de la Compañía de Instalaciones Eléctricas de Buga para la enajenación de la empresa misma que la constituía, y la posterior consumación del acto, mediante el otorgamiento del título, fueron acontecimientos que de consuno y de hecho disolvieron la sociedad, antes de la expiración del término prefijado en los estatutos. Ella quedó en imposibilidad material y jurídica para continuar el negocio: primero, porque había sido formada para la explotación del negocio de alumbrado público y privado en la ciudad de Buga, contando con las licencias y privilegios que al efecto le concedió el municipio; y segundo, porque con los elementos materiales de la empresa cedió igualmente todos aquellos privilegios y permisos, mediante los cuales pudo tender cables en las calles de la ciudad y explotar el negocio dentro de los linderos municipales. De consiguiente, operada la venta, inevitablemente concluyó el negocio de parte de la sociedad vendedora, la que por ende quedó en imposibilidad de continuar la especulación prevista en los estatutos.

La sociedad vendedora estaba así obligada a cumplir con todos los requisitos de publicación ordenada en la ley comercial para el evento de disolución anticipada (artículos 465 y 469). Como se dijo en capítulo anterior, la ausencia de la publicación no afecta los derechos de terceros, para quienes el acto de disolución es entonces inoponible; de modo que los terceros están facultados para ejercer sus acciones considerando la sociedad disuelta o vigente aún, según convenga mejor a sus propios intereses. Pero si optan por darla por subsistente siempre tendrán que perseguir el ente moral en la persona de su legítimo representante, que es quien según la última acta inscrita de la asamblea general tenga el carácter de gerente (artículo 3º, ley 42 de 1898), o quien de modo expreso o implícito haya asumido la liquidación, aun cuando no lleve el nombre de liquidador, porque lo que lo caracteriza es la función que esté desempeñando. En el presente caso el acreedor optó por reconocer que se había efectuado la disolución, y al manifestar en la demanda que el producto de la venta de la empresa se había repartido entre los socios, en el hecho plantea una liquidación consumada, es decir una sociedad que ya no existe legalmente, que ha desaparecido de la vida económica y jurídica.

Con una demanda de tal naturaleza no es pues posible obtener condenación ninguna contra los directores de la sociedad por el hecho de no haber procedido a liquidarla. porque en el hecho se reconoce que esta última faz de la vida social está clausurada también.

---

Según la última acta inscrita de la asamblea general de la Compañía de Instalaciones Eléctricas del Distrito de Buga, al señor Mario Garcés Patiño era a quien correspondía la representación de la sociedad por haber sido elegido gerente; y en ausencia de éste tal función pasaba, según el artículo 44 de los estatutos, a los otros dos directores en su orden, señores Modesto Cabal G. y Bernardino Cabal Molina elegidos en la

misma junta con el cargo de segundo y tercer director, respectivamente.

Es de advertir que de acuerdo con los mismos estatutos el segundo y el tercer director eran miembros de la junta directiva con el carácter de consejeros. Así pues ellos, y por ende sus suplentes, cuando entraban a ejercer el cargo, no eran los verdaderos representantes de la sociedad; esta función competía al gerente, según los mismos estatutos, y en su ausencia temporal o absoluta, al segundo al tercer director en su orden.

De esta manera, cualquier responsabilidad contra quien llevaba la representación de la sociedad a tiempo de la venta de la empresa, por no haber procedido a la liquidación, en rigor jurídico y en la hipótesis de existir tal acción, recaería sobre el gerente, señor Mario Garcés. No contra los dos demandados que no llevaron esa personería.

Empero, la carta social y la naturaleza misma del acto hacían de la competencia exclusiva de la asamblea general de accionistas el decreto de disolución o prórroga de la sociedad, la promulgación de reglas encaminadas a la liquidación de los bienes sociales y el nombramiento de liquidadores, los que debían ser tres, de acuerdo con el artículo 62 de los estatutos.

---

Vendidos los bienes de la Compañía de Instalaciones Eléctricas de Buga y disuelta por lo tanto la empresa, a la junta directiva correspondía convocar la asamblea general de accionistas a fin de que designara liquidadores y diera normas para la liquidación. Pero los accionistas, acordándolo unánimemente, de manera expresa o tácita, bien podían prescindir de ese nombramiento, según la sencillez de la liquidación, y convenir que el producto de la venta se distribuyese entre ellos en proporción del valor de sus acciones. No hay ningún motivo que impida que los accionistas hagan por sí mismos la liquidación en las sociedades anónimas; este procedimiento considerado en sí nada de extraño ni de irregular ostenta; otra cosa será que el acto sea impracticable por el número más o menos grande de accionistas, pues los acuerdos se van dificultando o haciendo dispendiosos en la proporción en que crece el número de personas que los han de tomar.

Si los accionistas hacen por sí mismos la liquidación, prescindiendo de los estatutos que preven el nombramiento de liquidadores especiales, están en uso de un legítimo derecho, porque a aquéllos y sólo a ellos es a quienes incumbe dictar las normas de la liquidación, complementarlas o modificarlas. Con el bien entendido que en tal caso, quiéranlo o nó, tienen las obligaciones que la ley impone a los liquidadores, aun cuando procedan con el solo carácter de accionistas, en fuerza de que lo esencial es la función y no el nombre.

---

En consecuencia, tal como la situación actual de la compañía se presenta por el demandante en la demanda, trátase de una sociedad anónima, disuelta por la venta de sus haberes, y liquidada por acuerdo privado de los accionistas, mediante la distribución del producto de la venta.

Fue un sér moral que se extinguió, el cual por lo mismo en calidad de tal no puede ser llamado a juicio. Sobre los liquidadores, que lo fueron todos los accionistas, podrá pesar hoy tan sólo la responsabilidad personal basada en la culpa que hubiere irrogado daño a terceros por actos u omisiones tendientes a desconocer o burlar el derecho legítimo de esos terceros a ser pagados preferencialmente con el importe del activo de los bienes sociales. Y sobre los accionistas que como tales se repartieron el producto de los bienes sociales sin tener en cuenta las cargas del pasivo, pesará en favor del acreedor una acción de reembolso hasta concurrencia de los valores que indebida y prematuramente recibieron por cuenta de sus acciones, con el fin de atender el pago del crédito insoluto, conforme se dijo en la exposición preliminar de principios.

La acción de cobro del crédito insoluto del señor Pasmín contra la sociedad extinguida, dirígese contra los señores Azcárate y Cabal Molina en su condición de directo-

res de la sociedad **"por no haber procedido a la liquidación** no obstante haber sido disuelta". Y además, se dirige contra dichos señores por haber muerto el ex-gerente señor Garcés y el primer director señor Modesto Cabal.

Grave error. Se repite que desde que se reconoce que a los accionistas se les entregó el producto de la venta de todos los bienes sociales, en proporción del valor de sus acciones, en derecho se está afirmando que la sociedad también se liquidó; de manera que es ilógico deducir ninguna responsabilidad por no haberse liquidado, pues las operaciones encaminadas a dividir la masa social están ya clausuradas.

De otro lado, ni sobre el gerente ni sobre sus consejeros pesaba en manera alguna la obligación de proceder ellos a la liquidación. Pesaba sobre la sociedad misma por el órgano de su asamblea general, como quiera que los estatutos, que son la ley suprema de toda sociedad, reservaron a este cuerpo todo lo concerniente a la liquidación, empezando por el nombramiento de liquidadores.

En el presente caso todos los accionistas, lo que en el hecho equivale a la asamblea general, determinaron hacer ellos mismos la liquidación, con lo cual usaron el derecho refrendado por el artículo 590 del Código de Comercio.

De consiguiente, la acción basada en no haberse hecho aún la liquidación sería más que una acción personal contra los directores, una verdadera acción contra la sociedad, para obligarla a ponerse en estado práctico de liquidación. A lo cual se añade que esa acción tampoco corresponde a los acreedores, porque es ante todo una verdadera acción de socio.

En un solo caso el Código de Comercio obliga a los gerentes de la sociedad anónima a practicar ellos mismos la liquidación. Cuando se comprueba la pérdida de más de un cincuenta por ciento del capital social o éste disminuye hasta el mínimum que los estatutos hayan fijado como causa de disolución. Entonces, previa la declaración correspondiente de disolución, "los administradores procederán inmediatamente a la liquidación de la sociedad, so pena de quedar personal y solidariamente responsables de las resultas de los contratos y operaciones posteriores". (Artículo 589).

Esta disposición contempla, como se ve, un caso excepcional. Por tener carácter limitado no puede aplicarse más allá de sus previsiones, dándole carácter general, como parece que lo hiciera el tribunal sentenciador, porque la solidaridad, de acuerdo con el artículo 1,568, **in fine**, del Código Civil, debe ser **obra de una declaración expresa de voluntad en todos los casos en que no la establece la ley.**

Para concluír este capítulo conviene advertir que la demanda no se puede interpretar en el sentido de que es el ejercicio de la acción de responsabilidad civil contra dos de los accionistas que actuaron como liquidadores por la culpa cometida en la liquidación contra el señor Pasmín, consistente en no haber reservado bienes para atender a las resultas del pleito que dicho Pasmín seguía contra la compañía, porque lo impiden las palabras y la intención misma del libelo, demasiado claro respecto del carácter de las prestaciones demandadas. Ni tampoco cabría interpretarlo como encaminado a que dos de los accionistas reintegren lo recibido prematuramente por concepto de sus acciones, por idéntica razón.

## CAPITULO V

### Cargos que prosperan en casación

De todo lo expuesto se concluye que la sentencia del tribunal es vulnerable desde varios puntos de vista, en forma que de los cargos del recurrente en casación son aceptables, principalmente los siguientes, que la Corte declara suficientes en orden a socavarla.

1º El sentenciador incurrió en manifiesto error de hecho y de derecho, y consiguiente violación de los artículos 1º y 3º de la Ley 42 de 1898, atribuyendo a los señores Azcárate y Cabal Molina el carácter de gerentes de la sociedad por el solo hecho de su designación en la asamblea general de 12 de febrero de 1928.

Según esa acta, el verdadero representante de la sociedad, encargado de llevar la per-

sonería de ésta, ya en lo judicial, ya en lo extrajudicial, fue el señor Mario Garcés Patiño, elegido gerente. Según los estatutos, en las ausencias temporales o absolutas del gerente harían sus veces el segundo y el tercer director, en su orden; y los directores apenas eran miembros de la junta directiva con el cargo de consejeros.

Los demandados, si firmaron la escritura de venta, no lo hicieron como gerentes sino como miembros de la junta directiva. El hecho de la firma no les dio carácter especial distinto del de que por los estatutos y el respectivo nombramiento estaban investidos.

2º El tribunal, al aplicar el artículo 589 del Código de Comercio, invocado por el actor en la demanda, directamente o por situación de analogía, y considerar a los señores Azcárate y Cabal Molina como representantes o gerentes de la sociedad, hizo de esa disposición o del principio allí consagrado, una indebida aplicación al caso del pleito, aun suponiendo realmente que los demandados fueran representantes legales de la sociedad.

3º El tribunal violó el artículo 1º de la Ley 42 de 1898 y los artículos 582 y 583 del Código del Comercio, y el artículo 2,189 del Código Civil. El artículo 582 del Código de Comercio, que fue sustituído por el artículo 1º de la Ley 42 de 1898, establece otro de los principios esenciales que regulan las sociedades anónimas y que consiste en la revocabilidad del mandato de los administradores y la extensión temporal de sus poderes. El artículo 583 del Código de Comercio consagra el principio de que los "administradores no son responsables sino por la ejecución del mandato que recibieron". Y el artículo 2,189 del Código Civil determina que el mandato expira con la muerte del mandante, entre otras causas.

4º La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. La litis contestación se trabó así: la sociedad está disuelta; los gerentes o administradores no procedieron a su liquidación, o sea a cumplir con lo prescrito por el artículo 598 del Código de Comercio, luego tales gerentes o administradores son personal y solidariamente responsables para con Faustino Pasmín. En estas condiciones es inexplicable que el tribunal considere que la sociedad no está disuelta, que condene a los demandados en su calidad de gerentes o administradores, que no determine si la responsabilidad de los demandados obedece a que ellos no procedieron a la liquidación estando obligados legal o estatutariamente o a que dejaron de cumplir con lo preceptuado por el artículo 589 del Código de Comercio, o que son responsables por virtud de lo dispuesto en los artículos 2,341 y 2,344 del Código Civil.

## CAPITULO VI

### Sentencia de instancia

La amplia exposición contenida en los capítulos III y IV se ha hecho con el ánimo de que sustenten también la sentencia de instancia que tiene que pronunciar la Corte, infirmada como habrá de ser la del tribunal.

En tal fallo debe confirmarse la sentencia del Juez de primera instancia, que absolvió a los demandados; pero sin la condenación en costas que en ella se hace contra el actor en atención a que la demanda tiende a hacer efectiva una condena judicial, sólo que hubo una equivocación en la manera de perseguir al responsable, equivocación por lo demás muy explicable dada la complejidad del problema jurídico que a aquél se le presentó por la desaparición de la entidad deudora. Esta consideración le quita todo cariz de temeridad al juicio.

## CAPITULO VII

### Resolución

A mérito de todas las consideraciones hechas en el curso de este fallo, 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 del Tribunal de Buga, pronunciada en este juicio de Faustino Pasmín contra José María Azcárate y Bernar-

dino Cabal Molina, con fecha 12 de agosto del año próximo pasado, y en su lugar

**Resuelve:**

Confírmase la sentencia absolutoria de primera instancia.

No hay costas en ninguna de las instancias.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

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

## ACCION SOBRE DECLARACION DE VACANTE DE UNA FINCA RAIZ.—BIENES VACANTES BALDIOS—NEGACION INDEFINIDA

**Son bienes vacantes los inmuebles que, habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen en la actualidad dueño aparente o conocido. Los terrenos vacantes no son baldíos y hay diferencia entre estas dos clases de bienes: el carácter de los primeros estriba en haber tenido dueño y haberlos éste abandonado (artículos 706 C. C. y 1º y 5º Ley 55 de 1905); los segundos son aquellas porciones del territorio de la Nación que pertenecen a ésta, por no haber sido transmitidos a persona alguna y que bajo el imperio de la actual legislación no han sido apropiados particularmente con títulos legítimos. Para que sean bienes vacantes los que aparecen sin dueño aparente, es preciso que hayan estado en dominio anterior del hombre, que hayan tenido dueño; si nunca han estado en dominio particular ni incorporados a un patrimonio privado, en tal caso no serían vacantes sino baldíos y no podrían ser objeto de una acción sobre declaratoria de vacancia. La acción de vacancia de un inmueble en ninguna circunstancia puede enderezarse contra el respectivo Municipio, señalándolo como demandado, ya en su condición de simple tenedor, ya como poseedor de ésta. Consagrar la tesis contraria y convenir que un particular puede asumir el puesto de actor en un juicio de bienes vacantes y señalar al Municipio como demandado, sería tanto como consagrar el absurdo de que se comparece en nombre y beneficio de una persona y se le asigne a ésta misma el papel de opositora y demandada, con el fin de obtener una declaración judicial que la perjudique. Si por consagración expresa de la ley pertenecen a los Municipios todos los bienes vacantes comprendidos dentro de su territorio, no se concibe que un particular aspire a obrar judicialmente en colaboración con un Municipio y a pedir a su favor tal declaratoria, con el objeto de privar al mismo Municipio, ya de parte de la cosa misma, en el evento de quedar como comunero de él (artículo 843, C. J.), ya del dinero que le pague por valor de la misma cuota, a título de precio de sus gestiones. — 2.—La acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aun tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si bien es verdad que tal clase de posedeor carece de título justo e inscrito y de buena fe al acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación, por lo mismo que ya viene dicho que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente. Y en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto es, que aparezca abandonado y sin dueño aparente conocido, desaparece ante un poseedor cualquiera. 3.—En cuanto a la negación indefinida bien está que las negaciones no se demuestren, pero si en todos los casos o en la mayoría de ellos las negaciones se reducen a la afirmación de hechos positivos, cuya existencia puede comprobarse por apoyarse de resultas de éstos, es claro que debe correr de cuenta del actor la plena demostración de tales hechos positivos en que ha fundado su acción y en que se basan las negaciones, para el éxito del medio judicial instaurado.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

### Antecedentes

Adolfo Carrizosa, mayor y vecino de Bogotá, presentó demanda ante el Juzgado 1º de este circuito, denunciando como bien vacante una casa con sus tiendas, ubicada en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, en la calle 6ª, entre carreras 8ª y 9ª, marcada antes con los números 95 y 97, hoy con los números 8-59 y 8-63, cuya alinderación se determina en el respectivo libelo.

Como hechos fundamentales de la acción señala los siguientes: a) la finca que denuncia, con su tienda, no tiene título inscrito a favor de ninguna persona; b) se ignora quién sea el dueño de ella y su paradero; c) la finca relacionada se encuentra dentro del Municipio de Bogotá.

Como el actor designó a éste como tenedor del inmueble que estimaba como vacante, la demanda se notificó al Municipio, en

la persona de su Personero, como representante legal, quien no sólo se negó a coadyuvar la referida acción, sino que de manera expresa y terminante se opuso a la declaratoria de vacancia solicitada, alegando que dicha finca pertenece al Municipio. Agrega el representante de la entidad distrital que si bien está en poder del Municipio y éste no desconoce su existencia, debe concluírse que la intervención de un extraño no puede tener cabida en este caso, porque no existe el descubrimiento exigido por la ley, ni tal bien se halla sin dueño aparente o conocido. Solamente en caso de que el Municipio desconociera su existencia podría caber tal denuncia, y esa contingencia, prevista tanto en la ley como en el Acuerdo municipal número 1 de 1931, no se contempla en los autos.

Seguido el juicio por los trámites de un ordinario, el Juez **a quo** finalizó la primera instancia en sentencia fechada el 25 de enero de 1937, en la cual adjudicó el bien materia de la acción al Municipio de Bogotá y al denunciante Carrizosa, en la proporción que les corresponde, por no haberse presentado dueño aparente o conocido, y considerarse como vacante, por esa circunstancia. Dispuso igualmente la inscripción de la sentencia, para que sirviera en lo futuro de título de propiedad.

El representante del Municipio apeló de dicho fallo, y, seguida la secuela de rigor, el Tribunal Superior de Bogotá le puso término en sentencia de segundo grado, fechada el 9 de junio de 1938, que en substancia confirmó la del Juzgado, reformándola únicamente en el sentido de adjudicar a la señorita María I. Talero Guzmán la tercera parte de lo que corresponda al denunciante, como cesionaria reconocida de dicha cuota. En forma tal que las dos providencias mencionadas reconocían al bien denunciado la calidad de vacante y lo adjudicaban a la entidad municipal y al denunciante, en la forma determinada por el artículo 82 de la ley 153 de 1887.

### La sentencia acusada

Comienza el Tribunal por sostener en el fallo acusado en casación que el hecho de no tener dueño aparente o conocido es la característica esencial del bien vacante, y como tal hecho envuelve una negación de carácter indefinido, corresponde de consiguiente la carga de la prueba no a quien enuncie tal hecho sino a quien afirme el hecho contrario, esto es, que el bien denunciado tiene un dueño aparente o conocido. Estima que esa es la verdadera razón jurídica del artículo 843 del C. J., cuando dispone que si no se presenta opositor o si éste no justifica su pretensión, el juez debe adjudicar el bien al Municipio y al demandante particular, si lo ha habido.

Acepta el Tribunal fallador que el inmueble se halla en poder material del Municipio y que los órganos de éste pretenden que es de su propiedad; pero agrega que como ningún título de dominio se ha presentado, ni modo alguno de adquisición, por parte del Municipio, el solo hecho de haber figurado esa finca entre los bienes fiscales del Municipio no le confiere título, como tampoco el haberlo tenido a su servicio con ánimo de dueño, pues ni se alegó prescripción adquisitiva del dominio, ni están probados los elementos esenciales de ésta; por lo cual concluye que no hay título para la ordinaria, ni se acreditó posesión material por el tiempo necesario para la extraordinaria.

Termina el Tribunal de instancia sosteniendo que lo esencial en materia de vacantes no es el desconocimiento del bien, materialmente considerado, sino el desconocimiento de su dueño, que es cosa distinta; y si no se ha presentado dueño que acredite su pretensión de dominio sobre el inmueble, hay un elemento patrimonial nuevo a favor del Municipio, cual es el derecho de dominio que a título de vacante se le adjudica en este juicio. Tal elemento no era tenido antes por el Municipio y en él se halla el beneficio que le proporciona el denunciante con el buen éxito de esta acción.

### Recurso de casación

Por estimar que ese fallo perjudicaba al Municipio lo acusa en casación el Fiscal del Tribunal, y señala como causales de tacha la primera y la segunda de las consagradas en el artículo 520 del C. J. Sustentado el re-

curso por el señor Procurador Delegado en lo Civil, concreta numerosos motivos de acusación, por estimar violados varios preceptos substantivos de la ley y por diversos errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. En acatamiento a lo dispuesto en los artículos 537 y 538 ibídem, se examinan en orden lógico las referidas causales y por estimar suficiente una de éstas para quebrar la sentencia recurrida, se pasa a considerarla, sin lugar a examinar las restantes. Así la presenta y concreta el Personero del Municipio:

**Violación del artículo 762 del C. C., por infracción directa.**

Sostiene el recurrente que los bienes vacantes son aquellos que se encuentran sin dueño aparente o conocido, es decir, cuando no existe una persona que posea el bien que se reputa vacante; existiendo un poseedor, con cualquiera clase de posesión que ejerza sobre el bien, desaparece automáticamente la calidad de vacancia que pudo tener. Si existe una posesión verdadera, la cosa deja de ser "res derelicta", pues al ocupar un bien de esa clase se adquiere la posesión.

La presunción de dominio consagrada en el artículo 762 del C. C. solamente desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material. Es necesario que el que pretende desposeer al poseedor material de un inmueble exhiba un título constitutivo o traslaticio de dominio, de fecha anterior al momento en que comenzó la ocupación material. No puede el denunciante de un bien vacante estar en una situación más ventajosa que la de aquella persona que aduce un título regular e inscrito y que, con todo, no puede triunfar contra el poseedor material.

Agrega el recurrente que el Tribunal, haciendo un uso extensivo del tan discutido principio de la negación indefinida, considera que desde el momento que una persona afirma que un bien es vacante, obliga al poseedor a desvirtuar ese hecho con la afirmación, basada en probanzas efectivas, de que sí tiene título de propiedad. Con un criterio semejante se derrumba por su base el régimen jurídico de la propiedad y se desvirtúan los artículos 762, 763 y siguientes del C. C., que consagran la posesión y dan al titular de ella el derecho a usucapir el inmueble poseído.

**Estudio del cargo**

Son bienes vacantes los inmuebles que, habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen en la actualidad dueño aparente o conocido. Los terrenos vacantes no son baldíos y hay diferencia entre estas dos clases de bienes: el carácter de los primeros estriba en haber tenido dueño y haberlos éste abandonado (artículos 706 del C. C., y 1º y 5º de la ley 55 de 1905); los segundos son aquellas porciones del territorio de la Nación que pertenecen a ésta, por no haber sido transmitidos a persona alguna y que bajo el imperio de la actual legislación no han sido apropiados particularmente con títulos legítimos.

De donde se deduce lógicamente que para que sean bienes vacantes los que aparecen sin dueño aparente, es preciso que hayan estado en dominio anterior del hombre, que hayan tenido dueño; si nunca han estado en dominio particular ni incorporados a un patrimonio privado, en tal caso no serían vacantes sino baldíos y no podrían ser objeto de una acción sobre declaratoria de vacante.

El artículo 82 de la ley 153 de 1887, citado como violado por errónea interpretación, estatuye que pertenecen a los municipios los bienes vacantes que se hallen dentro de sus límites. Se deduce claramente del texto de tal disposición que la acción de vacancia tiene como directa y principal finalidad favorecer a los municipios, adjudicándoles aquellos bienes situados dentro de sus límites jurisdiccionales y que aparezcan abandonados por sus anteriores dueños.

De allí que la actuación judicial sobre declaratoria de vacancia de un inmueble debe ser instaurada y dirigida, por regla general, por los representantes legales de los municipios, a efecto de agregar al patrimonio distrital los bienes que reúnan esa calidad. De manera tal que cuando un particular instaura esta clase de acción, puede decirse que obra y actúa para el municipio en cuyo be-

neficio debe hacerse la declaración de vacancia y la consiguiente adjudicación del bien denunciado.

Si, pues, el resultado favorable de esta acción ha de traducirse inevitablemente en provecho del Municipio, y si al ejercitarla un particular, debe darse lugar a la coadyuvancia de que habla el artículo 830 del C. J., se impone con toda lógica la conclusión de que en ninguna circunstancia la acción de vacancia de un inmueble puede enderezarse contra el respectivo municipio, señalándolo como demandado, ya en su condición de simple tenedor, ora como poseedor de ésta.

Consagrar la tesis contraria y convenir, como lo acepta la sentencia recurrida, que un particular pueda asumir el puesto de actor en un juicio de bienes vacantes y señalar al Municipio como demandado, sería tanto como consagrar el absurdo de que se comparece en nombre y beneficio de una persona y se le asigne a ésta misma, el papel de opositora y demandada, con el fin de obtener una declaración judicial que la perjudique. Si por consagración expresa de la ley, pertenecen a los Municipios todos los bienes vacantes comprendidos dentro de su territorio, no se concibe que un particular aspire a obrar judicialmente en colaboración con un Municipio y a pedir a su favor tal declaratoria, con el objeto de privar al mismo Municipio, ya de parte de la cosa misma, en el evento de quedar como comunero de él (artículo 843 del C. J.), ya del dinero que le pague por valor de la misma cuota, a título de precio de sus gestiones.

Fuera de lo dicho, conviene recordar que en el caso de autos el Municipio de Bogotá, ha demostrado que tiene desde hace varios años la posesión quieta y pacífica del inmueble denunciado, sin que ella adolezca de vicios manifiestos como los de violencia o clandestinidad, y la acción de vacancia no puede enderezarse contra el poseedor, ya que se entiende por vacante el inmueble que se encuentra dentro del territorio, sin dueño aparente o conocido. Y es evidente que todo poseedor se reputa y se presume dueño de la cosa mientras no se demuestre lo contrario.

Y tal principio puede llevarse hasta el extremo de que la acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aun tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si bien es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo e inscrito y de buena fe al acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación, por lo mismo que ya viene dicho que el poseedor se repute dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente. Y en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto es, que aparezca abandonado y sin dueño aparente conocido, desaparece ante un poseedor cualquiera.

Aun aceptándose que el inmueble no estuviera inscrito, como en el caso de autos, habiéndose demostrado por el Municipio que viene ejerciendo desde hace muchos años actos de posesión tranquila sobre ese inmueble, consistentes en hechos positivos a que sólo da derecho el dominio, forzoso era concluír que el Municipio ejercía sobre la cosa derechos de dueño, y por esa circunstancia, la casa denunciada aparecía con dueño aparente y conocido a la fecha de la demanda.

Tanto es esto así que los artículos 838 y siguientes del C. J. disponen que la demanda se notifique a la persona que se designe como tenedora u ocupante y sólo en el caso de que ésta haga oposición y no justifique su pretensión, se hará la adjudicación del bien al Municipio respectivo. Se explica bien tal circunstancia, porque la mera tenencia no confiere al simple tenedor las ventajas de la posesión, tales como el ejercicio de las acciones posesorias y la adquisición de la cosa por prescripción, amén de poder conservarla hasta tanto que un dueño con mejor derecho la reivindique en sus manos. De donde es de rigor concluír que esa acción sólo puede ejercitarse contra un tenedor o detentador de la cosa, pero tal medio judicial debe quedar enervado ante un poseedor. De allí que los tratadistas modernos estimen que esta clase de bienes tiende a desaparecer en los tiempos actuales.

---

Aceptadas las anteriores conclusiones, es de lógica reconocer que la sentencia acusada violó el artículo 762 del C. C., por infracción directa, lo mismo que algunos otros de los señalados en la demanda de casación, tales como el 706 de la misma codificación y 82 de la ley 153 de 1887, dándoles a estos últimos un alcance que no pueden tener. Se impone, por esa circunstancia, el extremo de casar el fallo y asumir la Corte la función de tribunal de instancia, a efecto de negar por esas considederaciones la declaratoria de vacancia solicitada por el actor en este proceso. Pero como quiera que dicha providencia de segundo grado hace en su parte expositiva declaraciones que no es posible dejar en pie, la Corte considera de conveniencia doctrinaria agregar a esas consideraciones las siguientes:

**Sentencia de instancia**

No se acepta la tesis que sirve de sustentáculo al fallo del Tribunal y que se hace consistir en este razonamiento: el hecho de no tener dueño aparente o conocido es la característica del bien vacante, y como tal hecho envuelve una negación de carácter indefinido, no corresponde la carga de la prueba a quien lo enuncie, sino a quien afirme el hecho contrario, esto es, que el bien tiene dueño aparente o conocido.

Lejos de compartir tan injurídica conclusión, sostiene la Sala que, al tenor de los artículos 593 y 595 del C. J., toda decisión judicial, en materia civil, debe fundarse en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparece demostrada de manera plena y completa. Es evidente que la aplicación del criterio del Tribunal y la consagración de una interpretación tan extensiva del discutido principio de la negación indefinida, desplazaría definitivamente de la técnica procesal fórmulas tutelares. Bien está que las negaciones no se demuestren, pero si en todos los casos o en la mayoría de ellos las negaciones se reducen a la afirmación de hechos positivos, cuya existencia puede comprobarse por apoyarse de resultas de éstos, es claro que debe correr de cuenta del actor la plena demostración de tales hechos positivos en que ha fundado su acción y en que se basan las negaciones, para el éxito del medio judicial instaurado.

Aplicadas tales reglas al caso de autos, se tiene que el actor Carrizosa, para el debido éxito de sus pretensiones, estaba obligado a demostrar eficazmente tres hechos afirmativos, a saber: a) que el bien en referencia tuvo un dueño; b) que éste lo abandonó; y c) que en la fecha del denuncio este bien aparece sin dueño aparente o conocido.

Ninguno de esos tres requisitos, todos de carácter afirmativo, se demostró en el haz probatorio, de manera que aun aceptándose el absurdo de que tal acción fuera pertinente contra el Municipio y tuviera viabilidad, habría que negar la declaración solicitada. Al efecto, los testigos presentados por el actor se limitan a decir que allá por el año de mil novecientos diez y siete la casa denunciada estaba dedicada a inquilinato y la ocupaban personas particulares; agregando algunos de tales declarantes que en tal época funcionaba en ella una casa de huéspedes de una señora de apellido Cabrera. Pero es indudable que de tales testimonios no se desprende, ni desprenderse puede, que efectivamente el inmueble denunciado como vacante hubiera tenido un dueño anterior, con título inscrito, o que siquiera como poseedor pretendiera tener sobre ella los derechos de propietario.

En cambio, el apoderado del Municipio, desde la contestación de la demanda, sostuvo que la entidad distrital ha venido poseyendo la finca de manera quieta y pacífica, como único señor o dueño, ejercitando los actos que son peculiares a esta clase de derechos. Con numerosos testigos ha evidenciado que desde el año de mil novecientos diez y ocho tiene la quieta posesión de esa casa, destinándola primero para escuela elemental y más tarde a imprenta del Municipio, realizando en ella las reparaciones y mejoras que fueron necesarias hasta acondicionarla para tales menesteres.

Pero hay más: en informe oficial presentado por el Personero Municipal de Bogotá en mil novecientos diez y ocho, la casa en cuestión figura al folio 118 como bien municipal, y esa misma declaración aparece en la oficina de catastro distrital, según certi-

ficado agregado al proceso por el mismo actor. De todo lo cual se desprende que el Municipio tenía en su poder el inmueble y no reconocía sobre éste derecho de dominio de otra persona. Salta a la vista que, en caso de que fuera pertinente la acción intentada, el demandante no ha evidenciado la existencia de los requisitos suficientes y necesarios para obtener la declaratoria solicitada por él.

**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 en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá el día 9 de junio de 1938, y revocando la de primera instancia, dictada por el Juez 1º Civil de este circuito el día 25 de enero de 1938, niega la declaratoria de bien vacante solicitada por el actor, respecto del inmueble que há sido materia de este proceso.

Sin costas.

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

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

## ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO

**1.—La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del C. C., que se extiende a todos los contratos bilaterales, está además establecida de una manera especial en el código citado en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador. (Artículos 1882, 1888 y 1930). El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (artículo 1880), pone al comprador en la capacidad legal para perseverar en el contrato o desistir de él (artículo 1882). A su turno, el comprador constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenido, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Sólo pueden enervarse estas acciones cuando en el caso del artículo 1882 el comprador está en mora de cumplir su obligación y cuando en el caso del artículo 1930 el vendedor no ha cumplido con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales. Puede también enervarse la acción resolutoria cuando el contratante contra quien se ejercita demuestra que, o por una fuerza mayor, o por un caso fortuito no imputable a él, no pudo cumplir su obligación en los términos pactados. Por otra parte, las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto cuya resolución se demanda. — 2.—No habiéndose fijado en la escritura de venta el plazo para que el vendedor suministre los datos referentes a la tradición de los bienes vendidos, se entiende que debe hacerlo inmediatamente después del contrato, so pena de quedar constituído en mora de entregar su prestación, de acuerdo con el artículo 1609 del Código Civil. (Artículo 1882 ibid.). — 3.—Las sociedades para la elaboración de minas son de cuatro clases, según el artículo 247 del C. de M.: colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias. Las acciones mineras de compañías ordinarias únicamente se consideran como inmuebles y de ahí que cuando se venden sea necesario indicar la procedencia de ellas para el registro de la escritura al tenor del artículo 16 de la Ley 40 de 1932.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Jesús Gómez y Teodosio Carvajal celebraron el contrato de compraventa a que se refiere la escritura 1,869, de 9 de septiembre de 1936, pasada ante el Notario 1º del Circuito de Medellín. En virtud de tal pacto Gómez vendió a Carvajal doce acciones de doscientas ochenta y ochoava, en el globo de minas formado por las llamadas "Primera continuación de La Bonita", "Segunda continuación oriental de La Bonita", "Primera continuación occidental de La Bonita", "Segunda continuación occidental de La Bonita", "Tercera continuación occidental de La Bonita" y "Cuarta continuación occidental de La Bonita", situadas todas en el municipio de Yolombó, en la fracción de Yalí, en el Cañón de San Andrés, paraje de "La Bonita".

El precio de la venta fue el de cuatro mil doscientos pesos ($ 200) moneda legal, a razón de $ 350 cada acción que el vendedor Gómez declaró recibido a su satisfacción.

Basado en este contrato el comprador Carvajal, en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 1882 del C. C., en libelo de fecha 5 de noviembre de 1936 demandó al vendedor Gómez para que se declarara que Carvajal tiene derecho a desistir y que en efecto desiste, del contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número 1,869 ya citada y que el demandado está obligado a restituírle al actor la suma de $ 4,200 moneda corriente, precio de la compra de las acciones que Carvajal entregó a Gómez y además que debe pagarle la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) como indemnización de

perjuicios que le causó con la no entrega de las acciones ya mencionadas.

Con fecha 25 de noviembre del citado año fue adicionada la demanda con la siguiente petición, como subsidiaria: Que el demandado está en la obligación de restituír al demandante la cantidad de $ 4,000 que recibió de éste en pago de lo que no le debía.

Los hechos de la demanda pueden sintetizarse así: Que el demandante compró al demandado y le pagó al contado las acciones a que se refiere la escritura 1869, cumpliendo así su obligación principal; que el vendedor no llevó oportunamente los datos referentes a la procedencia de las acciones mineras vendidas, no obstante que el Notario firmó la escritura, advirtiendo a Gómez que antes de extender la copia debía complementar los datos referentes a dicha procedencia; que en tratándose de venta de bienes raíces la tradición no se hace sino por medio del registro y que éste no puede verificarse si en la escritura no se menciona el título del tradente o causante; que es obligación del vendedor, en lo tocante a la entrega o tradición, ejecutar todos los actos necesarios para cumplir con su deber de entregar o trasmitir; que Gómez, por hecho o culpa suya retardó la entrega o tradición de las acciones vendidas y que el demandante no pudo vender tales acciones, pues no era aún dueño por falta del registro, y finalmente que la época de la demanda ya no le interesa al negocio y como comprador le asiste el derecho de desistir del contrato.

A su turno Jesús Gómez G. contrademandó a Teodosio Carvajal para que se declarara que el primero tiene derecho a que se le rebaje de la suma de seis mil pesos ($ 6,000) en que compró a Carvajal la finca alinderada en la escritura 1,867 de 9 de septiembre de 1936, corrida ante el Notario primero de Medellín, la suma de mil pesos ($ 1,000) que vale la casa de bahareque con su solar correspondiente y demás mejoras y anexidades que resultó ser de propiedad del señor Efraín Vásquez y que se encuentra dentro de los linderos por los cuales Gómez compró a Carvajal la mencionada finca y que éste está en la obligación de devolverle esa suma de dinero y pagarle los perjuicios que le cause con la demora en la entrega de la casa.

Este doble litigio fue fallado en primera instancia, en sentencia de 9 de septiembre de 1937 por el Juez de Puerto Berrío, el cual accedió a las peticiones del demandante Carvajal, con excepción de la referente a los perjuicios, así como también accedió a la petición del contrademandante Gómez fijando en seiscientos pesos ($ 600) moneda corriente la suma que Carvajal estaba obligado a devolverle.

Ambas partes apelaron de este fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia del 30 de julio del año próximo pasado revocó la del inferior y negó las declaraciones pedidas tanto en la demanda principal como en la de reconvención.

El apoderado del demandante Carvajal interpuso recurso de casación, que concedido y tramitado debidamente, pasa a decidirse.

El Tribunal fallador acepta y parte de la base de que los datos de la procedencia de las acciones mineras que debía suministrar Gómez para que se pudiera expedir copia de la escritura 1,869, y por ende registrarla, no fueron suministrados por Gómez sino después de la notificación de la demanda. Pero también sostiene que, como el artículo 1882 del C. C. habla de la mora del vendedor en entregar lo vendido, ha debido requerírsele para constituírlo en mora aplicando el numeral 3º del artículo 1608 del C. C. Por eso se expresa así: "De esto se desprende que para que Gómez quedara en mora o retardo de cumplir la obligación de llevar los datos, debió habérsele reconvenido judicialmente; y que mientras esa reconvención no ocurriese, había una aquiescencia tácita de Carvajal a la demora que iba ocurriendo".

En definitiva ésta es la base de la sentencia.

**Demanda de casación**

El recurrente alega la causal primera del artículo 520 del C. J. y señala como violados los artículos 1608 del C. C. por aplicación indebida y 1882 del mismo estatuto por

interpretación errónea. Sostiene el recurrente, en síntesis, que no habiéndose fijado plazo para que el vendedor de las acciones, señor Gómez, llevara los datos sobre la procedencia de las acciones mineras, ha debido suministrarse ese dato inmediatamente, cosa que no hizo el vendedor puesto que se demoró más de sesenta días en cumplir tal obligación. Sostiene que el Tribunal erró al considerar que el vendedor cumplió su obligación al suministrar tardíamente los datos y que asímismo erró al sostener que debía ser requerido para tal efecto.

**Estudio de los cargos**

Vistas la sentencia recurrida y la acusación formulada en la demanda de casación, la Corte considera:

La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del C. C., que se extiende a todos los contratos bilaterales, está además establecida de una manera especial en el código citado en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador. (Artículos 1882, 1888 y 1930). El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (artículo 1880), pone al comprador en la capacidad legal para perseverar en el contrato o desistir de él (artículo 1882). A su turno, el comprador constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenido, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio.

Sólo pueden enervarse estas acciones cuando en el caso del artículo 1882 el comprador está en mora de cumplir su obligación y cuando en el caso del artículo 1930 el vendedor no ha cumplido con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales.

Puede también enervarse la acción resolutoria cuando el contratante contra quien se ejercita demuestra que, o por una fuerza mayor, o por un caso fortuito no imputable a él, no pudo cumplir su obligación en los términos pactados.

Por otra parte, las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto cuya resolución se demanda.

Establecido lo anterior, la Corte encuentra: En la escritura 1869 de 9 de septiembre de 1936 no se señaló ningún plazo ni modalidad para el cumplimiento de las obligaciones recíprocas de las partes. El comprador señor Carvajal entregó en el acto de firmar el contrato el precio de las acciones mineras que le compró al señor Gómez, cuestión ésta incontrovertida y aceptada en el proceso. Cumplió así el comprador con su primordial obligación (artículo 1928 del C. C.). El vendedor, puesto que no se estipuló plazo ni condición, ha debido en el mismo acto o momento en que se firmó la escritura suministrar el dato sobre la procedencia de las acciones para que pudiera expedirse copia de la escritura y registrarse ésta a fin de que así se verificara, con el registro, el fenómeno de la tradición de las acciones vendidas. Esta era una de las obligaciones primordiales del vendedor (art. 1880 ibidem). Mas ese registro y por ende esa tradición no pudo verificarse sino sesenta días después de firmada la escritura, que fue cuando el vendedor Gómez suministró los datos necesarios para que el Notario pudiera expedir copia. Al tenor del artículo 16 de la Ley 40 de 1932 el registro de la escritura no podía hacerse sino una vez que en ésta estuvieran insertos los datos sobre la procedencia de las acciones mineras vendidas por Gómez a Carvajal.

La demora de Gómez en suministrar esos datos no aparece justificada en los autos según se verá adelante.

El Tribunal aceptó lo anterior pero conceptuó que como el artículo 1882 citado habla de retardo en la entrega de lo vendido y que ese retardo constituye mora, ha debido ser requerido el vendedor de acuerdo con el artículo 1608, numeral 3º del C. C., pues estimó que el numeral 1º de dicho artículo, no era aplicable al caso.

Dados los términos del artículo 1882, o sea que el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o en la época prefijada en él y considerando que las partes no señalaron plazo

para que el vendedor suministrara los datos sobre la procedencia de las acciones, resulta que no era necesario el requerimiento para que Gómez quedara en mora, pues en ella quedó desde el momento en que firmó el contrato. Tan cierto es lo anterior, que advertido Gómez por el Notario, al extender la escritura, sobre que debía llevar los datos de la procedencia de las acciones para que pudiera extenderse la copia de aquélla, contestó que lo haría inmediatamente, adverbio que significa al punto, al instante, y lo cual, como está comprobado en autos, no hizo.

Resulta de lo anterior que el Tribunal dejó de aplicar el numeral 1º del artículo 1608 del C. C., aplicó indebidamente el numeral 3º de dicho artículo e infringió el artículo 1882 por no haberlo aplicado al caso de este pleito.

Por lo tanto, el cargo en casación es fundado y la sentencia debe caer.

**Sentencia de instancia**

Para dictar sentencia de instancia, la Corte considera:

El artículo 16 de la Ley 40 de 1932, es del siguiente tenor; "En todo acto, instrumento y sentencia, sobre traspaso o transferencia del dominio de un inmueble se relacionará el título del tradente o causante, o se hará la declaración expresa de que carece de ese título. Sin el cumplimiento de ese requisito no se hará el registro del acto o título. En la inscripción del registro respectivo se relacionará siempre el título anterior".

La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa con la inscripción del título de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (artículo 756 del C. C.), luego teniendo en cuenta las dos disposiciones que se acaban de citar, ese fenómeno no podía verificarse mientras no se hiciera el registro y éste no podía hacerse mientras no se presentara copia de la escritura de venta, que a su vez no podía expedirse sin tener insertos los datos sobre procedencia de las acciones.

Ahora bien: como no se fijó plazo o término para que el vendedor allegara tales datos, debió hacerlo inmediatamente después del contrato. Aunque el adverbio inmediatamente, tiene un sentido gramatical estricto, puede también tomarse en un sentido relativo, y de ahí que el juzgador tenga facultad para decidir y apreciar en cada caso si ha habido o no retardo en el vendedor o en el comprador de cumplir con su obligación principal, de acuerdo con la naturaleza de la obligación y los elementos probatorios que aparezcan en los autos, en cada caso.

En este proceso los datos que suministró el vendedor muchos días después de firmada la escritura fueron estos: "Hubo lo que vende por la escritura 792 de 20 de abril de 1858 y de 9 de septiembre, ambas del presente año, la primera en la partición de Miguel Valencia & Co. y la otra de Antonio Patiño, ambas de esta Notaría".

Y estos datos los suministró después de que el comprador Gómez mandó a la Notaría, varias veces, por copia de la escritura y de haberle dicho en esa oficina que no se le podía dar la copia por la falta de los datos.

En la misma Notaría, pues, donde se otorgó la escritura 1869 estaban los datos sobre procedencia de las acciones mineras vendidas y no sólo en la misma Notaría sino que esos datos eran muy recientes, puesto que correspondían al año en que se otorgó la escritura de compraventa de las acciones.

De lo anterior se deduce rectamente que para el vendedor Gómez era fácil y expedito el suministro inmediato de los datos sobre procedencia de las acciones, pues puede decirse que los tenía a la vista, y entonces no puede justificarse la demora de sesenta días en el suministro de tales datos. Y como el registro no se lleva ni en las notarías ni en la oficina de registro, por los nombres de los adquirentes, no le era sencillo a Carvajal obtenerlos, aunque sin ser de su cargo, se hubiera guiado por su interés en registrar. El contrato de compraventa se celebró el 9 de septiembre de 1936, y ese día, a juicio de la Corte, y por lo que acaba de expresarse, ha podido Gómez suministrar los datos sobre la procedencia de las acciones. El 21 de noviembre de ese año le fue notificada la demanda a Gómez (fol. 6º del cuaderno principal), y en esa fecha todavía no había suministrado los datos según certificado del Notario ante quien se otorgó la escritura, certificado que corre al folio 16 del cuaderno número 2º y

que en lo pertinente dice: "Se escribió (el dato) más o menos el veinticinco de noviembre del año pasado, día en que don Jesús Gómez suministró el dato de propiedad que se echaba de menos; y el mismo día más o menos se le entregó la copia ya completa".

Hubo pues mora en Gómez en cumplir con una de sus obligaciones de vendedor, mora que no ha justificado y que no lo excusa.

Las sociedades para la elaboración de minas son de cuatro clases, según el artículo 247 del C. de C.: colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias. Las acciones mineras de compañías ordinarias únicamente se consideran como inmuebles y de ahí que cuando se venden sea necesario indicar la procedencia de ellas para el registro de la escritura al tenor del artículo 16 de la Ley 40 ya transcrito.

Como el vendedor Gómez no cumplió oportunamente con la obligación de suministrar los datos de que ya se ha hecho referencia, puso en incapacidad legal al comprador de disponer de las acciones, puesto que, no hizo la diligencia oportuna para que el dominio de ellas, por medio del registro o inscripción, se radicara en cabeza del comprador Carvajal.

No interesa para el caso del pleito que los demás accionistas de la mina hubieran renunciado al derecho de retracto de que trata el artículo 275 del C. de M., puesto que esa renuncia no capacitaba al comprador para disponer libremente de sus acciones, para venderlas a terceros, porque se repite, el título no estuvo registrado durante un lapso considerable, dada la facilidad que tenía el vendedor para suministrar los datos de procedencia de las acciones.

Por lo mismo que las partes no señalaron plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, el vendedor, según el artículo 1882 del C. C. debía haber cumplido inmediatamente su obligación, así como el comprador cumplió con la que le correspondía. Ese cumplimiento estaba dentro de la posibilidad de ser inmediato, por lo que ya se ha expresado.

La Corte ha dicho al respecto lo siguiente: "En algunos contratos la ley, a falta de estipulación expresa, fija el momento en que deben cumplirse, como sucede verbigracia, en la compraventa, artículos 1882, inciso 1º del C. C., 234, 247 del C. de C.; y como esas disposiciones deben entenderse incorporadas en los respectivos contratos (artículo 38 de la Ley 153 de 1887), es claro que en tales casos no se necesita requerimiento previo para constituír en mora porque las partes lo están por ministerio de la ley si dejan pasar, sin cumplir el contrato, el tiempo señalado por ella misma. (Gaceta Judicial, Tomo XXXI, de 21 de mayo de 1924).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se concluye que la acción del demandante debe prosperar al tenor de los artículos 1880 y 1882 del C. C., puesto que el vendedor, a su debido tiempo no hizo la gestión adecuada, a que estaba obligado, para que la tradición del dominio de las acciones, se radicara, de acuerdo con el artículo 756 del C. C. en cabeza del comprador Carvajal.

En cuanto a los perjuicios demandados el vendedor debe al comprador los intereses legales sobre la suma de cuatro mil doscientos pesos ($ 4,200) moneda corriente desde el nueve de septiembre de mil novecientos treinta y seis hasta que verifique el pago (art. 1617 del C. C.), puesto que no se demostraron otra clase de perjuicios.

En la sentencia de segundo grado, el Tribunal negó las declaraciones pedidas en la contrademanda. El contrademandante señor Gómez, no interpuso recurso de casación, y por esto, esa parte del fallo debe quedar en firme, pues la Corte no tiene jurisdicción, por lo que acaba de expresarse, para estudiar ese extremo, que quedó en firme por no haberse intentado el recurso contra él.

La parte demandada ha sostenido que el contrato de que da cuenta la escritura 1869 citada fue de permuta, pero este aserto no está demostrado en autos. El día nueve de septiembre de mil novecientos treinta y seis se celebraron tres contratos entre Carvajal y Gómez, que quizá tengan alguna vinculación entre sí; pero, en todo caso, como son actos separados, debe estarse a lo que en ellos se expresa y de lo estipulado en la escritura 1869 no aparece que los expresados contratantes hubieran celebrado el contrato de permuta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, adminis-

trando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa parcialmente** la sentencia recurrida, o sea la pronunciada por el Tribunal Superior de Medellín el treinta de julio de mil novecientos treinta y ocho y reformando la del Juez del Circuito de Puerto Berrío, de fecha nueve de septiembr ede mil novecientos treinta y siete, **falla** así este pleito:

**Primero.**—Declárase resuelto el contrato de compraventa de las acciones mineras de que da cuenta la escritura mil ochocientos sesenta y nueve (1869), de nueve (9) de septiembre de mil novecientos treinta y seis (1936), otorgada en la Notaría primera de Medellín, y celebrada entre Teodosio Carvajal y Jesús Gómez G.

**Segundo.**—Como consecuencia de la declaración anterior, se condena a Jesús Gómez G. a restituír a Teodosio Carvajal la suma de cuatro mil doscientos pesos ($ 4,200) moneda corriente, que éste pagó a aquél como precio de las acciones que le compró, en virtud del contrato cuya resolución se ha decretado. Esta restitución la deberá hacer Gómez a Carvajal, seis días después de la ejecutoria del auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictarse por el juez **a quo**, en virtud de ese fallo y pagará asimismo los intereses legales de esa suma, desde el nueve de septiembre de mil novecientos treinta y seis hasta el día del pago.

**Tercero.**—Se absuelve al demandado Jesús Gómez G. de los demás cargos de la demanda.

**Cuarto.**—Líbrense, por el juez **a quo,** los correspondientes oficios al Notario primero de Medellín y al Registrador de Instrumentos Públicos de Yolombó, para la cancelación respectivamente de la escritura 1869 de 9 de septiembre de 1936 y de su registro.

**Quinto.**—No se hacen las declaraciones solicitadas en la contrademanda y por lo tanto se absuelve al contrademandado de los cargos deducidos en ella.

**Sexto.**—Sin costas en el juicio ni en el recurso.

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

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

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.—RELACIONES ENTRE PATRONOS Y EMPLEADOS.—DERECHOS DE ESTOS CONFORME A LA LEY 10 DE 1934.

**1.—Tiene lugar el contrato de arrendamiento de servicios cuando en el servicio que una parte debe prestar a la otra predomina el esfuerzo intelectual sobre la mano de obra. —2. Es el artículo 1546 y sus concordantes del Código Civil la fuente de donde dimanaba antes y dimana hoy el derecho de todo arrendatario de servicios inmateriales —empleado— por término fijo, para hacerse resarcir los daños que le infiera el arrendador —patrono— con el acto de declarar roto el contrato antes de la época estipulada en la respectiva convención. En este caso para nada juegan los artículos 2,056 y 2,059, en razón de que esas disposiciones, aplicadas a servicios inmateriales, de acuerdo con el artículo 2,063, contemplan el caso especial de que se trate de una sola y única obra contratada. Pero cuando son servicios de carácter continuo, de los contemplados por el artículo 2,064, el rompimiento festinado del contrato por obra de una de las partes resulta imposible de regular por los citados artículos 2,056 y 2,059, en fuerza de lo cual hay que acudir a los preceptos generales sobre incumplimiento de las convenciones. Así, pues, cuando el contrato de arrendamiento de servicios es ajustado por un tiempo determinado, ninguna de las dos partes puede, sin el consentimiento de la otra, romper la convención y sustraerse a sus compromisos; ese acto arbitrario hace incurrir al responsable en una grave culpa contractual, que le obliga a indemnizar perjuicios según las reglas generales. Cuando ese rompimiento es obra del arrendador o del patrón, el lucro cesante del arrendatario o empleado es igual al salario que hubiera podido percibir en virtud del contrato por el tiempo que a éste le falta de cumplimiento. — 3.—La ley 10 de 1934 acabó con la facultad discrecional y sin consecuencias del artículo 2,066 del C. C., creando el auxilio de cesantía al cual tiene derecho tanto el empleado despedido sin causa justa antes de la expiración normal del tiempo prefijado, como el que cesa en sus funciones por consecuencia de la llegada de ese término. Esa ley 10 no es el único estatuto regulador de las relaciones entre patronos y empleados, pues al lado de ella subsisten las disposiciones y principios de derecho común ordenadores de la estructura general de los contratos y de los derechos y obligaciones emanados de éstos, en tanto les sean aplicables, porque no pugnen con la nueva norma, cuyos mandatos son esencialmente de orden público social.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

## Hechos

Entre los señores Armando Dugand, en su calidad de gerente de la Litografía Barranquilla, sociedad anónima establecida en Barranquilla, y Pedro Vegas, ciudadano venezolano, firmóse en 1934 un contrato sobre prestación de servicios, por el primero en la ciudad citada y por el segundo en la ciudad de Caracas, ante el cónsul de Colombia.

Por ese contrato Vegas se obligó a trasladarse de Caracas a Barranquilla, con el fin de prestar sus servicios y conocimientos profesionales a la Litografía en el ramo de impresión litográfica, durante tres años contados desde la fecha en que el contrato fuera visado en Caracas por el cónsul de Colombia, hecho que sucedió el 13 de septiembre del año citado.

Entre los muchos detalles del contrato merecen citarse, el del sueldo estipulado en favor de Vegas a razón de ciento veinte pesos mensuales ($ 120.00); el reconocimiento por la Litografía de los gastos de viaje de Vegas; las obligaciones de éste consistentes en hacerse cargo del manejo, dirección y funcionamiento de dos prensas litográficas, siguiendo en los respectivos trabajos las instrucciones del director técnico de la Litografía; y por último, la siguiente cláusula: "Si por cualquier circunstancia, causa o motivo, hubiere necesidad de introducir reforma, adiciones o modifi-

caciones en las estipulaciones del presente contrato durante el tiempo de vigencia del mismo, las partes quedan en la obligación de notificarse con lo menos noventa (90) días de anticipación, por escrito".

El 28 de agosto de 1935, aproximadamente un año después de estar en vigencia y ejecución el contrato anterior, la Litografía Barranquilla, por conducto de su gerente dirigió una carta al señor Vegas en que le notifica que: "Estando pronto para finalizar el primer año de sus servicios a nuestra empresa, y deseosa ésta de buscar por todos los medios posibles una mejor producción, nos vemos en la imperiosa necesidad de anunciarle que, de acuerdo con los términos del contrato firmado con usted, señalamos desde la fecha de hoy el principio del término de noventa días (90) al cabo de los cuales automáticamente caducará el referido contrato. Esto significa que el contrato caducará el día veintiseis (26) de noviembre del presente año, y queda usted avisado debida y oportunamente, por medio de la presente.

"Nos obliga más que todo a tomar esta determinación, que somos los primeros en lamentar de manera positiva, el hecho indiscutible de que por una razón u otra, usted no ha sido capaz, y perdone nuestra franqueza, de imprimir un trabajo en la forma en que todo impresor consciente y de amor propio lo haría. Ha sido mucha la paciencia demostrada por el señor Bernardo Arango, Director de Talleres, y el suscrito Gerente, al tratar de obtener un mejor rendimiento de los servicios de usted, en la esperanza de que sus años de práctica lo pusieran pronto al tanto del manejo de nuestras prensas, pero nos hemos convencido hoy de que usted no puede, o no quiere, una de dos, servirle bien a la empresa".

En agosto del año siguiente, 1936, el señor Vegas promovió ante el juez del Circuito de Barranquilla demanda ordinaria contra la Litografía Barranquilla para que "se declare resuelto el contrato que celebramos en 13 de septiembre de 1934, por no haber dado cumplimiento a las estipulaciones contenidas en él, y como consecuencia de la resolución se condene a la Litografía a pagarme los perjuicios que me ha ocasionado por el incumplimiento, perjuicios que estimo en la suma de dos mil ochocientos ochenta pesos oro, que representa el valor de los 24 meses que faltaron para vencerse el contrato; a pagarme los 15 días de vacaciones remuneradas; el mes por auxilio de cesantía, más el valor del pasaje de regreso de esta ciudad a la de Caracas, que es la suma de sesenta pesos oro, con más, el pago de las costas".

La demanda se funda en que la conducta de Pedro Vegas como empleado de la Litografía, durante el tiempo en que estuvo al servicio de ella, nada dejó de desear de acuerdo con el contrato; no obstante lo cual la Litografía declaró caducado éste dándole así un uso indebido a la cláusula 7ª del mismo, con fútiles pretextos; y despidió a Vegas sin reconocerle el auxilio de cesantía, ni los gastos de regreso al lugar de su residencia, ni haberle concedido los quince días de vacaciones remuneradas que la ley le otorga a todo empleado.

En la contestación de la demanda la compañía demandada se opuso a la acción, alegando que Vegas, pasando por encima del contrato, 'se retiró intempestivamente de la Litografía, es decir, sin previo aviso, como lo ordena la cláusula a que se refiere el hecho que contesto" (cláusula 7ª).

A su turno la Litografía Barranquilla contrademandó a Vegas con el fin de que se declare resuelto el mismo contrato por incumplimiento del segundo, con las consiguientes indemnizaciones. Funda el incumplimiento en que Vegas sin notificar el desahucio dio por terminado el contrato y se retiró intempestivamente de la Litografía (hecho 9º), y en el quebrantamiento de las cláusulas primera y quinta del contrato (hecho séptimo).

El juez del conocimiento falló el pleito decretando la resolución del contrato, por causa de haberse retirado Vegas intempestivamente de la Litografía, pero se negó a condenarlo a perjuicios por no aparecer comprobados los que le hubiera causado a la empresa. A la Litografía la condenó a pagarle a Vegas la suma de sesenta pesos

(60) por concepto de quince días de vacaciones remuneradas.

El tribunal de Barranquilla en sentencia del 19 de agosto del año próximo pasado, contrariamente a lo sostenido por el juez, encontró que la Litografía era la que había violado el contrato, despidiendo sin motivo justificado a Pedro Vegas. Así que resolvió lo siguiente:

"1º Confírmase la sentencia apelada en los puntos a), b) y d) de su parte resolutiva;

"2º Condénase a la Litografía Barranquilla, S. A., a pagar al señor Pedro Vegas, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria, la suma de dos mil ochocientos ochenta pesos oro legal, que representa el valor de los 24 meses que faltaron para vencerse el contrato;

"3º No se accede a condenar a la empresa mencionada al pago del valor del pasaje de regreso de esta ciudad a la de Caracas, por cuanto la indemnización de perjuicios que se ordena pagar en esta sentencia la limita el artículo 2,056 del C. C. sólo a "lo que hubiere podido ganar en la obra";

"4º No se accede a condenar en costas por cuanto la oposición de la parte demandada no se considera temeraria, y

"5º Condénase a la Litografía Barranquilla, S. A., además, al pago de un mes de sueldo, ciento veinte pesos, al señor Pedro Vegas".

Contra esta sentencia interpuso el recurso de casación el apoderado de la empresa demandada. Concedido éste y tramitado debidamente en la Corte, procede ya su decisión.

### Las razones del Tribunal

El tribunal razonó más o menos así para deducir la responsabilidad de la empresa demandada:

1º Se está en presencia de un contrato de arrendamiento el que por lo tanto cae bajo las normas generales de este contrato y las particulares del capítulo IX, título XXVI, libro IV del C. C.

Al caso de la litis debe aplicarse el artículo 1546 del C. C.; es decir que si la Litografía creyó que Vegas estaba infringiendo el contrato debió tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 1,602 ibídem, el cual deja establecido que sólo el consentimiento mutuo de las partes, o determinadas causas legales, pueden invalidar los contratos; y tratándose de este último extremo, es de derecho elemental que la existencia de esas causas legales no puede ser declarada **motu proprio** por uno de los contratantes, pues para eso ha sido creado el poder judicial.

De consiguiente, si en concepto de la Litografía Vegas había violado el contrato, el artículo 1,610 del C. C. le estaba indicando el camino por seguir.

2º Por otra parte, como el contrato de que se trata es regulado en forma especial por los artículos 2,063 y siguientes del C. C., y este artículo remite al 2,059, es lógico concluír que la entidad demandada debió obrar dentro de lo ordenado por esta última disposición.

3º De lo expuesto se concluye que fue ilegal el procedimiento de la Litografía al despedir por medio de la carta conocida al señor Vegas, antes de vencido el término del contrato. Carta que reconocida debidamente por el gerente de la entidad demandada entraña un despido rotundo y la notificación perentoria de que la Litografía no seguiría cumpliendo el contrato.

El hecho de que Vegas se hubiera retirado de la Litografía días antes de que se hubiera cumplido el plazo que el gerente le fijó en la carta para declarar automáticamente caducado el contrato, nada significa en favor de la empresa. Porque lo esencial es el fenómeno jurídico que envuelve la carta: violación del contrato.

4º El artículo 1,757 del C. Civil establece que quien alegue que una obligación se ha **extinguido,** debe probarlo. Lo que significa que si la Litografía sostuvo que sus obligaciones se extinguieron porque Vegas no cumplía el contrato, debió probarlo.

5º Se afirma por la parte demandada que en la carta se le dieron a Vegas noventa días de término para que cesara en su trabajo, cuando según el artículo 2,066 del C. C. bien hubieran podido dársele sólo quince días. Esta interpretación es inaceptable.

porque entonces resultaría más garantizado el arrendamiento de cosas que el arrendamiento de servicios inmateriales, pues para el primero en el artículo 2,008, numeral 2º del C. Civil, existe la prevención de que sólo termina por la expiración del tiempo estipulado para su duración.

6º "Los artículos 2,063 y 2,064 del C. C. se refieren a 'obras inmateriales' y 'servicios inmateriales' que, realmente, no encajan en totalidad sobre el caso de Vegas, pues manejar una máquina litográfica **Offset** y cumplir las demás atribuciones que tenía este señor en su empleo en la Litografía, son actos que participan conjuntamente de las funciones mental y material. Así es que, traída la ley 10 de 1934 a estos artículos del Código Civil, en virtud del parágrafo de su artículo 13, se saca en limpio que el fenómeno que se produjo entre Vegas y la Litografía se llama **contrato de trabajo,** el cual, manda esta nueva ley, debe extenderse por escrito y una de sus cláusulas debe fijar la **duración del contrato".**

7º Como las disposiciones del arrendamiento de servicios inmateriales del C. C. remiten al artículo 2,066, ibídem, es lógico que la indemnización de perjuicios en el presente caso debe concretarse a "lo que hubiere podido ganar en la obra"; es decir, el resto de los meses no trabajados por el retiro que de Vegas hizo la Litografía.

8º Además, como quedó comprobado el despido de Vegas por parte de la Litografía, en la cual aquél trabajó por espacio de un año, conforme al aparte c) del artículo 14 de la Ley 10 de 1934, es el caso de declarar en favor de Vegas el derecho á un mes de sueldo, ya que no se comprobó que el despido hubiera sido originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato de parte de Vegas".

**Breves síntesis del recurso de casación**

En la demanda de casación se formulan los siguientes cargos:

I. El artículo 2063 del C. C. ha sido violado por dos aspectos: el uno, por aplicación indebida al caso en litigio, cuando las disposiciones aplicables son las de la Ley 10 de 1934 y no el Código Civil; y el otro, porque aun en el caso de aplicarse el Código Civil, las disposiciones pertinentes son las de los artículos 2064 a 2068 de dicho Código.

A) El Código Civil en la reglamentación contenida en el capítulo 9º del título 26 del libro 4º, sufrió una modificación sustancial en lo referente al grupo de empleados particulares cuando entró a regir la Ley 10 de 1934. Los derechos y obligaciones de esos empleados y sus patrones quedaron consignados en esa ley.

El artículo 12 define lo que es empleado particular. Y dentro de la definición que da este artículo se deben colocar las actividades del señor Vegas. Siendo Pedro Vegas un empleado particular al servicio de la Litografía Barranquilla, sus derechos y obligaciones estaban reglamentados por la Ley 10 de 1934, que reguló íntegramente los derechos y obligaciones para los arrendatarios de servicios, y no por el Código Civil en lo referente a arrendamiento de servicios inmateriales.

Si la Litografía, con o sin facultad contractual, dio por terminado el contrato con Pedro Vegas, verificó un **despido** de su empleado particular, por lo cual éste tiene el derecho que le concede la Ley 10 en tal caso, pues desde la existencia de esta ley el despido injustificado origina una indemnización de perjuicios especial. Y esto, aun en el caso de contratos a término fijo, porque esa misma ley en el artículo 13 obliga a señalar como estipulación contractual la duración del contrato, lo cual está diciendo que la indemnización especial allí prevista comprende también los contratos a término fijo.

B) Pero en el caso de que sea el Código Civil, y no la Ley 10 de 1934, la norma reguladora, la sentencia en forma indebida ha aplicado el artículo 2063 de dicho Código.

El capítulo 9º del título 26 del libro 4º del C. C. en sus artículos 2063 a 2068 regula los derechos y obligaciones de dos clases de servicios inmateriales distintos: el uno, referente a las **obras inmateriales** o en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra; y el otro, los **servicios inmateriales,** que consisten en una larga serie de actos.

Para los primeros, el artículo 2063 ordena aplicar las disposiciones de los artículos 2054, 2055, 2056 y 2059, relativos a "los contratos para la confección de una obra material", y para los segundos, las aplicables son las reglas especiales que siguen al artículo 2064, como este mismo artículo lo declara.

Por lo tanto, el artículo 2063 no puede ser el que determine las reglas relativas a los derechos de Vegas y la Litografía.

II. Indebida aplicación del artículo 2056 del C. C. Esta causal es una consecuencia de los motivos anteriormente expuestos.

En efecto, si en la regulación de los derechos de la Litografía y su empleado Pedro Vegas, las disposiciones de derecho aplicables son las de la Ley 10 de 1934 al ser despedido de su empleo el derecho que tiene no es el del artículo 2056 del C. C., sino el del ordinal c) del artículo 14 de la referida ley, o sea el derecho a reclamar un mes de sueldo por cada año de servicio que preste o haya prestado.

Si Pedro Vegas era empleado particular al tenor de sus actividades, "la carta que le envió la Litografía fue el despido de un empleado y el despido origina un derecho a un sueldo, como indemnización, pero no la indemnización a que se refiere el artículo 2056, porque si así lo fuera habría dos indemnizaciones por el mismo hecho: una, la del artículo 2056, y otra, la del artículo 14 en su ordinal c). O lo que es lo mismo, un mismo hecho sancionado dos veces, lo cual repugna a los principios jurídicos universales".

III. Errónea aplicación del artículo 2056 del Código Civil. En el hipotético caso de que el artículo 2056 fuera aplicable, hay lugar a la reclamación **según las normas generales de los contratos,** esto es, probando la existencia del perjuicio y haciendo la justipreciación debida al perjuicio comprobado.

La sentencia declaró el perjuicio a pesar de que Pedro Vegas en la respuesta a la posición 3ª del pliego absuelto a solicitud de la contraparte, confiesa que es verdad que desde la semana siguiente a la en que se retiró de la Litografía Barranquilla entró a prestar servicios en la **Manufactura de tapas Corona, S. A.** ¿Por qué estima la sentencia el perjuicio sufrido en la cuantía correspondiente a los sueldos del tiempo no vencido?

Indudablemente los magistrados recordaron el artículo 2003 del C. Civil, que ordena el pago de la renta por el tiempo que falta hasta el día en que hubiera terminado el arriendo, pero olvidaron que esa disposición es especial del arrendamiento de cosas y que ni el artículo 2063 ni los de ese capítulo ordenan darle la aplicación a las obras inmeteriales.

Erróneamente cree el sentenciador que el artículo 2056 consigna una indemnización que es especial para otra clase de arrendamiento y no para el de servicios inmateriales. La condenación ha podido ser abstracta pero no en la forma como lo hace la sentencia porque el artículo 2056 no consagra tal facultad.

### Examen de los cargos

Expuestos como han sido suscintamente todos los cargos del recurrente, corresponde a la Sala detenerse a examinar su eficacia legal.

El Código Civil, promulgado en época en que la simplicidad del movimiento y desarrollo económico no conocía los agudos problemas del capital y del trabajo, reglamentaba de manera imperfecta el contrato de arrendamiento de servicios, contemplando únicamente determinada clase de relaciones entre el propietario y el empleado. El llamado contrato de trabajo con empleados carecía casi por completo de preceptos normativos. Y las pocas disposiciones que existían al respecto hacían parte de lo que el Código Civil llama **arrendamiento de servicios inmateriales,** en el capítulo 9º del título 26 del libro 4º

Tiene lugar este contrato cuando en el servicio que una parte debe prestar a la otra predomina el esfuerzo intelectual sobre la mano de obra. Puede revestir según el Código dos formas distintas: 1º un acto aislado en que predomina el esfuerzo intelectual sobre la mano de obra, como una composición literaria, la corrección tipográfica

de un impreso, etc. (artículo 2063); y 2º una serie de actos que han de ir desarrollándose en un período de tiempo más o menos largo, en que también predomine el esfuerzo intelectual, como el trabajo de personas asalariadas para la prensa, secretarios de personas privadas, preceptores, ayas, cantores, etc. (artículo 2064).

Según el artículo 2066, el contrato podía terminarse, 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.

Es claro que esta facultad discrecional de terminar el contrato sin más consecuencias que las de abonar al que prestó el servicio los gastos razonables de ida y vuelta, cuando éste había tenido que mudar de residencia (artículo 2067), se refería a los contratos de duración indeterminada, en que no se hubiera fijado por las partes plazo especial. Entonces tenía plena aplicación el indicado precepto.

Más el artículo 2066 era inaplicable en los contratos sobre prestación de servicios inmateriales con término fijo. El plazo en todo acuerdo de voluntades es una estipulación obligatoria que ninguna de las partes puede romper por su sola y unilateral voluntad, sin incurrir en las sanciones que la misma ley civil establece de manera general para todo incumplimiento injustificado de la ley contractual.

Da manera que el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales de duración fija, cae también bajo la regla general del artículo 1546 del Código Civil, según el cual en los contratos bilaterales, además de la acción resolutoria, hay derecho a demandar indemnización de perjuicios por la parte cumplida contra la contraparte responsable de haberlo violado, declarándolo terminado antes del plazo.

Es, pues, el artículo 1546 y sus concordantes la fuente legal de donde dimanaba antes y dimana hoy el derecho de todo arrendatario de servicios inmateriales,—empleado—por término fijo, para hacerse resarcir los daños que le infiera el arrendador,—patrono—con el acto de declarar roto el contrato antes de la época estipulada en la respectiva convención. En este caso para nada juegan los artículos 2056 y 2059, en razón de que esas disposiciones, aplicadas a servicios inmateriales, de acuerdo con el artículo 2063, contemplan el caso especial de que se trate de una sola y única obra contratada. Pero cuando son servicios de carácter continuo, de los contemplados por el artículo 2064, el rompimiento festinado del contrato por obra de una de las partes resulta imposible de regular por los citados artículos 2056 y 2059, en fuerza de lo cual hay que acudir a los preceptos generales sobre incumplimiento de las convenciones.

Así, pues, cuando el contrato de arrendamiento de servicios es ajustado por un tiempo determinado, ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, romper la convención y sustraerse de sus compromisos; ese acto arbitrario hace incurrir al responsable en una grave culpa contractual, que le obliga a indemnizar perjuicios según las reglas generales.

Cuando ese rompimiento es obra del arrendador o del patrón, el lucro cesante del arrendatario o empleado es igual al salario que hubiera podido percibir en virtud del contrato por el tiempo que a éste le falta de cumplimiento. De suerte que cuando la demanda se limita a cobrar ese daño, como sucede en el presente pleito, sobra cualquiera avaluación de lo que el empleado tenga derecho a recibir en razón de salarios por devengar, porque se trata de prestaciones y de sumas ciertas y determinadas a cargo del arrendador, no sometidas a ningún cálculo especial. Si el empleado despedido ha encontrado nueva colocación hay lugar a deducir de la totalidad de los sueldos que se le deben pagar después del rompimiento del contrato, el monto de las sumas recibidas o por recibir con ocasión de su nuevo empleo, siempre que las circunstancias y condiciones de éste guarden semejanza con las funciones anteriores, como si un contabilista colocado en una empresa, al ser despedido por ella halla que otra empresa aprovecha sus servicios técnicos asegurándole funciones similares a las que venía desempeñando en la primera. Entonces es obvio que,

aun cuando por hechos ajenos a la voluntad e influencia del propietario o arrendador, el daño real del arrendatario disminuye, debe tenerse en cuenta ese factor en la liquidación, dado que el lucro cesante representa apenas una fuente de indemnizaciones o reparaciones por la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplídola imperfectamente o retardado su cumplimiento, y en manera alguna puede ser fuente de dobles utilidades. La dificultad práctica radica en determinar qué es lo que hay que deducir por concepto de sumas por devengar de otro empleo, pues respecto de las devengadas, sabiéndose su cuantía, tampoco habría motivo de dudas. Pero semejante dificultad es de hecho en cada caso particular, y depende en todo evento del estado probatorio de la cuestión.

Antes de la Ley 10 de 1934 el patrono estaba facultado por el artículo 2066 del C. C., como quedó explicado, para despedir en cualquier tiempo a sus empleados, contratados por lapso indeterminado, sin que ese acto le acarreara mayores consecuencias jurídicas. Otra cosa sucede desde la vigencia de esa ley, la cual, después de dar la definición de lo que debe entenderse por empleado particular, en forma que engloba las dos clases de actividades previstas en el Código, dio a los empleados derechos nuevos y más efectivos, como vacaciones remuneradas, auxilios de enfermedad y cesantía, etc.; y en cuanto a despidos, acabó con la facultad discrecional y sin consecuencias del artículo 2066, creando el auxilio de cesantía al cual tiene derecho tanto el empleado despedido sin causa justa antes de la expiración normal del tiemo prefijado, como el que cesa en sus funciones por consecuencia de la llegada de ese término.

La Ley 10 de 1934, no es el único estatuto regulador de las relaciones entre patronos y empleados, pues al lado de ella subsisten las disposiciones y principios de derecho común, como los antes apuntados, ordenadores de la estructura general de los contratos y de los derechos y obligaciones emanados de éstos, en tanto les sean aplicables, porque no pugnen con la nueva norma, cuyos mandatos son esencialmente de orden público social.

La Corte en ocasión reciente se expresó así sobre este mismo tópico: "Como último cargo contra la sentencia recurrida se formula en la demanda la acusación por violación del artículo 14, inciso c) de la Ley 10 de 1934), por no haberlo aplicado, en el cual se determina, "sin sujeción a cálculos arbitrarios", la indemnización debida a los empleados particulares en caso de despido injusto, y con cuya aplicación, dice el recurrente, "los demandados hubieran sido condenados menos injustamente".

"Para no acoger esta acusación final basta considerar que la Ley 10 de 1934, ley de protección social en favor de los empleados particulares, solamente fija y determina el límite mínimo de prestaciones a que tiene derecho el empleado en el caso de injusto despido; de tal modo que resultaría aberrante y antinómico con el alcance y significación de esta reforma el que pudiera alegarse contra los empleados cuando demanden prestaciones de origen contractual más favorables que las consagradas en ese estatuto, como si allí se hubiera querido establecer asímismo un límite máximo para las indemnizaciones derivadas de violaciones de contratos de trabajo sin consideración a sus regímenes y estipulaciones especiales. Semejante interpretación pugnaría con el espíritu de la Ley 10 en referencia y no se compagina con el sistema de libertad contractual que generalmente inspira nuestra legislación. Las estipulaciones legales irrenunciables contenidas obligatoriamente en el modelo de contrato de trabajo que consagra la citada ley de acuerdo con sus términos y especificaciones generales, deben entenderse, como es obvio y como está expresamente consignado en ese estatuto, sin perjuicio de las estipulaciones que las partes incluyan en sus contratos y que no sean violatorias de sus disposiciones". (**Gaceta Judicial**, tomo 47, número 1944, pág. 655).

---

En consecuencia, y de acuerdo con las ideas expuestas, los cargos del recurrente le merecen a la Corte las siguientes observaciones:

1º El sentenciador no aplicó indebidamente el artículo 2063 del Código Civil, por el concepto en que se basa la primera de las acusaciones; esto es, porque la Ley 10 de 1934 sea la única que regule los derechos y obligaciones para los arrendatarios de servicios de la categoría de empleados. Pues conforme está dicho, tal estatuto no se opone a que el empleado despedido injustamente antes de tiempo reclame de su patrón las indemnizaciones a que le da derecho el Código Civil por violación del contrato.

2º Es cierto que el sentenciador se equivocó al pensar que el dicho artículo 2063 pudiera en alguna forma aplicarse a un contrato de servicios inmateriales de actos sucesivos y continuos como el celebrado entre la Litografía Barranquilla y el señor Pedro Vegas. Se repite que ese artículo sólo tiene oportunidad cuando la prestación motivo del arrendamiento es única. Pero esta equivocación no alcanza a herir la sentencia, en razón de que ésta también se apoya en el artículo 1546 y otros fundamentos cardinales que no han sido atacados, y además, porque, bien o mal citado el artículo 2063, es lo cierto que la conclusión del fallo tiene que ser idéntica, dado que por el rompimiento injustificado del contrato de servicios la Litografía no puede escapar a la sanción indemnizatoria, según lo ya expuesto.

3º También está explicado cómo la acción de indemnización de perjuicios que a su favor posee el empleado contra su patrono por el rompimiento del contrato de servicios consistente en una serie de actos, antes del término estipulado para su expiración, en manera alguna podrá fundarse en el artículo 2056 del C. C. Porque en tal caso es el artículo 1546 y concordantes el eficaz y verdaderamente propio para demandar la resiliación del contrato y el consiguiente resarcimiento del daño. De esta manera no hay duda de que el tribunal al apoyarse también en el artículo 2056 como uno de los fundamentos legales de la indemnización, procedió equivocadamente. Pero esta equivocación, al igual de la anteriormente apuntada, tampoco da asidero a la infirmación de la sentencia, en atención a que la condena se imponía, si no por razón del artículo 2056, sí por las reglas generales de los contratos igualmente citadas por el sentenciador.

4º Alega el recurrente que la sentencia declaró perjuicios a pesar de que Pedro Vegas en la respuesta dada a la posición 3ª del pliego absuelto a solicitud de la contraparte confiesa que es verdad que desde la semana siguiente a la en que se retiró de la Litografía entró a prestar servicios en la Manufactura de Tapas Corona. No había razón, pues, para estimar el perjuicio sufrido en la cuantía correspondiente a los sueldos de tiempo no vencido.

Si en el expediente constara la prueba de lo que Pedro Vegas tenga derecho a percibir por razón de su nuevo empleo en la Manufactura de Tapas Corona, y de que con ese nuevo empleo no desmejoró sensiblemente con respecto a las circunstancias que rodeaban su anterior ocupación, no hay duda de que el tribunal hubiese procedido ilegalmente dejando de hacer la deducción de esos salarios. Pero esa prueba está totalmente ausente de los autos. Sólo se sabe, por la confesión de Vegas, que poco tiempo después de su despido de la Litografía entró a prestar servicio en la otra empresa. Más ni con qué salario, ni en qué condiciones, ni por cuánto tiempo, ni la clase de sus nuevas funciones, al punto de ignorarse si esas nuevas funciones eran de empleado u obrero, pues en este último caso no cabría en manera alguna hacer la compensación o deducción, ya que los salarios del obrero no son compensables en cuanto afecten la cantidad necesaria para su manutención, a semejanza de lo que ocurre con las pensiones alimenticias. Todo lo cual ha debido ser materia de información especial en este pleito para poner al juzgador en estado de formar juicio cierto acerca, primero, de que el nuevo empleo disminuyó el daño sufrido por el despido, y en segundo lugar, cuál sería la cuantía deducible por la disminución.

---

Del estudio anterior se desprende que la sentencia no se puede infirmar. No sobra advertir que la Corte no ha considerado la

condenación relativa al pago de los quince días de vacaciones remuneradas formulada en la sentencia de primera instancia, porque la Litografía se conformó con ese fallo, pues no apeló; como tampoco examina la condenación al pago de un mes de sueldo en razón del despido, hecha por el tribunal en el punto 5º de la parte resolutiva de la sentencia, porque contra esta prestación no hubo ataque especial por parte del recurrente.

---

No siendo más los cargos del recurso, 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 casa la sentencia recurrida de fecha 19 de agosto del año próximo pasado.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en el próximo número de la **Gaceta Judicial.**

**Hernán Salamanca — Liborio Escallón— Ricardo Hinestro Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica—Arturo Tapias Pilonieta — Emilio Prieto Hernández,** Oficial Mayor.

CUENTAS — TECNICA DE CASACION

**1. Sería absurdo entender que hay lugar a casación cuando quiera que el juzgador discrepe de las aspiraciones o defensas de los litigantes; el conflicto entre éstos, demostrado con el hecho mismo de litigar, obligadamente impone esa discrepancia, opte el juzgador por una solución que no se ajuste en todo o en parte a ninguna de las dos tendencias, opte por una solución que acoja totalmente la una o la otra. La disonancia erigida en motivo de casación no es la negativa a una o más, que puede ser a todas, de las pretensiones del actor o de las excepciones del reo, sino algo muy distinto, que consiste en que la sentencia decida sobre algo que no ha sido materia de la controversia, como ocurre en los fallos EXTRA o PLUS PETITA, o que deje de decidir sobre algo de lo que las partes han puesto SUB JUDICE y que ha dejado de decidirse. — 2. No basta que una prueba se haya apreciado mal o desestimádose, sino que es preciso deducir de ahí y demostrar el quebrantamiento de determinada disposición sustantiva.**

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En el Juzgado 2º Civil de este Circuito cursó en primera instancia el juicio de que se hablará en seguida y el Tribunal lo decidió en la segunda por sentencia contra la cual el actor interpuso casación, recurso que es llegada la oportunidad de decidir.

Trátase de la demanda de José A. Guzmán contra Manuel J. Gaitán sobre cuentas, incoada con el fin de que éste examinara y aprobara las que aquél le presentó y le pagara el saldo que arrojan, en juicio especial convertido en ordinario por las objeciones y oposición de Gaitán.

Según la demanda, el 14 de julio de 1928 Guzmán recibió victrolas, discos, agujas y otros accesorios de los Almacenes Víctor de Gaitán en esta ciudad para venderlos con cierta participación e irle pagando el valor de tales mercancías a medida que se realizaran, descuento hecho de la comisión aludida; ese contrato se reemplazó por el de 3 de julio del año siguiente entre Guzmán y los apoderados de Gaitán, a fin de establecer una sucursal del Almacén Víctor, provista de los elementos necesarios tomados de éste, con cargo en Gaitán de pagar a Guzmán cierto sueldo mensual y los gastos exigidos por el funcionamiento de esa sucursal en el local número 487 de la carrera 7ª, inclusive los cánones de arrendamiento de éste. El contrato terminó el 13 de abril de 1931, en que Guzmán cerró la sucursal voluntariamente con asentimiento de los apoderados de Guzmán, a quienes aquél devolvió las mercancías que quedaban y entregó la cartera, entendiendo por esto los documentos de deber otorgados por las personas a quienes había vendido victrolas a plazo. Agrega el demandante que el 2 del subsiguiente mayo rindió las cuentas correspondientes a ambos contratos, de las que resultó un saldo a su favor por $ 4,272.48, y que no ha logrado de Gaitán ni la aprobación de aquéllas ni el pago de éste.

Sobre estos hechos e invocando el art. 1127 del C. J., formuló su pedimento inicial, al que acompañó la documentación que estimó suficiente como comprobación de sus cuentas.

Gaitán se negó a aceptarlas y las objetó en forma que puede resumirse así: el contrato primitivo fue el único que rigió, porque el de 1929 no se cumplió jamás; Guzmán deja de incluír efectos recibidos por él y hace figurar como bajas partidas que no pagó y pagos por gastos que costaron menos, como $ 90 mensuales por arriendo de local que sólo era a $ 45; y carga a Gaitán sueldo de empleados que, si los hubo, no estaba Guzmán autorizado para tener; ade-

más, figuran partidas por valor de compras que éste, si las hizo, no estaba autorizado a hacer y que corresponden a objetos que no entregó a Gaitán. Por otra parte, cuanto a la cartera, ni Guzmán podía vender al fiado, ni los comprobantes respectivos son satisfactorios.

Seguido en esta virtud el juicio ordinario correspondiente, el Juzgado lo sentenció el 15 de octubre de 1935 aprobando las cuentas con glosas y declarando así un saldo de $ 840.68 a cargo de Gaitán, a quien condenó en costas.

Ambas partes apelaron y el Tribunal decidió la segunda instancia el 7 de octubre de 1938 negando la pretensión del actor en cuanto a saldo a su favor y orden de pagarlo, declarando a cargo de éste y a favor de Gaitán un saldo de $ 2,975.63 y condenando a Guzmán en las costas del juicio.

El Tribunal llega a estas conclusiones mediante un detenido estudio de las cuentas, a favor del concepto pericial producido como prueba en la segunda instancia a raíz y con motivo de una inspección ocular en los libros de contabilidad de Gaitán. De la inspección recoge principalmente la afirmación hecha en ella de haberse llevado en debida forma estos libros. Cuanto al dictamen pericial, observa que los expertos tomaron como punto de partida la afirmación de Guzmán sobre existencia a su favor del saldo preciso por éste declarado en su demanda, y agrega que cargan las partidas que éste omitió, excluyen los descargos por gastos que no son de cargo de Gaitán; que las operaciones se rigieron por un contrato de comisión para la venta y no de preposición, y que en esta forma y con ese estudio es como deducen el saldo a cargo del comisionista y a favor del comitente que la sentencia acoge.

---

Descartando de la demanda del abogado del recurrente ante la Corte las disquisiciones correspondientes a alegato de instancia y concretando la atención esta Sala, como es su deber, a lo pertinente al recurso de casación en que se está, halla que para él se invocan los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Este último que, conforme al tenor de esa disposición en lo pertinente, consiste en "no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes", lo hace consistir el recurrente en el presente caso en no estar el fallo acorde con sus pedimentos o, más claramente, en habérselos negado. Apenas habrá para qué repetir aquí lo que la Corte ha observado en casos análogos, a saber: sería absurdo entender que hay lugar a casación cuandoquiera que el juzgador discrepe de las aspiraciones o defensas de los litigantes; el conflicto entre éstos, demostrado con el hecho mismo de litigar, obligadamente impone esa discrepancia, opte el juzgador por una solución que no se ajuste en todo o en parte a ninguna de las dos tendencias, opte por una solución que acoja totalmente la una o la otra. La disonancia erigida en motivo de casación no es la negativa a una o más, que puede ser a todas, de las pretensiones del actor o de las excepciones del reo, sino algo muy distinto, que consiste en que la sentencia decida sobre algo que no ha sido materia de la controversia, como ocurre en los fallos **extra** o **plus petita**, o que deje de decidir sobre algo de lo que las partes han puesto **sub judice** y que ha debido decidirse. Adelante se volverá sobre este tema.

No es, pues, admisible el cargo en el presente caso.

---

Dentro del motivo 1º se formulan estos cargos: violación de los artículos 43, 44, 45 y 48 del C. Co. y 1546 y 1609 del C. C., unos por interpretación errónea, otros por aplicación indebida, según pasa a estudiarse; y violación también de los artículos 722, 724 y 730 del C. J., en forma que adelante se verá.

La aplicación indebida del artículo 43 del C. Co. la deriva el recurrente de que los libros de comercio de Gaitán no se registraron sino el 21 de febrero de 1929, por lo cual no puede admitírseles como prueba en este juicio de cuentas que abarcan una época anterior por remontarse a julio de 1928.

El recurrente confunde situaciones u objetivos distintos. El hecho de que el contra-

to comenzara antes del registro no puede determinar la infirmación de lo observado, verificado y recogido en la inspección ocular sobre los libros en sí y la circunstancia de estar llevados en legal forma. Y es esta circunstancia lo que decide de su fuerza probatoria, al tenor clarísimo de ese artículo 43, y no la fecha de tal o cual de los contratos del respectivo comerciante. Además, Guzmán se refirió y acudió a esos libros como prueba. El artículo 48 del mismo Código declara indivisible la fe debida a los libros, en forma que el litigante que acepta lo favorable de los de su adversario, "estará obligado a pasar por todas las enunciaciones perjudiciales que ellos contengan". Dando por sentado que Guzmán no estuviera obligado a llevar libros, se observa que esta falta apenas la anota el Tribunal incidentalmente, sin que funde en ella su decisión. No habiéndose hallado libros de este litigante, ni ocasión hubo de producirse el desacuerdo entre los libros de los contendores contemplado por el artículo 44 del Código en referencia.

No son, pues, aceptables los cargos relativos a las citadas disposiciones de esa obra.

Los citados artículos 1546 y 1609 del C. Civil los estima violados el recurrente por interpretación errónea y aplicación indebida, porque al aceptar la excepción de Gaitán fundada en no haber cumplido Guzmán el segundo de sus contratos antedichos, pasó el Tribunal por alto la confesión de Gaitán de no haberlo cumplido tampoco, lo que impide reputar a Guzmán en mora, en lo que dejó de aplicarse dicho artículo 1609; y porque cuando la hay en una de las partes es cuando la otra puede pedir perjuicios e insistir en el contrato o desistir de él, y el Tribunal olvidó que en este juicio no se pide ni tal indemnización ni tal resolución.

Salta a la vista la ineficacia del cargo, puesto que, aun en la hipótesis de hallarse procedentes estas reflexiones, no por ello flaquearía la sentencia recurrida, la que no faltó por ello al deber que corresponde en juicios de esta clase, que es el de examinar las cuentas nimiamente a fin de verificar cada partida y cada glosa, y después de formar así el minuendo y el sustraendo a que precisamente en cuentas ha de llegarse, formular la resta respectiva y precisar así cuál es el saldo y a favor de quién y a cargo de quién, o reconocer que no lo hay o que no puede deducirse por faltar datos o por otra causa, o que no es el caso de deducirlo o de condenar a un pago. Apenas hay para qué recordar las condenas en abstracto y los eventos contemplados por los artículos 480 y 553 del C. J.

Como ya se vio, el Tribunal, acogiendo el estudio detallado que de las cuentas hicieron los peritos con toda acucia y discriminación, fue como dedujo el saldo preciso que declara a favor de Gaiátn.

Y por aquí, a más de hallarse infundado el cargo que se está estudiando, se confirma el rechazo ya dado al motivo 2º de casación.

En guarda de la técnica de casación se advierte que el cargo de violación de los artículos 722, 724 y 730 del C. J. se formula en forma que no corresponde a lo exigido por el numeral 1º del artículo 520 del mismo.

En efecto: el motivo de casación establecido allí es la violación de ley sustantiva por caminos entre los cuales figura el error en la apreciación de pruebas; de suerte que este error no es de suyo el motivo sino tan sólo un medio por el cual el motivo puede producirse y éste ha de consistir en la violación de ley sustantiva, la que debe indicarse, lo mismo que la manera en que se la ha quebrantado, con la precisión y claridad exigidas por el artículo 531 de ese Código. Aquí el recurrente, en vez de ir del error en la apreciación de pruebas a la violación de ley sustantiva, ha ido por el contrario de ésta a aquél, y así es después de estudiar y exponer los cargos ya analizados en este fallo sobre las referidas disposiciones de los Códigos Civil y Mercantil, como y cuando formula los relativos a los del Judicial que pasan a estudiarse y que se refieren a las dos pruebas citadas: la inspección ocular y el peritazgo.

Observa el recurrente que el artículo 722, sobre plena prueba de éste, se refiere al dictamen uniforme de dos peritos que haya quedado en firme después de la tramitación exigida en los artículos 719 y 720 del mis-

mo; que en este juicio hubo los tres peritos de que habla el artículo 705 **ibidem**, y que uno de los tres dejó incompleta su labor y además aquella tramitación no quedó plenamente surtida. Y dice que si, a pesar de esto el Tribunal tomó como base de su fallo esa prueba, la apreció violando esas disposiciones, entre las cuales se halla, como acaba de verse, el dicho artículo 722. De ahí el cargo de habérsele violado. Y en cuanto al de violación de los artículos 724, que determina el objeto de la inspección ocular, y el 730, que da fuerza de plena prueba al acta respectiva en lo relativo a los hechos y circunstancias observados por el juez, el cargo de violación lo hace consistir el recurrente en que la sentencia se abstuvo de tomar en cuenta esa acta en cuanto contiene los comprobantes de las partidas glosadas por el juez en el fallo de primera instancia.

Respecto de la inspección se observa que, aunque las cosas sucedieran como las presenta en este último detalle el recurrente, ni aun así podría prosperar el cargo, puesto que el recurrente no lo relaciona con ley sustantiva que resultase quebrantada con la errónea apreciación de la prueba. No basta que una prueba se haya apreciado mal o desestimádose, sino que es preciso deducir de ahí y demostrar el quebrantamiento de determinada disposición sustantiva; reducirse a aquéllo es apenas iniciar la senda por donde, en su caso, se llega a romper el fallo recurrido.

Además, la labor de los peritos englobó la totalidad de las cuentas y por lo mismo incluyó lo tocante a las glosas admitidas en la sentencia del Juzgado; de suerte que el Tribunal al acogerla no incurió en el yerro que le atribuye el recurrente de haber pasado por alto los comprobantes relativos a ellas.

Practicada esa inspección por el Tribunal el 26 de marzo de 1936 con intervención de los peritos principales y del tercero en discordia, solicitaron y obtuvieron los expertos término para rendir su dictamen, el que se les prorrogó en auto de 18 del subsiguiente abril. Separadamente lo rindieron los principales, en desacuerdo, el uno el 1º de mayo y el otro el 17 de julio, por lo cual el Magistrado sustanciador llamó al tercero, quien rindió el suyo el 21 de agosto adhiriendo en un todo al concepto de uno de aquéllos. En auto de 25 de septiembre del mismo año (1936) se ordenó poner en conocimiento de las partes los tres dictámenes y en el de 23 de octubre se negó su reposición, y en el de 30 de los mismos se decretó que con término de seis días los peritos explicaran, ampliaran y complementaran sus dictámenes de acuerdo con la solicitud del apoderado del demandante resuelta con este último proveído. Cumplieron el perito principal con quien había estado de acuerdo el tercero en discordia y éste; pero el otro perito principal no, por haber enfermado. En esta ocasión medió también acuerdo entre aquellos dos.

Historiado así brevemente lo acontecido en la formación de esta prueba, se halla inadmisible el cargo de violación del artículo 722 antedicho.

---

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 dictada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el siete de octubre de mil novecientos treinta y ocho.

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

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

## OBJECIONES A UNA PARTICION.— TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

**En jurisprudencia constante ha sostenido la Corte que en el recurso de casación son inadmisibles alegaciones que tiendan a suscitar discusión sobre puntos o aspectos de una partición, constitutivos de objeciones no propuestas oportunamente ante el juez en el incidente respectivo. Si ese procedimiento es incompatible aún en recurso de apelación, con mayor razón lo será en casación, en donde existe menos amplitud para admitir discusión sobre HECHOS NUEVOS, por ser un recurso extraordinario.**

**La sentencia aprobatoria de una partición resulta intangible para la Corte en lo referente a aquellas objeciones que habiendo sido propuestas ante el juez de primera instancia, fueron por él desestimadas con la tácita aceptación del interesado que se abstuvo de apelar ante el Tribunal por la desestimación.**

**El incidente de objeciones no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por la primera vez su trabajo.**

**Los artículos 964, 965 y 1152 del C. J. no dan lugar al recurso de casación por ser disposiciones meramente adjetivas; en este recurso tendrán oportunidad en tanto que se demuestre que su infracción llevó al sentenciador a desconocer alguna de las reglas superiores normativas de la partición.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

En el juicio especial sobre división material del predio rústico denominado "El Pantano", ubicado en jurisdicción del municipio de Bucaramanga, propuesto por el señor José Celestino Ordóñez contra Manuel A. Ordóñez y otros, nombrado y posesionado el partidor, señor Antonio Picón, presentó su trabajo al juez del conocimiento, primero civil de aquel circuito. Corrido a las partes el consiguiente traslado de la partición, el demandado la objetó por los siguientes únicos motivos:

1º Error manifiesto cometido en los cálculos hechos sobre el plano que figura en los autos y que es una reducción al 1:5,000 del levantado sobre el terreno por el señor Juan Ortiz G., porque hecho el cuadro de las áreas del lote asignado al demandante resulta una diferencia de hectáreas 14,3005 metros cuadrados a favor del demandante y en contra del demandado. "El partidor no ha tenido en cuenta que el predio de "El Pantano" tiene 242 hectáreas y 9,870 metros; y que al demandante sólo le corresponde la doceava parte de ese terreno; ésta sólo debe alcanzar a 28 hectáreas y no a 42, como ha resultado de la partición hecha, que es lo que mide superficialmente el lote asignado en la partición, hechos los cómputos matemáticos".

2º No siendo las diferentes partes del terreno de **El Pantano** de la misma calidad, ha debido el partidor tener en cuenta este hecho a efecto de que en el lote adjudicado al demandante se hubieran incluído partes de una y otra clase. En el lote formado a Celestino todas son tierras de primera calidad, como son las que lindan con el Río de Oro, por ser planas y tener riego.

3º Tomadas las longitudes de las líneas divisorias indicadas en el plano a la escala de 1:5,000 no coinciden las señaladas para los lados sur, que sólo da 700 mts. en vez de la de 1,150 mts., que dice la partición; y la del lindero del Río de Oro que sólo es de 750 metros y no la de 850 metros del plano.

4º Con relación a la hijuela de gastos se observa que la "cuenta del agrimensor es exagerada, por cuanto dicho ayudante no realizó su labor sobre el terreno, a donde no fue, sino sobre el plano reducido que obra en los autos y los cálculos y trazados están completamente errados", según lo dicho en las tres objeciones precedentes, lo que indica que el trabajo de partición no tiene va-

lor, revelando falta de cuidado e imparcialidad.

Estas objeciones fueron decididas por el juez en proveído de primero de febrero del año próximo pasado, en el sentido de ordenar una revisión fundamental de la partición para corregir los errores de cálculo apuntados; y oficiosamente dispuso que se les hiciese adjudicación de su respectivo lote a los menores Ramón Nonato y María Vicenta Ordóñez, quienes figuraban como partes en el juicio.

Habiéndose conformado todas las partes con lo resuelto por el juez, dado que ninguna de ellas reclamó, el expediente pasó nuevamente al partidor, quien oportunamente presentó su trabajo reformado. De este trabajo el juzgado dio nuevo traslado a las partes; y haciendo uso de él, el señor Manuel A. Ordóñez insistió en la objeción 2ª del primer memorial, referente a que a José Celestino Ordóñez se le hizo la adjudicación en las tierras que lindan con el Río de Oro, que son las mejores del predio, en desacuerdo y exceso con la extensión de su derecho y por consiguiente en detrimento del derecho del reclamante a obtener mayor extensión de tierras en los mismos parajes.

El juez en proveído de 26 de marzo de 1938 consideró que la partición se había reformado en armonía con lo dispuesto en el auto no reclamado de primero de febrero; que no había por qué estudiar lo referente a la calidad de los terrenos, porque esa cuestión había sido negada por falta de prueba en el mencionado fallo de objeciones; que no ha debido correrse traslado de la partición reformada, pero esa irregularidad no autoriza la continuación de un nuevo trámite de objeciones que sería ilegal; que "en cuanto al valor del trabajo de partición, que ha de hacerse a prorrata de las cuotas de los comuneros, se ha señalado el lote correspondiente. Según el artículo 1142 del C. Judicial, cuando los interesados no consignan lo necesario para los gastos —como es el caso aquí— debe sacarse a remate la parte de bienes necesaria"; que en consecuencia correspondía ahora aprobar el segundo trabajo de partición, lo cual así verificó el juzgado en el mismo proveído.

Contra éste apeló Manuel Antonio ante el tribunal, entidad que encontró correctas y legales las razones del juez, en fuerza de lo cual lo confirmó. Hizo entonces valer el recurso de casación, del que conoce ahora la Corte.

---

La detallada relación anterior hace ver claramente delimitada la materia propia del recurso de casación hasta donde se extiende el poder de la Corte en el presente caso.

En primer lugar, en jurisprudencia constante ha sostenido esta sala que en el recurso de casación son inadmisibles alegaciones que tiendan a suscitar discusión sobre puntos o aspectos de una partición, constitutivos de objeciones no propuestas oportunamente ante el juez en el incidente respectivo. Si ese procedimiento es incompatible aun en recurso de apelación, con mayor razón lo será en la casación, en donde existe menos amplitud para admitir discusión sobre **hechos nuevos**, por ser un recurso extraordinario.

En segundo lugar, la sentencia aprobatoria de una partición resulta intangible para la Corte en lo referente a aquellas objeciones que habiendo sido propuestas ante el juez de primera instancia, fueron por él desestimadas con la tácita aceptación del interesado que se abstuvo de apelar ante el tribunal por la desestimación. En ese evento sería impropio aceptar causales de casación tendientes a modificar situaciones jurídicas procesales producidas con el asentimiento y conformidad de quien tuvo en sus manos impedir que se agotara la discusión sin darle al juez de segundo grado la oportunidad de pronunciar su fallo al respecto.

Es bien sabido que el recurso de casación debe tener por objeto en cada caso una sentencia de tribunal pronunciada en segundo grado. De manera que es sobre los puntos que sentenció el tribunal o debió sentenciar a los que se contrae tal remedio excepcional. No sobre las cuestiones que le fueron extrañas y sobre las cuales estuvo jurídicamente imposibilitado para decidir por razón de que se sustrajeron de su conocimiento.

Esto demuestra que, en el presente caso, de la casación están descartados de hecho

todos los motivos que impliquen objeciones no propuestas oportunamente ante el juez por la parte recurrente o que traten de revivir las que ésta planteó con ocasión del primer trabajo del partidor y que hubieran sido aceptadas o negadas en el auto de primero de febrero, salvo en cuanto el motivo tenga por objeto la demostración de que la reforma de la partición no se acomoda a la pauta que era obligatoria por virtud de las objeciones que fueron admitidas en el mencionado auto.

En tal virtud, por encontrarse dentro de alguna de las circunstancias primeramente dichas, son improcedentes los siguientes cargos de casación:

1º Los que se fundan en que a José Celestino Ordóñez le corresponde en el globo de "El Pantano" una cantidad de tierra inferior a 28 hectáreas, sobre la base del nuevo cálculo que hace el recurrente (motivos **primero** y **quinto** de la causal primera; **primero** y **segundo** de la causal segunda). Se trata de un nuevo aspecto de la partición, no presentado en el primer memorial de objeciones ( en el cual se reclamó aquélla porque el lote de Celestino tenía 42 hectáreas en lugar de 28 que son las que le deben corresponder, objeción aceptada por el juez, de acuerdo con la cual se rehizo el trabajo.

2º Los que se fundan en que a José Celestino se le hizo la adjudicación de su lote en la parte mejor del predio común, sobre la margen del Río de Oro, en tanto que a Manuel Antonio le correspondió una extensión inferior a la que tiene derecho en la misma margen; (motivos **segundo** y **sexto** de la causal primera). Esa objeción fue negada expresamente en el auto no reclamado de primero de febrero. Hoy no puede revivirse ni con la fuerza de nuevos razonamientos.

3º El que se funda en que el croquis o plano en que se basó el partidor no aparece con la firma del agrimensor señor García Rey nombrado para asesorar al primero y que la referencia que a su colaboración se hace en la partición, no puede reemplazar en ningún caso el dictamen que dicho experto estaba obligado a rendir; (motivo **cuarto** de la causal primera). Este es un ataque a la partición no formulado en las objeciones.

4º El que se apoya en la manera como se formó el lote de gastos, sin presupuesto previo, conforme lo ordena el artículo 2338, regla 4ª del Código Civil; (motivos **tercero** y **séptimo** de la causal primera). En el pliego de objeciones a la partición ninguna observación se hizo en lo tocante a la falta de presupuesto previo, ni a la inclusión de una partida para pagar los honorarios del doctor Puyana, cuestiones ambas que son materia del motivo tercero citado.

---

De consiguiente, de los motivos de casación alegados por el recurrente sólo quedan al estudio y consideración de la Corte, el **tercero** de la causal segunda, y el **octavo** de la causal primera. En seguida la sala va a ocuparse de ellos:

1º En el motivo **octavo** sostiene el recurrente que el tribunal violó por interpretación errónea los artículos 964, 965 y 1152 del Código Judicial al confirmar la sentencia del juez y, consiguientemente, al aceptar una partición objetada en tiempo oportuno, acogiendo la tesis sustentada por el juez de que no son admisibles nuevas objeciones aunque la partición reformada adolezca de los mismos errores que se ordenaron corregir o de otros nuevos.

Se observa:

Los artículos 964 y 965 del Código Judicial disponen que de la partición se dé traslado a los copartícipes por un término prudencial, dentro del cual éstos pueden objetarla. Si previo el trámite correspondiente de articulación el juez encuentra fundada alguna objeción, ordena al partidor que rehaga la cuenta, y reformada en los términos indicados, el juez la aprueba.

Lo anterior significa que el incidente de objeciones no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por la primera vez su trabajo. Y que reformada la cuenta por consecuencia de objeciones que tuvieron éxito total o parcialmente, la misión del juez limítase a verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que se le señalaron al partidor en el fallo admisorio de las objeciones. Es pues una mera labor de confron-

tación entre las reglas de dicho fallo y la cuenta rehecha total o parcialmente, según haya sido el alcance de los reparos admitidos. De esta manera todo lo que se salga de esa función, cual sería acoger objeciones nuevas, resulta ilegal porque contraría situaciones de derecho creadas por la conformidad de los copartícipes con aquellas modalidades de la partición no objetadas desde el primer momento.

El tribunal en el fallo recurrido ratifica la tesis del juzgado de que la objeción propuesta contra la partición reformada es inaceptable; tanto más cuanto la objeción versa sobre una cuestión ya decidida y negada desde el auto de primero de febrero, en lo relativo a que a Manuel Antonio Ordóñez no se le dio todo lo que le correspondía en las tierras mejores de la comunidad situadas en la margen del Río de Oro.

Esta tesis del tribunal y su aplicación al caso debatido no merece reparo, ya que bien al contrario es lo que en sana lógica se infiere de la ley.

Por otro aspecto tampoco es admisible el cargo: las disposiciones citadas como violadas son de mero procedimiento; su violación no da asidero al recurso de casación. En este recurso tendrán oportunidad en tanto que se demuestre que su infracción llevó al sentenciador a desconocer alguna de las reglas superiores normativas de la partición. Pero mientras tal cosa no resalte y además no se señale el concepto en que fue vulnerada la determinada norma sustantiva atinente a la distribución del bien objeto del juicio, el recurso carece de procedencia.

2º En el motivo tercero de la causal segunda el recurrente dice que el fallo del tribunal es incongruente porque Manuel A. Ordóñez alegó oportunamente que no estaba obligado a pagar unos gastos que el partidor fijó arbitrariamente, ofreciendo cubrir la parte proporcional de los que legalmente se tasaran, y el juzgado nada dijo sobre el partidor ni tampoco el tribunal al revisar la sentencia.

Se considera:

Es evidente que el objetante en el primer memorial de objeciones (fl. 1º v. c. de la articulación de objeciones a la partición), dijo: "con respecto al pago de la suma que haya de corresponderme, me permito manifestarle al señor juez que está a su orden el valor que me asigne, en cualquier momento, de modo que no hay lugar a otro medio".

Ni el juez ni el tribunal le dieron solución a esta cuestión. Por consiguiente, el fallo del segundo es incongruente en este punto, ya que al revisar la partición reformada con el fin de comprobar su concordancia con las pautas fijadas en el fallo admisorio de las objeciones, correspondía también resolver algo acerca de lo que hasta entonces no había sido resuelto a pesar de haber sido propuesto oportunamente a la consideración de los jueces.

Empero, no obstante el mencionado defecto de la sentencia, erigido por la ley en causal de casación, en el presente caso carece de objeto práctico la infirmación del fallo, comoquiera que la Corte al examinar el punto encuentra que no es suficiente para determinar la improbación de la partición, conforme se verá en seguida.

De acuerdo con la regla 4ª del artículo 2338 del C. C. los comuneros de un terreno tienen derecho a que **"antes de empezarse el repartimiento"**, se formule el presupuesto de gastos de la operación con el fin de darles la oportunidad de que consignen anticipadamente la cuota que les corresponda; y en caso de que no hagan el pago inmediatamente, no por eso se suspende la partición, sino que "se deducirá dicha cuota de las suertes respectivas y se separará una porción de terreno equivalente para el expresado gasto".

El artículo 1142 del C. Judicial no hace más que repetir en términos distintos la misma regla.

El presupuesto de gastos debe hacerse, pues, antes de que el partidor proceda a partir Y así tiene que ser para saber si se forma o no lote de gastos, según que los comuneros resuelvan consignar la cuota que les quepa en el presupuesto, o dejar que se forme el lote, por abstenerse de verificar ese anticipo.

La ley no dice por quién debe hacerse el presupuesto. Pero desde que se trata de un cálculo de gastos futuros en su mayoría,

del mismo trabajo de partición, es obvio que sea quien va a acometerlo el que efectúe la tasación respectiva, dado que por la naturaleza de las cosas es la persona más enterada de cuáles irán a ser esos gastos. El presupuesto que se haga tiene que ser sometido a la aprobación de las partes y del juez. Sólo así sabrá cada parte, en forma cierta, la cuota que le corresponde erogar, colocándose en capacidad de ofrecer la consignación de dinero, si no quiere que se le cercene la extensión de su derecho de comunero.

Con todo, el derecho a que se forme presupuesto **previo de la partición** y el consecuencial de ofrecer la consignación de la cuota tienen que reclamarse también en la debida oportunidad, la cual por el objeto que aquellos persiguen, no puede prolongarse más allá del momento en que el partidor comience su trabajo.

En el presente caso el objetante, como se ve de la objeción cuarta, nada reclamó oportunamente en relación con la formación del presupuesto previo a que tenía derecho. Sólo objetó una partida del lote de gastos, la de los honorarios del agrimensor. Lo que indica que aceptó las demás partidas así como el procedimiento de que el partidor fuese quien formulase, no previamente, el presupuesto para el efecto de separar la porción de terreno necesario para cubrirlo.

En estas condiciones el objetante Ordóñez no podía aceptar el procedimiento del partidor y al mismo tiempo ofrecer una cantidad cuya consignación necesariamente tenía que ser previa a la operación del partidor y estar basada en un presupuesto formado asimismo con igual antelación.

Por esa razón ni el juzgado ni el tribunal podían aceptar la consignación tardía; porque ella cabe únicamente en relación con un cálculo previo de gastos, y con la omisión de esto se había conformado el objetante.

---

Por lo relacionado, 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 hay lugar a casar la sentencia del tribunal de Bucaramanga, dictada en el presente juicio de división de bienes comunes, el día 22 de julio del año próximo pasado.

Las costas que se hubieren causado en el recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la **Gaceta Judicial.**

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

REIVINDICACION.— COMUNIDAD.—SOCIEDAD.

**El artículo 2323 del C. C. significa que del dominio de cada uno de los condueños de las cosas comprendidas en la comunidad le resultan derechos al uso de la cosa común y a sus frutos como también obligaciones en cuanto a deudas y reparaciones de la comunidad. Esta, a diferencia de lo que acontece con la sociedad, no constituye una persona jurídica distinta de los socios personalmente considerados, ni es dueña tampoco de un patrimonio propio. La cuota que corresponde a los comuneros en la cosa común pertenece al patrimonio particular de cada uno de ellos. Los comuneros no son sino distintos dueños de una cosa, y como copropietarios no se representan unos a otros ni tienen tampoco particularmente la representación de la comunidad, de modo que pudiera ser demandada eficazmente en la persona de cualquiera de los partícipes. Desde el punto de vista del derecho de propiedad indivisa existente en el cuasicontrato de comunidad carece de todo sentido el concepto de administración recíproca de los comuneros. La especie de solidaridad establecida por el art. 2525 del C. C. no implica representación recíproca de los comuneros, ni representación de la comunidad desde el punto de vista de la personería pasiva, en forma que pudiera entenderse que notificada una demanda a un comunero quedaban los demás por ese hecho vinculados a los términos y resultados de la litis.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 2º del Circuito de Palmira, en libelo fechado el 18 de noviembre de 1924, Hernando Caicedo, Olegario Rojas, Ildefonso Plaza Flórez y Ruperto Plaza Flórez, por medio de apoderado, demandaron a María Plaza de Delgado, casada con Jesús Delgado; Pedro Pablo Plaza, Eduardo Plaza, Sixto Plaza, Erasmo Plaza, Dolores Plaza de Reyes, casada con Francisco Reyes; Eufenia Plaza de Vera, casada con Juan Vera; Francisca Plaza de Izquierdo, casada con Rafael Izquierdo; Felisa Plaza de Mosquera, casada con Carlos Mosquera; María Josefa Plaza de Echeverri, casada con Eusebio Echeverri; Juana Plaza y Escipión Jaramillo, para que en sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare:

I. Que es de la exclusiva propiedad de los actores "el terreno ubicado en el Distrito de Pradera, en el sitio de La Granja y la finca que sobre él existe (denominada hoy El Rocío), compuesta de casa de habitación, dos para la elaboración del café y una para pesebrera; una plantación de unos 18,000 árboles de café, unas dos plazas de pasto y una suerte de caña dulce, finca y terreno que limitan....."

II. Que los demandados están en la obligación de entregar a los actores, dentro del término legal, la finca y terrenos descritos, con sus frutos percibidos y los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado si hubieran tenido tales bienes en su poder.

III. Que los demandados están en la obligación de pagar a los actores los perjuicios que han sufrido y sufran por la retención de los bienes precitados, y que deben pagar las costas de este juicio.

A continuación se expresan los hechos fundamentales de la acción y antecedentes de enunciación necesaria para la decisión del recurso:

En el juicio de división del terreno denominado "Bolo de los Escobares", ubicado en el distrito municipal de Pradera, se le adjudicó a Ildefonso Plaza, por su derecho de comunero, un lote de 27 fanegadas y 5934 varas, constitutivo de la finca El Rocío, que le fue entregado judicialmente. Por medio de escritura pública número 535, otorgada en la Notaría 1ª de Palmira el 4 de octubre de 1920, Ildefonso Plaza vendió la prenombrada finca, por partes iguales, a Ildefonso y

Ruperto Plaza Flórez y a Olegario Rojas, quienes a su turno, por escritura número 465, de 14 de octubre de 1924, Notaría 2ª de Palmira, vendieron la mitad de esta finca a Hernando Caicedo.

El 25 de febrero de 1928 se verificaron los inventarios de bienes pertenecientes a la sucesión intestada de Pedro Pablo Plaza, y entre ellos se hizo figurar, por denuncia de Ildefonso Plaza, el terreno de El Rocío, que fue adjudicado en común a los partícipes de la herencia en la partición judicial aprobada por sentencia del 5 de febrero de 1921, y entregado a ellos por el Juez del conocimiento el 19 de julio de 1923.

Por medio de la partición extrajudicial que consignaron en la escritura pública número 26, otorgada ante el Notario 3º del Circuito de Pradera el 14 de marzo de 1925, legalmente registrada al segundo día de su otorgamiento, los condóminos de El Rocío, sucesores de Pedro Pablo Plaza, demandados en este juicio, terminaron su comunidad y dividieron la finca en lotes determinados y alinderados especialmente. Para esta fecha de la división, la demanda de este pleito, presentada desde el 18 de noviembre de 1924, solamente le había sido notificada a cuatro de los doce demandados. A los demás se les corrió el traslado legal con posterioridad al acto de partición, alegado por ellos como fundamento del incidente de excepciones dilatorias, que no suspendió el procedimiento por los motivos que adelante han de verse.

La primera instancia del juicio se decidió en sentencia del 22 de abril de 1936, en la cual se reconoció a los demandados el dominio alegado y se condenó a los demandados a la restitución de la finca y sus frutos como poseedores de buena fe, negando las peticiones de la contrademanda, oportunamente presentada. Recurrida esta sentencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali la revocó en fallo definitivo de segundo grado de fecha 30 de julio de 1938, y en su lugar declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Contra esta sentencia del Tribunal interpusieron recurso de casación los demandantes Ruperto e Ildefonso Plaza Flórez, el cual legalmente admitido y tramitado, se pasa a decidir.

### Sentencia acusada

No tuvo oportunidad el Tribunal de estudiar las cuestiones de fondo debatidas en el pleito, porque encontró que la demanda de reivindicación adolecía de un evidente vicio de ineptitud sustantiva que afecta de improcedencia la acción de dominio consistente en haber dirigido la demanda contra todos los demandados como poseedores de toda la finca indistintamente, cuando por haber mediado división de El Rocío antes de surtirse completamente el traslado de la demanda la acción reivindicatoria no procedía sino respecto de cada uno de los demandados y por la porción determinada que le correspondió en la partición. "La notificación de la demanda — dice el Tribunal — fija la posición de las partes en el juicio, y mientras la parte demandada no sea avisada legalmente de la demanda que se ha establecido, ningún compromiso procesal tiene con el actor. Tanto es así, que mientras la notificación no se ha surtido, no puede haber registro del libelo y por consiguiente el demandado puede disponer de la cosa vendiéndola, y la escritura en que tal acto realice no tendrá obstáculo para que sea anotada en el registro público. Lo que quiere decir, que ya el demandante no podría reivindicar del demandado, sino que habría de dirigir su acción contra el nuevo poseedor".

"Si por la partición que los Plazas hicieron de la finca El Rocío, terminaron con la comunidad existente entre ellos, viniendo a poseer cada uno la porción que le fue adjudicada, y todo esto ocurrió antes de que fueran notificados todos los de la demanda reivindicatoria del inmueble, a ellos en virtud de este juicio no se les podrá exigir y mucho menos condenar a la restitución de una cosa que no poseen, en que no son comuneros, porque este juicio sólo vino a tocar con ellos cuando habían dejado de poseer todos la cosa común que se persigue".

Tal es el fundamento de la sentencia acusada en casación.

**El recurso**

El recurso se apoya en el primero de los motivos de casación enumerados en el artículo 520 del C. J., y se señalan como violados, unos directamente y por interpretación errónea otros, los artículos 2323, 2107, 1382, 1521 y 756 del C. C.

Las razones en que se hacen reposar estas pretendidas violaciones legales se resumen así:

Existiendo hasta el 16 de marzo de 1925, fecha del registro de la partición, una comunidad entre los demandados en el dominio de la finca que se reivindica, originada en la adjudicación a ellos hecha en la sucesión intestada de Pedro Pablo Plaza, es evidente que cada uno de los demandados, puesto que entre ellos no había estipulación en contrario, era administrador de la cosa común, de modo que el Tribunal, al desconocer el efecto del traslado de la demanda a algunos de los comuneros, les desconoció a los demandados los derechos y facultades que sobre la cosa común les reconoce la ley. desde el momento en que la demanda fue notificada a algunos de los comuneros demandados la cosa común quedó en litigio, y los coasignatarios quedaron inhabilitados para disponer libremente de sus derechos de manera que ya no era posible una mutación en el dominio de la cosa común objeto de la reivindicación. Al efecto de partición material, en estas condiciones, no se le puede reconocer existencia legal y su registro es absolutamente ineficaz.

Afirma también el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho al pasar inadvertidas las notificaciones de la demanda practicadas con anterioridad al 16 de marzo de 1925, y en error de derecho al darle mérito al acto de partición material de El Rocío y a su registro, errores éstos que lo condujeron al desconocimiento de los derechos de los demandantes al dominio y posesión de la finca materia de la reivindicación con quebranto de los artículos 946, 952 y 762 del C. C.

**Se considera:**

Establece el artículo 2323 del C. C. que el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios sobre el haber social, lo cual significa que del dominio de cada uno de los condueños de las cosas comprendidas en la comunidad le resultan derechos al uso de la cosa común y a sus frutos como también obligaciones en cuanto a deudas y reparaciones de la comunidad; pero esta disposición, que consagra el concurso de beneficios y cargas entre los comuneros, no puede entenderse en el sentido que el recurrente le da en su demanda, en que aparecen equiparadas completamente las condiciones jurídicas del comunero y el socio. La comunidad, a diferencia de lo que acontece con la sociedad, no constituye una persona jurídica distinta de los socios personalmente considerados, ni es dueña tampoco de un patrimonio propio. La cuota que corresponde a los comuneros en la cosa común pertenece al patrimonio particular de cada uno de ellos. Los comuneros no son sino distintos dueños de una cosa, y como copropietarios no se representan unos a otros ni tienen tampoco particularmente la representación de la comunidad, de modo que pudiera ser demandada eficazmente en la persona de cualquiera de los particeros. Desde el punto de vista del derecho de propiedad indivisa existente en el cuasicontrato de comunidad carece de todo sentido el concepto de administración recíproca de los comuneros. La administración en las comunidades solamente se refiere al uso de las cosas comunes en los casos, minuciosamente reglamentados en la ley, en que los comuneros no se avengan en cuanto al usufructo de los bienes comunes.

De acuerdo con el artículo 2525 del C. C. todo lo que interrumpe la prescripción respecto de un comunero, la interrumpe también respecto de los otros, del propio modo que cuando el predio dominante pertenece a muchos proindiviso, el goce de la servidumbre por parte de un comunero interrumpe la prescripción respecto de todos (art. 943 ibidem); pero esta especie de solidaridad establecida exclusivamente en beneficio de la comunidad por la gestión de cualquiera de los partícipes, no implica representación recíproca de ellos, ni representación de la co-

munidad desde el punto de vista de la personería pasiva, en forma que pudiera entenderse que notificada una demanda a un comunero quedaban los demás por ese hecho vinculados a los términos y resultados de la litis.

Ninguna razón legal abona la pretención aducida por el recurrente de que la notificación de la demanda a cuatro de los doce comuneros obró por sí sola el efecto previsto en el numeral 4º del artículo 1521 del C. C., porque es evidente que enderezada la acción contra todos los comuneros para la restitución de la cosa común, era indispensable la notificación de la demanda a todos ellos para entenderse establecida inalterablemente la relación procesal del litigio. Pero no sólo no existió en este caso según consta de autos la notificación del libelo a la parte demandada, en la forma legal, sino que no se realizó tampoco la inscripción de la demanda en el libro correspondiente del Registro, sin lo cual, al tenor inequívoco del artículo 42 de la ley 57 de 1887 no es posible considerar en litigio la finca para los efectos del artículo 1521 del Código Civil.

Por otra parte, los efectos declarativos de dominio que se obran retroactivamente y por ministerio de la ley entre los partícipes por el acto divisorio de la comunidad, no constituyen propiamente un fenómeno de enajenación que es al que hace referencia la ley para el efecto de darle un objeto ilícito si recae sobre cosas cuya propiedad se litiga. No tiene cabida en nuestro derecho la doctrina romana en virtud de la cual la partición era considerada como una permuta recíproca de bienes entre los copartícipes, porque nuestro sistema se separa completamente de esa ficción al establecer la presunción de derecho de que cada asignatario ha sucedido inmediata y exclusivamente al causante y no haber tenido jamás parte alguna en las otras porciones de la comunidad.

El fundamento con que el Tribunal consideró inepta la demanda en este juicio no se refiere a la ineptitud que da materia a la excepción dilatoria, y lugar a la devolución de la demanda cuando prospera, sino que versa sobre el fondo mismo de la cuestión en forma capaz de perjudicar la acción misma. Se relaciona con la singularización de la cosa como elemento esencial en la acción de dominio, o sea que la cosa que se quiere reivindicar esté determinada de un modo preciso, determinación que en refiriéndose a bienes raíces se hace con la expresión de sus términos o linderos. Esto viene muy claro desde el comienzo del pleito, porque ocho de los demandados en su condición de comuneros, propusieron al notificárseles la demanda la excepción dilatoria que hicieron consistir en que habiéndose dividido para ese día en legal forma el condominio que entre ellos existía en la finca de El Rocío, no debían ser demandados todos por el todo sino cada uno en relación con lo que singularmente les había sido adjudicado en la partición del inmueble.

En el fallo en que el Tribunal estudió y decidió el incidente exceptivo por apelación interpuesta contra el auto en que el Juzgado declaró probada la excepción propuesta de inepta demanda, se expresaron con toda claridad las razones para considerar que el hecho propuesto como excepción dilatoria no lo era, y en esa virtud no tenía por qué producir la suspensión del procedimiento, pero que sí era una cuestión de irregularidad sustantiva cuya consideración sólo era oportuna en la sentencia definitiva.

Dijo el Tribunal en la decisión aludida: "Otra cosa será que los demandados puedan alegar la circunstancia de ser sólo poseedores separados de determinadas porciones de la finca rural cuyo dominio se demanda, y que por lo mismo sea irregular perseguir bajo una misma cuerda demandas que hay necesidad de intentar por separado contra cada poseedor parcial de la cosa; mas esta no es cuestión incidental sino de fondo que el sentenciador ha de analizar al proferir la decisión que ponga término al negocio".

No utilizaron los autores esta oportuna y clarísima advertencia sobre el vicio esencial de su libelo para reformar la demanda, y se empeñaron en adelantar el proceso sobre las bases que desde entonces sugirió el Tribunal que serían falsas para sustentar una acción reivindicatoria si la acción intentada

fuera simplemente la petitoria de dominio—caso de ser procedente—quizá la ineptitud en referencia no existiera, pero como la demanda ha sido de reivindicación, que junto con la declaración lleva la restitución de la cosa a cargo de todos los demandandos indistintamente, resulta claro que no estando ellos vinculados entre sí por un condominio indiviso, la acción anda descaminada por haber englobado todos los demandados sin hacer la indispensable singularización de la cosa reivindicada en relación con cada uno de ellos, como lo exige perentoriamente la ley.

Las breves consideraciones que anteceden son bastantes para concluír que de ninguno de los cargos formulados en la demanda de casación, relativos a los fundamentos en que se asienta la sentencia, puede deducirse violación de la ley sustantiva. Y por lo que hace a algunas consideraciones que parecen destinadas en el alegato del recurrente a combatir la validez misma del acto de partición de la finca objeto de la reivindicación, su estudio es completamente improcedente para la decisión del recurso, porque la validez de este acto no está sub-judice.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha 30 de julio de 1938, que ha sido materia de este recurso.

Sin costas, por no aparecer que se hayan causado.

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

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

## DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

La señora Eva Villa de Gutiérrez demandó en vía ordinaria al señor Lisímaco Gutiérrez y a la señora Rosalía Mejía de Gutiérrez sobre reivindicación de la hacienda de Montebello, ubicada en el Municipio de Armenia y sobre otros puntos. Seguida esa causa en el Juzgado 2º de ese Circuito se decidió allí en primera instancia el 9 de marzo de 1937 con sentencia absolutoria para los demandados de todos los cargos del libelo, la que confirmó el Tribunal de Pereira en la de 4 de marzo de 1939, contra la cual interpuso casación la demandante, recurso que se declaró admisible y adelantó hasta ordenarse traslado la recurrente en auto de 12 del presente julio.

La señora demandante en memorial que reúne los requisitos exigidos por el artículo 461 del C. J. desiste de este recurso y agrega que desiste también de la acción incoada, por haber transigido con los demandados. No estándose, por otra parte, en ninguno de los casos enumerados en el art. 465 ibidem, debe admitirse el desistimiento, sin costas, porque no se han causado a los demandados en este recurso.

Cuanto al alcance del desistimiento, debe ser, dentro de este proceso y recurso y ante la Corte, el de dejar ejecutoriada la sentencia recurrida, sin perjuicio de lo que hayan convenido los interesados en una transacción que no se conoce aquí y de la cual hay tan sólo la noticia o afirmación aludida de la señora demandante.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, admite el desistimiento que la parte recurrente hace del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de cuatro de marzo último dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en este asunto, la cual consiguientemente queda ejecutoriada. Esto, sin perjuicio de lo que las partes hayan estipulado válidamente al respecto. Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

## OPOSICION A UN DESLINDE

**Aun cuando es cierto que para la procedencia de la acción de deslinde se requiere que los predios colinden, no lo es menos que la simple interposición de una corriente de aguas de uso público deja de hacer imposible la contigüidad cuando un brusco cambio de cauce hace no sólo conveniente sino necesaria la determinación del verdadero lindero, puesto que por regla general la brusca mutación de álveo sólo da derecho a los dueños riberanos a la propiedad de las partes del antiguo cauce que quedan definitivamente en seco, por accesión a los predios de éstos, debido a que la ley procura conservar el estado de cosas anterior a la variación brusca del curso de las aguas, evitando al propietario en cuyo suelo ha penetrado súbitamente la corriente de agua o un brazo de ésta, la pérdida del terreno invadido por las aguas.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Juan Francisco Mújica)

### Materia del pleito

En su calidad de dueño de la hacienda de La Culebra, jurisdicción del municipio de Cúcuta, Alberto Camilo Suárez demandó a Efraím Durán R. con el objeto de fijar la línea divisoria con la hacienda de El Caimán, de propiedad del demandado.

En la debida oportunidad procesal, el demandado se opuso a la demanda de deslinde, la cual se tramitó con las ritualidades del juicio ordinario.

Un sector dado de la quebrada de La Culebra era el lindero que delimitaba los predios dichos. Con motivo de un brusco cambio de cauce, surgió la necesidad para Suárez de establecer judicialmente que en ese sector el límite entre los fundos es el del cauce viejo, por el cual corre el agua sólo durante la crece.

La oposición se basó en estas circunstancias: que los predios no son contiguos o que los separa la quebrada de La Culebra; que ésta es un bien nacional de uso pblico; que corre, cuando las creces, tanto por el cauce viejo o derecho, como por el nuevo o actual; que, por lo tanto, todo el terreno comprendido entre ambos cauces es lecho de la quebrada, y que, al señalarse como divisoria la línea que divide en dos partes iguales el cauce viejo, se pretermitió la decisión respecto de la pertenencia del terreno correspondiente, en virtud del fenómeno de la accesión.

### Sentencia de segundo grado

El Tribunal Superior de Pamplona, el 20 de octubre de 1938, estimó las pretensiones del opositor, Efraím Durán R., por cuanto consideró que Suárez carece de acción para solicitar el deslinde, y, en consecuencia, improbó la línea divisoria fijada por el Juzgado 3º del Circuito de Cúcuta el 26 de junio de 1936.

Consideró el Tribunal que de acuerdo con las titulaciones de las haciendas de La Culebra y El Caimán, el cauce viejo señalado en la demanda de deslinde como divisorio entre ambos no podía serlo, dados ciertos puntos de referencia en la descripción de los linderos consignada en los títulos, y tal cauce debía separar, por lo tanto, predios de otros dueños.

El Tribunal reconoce que el fallo basado en la razón dicha estaría fuera de toda consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque ambas partes convinieron que, sea por uno u otro cauce, en la zona indicada por Suárez en su demanda de deslinde, la quebrada de La Culebra delimitaba entre sí a ambos predios. Por tal motivo estimó suficiente el Tribunal la circunstancia probada en autos

de que en sus altas y bajas periódicas, la quebrada aludida corre por ambos cauces, el viejo y el nuevo, y, por consiguiente, la zona intermedia es igualmente lecho de la quebrada, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 720 del C. C. Por tal motivo, "no hay lugar a ningún deslinde, ya que se trata de un límite natural e invariable".

**El recurso**

Contra la sentencia se interpuso recurso de casación, con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

De los motivos de casación alegados, se acogen los siguientes:

El Tribunal da a su conclusión dos fundamentos, a saber: que no existe colindancia de hecho y que tampoco existe colindancia jurídica.

La primera hipótesis se halla contradicha por la actitud misma de las partes en la controversia. "Todas las piezas del proceso, todas las pruebas allegadas por una y otra parte, todas las afirmaciones de éstas, toda la relación jurídico procesal, convienen y reposan en una verdad sabida y consentida por las partes: que los predios de El Caimán (de Durán) y La Culebra (de Suárez), son vecinos y riberanos de una misma corriente de agua que los limita a lo largo de un gran trayecto. La única discrepancia radica en que Durán afirma que el lindero va por la vaguada, y Suárez que por un cauce antiguo hoy en seco". Dejó de aplicar el Tribunal el artículo 900 del C. C., al desconocer la colindancia real, hecho éste "descubierto por su sagacidad y que las partes ignoraban, no obstante que éstas poseen esos potreros y criaderos hace más de sesenta años". Tal omisión del texto dicho "proviene de: a) apreciación errónea de los títulos de propiedad de ambas partes; y de la prueba pericial en la inspección ocular; b) falta de apreciación de la confesión de las partes, envuelta en las manifestaciones que he destacado del proceso, o sea un error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos; c) falta de apreciación (intencionada y consciente), de la posesión y de las declaraciones aducidas por parte de Suárez".

"Los extremos alegados por las partes condicionan los poderes del juez y el contenido de los distintos actos de protección jurídica. Tales son las alegaciones- incontrovertidas de un hecho: se convierte en fundamento de la sentencia (salvo lo intransigible o inalegable, como capacidad, orden público, hechos ilícitos). El reconocimiento de un hecho, aun implícito, vincula al juez dentro de los límites indicados".

"El Tribunal, al tener por no colindandantes los predios de El Caimán y La Culebra, no obstante las manifestaciones en contrario hechas por las partes en demandas, excepciones y contestaciones, todas las cuales afirman que sus predios están separados por la quebrada (aunque discutan el cauce nuevo), pero en que jamás han dicho que no colindan de hecho, violó los artículos 606 del C. J., sobre la fuerza de plena prueba que tiene la confesión judicial; el 593 del mismo, sobre las verdades incontrovertidas; el 1759 del C. C., sobre la plena fe contra los otorgantes de un instrumento público, en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados, vinculantes para sus causahabientes universales o singulares".

Además, respecto de este último artículo, lo violó el Tribunal también como consecuencia del error de derecho de no haber dado a la escritura número 355, del 6 de junio de 1917, el mérito probatorio que legalmente le corresponde en relación con Durán, porque en ella el causante de éste, al aclarar los linderos de la hacienda de El Caimán, dice que el lindero de la quebrada La Culebra debe entenderse el cauce antiguo de ella, o sea por donde corrían sus aguas.

Como consecuencia del error de derecho en la apreciación por parte del Tribunal de las inspecciones oculares y dictámenes periciales "retratados en planos no tachados de inexactitud, unos más completos que otros", y de los testimonios encaminados a acreditar "la posesión como elemento ilustrativo de la espacialidad del lindero", violó el Tribunal "los artículos 731 del C. J., en cuanto a la fuerza de la inspección de futu-

ra memoria, con citación de futuro adversario; el 730, en cuanto a las practicadas en juicio, en las cuales se vio la vecindad frente a frente, y juez y peritos pasaron de una a otra orilla, dejando el predio izquierdo de Suárez para pasar al predio derecho de Durán, según el sentido de la corriente; los 722 y 723 ibídem, en cuanto a que los predios sí son vecinales, sin solución de continuidad; hecho no discutido por las partes y que los peritos tuvieron por cierto (pues los peritos que nombró Durán no niegan eso sino la calidad de cauce antiguo pero de la misma quebrada La Culebra); otra vez el 593 del código citado, en cuanto el Tribunal despreció la prueba testimonial sobre posesión; el 762 del civil, por no haber otro poseedor distinto a Suárez, y, desde el punto de vista de la alegación, al mismo Durán, porque ningún tercero puede caber cuando una y otra parte se dan por poseedoras a pesar del Tribunal".

El segundo fundamento de la sentencia, consistente en que no hay colindancia jurídica, lo deduce el Tribunal de la circunstancia de que los dos predios enfrentados se hallan separados por una corriente de agua de uso público, cuyo curso ha sido invariable, lo cual excluye por tanto el deslinde, ya que se trata de un límite natural.

Aplicó indebidamente el Tribunal, violándolo, el inciso 2º del artículo 720 del C. C., porque en este pleito no se trata de discutir aumentos de los predios por accesión, y también "porque la zona necesitada de deslinde no está formada por aluvión". Debido a ello violó el Tribunal los artículos 719, 720 y 900 ibídem.

Tal violación proviene del error de hecho en que incurrió el juzgador al apreciar las correspondientes pruebas del proceso. En efecto, en el instrumento público número 355, ya citado, el causante de Durán dice: "Obliga al exponente a hacer esta declaración la circunstancia de haber cambiado de curso la quebrada Culebra, durante la posesión de su derecho". Los testigos de ambas partes y de ambas instancias "precisan la variación de cauce y, por tanto, la formación de una zona intermedia por motivo de cambio brusco de la corriente, de burradas y empalizadas". En las inspecciones oculares y dictámenes periciales se hacen iguales observaciones. Los litigantes están de acuerdo en el cambio brusco de cauce que suscitaron las avenidas de la quebrada.

"Por tanto, el Tribunal, al aplicar el art. 720 en cuestión, no solamente violó el art. 593 del C. J. sino el 900 del civil, por apreciación errónea de la confesión de parte y parte sobre la índole no aluvional de la zona; los artículos 603, 604, 606 y 608 del C. J., 1759 del Civil, al no admitir el hecho confesado por declaración escritural por Durán". Los artículos 697 y demás del C. J. citados más arriba, sobre las pruebas de inspección ocular, pericial y testifical.

## Motivos

Vistos los artículos 900 del C. C., 593 y 722 del C. J., y considerando:

Que el Tribunal los violó a consecuencia del error de hecho en la apreciación de las afirmaciones de ambas partes, tanto en la primitiva demanda de deslinde y su contestación, como en la de oposición y su respuesta, porque, según jurisprudencia que se reitera, de acuerdo con el principio procesal conocido con los nombres de dispositivo, de controversia o de contradicción, el Tribunal ha debido tener por verdad la circunstancia consentida por los litigantes de que los predios La Culebra y El Caimán se hallaban separados por la quebrada de La Culebra.

Que, además, el Tribunal incurrió en error de derecho en la estimación de las pruebas de las inspecciones oculares habidas durante el juicio, al negarles, contra lo evidenciado por los sentidos mismos, que la quebrada se interpone entre esos dos predios, basándose para ello en exégesis inconducentes de lo relacionado en los títulos de propiedad hace más de sesenta años.

Que incurrió también el Tribunal en error de derecho en la apreciación de los dictámenes periciales, porque no expuso los argumentos en virtud de los cuales había formado su convicción en el sentido de negar acierto a los peritos en la indicación de los cauces primitivo y nuevo de la quebrada La Culebra, siendo así que las exposiciones de

ellos se basan en observaciones interpretadas científicamente y sin lugar a la menor duda.

Vistos los artículos 900, 719 y 720 del C. C., y considerando:

Que el Tribunal dejó de aplicar el primero y aplicó indebidamente los otros dos, porque, aun cuando es cierto que para la procedencia de la acción de deslinde se requiere que los predios colinden, no lo es menos que la simple interposición entre los dos de una corriente de agua de uso público deje de hacer imposible la contigüidad cuando en circunstancias como las de este pleito un brusco cambio de cauce hace no sólo conveniente sino necesaria la determinación del verdadero lindero, puesto que por regla general la brusca mutación de álveo sólo da derecho a los dueños riberanos a la propiedad de las partes del antiguo cauce que quedan definitivamente en seco, por accesión a los predios de éstos, debido a que la ley procura conservar el estado de cosas anterior a la variación brusca del curso de las aguas, evitando al propietario en cuyo suelo ha penetrado súbitamente la corriente de agua o un brazo de ésta, la pérdida del terreno invadido por las aguas.

## Resolución

Por 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 en este juicio ordinario pronunció el Tribunal de Pamplona el 20 de octubre de 1938 y en su lugar confirma la de primer grado que pronunció el Juzgado 1º Civil del Circuito de Cúcuta, con fecha 18 de marzo de 1938.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la **Gaceta Judicial** copia del presente fallo.

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

## REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

Luis Ramírez L., vecino del municipio de Envigado, propuso demanda contra Moisés Ochoa para que en juicio ordinario de reivindicación se declare que el primero es dueño de la finca raíz denominada "La Loma", ubicada en el paraje de "Chingui" del distrito mencionado, por los linderos expresados en la demanda; y en consecuencia se condene a Ochoa a entregarle el inmueble, de que está en posesión, más los frutos civiles que hubiera podido producir desde la contestación de la demanda hasta que la entrega se efectúe.

El demandado se opuso a la acción.

El juez del conocimiento, tercero del circuito de Medellín, en sentencia fechada el 4 de agosto de 1937, desató el pleito, absolviendo al demandado.

El tribunal superior de Medellín confirmó este fallo en el suyo de 25 de julio del año próximo pasado.

Se interpuso por el actor el recurso de casación, del cual entra à ocuparse la Corte por estar agotada la sustanciación de rigor.

### Antecedentes del litigio

El demandante Ramírez sostiene que es dueño del inmueble tanto por título como por prescripción de más de treinta años. Lo recibió de su padre desde antes de morir éste en el año de 1904 y desde entonces lo venía poseyendo como dueño, quieta y pacíficamente, hasta el día 11 de febrero de 1932, en que a causa de una acción de tenencia sumaria que tuvo que promover contra Vicente Bustamante, a quien se lo había dado en arrendamiento, y con motivo de la oposición que en la diligencia de lanzamiento de Bustamante hizo Rafael Arango, el alcalde de Envigado que practicó dicha diligencia aquel día, dejó la finca en poder de Arango como secuestre, quien la reclamó a nombre de Moisés Ochoa.

El 20 de febrero de 1932 el juez que conocía del juicio contra Bustamante insistió en que se llevara a cabo el lanzamiento, entregándole la finca a Ramírez. Pero por haber revocado el juez esta insistencia subió el asunto al tribunal de Medellín, el cual en providencia de fecha 17 de octubre de 1933 revocó la última decisión del juez y en su lugar reiteró la orden de entrega a Luis Ramírez, sin lugar a oposición ninguna por parte de Ochoa y su recomendado Arango.

El 17 de noviembre siguiente el alcalde de Envigado cumplió la orden del tribunal entregándole la finca a Ramírez después de haberla desocupado Moisés Ochoa.

El 18 de noviembre de 1934 promovió Moisés Ochoa interdicto posesorio contra Luis Ramírez para que éste fuera condenado a restituírle a Ochoa la posesión de la finca. El juez segundo civil del circuito de Medellín en fallo de 20 de abril de 1934 sentenció la acción en favor de Ochoa, y esta decisión fue confirmada por la del tribunal de Medellín del 12 de febrero del año siguiente.

En el presente juicio el demandado Ochoa basa su propiedad sobre el terreno cuestionado en la escritura número 1,793 de fecha 1º de agosto de 1931, otorgado ante el notario segundo de Medellín, en virtud de la cual Ana Felisa Ochoa le hizo venta de él. Según un certificado del registrador de instrumentos públicos del mismo lugar Ana Felisa Ochoa lo adquirió por compra con pacto de retroventa de Manuel Ramírez, según escritura 803 de 8 de abril de 1923. Este lo adquirió de Germán Arango, según escritura número.... de 8 de abril de 1923, de la

notaría tercera de Medellín. Y Arango lo adquirió por remate verificado el 15 de septiembre de 1922 en el ejecutivo del International Benkinga Corporation contra Manuel Ramírez y otros.

El demandante Ramírez basa su derecho de propiedad en una hijuela de adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de Manuel Ramírez, protocolizado en julio de 1914. En esta hijuela se le adjudica a Luis Ramírez un derecho de $ 60, sobre un avalúo de $ 120 en la finca de "La Loma", materia de este juicio. Y aduce además la sentencia de fecha 12 de julio de 1932, pronunciada por el juez segundo civil del circuito de Medellín, en el juicio ordinario de revindicación de la misma finca de "La Loma", promovido por Ramírez contra Ana Felisa Ochoa, de quien cómo está dicho el hoy demandado Ochoa hubo el inmueble por enajenación a título de venta. Esa sentencia está ejecutoriada y debidamente registrada.

**El recurso de casación**

El recurso de casación es un extenso alegato en que el recurrente plantea dos causales de casación: ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, "por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea", y no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

El cargo de incongruencia se resume en el primero de violación de la ley, comoquiera que su autor lo deduce de los mismos razonamientos y análisis que formula en relación con el primero. Carece por ende de fundamentos adecuados y propios.

---

Tocante a la causal primera, el recurrente empieza por hacer una larga relación de los incidentes judiciales que precedieron al presente litigio, con el objeto de demostrar "que Moisés Ochoa no poseyó siquiera una hora la finca en litigio, y el fundamento irrefutable para comprobar el primer motivo de la presente casación, consistente en la violación de la doctrina de las siguientes disposiciones: la del artículo 877 del Código Judicial por cuanto ni despojo, ni injusta privación ha habido de mi parte para el señor Ochoa, porque como lo dejo establecido donde no ha existido tal posesión no hay ni la una cosa ni la otra; luego no existiendo ninguna de estas dos causales en favor de Ochoa P. es claro que se ha violado la disposición legal que se comenta..... La otra disposición sustantiva violada, es la que consagra el artículo 974 del Código Civil, pues es prohibitiva cuando manda: No podrá instaurar una acción posesoria sino el que ha estado en posesión tranquila y no interrumpida un año completo. Para esclarecer mejor la violación de esta disposición sustantiva, proveniente de interpretación errónea de las pruebas incontestables de los documentos y piezas del expediente, anotadas por su orden cronológico, conviene hacer alusión a las sentencias de 1º y 2º grados del juicio posesorio de fecha 20 de abril de 1934 y 12 de febrero de 1935, respectivamente, porque en ellas se originó el error de derecho y de hecho, cuya restauración persigo en la presente casación....."

Luégo el recurrente comenta algunos conceptos del juez en la sentencia de primer grado del juicio posesorio para tratar de demostrar que el "señor juez no paró mientes en los documentos y piezas acompañadas como pruebas que cursan en el expediente; y que la falta de ese estudio, en materia tan importante, lo indujo al error de hecho, en virtud del cual se viola la disposición del artículo 974 citado, en cuanto a que Moisés Ochoa no poseyó la finca **un año completo**, ni siquiera **una hora**".

Después de glosar igualmente el recurrente algunos conceptos emitidos por el tribunal de Medellín, en la sentencia de segundo grado que le puso término al juicio posesorio, acusándola de violar entre otras disposiciones los artículos 342 del C. J. y 2,526 del C. Civil por no haber apreciado debidamente las pruebas que existían en el juicio posesorio relativas a establecer la prescripción adquisitiva del dominio por más de treinta años; bajo el mote de "Sentencia de 25 de julio de 1938", es decir, la pronunciada en el juicio ordinario y que es materia de la casación, se refiere especialmente a ella diciendo que viola los artículos 877 del C. Judicial y 974 del civil "por apreciación errónea de un lado de mis pruebas

y por falta de apreciación de las mismas, por el otro".

Pero al tratar de mostrar cómo se efectuó esa violación, hácela descansar en que siendo esta sentencia, la de 25 de julio "confirmación de la **del juicio posesorio que se revisa** (subraya la Corte), y habiendo en aquella apreciación errónea de las pruebas que se analizan, consiguientemente esta sentencia queda afectada por ese error de hecho, por cuya causa se violan igualmente las disposiciones sustantivas expresadas".

Agrega que salta a la vista la violación del artículo 974 citado, por la falta de apreciación de la prueba testimonial aducida por el recurrente Ramírez en el juicio posesorio "para comprobar mi posesión pacífica y no interrumpida de la finca de más de treinta años atrás, hasta el momento en que el señor juez 2º del circuito en lo civil me desposeyó de ella, para dársela a Moisés Ochoa, quien ninguna posesión material tuvo de dicha finca; prueba constante de más de doce testigos honorables y hábiles....; y sobre todo mi prueba fue creada ciñéndome a lo preceptuado en el artículo 981 del Código Civil, otra disposición sustantiva que igualmente ha sido violada por el concepto apuntado".

---

Como se ve de la anterior síntesis, el recurrente con un total desconocimiento de las normas y de la técnica de casación, aspirando a fundar el recurso, hace una serie de alegaciones desordenadas con las que pone de relieve la equivocada idea que lo domina, de que a la Corte incumbe ahora hacer como una revisión en instancia de las sentencias que se dictaron por la justicia en el juicio posesorio que Ochoa le siguió a Luis Ramírez y en el cual éste fue condenado a restituír la posesión al primero.

Si la sentencia recurrida se trae a cuento en el escrito de casación es únicamente como para que a través de ella la Corte glose y rectifique los conceptos de las dos sentencias del juicio posesorio, de manera que en el confuso criterio del memorialista la casación recae sobre esos dos fallos, sin que el pronunciado por el tribunal en el presente juicio ordinario juegue mayor papel, pues no se alude siquiera a ninguno de sus conceptos.

Salta así a la vista lo descaminado que anduvo el recurrente en esa parte del recurso y la obligación en que está la Corte de no tomarla en cuenta.

---

En la última parte de la demanda de casación léese un capítulo intitulado "Juicio revisorio", en el que se trata de lo acaecido con el presente litigio de reivindicación. Refiérese en primer término —en la misma forma confusa y mal redactada que se nota en el resto de la demanda y que se ha tratado de aclarar en el extracto— a la sentencia del juez, expresando que en ese fallo no tuvo eco la cosa juzgada, no obstante que en el proceso obró la sentencia de fecha 12 de julio de 1932 pronunciada en el juicio de reivindicación de Ana Felisa Ochoa contra Luis Ramírez, con lo cual el juez violó los artículos 473 y 474 del C. Judicial, "violación que proviene de la falta de apreciación de la prueba terminante, latente en las dos sentencias dictadas". (El recurrente se refiere también a que el juez tampoco tuvo en cuenta el fallo de 17 de octubre de 1933, pronunciado en el juicio de tenencia sumaria, auto en el cual el tribunal de Medellín reiteró la orden de entrega del inmueble a Luis Ramírez).

La acusación así expuesta naturalmente es improcedente, ya que el recurso de casación sólo puede dirigirse contra las sentencias del tribunal. Mas por lo que se dirá adelante es útil seguir al recurrente en su raciocinio, ya que la alegación anterior y la que va en seguida, dirigida igualmente contra la sentencia de primer grado, las cita el recurrente en un corto párrafo en que por casualidad ataca expresamente la sentencia de segundo grado:

"Veámoslo. Moisés Ochoa, causahabiente de Ana Felisa Ochoa, contra la cual se dictó la aludida sentencia en el juicio ordinario posesorio tiene que sufrir la consecuencia de la cosa juzgada de que habla el art. 473, ya que en el juicio posesorio por él establecido, y en él (Ochoa) se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 474, como complemento del anterior, a saber: el

mismo objeto, posesión; las mismas causas como fundamento; y por último, su identidad jurídica como causahabiente de Ana Felisa Ochoa su hermana, por enajenación con posterioridad al registro de la demanda del primer juicio".

Por último, el corto párrafo en que se alude a la sentencia recurrida del tribunal, dice así:

"Sería una repetición, señores magistrados, y en forma alguna podría evitarla, si entrara a analizar esta sentencia, prohijando como prohija las apreciaciones y valorización jurídica de los elementos de la sentencia del juzgado 3º del circuito. Oigamos cómo se expresa: '.....La sentencia recurrida con justa razón jurídica, valoriza esos elementos y les da el valor que la ley sustantiva les asigna.....' De consiguiente, forzoso es concluír la violación de la cosa juzgada, en relación con las sentencias acompañadas de 12 de julio de 1932, y 17 de octubre de 1933, del juzgado 2º del circuito en lo civil y h. tribunal superior, respectivamente, y de conformidad con los motivos expresados en el anterior análisis".

La Corte ante esta acusación más concreta y procedente, entra en seguida a examinarla.

---

Previamente hay que advertir que para los efectos de la cosa juzgada no hay para qué tomar en cuenta la providencia de 17 de octubre de 1933, de alcance enteramente interlocutorio, encaminada a terminar un simple incidente de oposición en un juicio sumario.

En lo tocante a la excepción de cosa juzgada proveniente de la sentencia ejecutoriada de 12 de julio de 1932, el tribunal dijo:

"Por conteras, la sentencia proferida en el juicio ordinario de la señorita Ana Felisa Ochoa contra el demandante sobre la cual esta parte finca grandes y graves derechos, téngase presente que la tal sentencia, que fue absolutoria, no da el derecho que el actor cree ver en una especie de arco iris, porque la dicha providencia negó la reivindicación pedida por la señorita Ochoa en atención a que ella no presentó el certificado de suficiencia de título que exhibió para fundar la propiedad en el inmueble tántas veces nombrado. Léase tal fallo y se verá que esa fue la única razón para que el juzgado 2º de este circuito se hubiera abstenido de decretar las peticiones formuladas en el libelo del citado juicio".

Esta apreciación del tribunal en relación con la sentencia en que se basa la cosa juzgada sobre la cual el demandante Ramírez ha insistido reiteradamente desde la iniciación del pleito, es equivocada. Ello hace válido y eficaz el cargo del recurrente, por violación de los artículos 473 y 474 del Código Judicial, disposiciones ambas de carácter sustantivo, que conduce necesariamente a la Corte a infirmar el fallo del tribunal a efecto de decretar la acción reivindicatoria instaurada, merced a que ésta fue ya irrevocablemente calificada en otro juicio por la justicia ordinaria, conforme pasa a comprobarse en las siguientes consideraciones, que a la par de la casación, fundamentan también la sentencia de instancia.

Cuando Moisés Ochoa adquirió el inmueble de "La Loma", del paraje Chingui, de Ana Felisa Ochoa, el 1º de agosto de 1931, ya Ana Felisa había iniciado desde el 5 de julio de 1929 acción reivindicatoria del mismo inmueble contra el actual demandante Luis Ramírez, en cuya demanda imploró: "Primero.—Que soy dueña de la finca rural, con casa de habitación, mejoras y anexidades, denominada **Chingui**, situada en el municipio de Envigado, y que linda:..... Segundo. — Que el demandado está en la obligación de entregar dentro del término de seis días, contados desde la ejecución de la sentencia, el expresado inmueble, con su casa de habitación, mejoras y anexidades. Tercero.—Que el demandado debe restituírme los frutos naturales y civiles de la finca de que se trata, percibidos o que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad si la cosa hubiera estado en mi poder, desde que el demandado entró en posesión de la finca estando ella ya en mi dominio. Subsidiariamente y para el evento de que no se haga la declaración del ordinal anterior, que el demandado está en la obligación de restituírme los frutos naturales y civiles de la finca de que se trata, pro-

ducidos desde la contestación de la demanda; y no sólo los percibidos, sino también los que yo hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, si la finca hubiere estado en mi poder".

El juez respectivo de la primera instancia en sentencia definitiva que obra en copia en el proceso, de fecha 12 de julio de 1932, sentenció así la demanda: "En mérito de las razones expuestas, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla: 1º No hay lugar a hacer las declaraciones pedidas por Ana Felisa Ochoa P. en su demanda de cinco de julio de 1929.—Sin costas".

Consta en la misma copia, por certificación del secretario, que esta sentencia no fue apelada, y que se registró en la competente oficina el 9 de diciembre de 1933.

¿Cuáles fueron las razones del juzgado? Equivocadas o no, lo suficientemente decisivas para agotarle todo derecho a la actora: Que el título de propiedad de ésta no es suficiente ante la ley, desprovisto de la certificación del registrador de instrumentos públicos, según lo exigía el artículo 111 de la ley 105 de 1890 y lo exige perentoriamente el artículo 635 del Código Judicial. "No pudiendo apreciarse esta prueba —dice textualmente el juzgado, refiriéndose al título de la actora — la señorita Ochoa no puede considerarse como poseedora legal de la finca que trata de reivindicar y por tanto no puede proceder la acción de dominio por ella instaurada".

No contento el juzgador con esta razón, agregó: "Le faltó, además (al actor), haber identificado el bien, pues no se sabe si la finca que figura en sus títulos es la misma que posee el señor Ramírez L. Sin que la acción por parte de la demandante prospere, el juzgado considera innecesario el entrar en un análisis de las excepciones propuestas por el demandado, ya que ellas tendrían por objeto enervar el derecho de la demandante, en caso de que lo hubiera probado. Por esto se abstiene el juzgado de detallar las pruebas aducidas por el señor Ramírez".

El juzgado hizo el examen de la prueba de propiedad aducida por la demandante y la encontró insuficiente. De acuerdo con ello concluyó absolviendo a Luis Ramírez.

Cuanto a la identidad de que entonces dudó el juez no cabe duda en el presente pleito, porque las partes aquí no la discuten, y además en las copias del juicio de tenencia sumaria resulta plenamente establecida; entre otras piezas de ese juicio merece especial mención el auto del tribunal de Medellín de 17 de octubre de 1933, suscrito por el magistrado Valerio Ramírez Urrea, por medio del cual se reiteró la orden de entrega de la finca a Luis Ramírez, fundándose el magistrado en que la acción reivindicatoria de Ana Felisa acreditaba que Ochoa no podía ser poseedor del inmueble.

He ahí el caso característico de la cosa juzgada. Los dos juicios, el anterior y el actual, tienen un mismo objeto: obtener la reivindicación de la finca de Chingui, ubicada en el municipio de Envigado, por idénticos linderos. Fúndase en idéntica causa: a cuál de las partes corresponde el derecho de propiedad del inmueble. Y existe identidad jurídica de personas, comoquiera que en el actual litigio se enfrenta Luis Ramírez con Moisés Ochoa, quien es causahabiente de Ana Felisa Ochoa, la parte vencida en el juicio anterior, por enajenación efectuada durante el primer pleito y con posterioridad al registro de la demanda.

Reúnense de consiguiente los elementos esenciales de la cosa juzgada, previstos en el artículo 474 del C. Judicial.

En el primer litigio se le negó a Ana Felisa Ochoa, y por lo tanto a su causahabiente Moisés Ochoa la propiedad del bien que ahora intenta discutir. Esa negación se formuló en relación con Luis Ramírez, sobre quien en ese pleito la demandante no pudo triunfar. Luego la solución del presente y nuevo pleito debe irrevocablemente recibir la influencia de la decisión ya pronunciada.

La reivindicación habrá de decretarse considerando a Moisés Ochoa, como poseedor de buena fe por lo que respecta a la restitución de frutos y mejoras, ya que el actor en la demanda así lo reconoce, cuando se limita a pedir frutos desde la contestación de aquélla.

Por lo relacionado, 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 del tribunal de Medellín de fecha 25 de julio del año próximo pasado, pronunciada en este juicio, revoca la de primera instancia, y en su lugar falla el pleito así:

1º Luis Ramírez L. es dueño y tiene por consiguiente mejor derecho que el demandado Moisés Ochoa a la posesión del inmueble denominado "La Loma", ubicado en el paraje de "Chingui", jurisdicción del distrito municipal de Envigado, con todas sus anexidades, y que linda así: "por el pie con predio de Rafael y Rita Ramírez; por un costado con propiedad de Paulina González; por la cabecera con Antonio José Rendón, Catalina Hernández y Valeriano Ramírez; y por el otro costado con el mismo Ramírez y Jacinto Alvarez a dar a una calle de servidumbre abajo (sic) hasta el primer lindero".

2º Condénase a Moisés Ochoa a restituír a Luis Ramírez L. la mencionada finca, en el término de cinco días, lo mismo que a pagarle el valor de los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder; pero solamente desde la contestación de la demanda.

La liquidación de frutos debe hacerse sobre la base de que el demandado es poseedor de buena fe.

Condénase al demandado al pago de las costas de primera y segunda instancia. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la **Gaceta Judicial.**

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

ORDINARIO SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR MORA

**1.—La indemnización de perjuicios por la mora se halla regulada en un estatuto especialísimo, contenido en el artículo 1617 del C. C. La indemnización de esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos que pueden resumirse así: a) sólo procede la indemnización moratoria, exigible 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 oportunamente o cumple parcialmente su obligación; b) no hay necesidad de probar la existencia de perjuicios; basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse, porque la ley los presume, dado que todo capital gana intereses y el solo hecho de no recibirlo oportunamente lo ha privado de inversiones lucrativas; c) el avalúo de los perjuicios no está sometido al criterio del juez, porque de antemano la hace la ley, rígidamente; pero hay un punto máximo de avaluación, más allá de cuyos límites no se puede llegar; d) el pago de intereses constituye la única indemnización y no puede pedirse otra adicional, en casos como el del pleito. — 2.—Aun tratándose de obligaciones correlativas emanadas de una misma convención, ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no cumpla su prestación recíproca, o no se allane a cumplirla en la forma y tiempo debidos. 3.—Si en un contrato se dice que la madre que tiene el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores obra también como guardadora de ellos, hay que considerar tal expresión como inadecuada e imprecisa, pues en realidad obra en ejercicio de la patria potestad.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

## Antecedentes

1.—Por escritura pública número 828, de 16 de noviembre de 1926, otorgada en la Notaría 1ª de Pasto, la señora Enriqueta Córdoba v. de Guerrero, en su propio nombre y como guardadora de su hija menor María del Carmen Guerrero, celebró con el señor Leopoldo Paredes un contrato de arrendamiento de la mitad de la hacienda "Bomboná", ubicada en el distrito de Consaca, Provincia de Pasto.

2.—Por la cláusula undécima del expresado instrumento, el contrato de arrendamiento de que se habla debía terminar el primero de diciembre de 1932. En virtud de la misma cláusula, la arrendadora debía reconocer al arrendatario Paredes, en dicho día, el valor de un trapiche "Montaña", de su propiedad, con su montaje y caldero, en calidad de mejora, por el precio que tuviera al tiempo de la entrega a juicio de peritos que serían nombrados por las partes y un tercero para caso de discordia, nombrado de común acuerdo o por el Alcalde del distrito, en caso de discrepancia (sic).

3.—Comoquiera que las partes, al expirar el contrato de arrendamiento, no llegaran a ponerse de acuerdo en lo referente a las prestaciones recíprocas que naturalmente surgían de la expiración de dicho pacto, la controversia que por tal causa sobrevino ha dado origen a este pleito y al consiguiente recurso de casación, que debe ser fallado ahora por la Corte.

### Juicio ordinario

Con memorial fechado el 2 de abril de 1934 Leopoldo Paredes demandó en juicio ordinario a la señora Enriqueta Córdoba v. de Guerrero, personalmente y como guardadora de su hija María del Carmen Guerrero, para que se hicieran estas declaraciones condenatorias:

Que debe pagarle:

a) El valor de un trapiche "Montaña", por cantidad de $ 916 50; b) por concepto de montaje, hornos y demás accesorios del trapiche, $ 512.00; c) $ 273.00, valor de 21

quintales de alambre de cerca; d) 190 costales de maíz, por valor de $ 285.00, y en subsidio el que se demostrare en juicio; e) $ 165.00, por el transporte desde Barbacoas hasta la hacienda, de 11 bultos que contenían un trapiche "Montaña" de propiedad de la demandada; f) $ 20.00, valor de un tapial; g) $ 30.00, valor de un crédito a cargo de Florentino M. Guerrero; h) que, resumiendo los valores anteriores, se le condene a pagarle la cantidad de $ 2,028.50, con los intereses legales a partir del primero de enero de 1933; que de la suma anterior debe deducirse, por compensación, la cantidad de $ 525.00, que el actor adeuda como valor del último trimestre del arrendamiento.

Como súplica subsidiaria solicita se condene a la demandada a pagarle los perjuicios, que estima en la suma de $ 1,701.50, o bien los alquileres de su trapiche apreciados por peritos, más los intereses legales de las cantidades respectivas.

La demandada contestó la demanda oponiéndose a las peticiones formuladas, pero aceptó el pago del trapiche al precio que tuviera a la fecha de la restitución, y respecto del tapial manifestó que estaba a las órdenes del demandante, o su valor.

Por su parte, la opositora demandó en reconvención, para que a su favor y al de su hija se hicieran numerosas declaraciones.

Surtido el trámite de rigor en la primera instancia, el Juez primero del Circuito de Pasto le puso término en sentencia de 9 de diciembre de 1935, en la que falló tanto la demanda principal como la de reconvención, haciendo numerosas declaraciones condenatorias para ambas partes y absolviendo a éstas de otras.

Apelada dicha providencia por ambos litigantes y agotada la secuela de segundo grado, el Tribunal de Pasto le puso término en sentencia de 24 de febrero de 1938, en la cual reformó la de primer grado; pero haciendo, a su vez, numerosas declaraciones condenatorias para las dos partes.

### La sentencia recurrida

Estudia el Tribunal, con la debida separación, cada una de las súplicas contenidas tanto en la demanda principal como en la de reconvención, a efecto de decidir sobre la viabilidad de ellas, mediante una rígida interpretación del contrato de arrendamiento contenido en la escritura número 828 de 1926. Como consecuencia de esa minuciosa labor de interpretación y del estudio analítico de las cláusulas contractuales que debían regir el arrendamiento, condena a la opositòra viuda de Guerrero en las cuatro primeras declaraciones, o sea, a pagar al actor el valor del trapiche con su montaje y accesorios, que asciende a $ 520.00, según avalúo pericial; el valor de la sementera de maíz, cuyo precio se fijará en la forma determinada en el artículo 553 del C. J.; el de los transportes o fletes de los accesorios o piezas para un trapiche pedido por orden de la opositora, que asciende a $ 265.00; y el del tapial, por suma de $ 15.00. Se le absuelve por las demás peticiones y se declaran improcedentes las subsidiarias.

A su vez, el actor Paredes es condenado a pagar a la opostiora las siguientes cantidades: a) $ 525.00 como precio del último trimestre del arrendamiento, más los intereses, a la rata estipulada en el contrato; b) $ 487.00, valor de los semovientes no entregados, más los intereses legales, a partir de la expiración del contrato; c) $ 38.83, valor de las herramientas no entregadas, más los intereses legales desde la expiración del contrato; d) $ 127.65, valor de los créditos cedidos para la prestación de servicios, más los intereses legales; y e) $ 70, con el recargo del 15% estipulado, como valor de los accesorios de un trapiche "Perla". Se le absuelve de las demás súplicas de la reconvención.

### Recurso de casación

Por no convenir con las recíprocas declaraciones condenatorias de la anterior sentencia, recurren en casación ambas partes, en lo que tiene de desfavorable para cada una de éstas. Al tramitarse el recurso en la Corte, lo fundamentó con debida oportunidad el actor Leopoldo Paredes, presentando la demanda respectiva; mas no así la

opositora viuda de Guerrero, que dejó vencer el término legal del traslado sin fundamentar el recurso interpuesto por su parte. Por esta circunstancia, la Sala lo declaró desierto, en providencia de 4 de marzo de este año. Se pasa, por lo tanto, a estudiar y decidir la acusación que interpone el actor contra la sentencia del Tribunal de Pasto, mediante un examen somero y separado —porque así lo exige la naturaleza del litigio— de cada motivo de tacha que se ha interpuesto contra cada una de las declaraciones condenatorias contra el actor Paredes.

Se acusa la sentencia por los motivos primero y segundo de los estatuídos en el art. 520 del C. J., esto es, por infracción directa y aplicación indebida de numerosos textos legales; por apreciación errónea de determinadas pruebas, y por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Se pasa a estudiar cada una de las tachas alegadas en casación:

**Primer cargo.**—La primera declaración de la sentencia condena a la opositora a pagar al actor la cantidad de $ 520.00 como precio que el trapiche "Montaña", con su montaje, caldero y accesorios, tuvo en primero de diciembre de 1932. Alega el recurrente contra esa decisión del Tribunal que es violatoria de ley substantiva, por infracción directa, aplicación indebida, falta de apreciación de las pruebas y apreciación errónea de la cláusula undécima de la escritura número 828, de la confesión judicial de la demandada y de la prueba testimonial que obra en autos. Estima violados, en primer término, los arts. 1494, 1502, 1530, 1536, 1540 y 1541 del C. C.; 606, 607 y 697 del C. J. De manera subsidiaria, señala también como infringidos directamente los artículos 1602, 1608 y 1617 del C. C.

Alega el recurrente, para fundamentar esta acusación, que el señor Julio Bravo, nombrado apoderado por la opositora para arreglar con él no sólo el valor del trapiche sino también las demás cuestiones relativas a la terminación del contrato de arrendamiento, le impuso como expresa condición la de que el precio definitivo del trapiche era de $ 1,200.00 y que si no se le pagaba ese precio la demandada Enriqueta Córdoba v. de Guerrero no podía disponer de ese trapiche. Agrega que de las confesiones de la demanda y de su apoderado Bravo, lo mismo que de numerosos testimonios que figuran en autos, se desprende la veracidad de su aserto.

La Corte considera:

Bien estudiadas las citadas pruebas que figuran en el proceso, no se halla en ninguna de ellas la demostración o evidencia del hecho que sostiene el recurrente y que le sirve de fundamento para esta acusación. Ni la opositora ni su apoderado confiesan que hayan aceptado esta nueva cláusula contractual, relativa a fijación por mutuo acuerdo del precio del trapiche y sus accesorios, nueva cláusula que viniera a modificar lo acordado en la undécima del instrumento de arrendamiento. Se limitan a aceptar que Paredes habló del precio en que estimaba el trapiche, pero sin recordar el monto fijo que señalaba ni mucho menos convenirlo y aceptarlo como cláusula novadora del contrato.

Tampoco declaran los testigos citados que les conste la aceptación del nuevo precio del trapiche, por parte de la arrendadora demandada. Tan sólo deponen que ésta "dispuso" del trapiche, moliendo en él las cañas que estaban de cortar, y que después de la molienda el trapiche quedó abandonado.

De lo expuesto se deduce que no aparece en ninguno de tales elementos probatorios la demostración de la existencia de un acuerdo subsiguiente sobre precio del trapiche, su montaje y accesorios. Por esa circunstancia, hizo bien el Tribunal al darle estricta aplicación a la cláusula undécima del contrato y aceptar como precio el avalúo que en juicio dieron los peritos y que vino a ser el reconocido en la declaración condenatoria de la sentencia.

No hay interpretación errónea de las pruebas del proceso ni de la cláusula contractual antes indicada. Tampoco se han violado los textos legales a que antes se aludió. Pero es indudable que el Tribunal, al hacer tal declaración, debió extenderla al pago del interés legal, desde que esta cantidad fuere exigible hasta que tal pago se hi-

ciere. Y se entiende exigible desde el día primero de diciembre de 1932, fecha de la expiración del contrato, porque desde entonces nació la obligación por parte de la demandada de pagar el precio del trapiche.

Para sostener esa conclusión hace la Corte este razonamiento:

Al tenor de lo pactado en la cláusula undécima, la demandada, para disponer del trapiche y utilizarlo, debía reconocer y pagar su valor, en calidad de mejoras, el primero de diciembre de 1932. No habiéndolo hecho, faltó a la ley del contrato, que debía ejecutarse de buena fe, y se puso en mora de cumplir tal obligación, al tenor de los artículos 1602 y 1608 del C. C., señalados por el recurrente como violados directamente en la sentencia.

No habiendo cumplido la obligación dentro del término estipulado, la indemnización de perjuicios por la mora se halla regulada en un estatuto especialísimo, contenido en el artículo 1617 del C. C. La indemnización en esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos que pueden resumirse así: a) sólo procede la indemnización moratoria, exigible 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 oportunamente o cumple parcialmente su obligación; b) no hay necesidad de probar la existencia de perjuicios; basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse, porque la ley los presume, dado que todo capital gana intereses y el solo hecho de no recibirlo oportunamente lo ha privado de inversiones lucrativas; c) el avalúo de perjuicios no está sometido al criterio del Juez, porque de antemano lo hace la ley, rígidamente; pero hay un punto máximo de avaluación, más allá de cuyos límites no se puede llegar; d) el pago de intereses constituye la única indemnización y no puede pedirse otra adicional, en casos como éste.

Las anteriores consideraciones jurídicas inducen a la Corte a concluír que el Tribunal debió condenar a la demandada, no sólo al pago de la cantidad en que fue avaluado el trapiche, sino también al interés legal de dicha suma, desde que fue exigible hasta que se verifique el pago. Por no haberlo hecho así, violó de manera directa los artículos 1608 y 1617 del C. C., señalados como infringidos por el recurrente. Por esa circunstancia, debe prosperar en parte la causal de tacha alegada en casación, y es de rigor casar parcialmente la sentencia acusada, con el objeto de adicionar en esa forma la primera declaración condenatoria de dicho fallo.

**Segundo cargo.**—Lo hace consistir el recurrente en que la demandada dispuso de una cantidad de alambre de cerca de propiedad de aquél, sin haberle pagado su valor o devuelto igual cantidad, de acuerdo con la cláusula quinta de la escritura número 828. Comoquiera que la sentencia absuelve a la opositora sobre esta petición contenida en el segundo punto de su demanda, y existe en los autos plena prueba, tanto de la existencia de ese alambre de su propiedad, como del hecho de que la arrendadora dispuso de él para otros fines de su negocio agrícola, acusa la sentencia como violatoria de los artículos 2341 y 2347 del C. C., por infracción directa; y también la acusa por apreciación errónea de la prueba que fundamenta la segunda petición de su demanda.

La Corte observa:

Para desestimar esta causal la tacha presentada por el recurrente es suficiente reproducir los siguientes apartes de la sentencia acusada, que conservan todo su valor, a juicio de la Corte, y que dicen textualmente:

"El fundamento invocado por el demandante consiste en que el mencionado alambre ha sido dispuesto por la señora Córdoba v. de Guerrero, pero el actor no ha dado la prueba de este hecho, pues los testigos Cornelio Echeverría, Neftalí Torres y Antonio Díaz (fs. 59, 60 y 61 del cuad. número 6), se limitan a decir que recogieron, sin orden de la señora Córdoba v. de Guerrero, parte del alambre dejado por el señor Paredes, en vista de que estaba en malas condiciones; que luégo lo ocuparon en cerrar una sementera de maíz, pero, como su patrona les improbara tal procedimiento, lo recogieron

nuevamente para guardarlo en la casa de la hacienda".

"Conforme al contrato del arrendamiento, el señor Paredes debía, según la cláusula quinta, retirar el alambre colocado durante la vigencia del anterior contrato, o sea, del celebrado con el señor Isaías Guerrero; de manera, pues, que este derecho debió ejercitarlo el arrendatario antes de restituír la hacienda, porque la arrendadora no contrajo al respecto ninguna obligación de carácter positivo".

"Los testigos Aparicio Córdoba y Clemente Hernández (fs. 69 y 71, cuad. número 6), se refieren en sus exposiciones a un alambre nuevo, es decir, quizá distinto del mencionado en la cláusula quinta citada, pero, aun en este supuesto, tampoco está obligada la arrendadora a pagar el valor de esta mejora, de conformidad con la estipulación expresa de la cláusula décima de la escritura Nº 828, de 16 de noviembre de 1926".

Resultando fundadas las anteriores consideraciones de la sentencia acusada, se rechaza el cargo, por inoperante. Como se ve, este rechazo proviene, en suma, de no hallarse el error manifiesto de hecho ni el error de derecho que habrían sido precisos para que, llegándose por ellos a violación de ley sustantiva, se llenase la exigencia del artículo 520 del C. J.

**Tercer cargo.**—Se presenta contra la segunda declaración condenatoria de la sentencia, en la cual se condenó a la demandada a pagar el valor que hubiere tenido la sementera de maíz sembrada por Paredes, cuyo precio se fijará en la forma determinada en el artículo 553 del C. J.

En esta parte acusa el recurrente la sentencia por violación directa del artículo 669 del C. C. y 607 del C. J. Igualmente considera que se aplicó indebidamente el 1973 del C. C., y que no está la sentencia en consonancia con las pretensiones expuestas por él en la tercera petición de la demanda principal.

Funda el recurrente esta causal de tacha en que por propia confesión de la demandada, sembró el maíz dentro del plazo de que disfrutaba para ejercer trabajos en la finca, por derecho que le confería el contrato de arrendamiento empero, como la demanda podía alegar que cualquier mejora pendiente al tiempo de expirar el contrato quedaría en su beneficio, según la cláusula décima de la escritura 828, a fin de que no le disputara la propiedad sobre los frutos tomó el consentimiento de la demandada diciéndole que, "si no me pondría obstáculos ni alegaría derechos a las mejoras que yo iba a poner, sembraría dos cuadras y media de maíz en la hacienda que tenía como arrendatario. La señora Enriqueta expresó, sin ninguna condición, que podía sembrarlo y cosecharlo libremente". Igualmente alega como prueba de su aserto el testimonio de Luis Ortega, mayordomo de la hacienda arrendada.

Se observa:

La cláusula décima del arrendamiento estatuye de manera expresa y clara que la arrendadora no reconocerá mejoras de ninguna clase, sino que ellas quedarán en beneficio de la hacienda. Dándole una normal interpretación a esta cláusula contractual, se tiene que Paredes no podía reclamar pago alguno por razón de cosechas que estuvieran pendientes a la fecha de la expiración del contrato.

La opositora viuda de Guerrero, al dar respuesta a la pregunta undécima del cuadro de posiciones, expuso esto: "Paredes estaba en proyectos de seguir como arrendatario, por esto le expresé que, si había de seguir con el arrendamiento, podía sembrar el maíz que deseaba. Como la siembra se hizo en octubre y debía entregarla en noviembre, era de suponer que había resuelto continuar en el arrendamiento, porque la facultad era condicional".

El testigo Luis Ortega declara que Paredes sembró el maíz por su cuenta y que para hacer esa siembra fue autorizado por la señora Enriqueta, quien le dijo que lo dejaba cosechar.

Del estudio de tales elementos probatorios se tiene que la señora Guerrero facultó al arrendatario en forma condicional para sembrar el maíz, bajo el supuesto de que se prorrogara el contrato; pero esta prórroga no se llevó a efecto, posiblemente porque la arrendadora, en carta de primero de enero

de 1933, fijó como canon de arrendamiento la suma de $ 11,000.00 anuales. De manera que tal confesión de la demandada, que tiene carácter de indivisible y debe ser recibida y estimada con sus aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho (art. 609 del C. J.), no puede servirle de fundamento al recurrente para exigirle el pago del maíz cosechado por la señora Guerrero, ya que la cláusula mencionada del contrato dejaba a favor de la arrendadora las mejoras de toda clase realizadas en la finca arrendada.

El testimonio de Ortega, por sí solo, no hace plena prueba sobre la aseveración del recurrente, ni es aplicable, como lo pretende, el art. 607 del C. J., para darle el valor demostrativo de confesión que obligue a la opositora, porque el mencionado testigo no era representante legal, administrador o mandatario especial de la señora Guerrero, sino mayordomo de ésta para vigilar la conducta del arrendatario Paredes en la finca arrendada, calidad que no se halla comprendida en el texto legal mencionado, ya que la naturaleza de las funciones que desempeñaba y la estricta subordinación de éstas a las órdenes de la dueña de la finca, no le podían otorgar facultades o autorizaciones para obligarla como mandante.

Por lo expuesto, no aparecen como violados los textos indicados y es preciso rechazar este cargo, por inoperante.

**Cuarto y quinto cargos.**—Se hacen valer contra la tercera declaración condenatoria de la sentencia, en la cual se condena a la opositora viuda de Guerrero a pagar al actor el valor de los transportes o fletes—desde Barbacoas hasta la hacienda "Bomboná—de los accesorios o piezas para un trapiche "Montaña", pedidos por orden de doña Enriqueta, valor que se determinará en la forma prevista en el artículo 533 del C. J., pero sin que pueda exceder de la cantidad de $ 265.00.

Ataca el recurrente la sentencia, en esta parte, porque el Tribunal se limitó a reconocer esa obligación —**"de un modo general o en abstracto"**— sin haber tenido en cuenta que la demandada no ha discutido la cuantía de esa obligación, ni ha tachado o redargüído de falsos los documentos presentados para demostrarla, tales como los recibos otorgados por Luis Benavides O. y Néstor Benavides F., y sus testimonios, que obran en autos (f. 26, cuad. número 5; f. 32, cuad. número 6; fss. 28 a 30, cuad. número 5). Agrega el recurrente que el art. 645 del C. J. prescribe que un documento privado se tiene por reconocido cuando, habiendo obrado en autos, con conocimiento de la parte obligada, no se ha objetado o redargüído de falso, para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad.

Concluye el recurrente que como el recibo en referencia expresa claramente que les pagó a los nombrados Benavides $ 265.00, no cabe disputa sobre la cuantía de la obligación que demanda. Luego el Tribunal, al desconocerle su derecho sobre esa suma, sometiéndola a otra discordia judicial, infringe de modo directo los artículos 1782, 1765, 2149 y 2184 del C. C.

La Corte considera:

La opositora viuda de Guerrero, al absolver posiciones, confesó que evidentemente encargó a Paredes que le pidiera algunas piezas para el trapiche de su propiedad, pero que, para el efecto, le suministró los dineros necesarios, tanto que Paredes no ha hecho alusión a esta cuenta durante siete años. Al contestar la demanda, manifestó el apoderado judicial de la misma señora, que, si su mandante había hecho tal encargo, le suministró al mismo tiempo los valores para el pago de trasportes o se los pagó después.

Tanto el recibo de 31 de marzo como el documento de 22 de enero de 1926, suscritos ambos por los porteadores Néstor y Luis Benavides, aluden a que recibieron de Paredes la cantidad indicada, por el trasporte de once bultos, desde Barbacoas hasta la hacienda "Bomboná". Luégo los mismos señores Benavides declaran en el proceso que sabían que los once bultos que trasportaron a la hacienda mencionada, en las fechas indicadas en esos documentos, eran de propiedad de la señora viuda de Guerrero.

Resalta de tales elementos probatorios que el actor sí pagó a los Benavides la suma de doscientos sesenta y cinco pesos ($ 265.00), por el porte de once bultos hasta la hacienda "Bomboná" y que tales bul-

tos contenían indudablemente los accesorios o implementos del trapiche de propiedad de la opositora que fueron encargados por Paredes, como comisionista de ésta. Se acepta que la confesión de la demandada es indivisible y debe recibirse en su integridad, vale decir, con sus explicaciones y modificaciones; pero aun llegándose a esa conclusión en cuanto a la susodicha confesión, han quedado plenamente demostrados en el juicio, con los anteriores elementos probatorios, que doña Enriqueta dio a Paredes la comisión de pedirle los repuestos del trapiche; que no ha podido evidenciar que le hubiera suministrado los fondos necesarios tanto para pagarlos en su valor principal como para atender al costo del transporte; que los porteadores recibieron de Paredes la suma demandada, por concepto de este trasporte, y que no hay constancia de que esa cantidad haya sido cancelada.

Con vista de los anteriores hechos aparece que el Tribunal sí incurrió en error de hecho manifiesto y evidente en la apreciación de tales factores probatorios del proceso, ya que no les otorgó el valor demostrativo que ellos tienen en cuanto a esa petición de la demanda principal. Por ese aspecto se han infringido los textos legales indicados por el recurrente y es necesario evitar el posible agravio sufrido por el actor, casando parcialmente la sentencia recurrida, para el solo efecto de reformar su tercera declaración condenatoria.

Y comoquiera que en el cargo subsiguiente (quinto cargo), también acusa la sentencia por no haberse condenado a la opositora al pago de los intereses legales de la cantidad a que asciende el valor del porte mencionado, por idénticas razones a las expuestas al estudiarse el primer cargo habrá que casar también el fallo en esta declaración, con el fin de agregar la obligación de pagar los intereses legales, desde que esa deuda es exigible. Tal exigibilidad data del día del pago hecho por Paredes, de cuyo reembolso se trata.

**Sexto cargo.**—Lo alega el recurrente con el fin de quebrar la octava declaración condenatoria de la sentencia, y señala como motivos los fijados en los numerales 1° y 2° del artículo 520 del C. J., esto es, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea; por apreciación errónea de la prueba que adujo contra la primera petición de la demanda de reconvención y por no estar el fallo en consonancia con las pretensiones que adujo la susodicha demanda.

Al tenor de lo expuesto, son tres las acusaciones que presenta contra la mencionada declaración de la sentencia: 1ª que el poder otorgado por la opositora a su apoderado judicial es nulo, por no haberse otorgado por escritura pública, siendo así que requería esta solemnidad, por tratarse de varios pleitos —la demanda principal y la de reconvención—; estima violados los artículos 251 y 255 del C. J., 1500 y 1741 del C. C.

2ª Tratándose de un contrato bilateral, no está el recurrente en mora de pagar el canon correspondiente al último trimestre mientras la opositora no cumpla, a su vez, con lo estipulado en la cláusula undécima del contrato, relativa al pago del valor del trapiche. Se violaron los artículos 1609 y 1995 del C. C.

3ª La demanda de reconvención debió estar calcada en el contrato, y en éste se dice que la opositora contrataba por sí y como guardadora de su hija menor María del Carmen Guerrero; como la sentencia lo condena a pagar a la opositora viuda de Guerrero el valor del trimestre, viola los artículos 456, 457 1602 y 1175 del C. C.

En cuanto a la primera acusación, basta observar, para desestimarla, que la supuesta nulidad alegada por el recurrente, consistente en ilegitimidad de la personería en quien figura como apoderado judicial de la opositora, no cabe dentro de los motivos primero y segundo del art. 520, que son los alegados por el recurrente, sino que dicha causal aparece consagrada de manera separada y expresa en el numeral 6° del texto legal mencionado.

Pero como, aunque mal hecha la cita, el cargo sí está claramente formulado, se considera:

La opositora no ha otorgado poder al doctor Dulce para representarla en varios plei-

tos, sino que lo facultó para contestar la demanda del recurrente y demandarlo, a su vez, en reconvención, con el fin de exigir prestaciones derivadas del mismo contrato e íntimamente vinculadas a las que le exigía el actor. No es necesario mayor esfuerzo para concluír que en un juicio ordinario y dentro de los principios de la técnica procesal, la demanda principal y la de reconvención no constituyen en su fondo y en su esencia juicios distintos.

En lo referente a la segunda tacha, conviene observar que aun tratándose de obligaciones correlativas emanadas de una misma convención, ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no cumpla su prestación recíproca, o no se allane a cumplirla en la forma y tiempo debidos. En los autos hay prueba suficiente de que la opositora estuvo lista a pagar el justo precio del trapiche, y si no lo hizo, fue porque el actor no se allanó a aceptar el precio ofrecido, ni quiso retirar el trapiche, ni se avino a nombrar el perito que le correspondía, para darle cumplimiento a la cláusula undécima del contrato. Con vista de esas circunstancias, es indudable que la opositora no ha estado en mora, por su culpa, de cumplir su obligación; y en tal caso, el recurrente no puede alegar la falta de pago del trapiche para justificar su renuencia a cubrir el canon del último trimestre. No cabe en este caso la **exceptio non adimpleti contractus,** y debe rechazarse el cargo, por este aspecto.

También es de rigor rechazar la tercera tacha en que se hace consistir este cargo, porque en los autos existe la debida demostración de que la opositora no ha ejercido sobre su hija menor, ni cuando celebró el arrendamiento ni cuando se inició este juicio y demandó en reconvención, el cargo de guardadora, sino que ha ejercido sobre ella la patria potestad, en su condición de madre legítima, atributo que le confiere nuestro derecho positivo. Si en el contrato de arrendamiento se aludió a que contrataba también como guardadora de su hija, hay que considerar tal expresión como inadecuada e imprecisa, pues en realidad obraba en el ejercicio de la patria potestad. Interpretada así su condición en el contrato y en el proceso, está bien que en la sentencia se haya ordenado al actor a pagarle el valor del canon trimestral pendiente, porque teniendo la madre el usufructo legal de los bienes de su hija menor, era lógico que se declarara a su favor la obligación contractual que pesaba a cargo del recurrente. Con estas razones se desestima la tacha que acaba de estudiarse.

**Séptimo y octavo cargos.**—Se presenta el primero contra la declaración novena de la sentencia, y se funda en el motivo primero del art. 520 del C. J., por estimarse la sentencia violatoria, por infracción directa, del art. 1757 del C. C. El segundo tiende a quebrar la declaración décima del fallo acusado, que ordena pagar el valor de las herramientas no entregadas; y estima infringidos los arts. 1625 del C. C. y 606, 607, 697 del C. C.

Se considera:

Fundamenta el Tribunal ambas declaraciones condenatorias en el artículo 754 del C. C., que prescribe ciertas formas especiales para hacer la tradición de bienes muebles. Luégo de hacer un estudio crítico de los elementos probatorios del proceso, llega a la conclusión de que, en realidad, se consumó la tradición tanto de los semovientes como de las herramientas, tal como la consagra y reconoce el texto mencionado.

Si el Tribunal aceptó que tuvo lugar la tradición de tales bienes muebles y que no se ha evidenciado su devolución, y hace un estudio analítico de las pruebas del proceso, es indudable que ejercitó una atribución soberana que le otorgan nuestras leyes procesales y de la cual pretende haber hecho uso conveniente, ajustándose a las normas legales previamente fijadas para el ejercicio de tal facultad justipreciadora. No habiendo demostrado el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente o en error de derecho en la apreciación de tales elementos demostrativos, ni la naturaleza ni la técnica de este recurso extraordinario conceden a la Corte facultad para revisar tal apreciación del Tribunal, mientras el recurrente no hubiere evidenciado la existencia manifiesta de tales errores en la apreciación de las pruebas que sirven de basa-

mento a esas dos declaraciones condenatorias.

Además, lo estipulado al respecto en el contrato, en la cláusula tercera, fue que Pareces daba por recibidos los semovientes, utentilios y demás enseres, de acuerdo con el inventario, constituyéndose responsable de todo; y como las especies enumeradas en el inventario pasaron a ser propiedad del arrendatario, obligándose a restituír otras de igual calidad, hay que concluír que la tradición pudo hacerse en alguna de las formas previstas en el art. 754 del C. C.

Se rechazan ambos cargos.

## Fallo

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, **casa parcialmente** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto el veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y ocho, con el fin de reformar las declaraciones primera y tercera de dicha providencia, que quedarán así:

**Primera.** La señora Enriqueta Córdoba viuda de Guerrero pagará al señor Leopoldo Paredes, tres días después de ejecutoriada la providencia en que se ordene el cumplimiento de esta sentencia, la cantidad de quinientos veinte pesos ($ 520.00), como precio del trapiche "Montaña" Nº 2, con su montaje, caldero y accesorios; más los intereses legales de esta suma, desde el primero de diciembre de mil novecientos treinta y dos.

**Tercera.** La señora Enriqueta Córdoba viuda de Guerrero pagará al señor Leopoldo Paredes la cantidad de doscientos sesenta y cinco pesos ($ 265.00) valor de los trasportes o fletes, desde Barbacoas hasta "Bomboná", de los accesorios o piezas para un trapiche "Montaña", pedidos por orden de la señora v. de Guerrero; más los intereses legales de esta suma, desde el 22 de enero de 1926. Tal pago lo hará tres días después de ejecutoriada la providencia en que se ordene el cumplimiento de esta sentencia.

Queda en pie, en sus demás declaraciones, la sentencia que ha sido materia de este recurso. No hay lugar a condenación en costas en éste.

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

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

## ACCION DE PARTICION DE BENEFICIOS EN UNA COMUNIDAD Y DE DIVISION DEL BIEN COMUN

**1.—No habiéndose demostrado la cuota precisa que al actor corresponde en la comunidad no puede practicarse la división del bien común, como tampoco declararse qué parte de los beneficios producidos por él corresponde al actor, porque debiendo dividirse los frutos de la cosa común entre los comuneros a prorrata de sus cuotas, artículo 2328 del C. C., previamente debe establecerse a qué cuota tiene derecho cada comunero. — 2.—Cuando se trata de estimar pericialmente la cabida de un predio la mensura es indispensable. — 3.—El numeral 2º del art. 2338 del C. C. debe entenderse en el sentido de que las habitaciones, labores o mejoras que los comuneros hayan hecho dentro de la comunidad pertenecen a éstos. — 4.—Si un comunero pone mejoras en la cosa común, la ley lo ampara. — 5.—El Código Judicial vigente sentó un principio general, respecto de la tramitación de los juicios, esencialmente distinto del que regía en el Código anterior, a saber: El contenido en el artículo 734 del C. J. actual dispone que el juicio ordinario 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. Si antes de la legislación vigente toda súplica o demanda cabía dentro del juicio ordinario, hoy no tiene lugar la aplicación de este sistema, cuando la ley ha fijado una tramitación especial para seguir un juicio. Estando determinada tal tramitación para los juicios divisorios, no es conducente un juicio ordinario para obtener tal fin. — 6.—El ejercicio de la acción consagrada antes por el artículo 2334 del C. C. y hoy por el artículo 1134 del C. J. está reglamentado en el Título XL ya mencionado, y es necesario para que la división tenga cabida y se llegue a la partición material del bien común acreditar la existencia de la comunidad y el derecho que en ella tiene cada comunero. Como sobre el particular puede haber divergencia entre las partes, de ahí las disposiciones de los artículos 1135 y 1139 del C. J. que dan campo para acreditar la existencia de la comunidad y para resolver al respecto cuando haya oposición entre los interesados. — 7.—En tratándose de los frutos, mientras la división material no medie, no se sabe cuáles hayan de corresponder a cada comunero, de modo que no podría prosperar una declaración sobre entrega o pago de frutos, sino al practicarse la división material. Puede también presentarse divergencia entre los comuneros respecto de las mejoras existentes en el predio y por ende de los frutos producidos por ellas, como cuando un comunero sostiene haberlas plantado y los otros niegan ese aserto. De ahí las disposiciones de los artículos 1149 a 1152 del C. J. — 8.—Es injurídica la doctrina según la cual no puede estimarse el dictamen pericial si los honorarios de los peritos no han sido pagados.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, diez y siete de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Carlos Goenaga González como representante de Teodoro Goenaga y también en nombre propio, como cesionario en parte, de los derechos litigiosos de Goenaga, demandó en libelo de 24 de septiembre de 1934 a la United Fruit Company, para que se le condenara a lo siguiente: (a A entregar a la parte demandante los beneficios que le corresponden en los frutos producidos y percibidos en el globo de terreno delimitado así: "Norte, quebrada de Sacramento; Oeste, finca Gabriela de propiedad de la parte demandada; Sur y Este, con terrenos de la United Fruit Company, en la proporción de 17 con 333 milésimos por ciento, en la cuota que se dedujere en juicio, desde una época de 1921 hasta la fecha de la demanda". El terreno delimitado está en jurisdicción del municipio de San Jorge de Córdoba. b) A entregar la participación de beneficios que corresponde al demandante, producidos y percibidos, y en la proporción expresada en la primera súplica del libelo, desde la fecha de la demanda hasta que cese la indivisión que existe en esos terrenos, división ésta solicitada en la demanda. c) Que se condene a la parte demandada a pagar los bene-

ficios a que se refieren las dos peticiones anteriores y las sumas de dinero que deba pagar según la demanda, de acuerdo con lo que resulte en el juicio. d) A pagar los intereses devengados por las sumas de dinero a que equivalieren los beneficios comprendidos en la petición primera de la demanda, a la rata que cobró la United Fruit Company en sus operaciones de mutuo o de compraventa con pacto de retroventa a los productores de bananos durante la época a que se refiere la petición primera del libelo. e) A pagar los intereses devengados por las sumas de dinero a que equivalen los beneficios comprendidos en la petición segunda de la demanda a la rata que cobró la parte demandada en sus operaciones de mutuo o de compraventa con pacto de retroventa a los productores de bananos, durante la época a que se refiere la segunda súplica. f) A pagar los daños y perjuicios que ha producido con la retención de los beneficios e intereses mencionados y con la contratación con terceros de la parte indivisa que se reclama en la demanda. g) A pagar los beneficios e intereses de que tratan las peticiones anteriores en oro americano o su equivalente en oro colombiano al tipo del cambio existente en cada época en que dichos beneficios e intereses fueron producidos y devengados. h) Que debe procederse a la división material del terreno determinado en las peticiones primera y segunda de la demanda en la proporción expresada en ellas o en la que resulte en juicio. i) Que la parte demandada debe pagar las costas y costos del juicio.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en sentencia de 9 de mayo del año próximo pasado revocó la del inferior dictada por el Juez de Circuito de San Juan de Córdoba que absolvió a la parte demandada, y en su lugar falló así el pleito: Condenó a la United Fruit Company a entregar a Teodosio Goenaga la parte que le corresponde como comunero de los frutos percibidos por la United en el lote de terreno delimitado en la demanda, resolviendo que esos beneficios se calcularán a prorrata de las cuotas de cada comunero en el globo de terreno sobre la base de que la cuota de la United Fruit Company no es menor de sesenta y dos hectáreas y de que se partirá, para el cómputo, de la fecha en que empezó la United a percibir los frutos. Lo que esta empresa debe pagar son frutos líquidos después de deducir del producto bruto los gastos de administración y amortización del capital invertido en los cultivos, y dispuso que la liquidación se hará al ejecutar la sentencia. Declaró el derecho de Teodosio Goenaga y la obligación correlativa de la United Fruit Company a la división del terreno común, lo que se hará en juicio especial, y negó las restantes peticiones de la demanda.

Ambas partes recurrieron en casación contra este fallo, y admitido el recurso y sustanciado debidamente pasa hoy a decidirse.

La parte demandada sostiene que existe una comunidad entre ella y la United Fruit Company, en el terreno determinado en la demanda, en la cual 62 hectáreas son de la United y 13 del señor Teodosio Goenaga. Basada en esto ha pedido la partición de los beneficios que le corresponden en dicha comunidad a prorrata de su cuota, la división del bien común y los intereses devengados por las sumas de dinero a que equivalieron los beneficios procedentes de dicha participación. Se parte de la base de que la United es dueña de 62 hectáreas y que está en posesión y ha beneficiado todo el lote de terreno.

Por su parte la United sostiene que ella es dueña de todo el lote de terreno y no de sólo 62 hectáreas y que por lo tanto ni es comunera con Teodosio Goenaga ni está obligada a ninguna de las prestaciones solicitadas en la demanda.

También sostiene el demandante que dentro de los linderos comprendidos en las 75 hectáreas, han sido fomentadas por la United las fincas de banano denominadas Ocaña y Antonia, a lo cual en la contestación de la demanda la parte demandada dijo que no podría precisar si dichas fincas se hallen dentro de las alinderaciones que se dan en los instrumentos públicos a que se refiere el hecho que contesta, pero que sí ha producido en parte beneficios.

El origen y causa de la comunidad que el demandante ha dado en su demanda es el siguiente: El señor Florentino Manjarrés, de donde arranca la titulación, fue dueño del predio denominado Villavicencio, y por escritura número 58 de 16 de febrero de 1910, vendió a Tedosio Goenaga 75 hectáreas de ese predio. La cláusula primera de dicha escritura reza así: "Que da en venta real y enajenación perpetua al señor doctor Teodosio Goenaga setenta y cinco hectáreas de terreno propias para banano o guineo y serán señaladas por las partes contratantes, las cuales hacen parte de la propiedad del vendedor hoy nombrada Villavicencio, situada en el Corregimiento de Sevilla, Distrito del San Juan de Córdoba".

Por escritura pública 328 de 23 de septiembre de 1911 Florentino Goenaga, como apoderado de Teodosio Goenaga, vendió a Fernando Espejo el lote que había adquirido de Manjarrés.

Por escritura pública 243 de 8 de junio de 1912 Fernando Espejo vendió a la United Fruit Company 62 hectáreas de dicho lote. Esa escritura reza en lo pertinente: "Que por el presente da en venta real y enajenación perpetua a la United Fruit Company, un lote de terreno con desmonte de sesenta y dos hectáreas, ubicado en jurisdicción del Corregimiento de Sevilla, Distrito de la Ciénaga... Que hubo dicho terreno por compra que de él hizo al señor Teodosio Goenaga por escritura pública 238 de 23 de septiembre de 1911 otorgada ante mí... Que el precio por el cual vende ese terreno es de cincuenta pesos oro americano por hectárea, o sean $ 3,100 y además mil pesos de la misma moneda por los desmontes hechos en el terreno.

Por escritura 145 de 18 de julio de 1921 Fernando Espejo vendió a Tedosio Goenaga trece hectáreas (13) en ese mismo globo de tierras. Se transcriben en seguida las cláusulas pertinentes: "Que (Espejo) transfiere al doctor Teodosio Goenaga a título de venta por la suma de ochocientos pesos oro legal que ha recibido a su satisfacción, el derecho de dominio que tiene en un globo de terreno situado en el Corregimiento de Sevilla, en jurisdicción del Distrito de Ciénaga, de trece hectáreas de extensión..... Que el referido derecho de dominio lo hubo por venta que le hizo el mismo doctor Goenaga de setenta y cinco hectáreas de tierra situadas en el mismo municipio, alinderadas del mismo modo, según consta de la escritura pública 328 del protocolo de 1911 otorgada en esta misma notaría, de las cuales setenta y cinco hectáreas vendió sesenta y dos a la United Fruit Company por escritura número 243 de 8 de junio del año siguiente, corrida en la misma notaría. Que el vendedor doctor Goenaga, quien vuelve hoy a comprar obtuvo las expresadas tierras por compra que hizo al señor general Florentino Manjarrés por escritura número 58 de 1910.

**La sentencia acusada**

Previo el estudio de los títulos aducidos por la parte actora el Tribunal fallador encontró que la United Fruit Company no compró sino 62 hectáreas y que Goenaga es dueño de las hectáreas que le vendió posteriormente Espejo. Por lo tanto, concluyó el Tribunal como ya se dijo, que existe la comunidad entre la parte demandante y la parte demandada, que ésta por lo tanto, debe entregar a aquélla los beneficios que le corresponden como comunera en el predio, beneficios que se calcularán a prorrata de las cuotas de cada condueño sobre la base de que la cuota de la United Fruit no es menor de 62 hectáreas y de que se partirá, para el cómputo, de la fecha en que la compañía demandada comenzó a percibir los frutos. Reconoció el derecho del demandante a la división del terreno común y negó las demás peticiones de la demanda, unas por no estar comprobados los hechos en que se apoya y otras por no ser de recibo legal.

**Recurso de la parte demandada**

Como ésta impugna no sólo la existencia de la comunidad, acogida por el Tribunal, sino la imposibilidad legal de decretar la partición material del globo de terreno, por no estar determinada la cuota de Goenaga en ella, y sostiene además que aun admi-

tiendo, por hipótesis, la existencia de la comunidad, los frutos producidos por los cultivos de banano, no pueden ser materia de división, porque no son comunes, el orden lógico en este debate lleva a la Corte, en primer lugar a estudiar las acusaciones de la parte demandada recurrente.

En el cargo contenido en el **Capítulo cuarto** de la demanda de casación acusa el recurrente el fallo por violación de los artículos 1134 del C. J., 1502, 1517, 2323, 2328, 1759 y 752 del C. C.

Al respecto se expresa así: "Al reconocer el Tribunal la condición de comunero al demandante, tanto para declarar en principio el derecho de pedir la división como para ordenar el pago de participación en los frutos, quebrantó aquellas disposiciones, pues aun admitiendo que no se hubiera hecho venta a la United sino de 62 hectáreas, la pretendida comunidad no podría darse por existente, aun dentro de las propias tesis del actor, sino colocándose sobre la base sólida del hecho comprobado plenamente de que el terreno tenía 75 hectáreas, o siquiera más de 62".

El Tribunal dijo al respecto: "En cuanto a la proporción que se señala en el escrito, no podría el Tribunal admitirla por no haberse demostrado que el globo que se dice común tiene precisamente 75 hectáreas".

El Tribunal no negó la existencia de la comunidad, y se fundó para esto en las escrituras públicas que la parte actora adujo a los autos; pero concluyó que no está demostrado que el globo que se dice común tenga precisamente 75 hectáreas. Ante esta conclusión del Tribunal y ante la acusación que se estudia, resulta lo que sigue: La demostración plena de la cuota precisa que en el predio común corresponde a la parte demandante no está acreditada en los autos; siendo esto así, no puede practicarse la división del bien común como tampoco declararse qué parte de los beneficios producidos por ese bien corresponde a la parte demandante, porque debiendo dividirse los frutos de la cosa común entre los comuneros a prorrata de sus cuotas, artículo 2328 del C. C., previamente debe establecerse a qué cuota tiene derecho cada comunero.

En este pleito se sabe y se parte de la base que la United Fruit Company tiene 62 hectáreas en el terreno común, pero como no está establecida la cabida de éste, no puede saberse precisamente las hectáreas a que tenga derecho la parte demandante, pues el terreno no fue medido. Ni de cada una de las pruebas aducidas para establecer la extensión del lote ni del conjunto de ellas aparece demostrado que el globo de tierra tenga 75 hectáreas precisamente. La compañía demandada le compró a Espejo 62 hectáreas y ni del contrato en que consta tal compra aparece que aquélla haya admitido la cabida total de 75 hectáreas ni mucho menos de las escrituras anteriores en que no fue parte. En la contestación de la demanda no aparece claramente que la United acepte o confiese que el lote tenga 75 hectáreas. El representante de la compañía acepta ser cierta la venta de Espejo a Goenaga, pero de eso no se deduce la confesión sobre que Goenaga tenga en el terreno 13 hectáreas. El instrumento público hace fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes, enseña el art. 1759 del C. C. No habiendo sido parte la United en la venta que de las 13 hectáreas hizo Espejo a Goenaga, la confesión sobre la existencia de esta escritura, hecha por la United no implica ni induce la confesión sobre la realidad de la existencia del saldo de 13 hectáreas. El Tribunal fallador concluyó así, y en esto no erró.

La parte demandante presentó también estas dos escrituras: la de cancelación del arrendamiento de la finca Antonia y la de arrendamiento de la finca Ocaña. En la de arrendamiento se expresa que la finca de Ocaña tiene una extensión de 30 hectáreas **más o menos**; luego, admitiendo que la compañía aceptara que la finca denominada Antonia tiene precisamente 50 hectáreas, lo único que resultaría sería que el predio tiene más de 62 hectáreas pero no precisamente 75.

En la inspección ocular, donde hubiera sido oportuna la mensura del terreno, no se

hizo tal cosa. Los peritos conceptuaron en esa inspección que la finca o predio tiene 75 hectáreas, pero ese simple concepto no establece plenamente la cabida del lote.

"Cuando se trata de estimar pericialmente la cabida de un predio (como en el presente caso), la mensura es indispensable" ha dicho la Corte. (Sentencia del 30 de agosto de 1924, **Gaceta Judicial**, T. XXXI, pág. 105).

Puede prescindirse de la mensura del terreno, cuando las partes no disputan sobre este extremo, lo cual no resulta en este litigio, sino todo lo contrario.

Los testigos presentados por la parte demandante no se refieren a la cabida y aun cuando se refirieran, sus declaraciones al respecto serían meros conceptos, y en cuanto al plano presentado con los documentos de la demanda, no se le puede atribuír a la parte demandada, pues no está demostrado que haya sido levantado por ella.

Teniendo en cuenta entonces la acusación al fallo, acusación que, al citar los artículos de la ley sustantiva que estima como violados, parte de la base de que la cabida del terreno no está determinada precisamente y considerando que efectivamente esa determinación no existe, por lo visto anteriormente, se concluye que el cargo es fundado y lleva a la casación de la sentencia.

Lo anterior no quiere decir que la Corte acepte la interpretación que el recurrente demandado da a la escritura pública de 8 de junio de 1912, marcada con el número 243, en la cual consta la venta hecha por Fernando Espejo a la United Fruit Company, porque es preciso tener en cuenta las escrituras públicas en que consta la venta de Manjarrés a Goenaga, la de éste a Espejo, la de Espejo a la United y finalmente la del precitado Espejo a Goenaga, escrituras de que ya se ha hecho mención en este fallo. De modo que de acuerdo con esos títulos la comunidad en la tierra existirá, si al hacerse la mensura del terreno determinado en la demanda, aparece que el globo de terreno tiene más de sesenta y dos hectáreas, porque la United, según resulta de autos, sólo adquirió esta cabida.

Bastaría todo lo anterior, según el artículo 538 del C. J., para omitir el estudio de los demás cargos; pero en el caso presente la Corte ha de referirse al contenido en el Capítulo V de la demanda de casación del recurrente demandado, tanto por la importancia del problema jurídico que en él se contempla, como por tratarse de un extremo, materia del fallo, distinto de la cabida del lote común.

Ese cargo es el de violación de los artículos 2326, 2328 y 2330 del C. C.

El Tribunal fundado en el artículo 2328 del C. C. que establece que los frutos de la cosa común debe dividirse entre los comuneros a prorrata de sus cuotas, estimó fundada la petición de la demanda en lo que atañe a la entrega de los frutos de la cosa común aun cuando hizo la salvedad que la proporción fijada en el escrito de demanda no puede ser admitida por no haberse demostrado que el globo común tenga precisamente 75 hectáreas.

El recurrente ataca esta parte del fallo y se expresa así: "Pero admitiendo, por el solo gusto de discutir, que existiera la comunidad, en ninguna forma se ha demostrado que la United se haya beneficiado de frutos superiores a los correspondientes a su derecho; y si ha realizado mejoras, puesto plantaciones, etc., todo esto es de su exclusiva propiedad, pues no se trata ahora de ordenar las prestaciones debidas por un poseedor vencido en juicio reivindicatorio, sino de un comunero cuya situación jurídica es diferentísima a la de aquél.... El artículo 2326 del C. C. fue erróneamente interpretado y aplicado por cuanto sin haberse demostrado la existencia de otros frutos que las dichas plantaciones de banano, y siendo éstas una explotación exclusiva de la empresa, pues Goenaga en su demanda ni siquiera se pretende comunero de las fincas, no era aplicable el texto citado para ordenar a la compañía entregar a Goenaga la parte que le corresponde como comunero en los frutos. El artículo 2328 del C. C. también fue indebidamente aplicado o erróneamente interpretado al mandar dividir frutos que no lo eran de la cosa común sino de las plantaciones de la empresa".

La Corte considera: De autos resulta que

la parte demandante no ha afirmado ni menos demostrado que ella haya sido quien sembró o contribuyó a sembrar las plantaciones de guineo de las cuales está cubierto casi todo el terreno, con excepción de cuatro hectáreas, sembradas de pasto, según se acreditó en la diligencia de inspección ocular. Todo lo contrario: Del expediente y de la misma posesión de la United del terreno, resulta que ella es la autora de tales cultivos que son verdaderas mejoras.

La Corte en varios fallos, entre otros los de fechas 24 de junio de 1890, Tomo V, página 170 de la **Gaceta Judicial** y 21 de septiembre de 1922, Tomo XXIX, página 259 de la **Gaceta Judicial**, fallos citados por el recurrente, definió el alcance que tiene el numeral 2º del artículo 2338 del C. C., en el sentido de que las habitaciones, labores o mejoras que los comuneros hayan hecho dentro de la comunidad pertenecen a éstos.

La Corte se expresó así: "Esta disposición (art. 2338), reconoce, como es natural, que las mejoras o labores de cada copartícipe le pertenecen, y para no contrariar este derecho manda que en lo posible se adjudique a aquel a quien pertenezca la porción de terreno en que están situadas". En el fallo de 21 de septiembre dijo la Corte: "Si un comunero pone mejoras en la cosa común, la ley lo ampara y esto es muy puesto en razón porque si la ley no reconociera ese derecho a los comuneros de un predio, éste permanecería inculto durante todo el tiempo de la indivisión".

Si las mejoras puestas por un comunero, observa la Corte, no pertenecieran a éste sino a todos los comuneros o a la comunidad, habría un enriquecimiento sin causa a favor de éstos; los comuneros negligentes o descuidados se aprovecharían del esfuerzo ajeno, esfuerzo que incorporado a la tierra la hace productiva y coadyuva al desarrollo económico, y entonces los predios comunes permanecerían incultos o abandonados pues nadie corre la contingencia, a sabiendas, de perder el fruto de su trabajo y de su esfuerzo.

Por lo tanto, aun existiendo la comunidad en la tierra entre Goenaga y la United, no existiría en las mejoras, y como en la sentencia se ordena la entrega de parte de los frutos percibidos por la United en el lote determinado en la demanda, resulta que el fallador de segunda instancia ordenó dividir frutos provenientes de mejoras que en ningún caso pertenecen a la comunidad sino a quien las plantó.

Así, pues, el cargo que se estudia es también fundado y de base para casar la sentencia. Como ésta habrá de casarse totalmente, es inoficioso estudiar la acusación del recurrente demandante, porque éste en parte sostiene el fallo y en parte lo ataca para obtener que prosperen las peticiones del libelo que fueron negadas por el Tribunal. Vale la pena observar que al estudiar los dos cargos del recurrente demandado quedaron asimismo estudiadas algunas apreciaciones contra el fallo hechas por el recurrente demandante.

### Sentencia de instancia

Al reemplazar la Corte al Tribunal fallador, y dictar por lo tanto sentencia de instancia, encuentra lo siguiente: Las peticiones de la demanda comprenden las que son pertinentes en los juicios divisorios de que trata el Título XL del C. J. En efecto: en el libelo se pide la división material del predio y la entrega o partipación de los beneficios que haya producido ese predio y que le correspondan al demandante a prorrata de su cuota, más otras súplicas consecuenciales de las dos de que se acaba de hacer mérito.

El Código Judicial vigente, ley 105 de 1931, sentó un principio general, respecto de la tramitación de los juicios, esencialmente distinto del que regía en el Código anterior a saber: El contenido en el artículo 734 del C. J. actual dispone que el juicio ordinario 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.

Si antes de la legislación vigente toda súplica o demanda cabía dentro del juicio ordinario, hoy no tiene lugar la aplicación de este sistema, cuando la ley ha fijado una

tramitación especial para seguir un juicio. Estando determinada tal tramitación para los juicios divisorios, no era conducente un juicio ordinario para obtener tal fin.

Por no tener presente lo anterior resultaron las dificultades que se ven de bulto en este proceso, entre ellas la que para dictar la sentencia tuvo el Tribunal, y las incongruencias del fallo que anotan con razón ambos recurrentes.

No estando determinada la cabida precisa del lote, no podía decretarse su división, ni podía el partidor señalar a cada comunero la cuota correspondiente. Probablemente el Tribunal en vista de esta dificultad, hizo una declaración en abstracto, que no tiene ningún fin práctico, que no cuadra con la petición **m** de la demanda, y resolvió, en definitiva, que la división del terreno necesitaba un juicio especial para realizarse.

El ejercicio de la acción consagrada antes por el artículo 2334 del C. C. y hoy por el artículo 1134 del C. J. está reglamentado en el Título XL ya mencionado, y es necesario para que la división tenga cabida y se llegue a la partición material del bien común acreditar la existencia de la comunidad y el derecho que en ella tiene cada comunero. Como sobre el particular puede haber divergencia entre las partes, de ahí las disposiciones de los artículos 1135 y 1139 del C. J. que dan campo para acreditar la existencia de la comunidad y para resolver al respecto cuando haya oposición entre los interesados.

En este juicio, se repite, ni era pertinente la petición sobre división del predio ni se estableció la cabida de éste.

En tratándose de los frutos, mientras la división material no medie, no se sabe cuáles hayan de corresponder a cada comunero, de modo que no podría prosperar una declaración sobre entrega o pago de frutos, sino al practicarse la división material. Puede también presentarse divergencia entre los comuneros respecto de las mejoras existentes en el predio y por ende de los frutos producidos por ellas, como cuando un comunero sostiene haberlas plantado y los otros niegan ese aserto. De ahí las disposiciones de los artículos 1149 a 1152 del C. J.

Todo lo anterior hace ver con claridad, a juicio de la Corte, que el actor pidió o ejercitó su acción de un modo indebido, pues ha debido ocurrir a la vía que indica el Título XL del C. J. y esto da lugar a declarar la excepción correspondiente, excepción que como es obvio, no impide al actor acudir a la vía especial de que se ha hablado.

No está por demás observar que aunque no se dedujera la excepción de que se ha hecho mérito, la acción no prosperaría, porque como se vio al estudiar los motivos de casación del recurrente demandado, no se estableció la cabida exacta del globo de terreno y se llegó además a la conclusión de que las mejoras, plantaciones de guineo, que cubren la mayor parte de dicho globo no son comunes.

Ni el decreto de división material del globo podía prosperar entonces ni tampoco la entrega de frutos provenientes de esas mejoras. No se estableció tampoco en autos qué otra clase de beneficios ha producido el globo de terrenos, luego a este respecto no podría hacerse ninguna condenación, como tampoco podrían triunfar las demás peticiones del libelo consecuenciales de la demostración de la existencia de beneficios y frutos comunes que hubiera percibido la United Fruit Company. El dictamen pericial que corre en autos, para fijar el monto de esos frutos, no tiene respaldo en el proceso y por lo tanto carece del valor de la plena prueba.

Sobre este particular, y por vía de doctrina, la Corte hace la siguiente observación: El Tribunal no estimó ese dictamen pericial, porque en su sentir no habiéndose pagado los honorarios de los peritos en oportunidad, de acuerdo con el artículo 60 de la ley 63 de 1936, no era el caso de tenerlo en cuenta.

La Corte no ha admitido semejante interpretación de dicho artículo, según puede verse en la sentencia de 19 de agosto de 1938 (**Gaceta Judicial**, Tomo XLVII, número 1940, páginas 52 y 53). Por la importancia de esa doctrina y por la diaria ocurrencia del caso, se trascribe lo pertinente de ella: "La última parte de la disposición (artículo 60 de la ley 63 de 1936) consagra una

sanción anticientífica destinada a asegurar el pago del valor de los honorarios de los peritos que actúan en un juicio, mediante la desestimación de la prueba respectiva, si esos honorarois dejan de pagarse en oportunidad. Es exorbitante y desproporcionada semejante sanción, porque establece un motivo de ineficacia de la prueba pericial, extraño a la objetividad misma de la prueba, en su origen, desarrollo y perfección, a tal extremo que basta el detalle de que la parte que debe los honorarios incurra en mora de pagarlos, para que ese solo y aislado hecho apareje la inadmisión de la pericia, aun-cuando esté revestida, de otro lado, de todas las condiciones como elemento de convicción eficaz... Por lo mismo que es anticientífico, el precepto no puede agravarse con una interpretación ceñida de modo absoluto a los términos de sus cláusulas, en razón de que ello conduciría a sacrificar el derecho y la justicia por vanas fórmulas... Lo cual conduce a sostener que la referida pena, antes de ser aplicada por el juez, exige, por la magnitud de las consecuencias que conlleva, el apercibimiento o conminación a la parte respectiva, de que en el término que al efecto se le asigne está obligada a efectuar la prestación del pago de los peritos y a presentar en el expediente la constancia del casó".

La Corte llega a la misma conclusión del juez **a quo** en cuanto absuelve al demandado de los cargos de la demanda, aunque por otras razones, y deduce la excepción ya nombrada que da base a la absolución, lo cual implica la revocatoria de la sentencia de primer grado.

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, **revoca** la de primera instancia y falla así, este pleito: Declárase probada la excepción de petición de modo indebido y por lo tanto se absuelve a la parte demandada, o sea a la United Fruit Company, de todos los cargos de la demanda.

Sin costas en el juicio ni en el recurso.

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

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

REIVINDICACION

**1.—Las formalidades de que la ley ordena revestir el contrato de los incapaces y la acción de que los inviste cuando aquéllas se han pretermitido, se encaminan a ampararlos cabalmente por ser incapaces, como por ejemplo lo son los menores y como ante el Código lo era la mujer casada hasta que entró a regir la ley 28 de 1932. Imposible, pues, erigir esa acción protectora en arma contra el mismo incapaz en cuyo beneficio se ha establecido.—2.—El Código Civil en su artículo 2528 establece para ganar la prescripción ordinaria la necesidad de POSESION REGULAR; ésta, según su artículo 764, es la procedente de justo título y adquirida de BUENA FE, la cual es la conciencia de haberse adquirido por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio, de conformidad con el artículo 768.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Angel María Gutiérez instauró juicio ordinario en el Juzgado del Circuito de Salazar contra Raimundo Soto, Simón Rojas y Adriano Pino a fin de que se hagan estas declaraciones sobre el fundo El Limoncito, de esa jurisdicción: que por haberle comprado a Rojas en 1921 la señora Contreras, esa finca pertenece a la sociedad conyugal existente a la sazón y disuelta en 1922 por la muerte de la señora; que a esa sociedad aún ilíquida no le perjudican las ventas posteriores del mismo fundo; que el actual poseedor Pino debe restituírselo, y que los derechos de ella, o sea del cónyuge sobreviviente y de los herederos del cónyuge difunto, deben reconocérseles, así: en sus propias personas a los que los conservan y en la persona de Gutiérrez a los que a éste han hecho cesión de los suyos.

La primera instancia la decidió el Juzgado el 31 de marzo de 1938 acogiendo la prescripción ordinaria alegada por Pino; y la segunda la decidió el Tribunal de Pamplona el 30 de noviembre de ese año revocando el fallo del Juzgado y declarando que dicho terreno es de la referida sociedad conyugal, que las aludidas compraventas atacadas por el demandante no perjudican a la sociedad y que Pino debe restituírle ese bien con sus frutos.

El apoderado de Pino interpuso casación y fundó el recurso ante el Tribunal, el cual se lo concedió. Declarado admisible por la Corte, aquí se ha tramitado ordenando y surtiendo los traslados de ley, sin alegación nueva del recurrente y sin ninguna de la parte opositora. Llegada la oportunidad de decidirlo, a ello se procede.

**Antecedentes**

Del matrimonio de Raimundo Soto con Dolores Contreras celebrado el 1º de febrero de 1906 nacieron estos hijos: Biviana del Carmen el 2 de diciembre de ese año, Edelmira el 10 de septiembre de 1908, Víctor Manuel el 18 de mayo de 1910, Luis E. el 11 de diciembre de 1911, Alicia el 27 de marzo de 1913, Ascensión el 26 de mayo de 1914, Ismael el 10 de noviembre de 1915 y Natividad el 8 de septiembre de 1920.

Por escritura número 31 otorgada ante el Notario de Salazar el 29 de enero de 1921 y registrada el 9 del subsiguiente febrero, por precio recibido y declarando entrega material, Simón Rojas vendió el terreno de El Limoncito a la señora Contreras, casada con Soto, y sin que éste compareciera a autorizarla.

El 26 de enero del año siguiente (1922), murió la señora. En su causa mortuoria se declaró herederos suyos a sus prenombrados hijos legítimos, así como a Raimundo Soto por trasmisión como heredero único

del prenombrado Víctor Manuel, muerto el 12 de marzo de 1925.

El 11 de noviembre de 1926 se otorgaron en la Notaría de Salazar las escrituras número 477 y número 478 en que respectivamente Simón Rojas dice vender a Soto y éste dice vender al mismo Rojas el terreno El Limoncito.

Por escritura número 177, otorgada en Gramalote el 24 de noviembre de 1932, Rojas vende la misma finca a Adriano Pino.

En 1936 se otorgaron estas escrituras: número 197 de 19 de julio en Salazar y número 722 del 1º de septiembre en Cúcuta, por las cuales Raimundo Soto cede sus derechos de cónyuge sobreviviente y de heredero de su hijo Víctor Manuel a Angel María Gutiérrez y los prenombrados Luis E., Ismael, Ascensión y Alicia ceden los suyos a este señor.

Con estas cesiones por base, presentó Gutiérrez la demanda inicial de este juicio, la que se admitió el 2 de noviembre del mismo año (1936), el 7 se notificó a Simón Rojas, el 9 a Raimundo Soto y el 10 a dicho Pino en la persona de su aludido apoderado y el 20 se registró.

La demanda se funda en que la compra hecha por la señora Contreras fue adquisición para la sociedad conyugal, de acuerdo con el artículo 1781 del C. C., y en que contra ese título no pueden prevalecer el que Rojas pretendió conferir años más tarde a Soto, ni el que el mismo día dijo éste otorgar a Rojas, ni el que Rojas otorgó a Pino en 1932. De ahí y de estar aún ilíquida la sociedad conyugal adquirente, deduce el actor el derecho de ésta a recuperar El Limoncito, obrando ella por medio de quienes hoy son titulares de los respectivos derechos, de los más de los cuales ese titular es él.

### La sentencia recurrida

Habiendo sostenido Pino la invalidez de la compra de 1921 por haber procedido a ella la señora sin autorización de su marido, el Tribunal desecha las alegaciones de aquél al respecto, así como la deducción que de ellas éste hace en el sentido de que el actor carece de personería. El Tribunal en resumen razona así: efectivamente para esa época la mujer casada era relativamente incapaz y, por tanto, nulos así sus actos y contratos en general no autorizados por el marido (C. C., artículos 182 y 1504); pero la acción de nulidad, que la ley establece sólo en beneficio de la mujer y del marido (artículo 1743), no puede ser invocada contra ellos y, de otro lado, se puede sanear por el trascurso de cuatro años o por ratificación expresa o tácita (artículos 1750 a 1754). Agrega que Soto ratificó tácitamente yéndose a vivir con sus hijos al inmueble comprado por su mujer y explotándolo hasta que en 1932 se cambió la posesión de él por la de Pino; y que además dejó trascurrir más de cuatro años después de la muerte de su mujer sin reclamo alguno contra la compra hecha por ésta; de suerte que cuando Soto aparece en noviembre de 1926 comprando y vendiendo a Rojas, sobradamente aquella acción estaba prescrita y consecuencialmente saneada por este otro medio la nulidad. De todo ello deduce el Tribunal que estas ventas de que acaba de hablarse, así como la hecha a Pino, fueron de lo ajeno. Y cuanto a la prescripción adquisitiva invocada por Pino, el Tribunal dice que no ha empezado siquiera a correr, porque hay una comunidad y algunos de los comuneros son todavía menores y que el caso debe decidirse a este respecto a la luz de los arts. 943, 2525 y 2530 de dicho Código.

### El recurso

Dice el recurrente invocar los motivos 1º y 6º del artículo 520 del C. J.; pero se concreta y reduce a aquél, porque respecto del 6º se limita a anunciar que en otra oportunidad habrá de fundarlo. La demanda de casación debe reunir los requisitos exigidos por el artículo 531 ibidem. Por tanto, el estudio ha de versar sobre el motivo 1º.

En relación con él se formulan todos los que permite: violación de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y por errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, procediendo en todo ello sobre la base

de que por la falta de autorización del marido, la compra hecha por la señora Contreras en 1921 es nula y no impuso obligaciones al marido ni a la sociedad conyugal. De ahí que acuse por prescindencia u olvido de los artículos 182, 1502 y 1504 del C. C.

Acusa también de violación del 187 y del 1750 y siguientes del mismo, por haber reputado el Tribunal ratificada la compraventa y prescrita la acción rescisoria. Es en relación con estos conceptos como formula el recurrente sus aludidos cargos respecto de apreciación de pruebas, porque según él los actos de Soto que implican ratificación tácita no están satisfactoriamente acreditados y, aunque lo estuvieran, no tienen ese alcance y, sobre todo, la intención y posibilidad misma de ratificar están desmentidas con el paso clarísimo en contrario dado por él al comprar a Rojas en 1926 la dicha finca.

Corroborando esos cargos, aduce el art. 2593 de ese Código, contentivo de la orden al Notario de no prestar su oficio a los otorgantes que le manifiesten su incapacidad para obligarse natural o civilmente.

---

Varios son los capítulos en que para mayor claridad el recurrente distribuye sus cargos relativos a la invalidez de la compraventa de 1921, en todos los cuales la base de su argumentación es el concepto de que esa invalidez existe de suyo y él puede invocarla en su provecho.

Se sitúa en un punto de vista diametralmente opuesto al querer del legislador. Como en diversas ocasiones esta Sala lo ha hecho presente, las formalidades de que la ley ordena revestir el contrato de los incapaces y la acción de que los inviste cuando aquéllas se han pretermitido, se encaminan a ampararlos cabalmente por ser incapaces, como por ejemplo lo son los menores y como ante el Código lo era la mujer casada hasta que entró a regir la ley 28 de 1932. Imposible, pues, erigir esa acción protectora en arma contra el mismo incapaz en cuyo beneficio se ha establecido, y absurdo proceder cual si la acción se hubiese ejercido y acogido en sentencia ejecutoriada, en un caso en que no median ni lo uno ni la otra.

Tal es el presente, en que el vicio anotado por Pino a la compra hecha por la señora Contreras y que determinaría nulidad relativa, no se ha declarado, como ésta no se ha declarado tampoco, en fallo alguno, y en que para llegarse a tal fallo habría sido precisa la invocación de aquél por las únicas personas en cuyo favor establece la ley la acción conducente.

Así las cosas, es inoficioso estudiar siquiera los cargos que Pino formula sobre un pie que sólo sería aceptable si la acción le fuese dado a él ejercitarla y ya estuviese acogida al punto de hallarse invalidado el título conferido por Rojas en enero de 1921. Y es inoficioso ese estudio, así como el de los cargos aludidos sobre pruebas, porque, aunque en gracia de hipótesis se conceptuara al respecto como lo hace Pino, de ahí no se deduciría la invalidación de ese título. Y esto es decisivo en la presente controversia.

Nada adelanta Pino con que se le acompañara en su concepto de que no está prescrita la acción ni ratificada la nulidad. Dando por sentado que esto sea así, de ello no se deduce que la mera posibilidad de rescindirse la compraventa de 1921 sea un hecho invocable por Pino como algo ya consumado o como acción que a él le asista. Una cosa es que ciertas personas tengan por ley la potestad de ejercitar una acción establecida en su favor, y otra cosa muy distinta es que esa potestad, que es sólo de ellas, pueda esgrimirse contra ellas; así como una cosa es que un contrato sea rescindible y otra muy distinta que esté rescindido. En casos como el presente esas personas son la mujer y el marido o sus herederos (C. C., artículo 1743).

Estas sencillas y obvias reflexiones hacen ver que todos los cargos referidos son inoperantes.

---

Los cargos restantes agrupan disposiciones sobre tradición, posesión y prescripción para afirmar que se las viola por haber negado el Tribunal a Pino la prescripción adquisitiva ordinaria que el Juzgado le reconoció. Para hallar inaceptable también estos otros cargos bastan las siguientes consideraciones:

El Código Civil en su artículo 2528 establece para ganar la prescripción ordinaria la necesidad de **posesión regular**; ésta, según su artículo 764, es la procedente de justo título y adquirida de **buena fe**, la cual es la conciencia de haberse adquirido por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio, de conformidad con su artículo 768, el cual agrega: "Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato".

En la mira de completar diez años de posesión, Pino agrega a la suya propia la de su inmediato antecesor Rojas, aprovechando la autorización conferida al efecto por el artículo 778 del C. C. Pero es de recordarse que según esta disposición, tal apropiación se hace con las calidades y vicios de esa posesión anterior. Ahora bien: Rojas vendió y entregó materialmente El Limoncito a la señora Contreras por precio que de ella recibió al contado, según escritura de 29 de enero de 1921 registrada el 9 de febrero siguiente. Sin sentencia alguna que invalidara ese título, sin pleito alguno que siquiera lo atacase, fue como Rojas dijo vender esa misma finca más tarde. Cuando la señora compró, estaba casada con Raimundo Soto, jefe por lo mismo de la respectiva sociedad conyugal para la cual fue esa adquisición realizada a título oneroso durante ella por uno de los consortes (C. C., artículo 1781, numeral 5º). Los hijos de ese matrimonio fueron los herederos de la señora Contreras, declarados tales por muerte de ella en 1922 y menores todos entonces y largos años después, como se ve por las fechas de su nacimiento citadas ya aquí, pues el primero de ellos nació en diciembre de 1906. Todos se hallaban, pues, bajo la patria potestad de su padre, Raimundo Soto, cuando éste se prestó a aparecer comprándole la misma finca a Rojas en la escritura número 477 para aparecer acto continuo vendiéndola al propio Rojas en la escritura número 478, ambas de 11 de noviembre de 1926. Este sencillo y breve relato hace ver inadmisible el concepto de buena fe en la maniobra de ese 11 de noviembre y en la posesión consecuencial de Rojas cuyo título acabado de citar es el aducido por él en su venta a Pino en 1932, e inadmisible por ende la prescripción que le aceptó y declaró el Juzgado.

---

En suma: en este pleito se enfrentan dos títulos de una misma fuente y prevalece el primero de los dos, no invalidado ni atacado siquiera por las personas que, en su caso, podrían haber demandado la declaración de su nulidad relativa.

---

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona el treinta de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

## ACCION SOBRE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES

**1.—No es lo mismo negar la falta de prueba de una determinada representación, que negar la representación misma. Quien se limita a negar que en el expediente hay ausencia de comprobantes de determinada representación que se le atribuye, y que por otros aspectos acepta, apenas discute una cuestión adjetiva concerniente a la personería que ha asumido. Pero quien le da más gravedad a su negación diciendo no únicamente que hay ausencia de prueba, sino que carece de la calidad que se le atribuye, entonces controvierte ya una verdadera cuestión de fondo, de alcance realmente sustantivo, aunque relacionada con la propia personería. Lo primero no es valedero en casación sino cuando la ausencia de comprobante de la personería aceptada da margen a una nulidad procedimental y la sentencia se acusa por la causal 6ª del artículo 520 del C. J.—**

**2.—El punto de lo que comunmente se llama la personería adjetiva de las partes escapa a la apreciación de la Corte en casación, dentro de la causal primera del artículo 520, de violación de ley sustantiva, ya directamente, ya indirectamente a través de errores de hecho o de derecho. Esa cuestión puede plantearse en casación, pero por su aspecto natural y obvio de nulidad procedimental, mediante la causal 6ª que es el remedio que actualmente ofrece la ley para corregir dentro del mismo juicio irrgularidades de tramitación capaces de afectarlo con nulidades, las que de existir en ningún caso inciden sobre la acción misma sino que cuando más posponen su discusión.— 3.—**

**La herencia es una comunidad SUI GENERIS sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias. — 4.—La incongruencia en un fallo consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en la demanda y su contestación, o en que se decida sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

El doctor José María Forero Cote, por medio de apoderado, promovió ante el juez de circuito de Cúcuta una demanda en juicio ordinario contra la sucesión del señor Rafael Angel "representada por su cónyuge supérstite, señora Mercedes Villar de Angel, quien a la vez tiene el carácter de albacea testamentario del mentado señor Angel, y como representante de sus menores hijos Rafael Angel Villar, Antonio Angel Villar, Carlina Angel Villar y Mercedes Angel Villar, para que por sentencia que cause ejecutoria, sea condenada dicha sucesión a pagar a mi mandante, la cantidad de cinco mil seiscientos pesos moneda corriente, dentro del término que usted se sirva señalar, valor dicha suma de los honorarios profesionales que como médico y cirujano prestó mi mandante al referido señor Rafael Angel, desde el año de mil novecientos treinta y dos hasta principios del año de mil novecientos treinta y cinco, y a la familia del mentado señor Angel, compuesta de las personas ya mencionadas, de manera constante, consagrada y eficiente en todas sus enfermedades, incluyendo en dichos servicios prestados un caso de envenenamiento de la familia en general y una operación quirúrgica practicada al mismo señor Angel".

La señora Mercedes por sí y como madre de los menores demandados dio poder y el apoderado contestó la demanda rechazando la acción, con fundamento en que el señor Angel pagó al doctor Forero Cote cualesquiera servicios médicos que éste le hubiera prestado.

El juez condenó a "la sucesión de Rafael Angel representada por la señora Mercedes Villar de Angel y sus hijos Rafael, Antonio

y Carlina Angel, a pagar al señor doctor José María Forero Cote el valor de los servicios prestados con motivo de la gangrena y amputación de una pierna, suma que se liquidará, como ya se dijo, según el procedimiento indicado en los artículos 480 y 553 del Código Judicial".

El tribunal de Pamplona en sentencia de 10 de octubre del año próximo pasado decidió así:

"1º Confírmase lo resuelto por el juez en el fallo apelado, con la sola reforma de extender la condena a la heredera Mercedes Angel Villar;

"2º Adiciónase la citada resolución del juez en el sentido de condenar también al demandado al pago de los servicios prestados por el doctor Forero Cote a D. Rafael Angel subsiguientes a la amputación y consecuenciales de la misma;

"3º Declárase fundada la excepción de prescripción de la acción para el cobro de los servicios médicos que el doctor Forero Cote prestó a Rafael Angel, a la cónyuge de éste y a los hijos de ambos, con anterioridad al diez y siete de febrero de mil novecientos treinta y cuatro".

Contra este fallo inmediatamente interpuso el apoderado de la demandada el recurso de casación, el que admitido y debidamente sustanciado, la Corte pasa a decidirlo.

### Los cargos en casación

Los respectivos apoderados de la parte demandada ante el tribunal y la Corte presentaron cada uno por separado demanda de casación. Pero debe hacerse caso omiso de la del primero —que por lo demás ninguna causal diferente de las que plantea el segundo, formula— en razón de que cuando la presentó la parte recurrente había ya constituído apoderado especial ante esta superioridad para que sustentara el recurso. Este apoderado en su escrito dice que coadyuva como causal de casación la invocada por el apoderado en segunda instancia "en su escrito de 26 de octubre de 1939". Este escrito fue presentado al tribunal inmediatamente después de proferida la sentencia y en él se anuncia y se explica cuál es el motivo en que se apoyará el recurso de casación, motivo que luégo fue uno de los desarrollados en la demanda a que se va a referir la Corte.

---

Los motivos de casación son cuatro, los que pasan a estudiarse en el orden lógico que corresponde, principiando por los que el recurrente formula bajo los Capítulos II y III de la demanda, que por su índole y alcance requieren un estudio de conjunto.

—A—

Como único documento allegado al expediente para acreditar el carácter de cónyuge y de herederos de los demandados, en la sucesión de don Rafael Angel, figura la partida de matrimonio de éste con Mercedes Villar, en la cual consta que los contrayentes declararon como hijos suyos, habidos hasta el día del matrimonio, para los efectos de la legitimación, a Rafael Angel, nacido el 13 de octubre de 1920; a Carlina, nacida el 4 de junio de 1922; a Antonio, nacido el 23 de noviembre de 1923; y a Mercedes, nacida el 16 de mayo de 1927.

La copia de esta partida, de origen eclesiástico, aun cuando fue solicitada y decretada como prueba dentro del respectivo término probatorio del juicio, sin embargo tan sólo vino a ser expedida y agregada al proceso diez días después de haberse celebrado la audiencia pública y ejecutoriado el auto de citación para sentencia. Ignórase la causa de este retardo; únicamente se sabe por el dicho del párroco que expidió la copia que el primer despacho del tribunal sobre lo mismo había sido antes cumplido por aquél.

El tribunal no obstante estimó la partida. Con ella tuvo por legítimos personeros de la herencia de Rafael Angel a los menores demandados en calidad de herederos legítimos. Alega en síntesis el sentenciador que la presentación de las partidas de bautismo de los menores no es estrictamente necesaria en el presente caso en que no se trata de discutir como punto cardinal o esencial el estado civil de los menores en cuanto se consideran hijos legítimos del causante Angel. Teniendo por objeto la acción el cobro de una cantidad de dinero a la

sucesión y habiéndose dirigido contra la viuda y sus cuatro hijos, como representados éstos por aquélla "y todos tenidos como legítimos personeros de la herencia"; cuando la viuda asume la representación que se le atribuye; cuando todas las pruebas del demandante encamínanse a demostrar, y en parte demuestran, que el crédito proviene de servicios prestados al causante, a su cónyuge y a sus menores hijos; cuando obran en autos la partida de defunción de Rafael Angel, la de su matrimonio y legitimación de los menores; cuando esto produce el pleno convencimiento de que la sentencia con que se haya de desatar el juicio ha de aprovechar o perjudicar a la entidad demandada, en la persona de sus legítimos voceros, la cónyuge e hijos contra quienes se dirigió la acción; cuando todo esto ocurre, "entonces se ve claro que la omisión de las partidas de nacimiento echadas de menos es una informalidad que no puede tener el alcance de enervar la acción".

El recurrente ataca la sentencia del tribunal en primer lugar por haberse apoyado en la partida de matrimonio de Rafael Angel, siendo así que ese documento, de acuerdo con el artículo 597, ordinal 3º del Código Judicial, no formaba parte del proceso por haberse agregado extemporáneamente, diez días después de haber sido citadas las partes en el juicio para sentencia de segundo grado. Con este procedimiento el tribunal incurrió en error de derecho y de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, violando el mencionado precepto; y "como un error engendra otro error, el sentenciador violó también el artículo 364 del C. Civil en cuanto dio como probado un estado de matrimonio con prueba no traída al juicio dentro de los precisos términos probatorios que señala la ley. Esta violación originó de modo indirecto, la de la disposición procedimental del artículo 593, de alcance sustantivo, en cuanto las decisiones judiciales deben basarse sobre los hechos de la demanda y la defensa acreditados en la forma plena y completa establecidos en la misma ley".

El otro ataque que le merece al recurrente la conducta del sentenciador al dar por acreditado el estado civil de los menores demandados, como herederos de Rafael Angel, en su calidad de hijos legitimados, con la sola presentación de la partida de matrimonio en que éstos fueron legitimados dice: "Si en el presente juicio no se adujo el acta de nacimiento de los hijos que se legitiman por el acta de matrimonio que se ha presentado, como demostrativa de ese estado civil, al dar por probado dicho estado con la sola partida de matrimonio, el tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de esta prueba, error que aparece de manifiesto en los autos, y por consecuencia de tal error, violó otra vez, con violación directa, el artículo 346 del C. Civil en cuanto da a los demandados una calidad que no se ha comprobado como lo manda la ley; y el artículo 347 **ibidem** en cuanto no se han presentado las actas de nacimiento, que esta disposición ordena hacer constar en el registro del estado civil, para que sirva de prueba de este estado. El error anotado llevó al tribunal a idéntica violación del art. 22 de la ley 57 de 1887, que dispone tener como "prueba principal de un nacimiento las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales".

---

Se consideran estos cargos:

El actor dirigió la demanda contra la viuda y los menores expresados en el libelo, considerados éstos como herederos del causante Rafael Angel, representados por aquélla como madre legítima.

Los demandados fueron así emplazados a que comparecieran en el juicio.

La señora Mercedes atendió el emplazamiento, manifestando que se daba por sabedora de él y anunciando que su vecindad la tenía en la ciudad de Pamplona, donde recibiría el traslado de la demanda (fl. 32, cuaderno número 1).

Posteriormente la misma señora (fl. 37 **ibídem**), confirió poder al doctor Francisco A. Torres "para que me represente en el juicio ordinario que el doctor José María Forero Cote ha iniciado contra mí y en general contra la sucesión o herederos del nombrado don Rafael Angel, a fin de que se le reconozcan y ordenen pagar servicios médicos que el demandante afirma prestó a

Angel sin que le hayan sido pagados". Este poder lo confirió la interesada "por mí y como representante de mis menores hijos legítimos don Rafael Angel Villar, doña Carlina Angel Villar, don Antonio Angel Villar y doña Mercedes Angel Villar, de mi misma vecindad y todos con interés en la sucesión testamentaria de mi marido don Rafael Angel, muerto en la ciudad de Pamplona el día 26 de junio de 1936..."

Con el carácter que le daba el poder el apoderado contestó la demanda aceptando que el demandante prestó al señor Angel y a su familia servicios médicos que fueron pagados oportunamente, pero no fue el solo médico de que se valiera, pues el señor Angel ocurrió a los servicios de distintos facultativos.

En la primera instancia la parte demandada limitó su defensa a tratar de demostrar y luégo a alegar que los servicios médicos prestados por el doctor Forero estaban cubiertos y que además de éste otros médicos recetaron la familia de don Rafael.

En la segunda instancia el nuevo apoderado de la parte demandada, en el alegato de conclusión y luégo en las audiencias públicas, suscitó la cuestión de que faltando la partida de matrimonio de Rafael Angel y de nacimiento de sus hijos menores era ilegítima la personería de dicha parte, porque no se sabía si en realidad los designados como tales eran herederos y la viuda su representante legal.

Sobre estas mismas alegaciones se desarrollan las causales de casación de que se está tratando.

No se niega pues el carácter de herederos y de cónyuge que se atribuye a los demandados en la demanda. Lo que se discute es que falta la prueba de esas calidades.

No es lo mismo negar la falta de prueba de una determinada representación, que negar la representación misma. Quien se limita a negar que en el expediente hay ausencia de comprobantes de determinada representación que se le atribuye, y que por otros aspecto acepta, apenas discute una cuestión adjetiva concerniente a la personería que ha asumido.

Pero quien le da más gravedad a su negación diciendo no únicamente que hay ausencia de prueba, sino que carece de la calidad que se le atribuye, entonces controvierte ya una verdadera cuestión de fondo, de alcance realmente sustantivo, aunque relacionada con la propia personería.

Lo primero no es valedero en casación sino cuando la ausencia de comprobante de la personería aceptada da margen a una nulidad procedimental y la sentencia se acusa por la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial.

Tal el caso del presente recurso. La señora Mercedes Villar de Angel a todo lo largo del juicio aceptó que es la madre de los menores demandados como herederos y por ende su representante legal. Arguye simplemente que no se trajo el respectivo comprobante de esta representación. De consiguiente lo que en el fondo se le plantea a la Corte, bajo el pretexto de violación de ley sustantiva, es una cuestión puramente adjetiva relacionada en primer lugar con la capacidad procesal que tiene la demandada para representar como madre legítima a sus menores hijos. Y se dice que en primer lugar porque por la naturaleza misma de las cosas ese punto es el que debe surgir a debate como cuestión previa, pues en el orden natural de las cosas primero está averiguar quién es el representante legal de los menores en el juicio, comoquiera que si no lo fuese la recurrente doña Mercedes Villar, como madre legítima, a quien pasó la patria potestad por muerte del padre, entonces el juicio adolecería de nulidad por indebida representación de su parte. Pero si en realidad es la madre, además de que el juicio no es nulo, hay que aceptar consecuencialmente también que los menores son herederos.

Ahora bien. El punto de lo que comunmente se llama la personería adjetiva de las partes escapa a la apreciación de la Corte en casación, dentro de la causal primera del artículo 520 ya citado, de violación de ley sustantiva, ya directamente, ya indirectamente a través de errores de hecho o de derecho. Esa cuestión en casación puede plantearse, pero por su aspecto natural y obvio de nulidad procedimiental, mediante la cau-

sal 6ª, que es el remedio que actualmente la ley ofrece para corregir dentro del mismo juicio irregularidades de tramitación capaces de afectarlo con nulidades, las que de existir en ningún caso inciden sobre la acción misma sino que cuando más posponen su discusión.

Una consideración hace resaltar el absurdo que entrañaría la admisión de la causal alegada. De tener fuerza las razones legales del recurrente hasta el punto de llevar a la casación de la sentencia, la Corte tendría que acabar por absolver al demandado, agotándole así la acción al demandante por un motivo ante todo de personería adjetiva ajeno al derecho en controversia y que en las instancias pudo tener su remedio mediante la excepción dilatoria de inepta demanda, si la demandada no se creía la madre y representante de los menores (artículo 333 del C. J., ordinal 2º) o mediante el incidente de nulidad pedido por la respectiva parte o declarada por el juez (artículo 448, ordinal 2º y 455 **ibidem**), y que aun después de fallado el pleito y dictada esta sentencia por la Corte, tiene todavía reparación cuando se intente ejecutar la sentencia, en cuyo caso si los menores estuvieron indebidamente representados en el proceso por la señora Mercedes Villar de Angel siendo por consiguiente otros los sucesores de Rafael Angel, les queda a éstos el recurso de excepcionar conforme al artículo 457 **ibidem**, haciendo nugatorio este pleito, del cual sólo se desprendería la responsabilidad civil de la supuesta viuda consistente en el engaño de asumir una representación de que carecía, engaño que sanciona plenamente el art. 232 **ibidem**.

Y no es la primera vez que la Corte se niega a admitir discusión en casación, y dentro de la causal de violación de ley sustantiva, sobre las cuestiones de la personería o representación de las partes en el proceso. Bajo la vigencia del código anterior esta sala dijo lo siguiente en sentencia de fecha 26 de marzo de 1924, publicada en la **Gaceta Judicial** número 1579, tomo XXX, página 308, columnas 1ª y 2ª:

"Por eso la Corte, en varios fallos, ha declarado que la cuestión de personería 'es exótica en el recurso de casación', porque ésta 'no es una tercera instancia en donde puedan discutirse irregularidades procedimentales'. (Sentencia de julio nueve de mil novecientos ocho, página 357, tomo XVIII de la **Gaceta Judicial**); que 'el recurso de casación, cuando se funda en el párrafo 1º del artículo 2º de la ley 169 de 1896, ha de referirse a las infracciones del derecho sustantivo de quien se acoge a aquél para obtener enmienda del agravio que se le ha inferido, pues la violación de las leyes adjetivas (la Corte contemplaba el artículo 123 de la ley 105 de 1890, en relación con la personería de unos menores que quedaron sin representante en un juicio en el cual estuvo hablando por ellos su padre, quien murió antes de finalizarse la causa, que fue seguida sin que se proveyera de personero a los incapaces), que son las que determinan el orden de los juicios, no dan nunca lugar a interponer tal recurso' (sentencia de 13 de noviembre de 1913, página 323, tomo XXII de la **Gaceta Judicial**); que 'la ilegitimidad de la personería debió ser alegada en cualquiera de las instancias del **juicio por la parte mal representada**, o el juez o tribunal, conforme al artículo 134 de la ley 105 de 1890, debieron, si en su concepto existía tal vicio en el proceso, mandar que se pusiera en conocimiento de las partes para los efectos que tal artículo señala; pero en el recurso de casación, que no es una tercera instancia, no cabe alegar la ilegitimidad de la personería, ya que no figura entre las causales que pueden invocarse para la infirmación del tribunal, que es el objeto que se persigue en la casación' (sentencia del 22 de agosto de 1914, página 213, tomo XXIV de la **Gaceta Judicial**); y en sentencia de 20 de agosto de 1920, páginas 144 a 146, tomo XVIII de la **Gaceta Judicial**, se reafirmó en síntesis la misma doctrina".

Bajo el código actual sí existe la causal 6ª de casación que en el anterior echaba de menos la Corte, dentro de la cual debe proponerse todo lo relativo a la personería de las partes y que engendre nulidad procesal. Ya se ha visto que esa no fue la causal propuesta, de manera que lo que se acaba de trascribir tiene ahora perfecta oportunidad.

Ahora, pero si forzando los términos del recurso de casación, y dándole a la demanda una intención que no estuvo en la mente de su autor, se quisiese decir que la Corte puede enfocar el motivo propuesto dentro de la causal 6ª, entonces para rechazar ese cargo y la nulidad procesal que debiera surgir como consecuencia de no admitir en este juicio a la señora Mercedes como representante legal de los menores, cabría repetir lo que la Corte expresó en sentencia de fecha 9 de mayo de 1938 (**Gaceta Judicial**, número 1935, tomo 46, página 424):

"Así las cosas, observa la Corte que la personería de la parte demandada, cualquiera que sea el fundamento del vicio alegado, no puede ser impugnada por el mismo personero en quien se hace residir la ilegitimidad de la representación, porque resulta improcedente y contradictorio el uso de la propia ilegitimidad para pretender producir dentro del pleito un resultado de tanta trascendencia como es la invalidación de lo actuado. La nulidad por ilegitimidad de la personería no puede ser propuesta con eficacia legal por cualquiera de las personas que intervienen en un litigio judicial; la razón jurídica de esta causa general de nulidad, que no es otra que la violación del derecho de defensa, circunscribe el interés indispensable para pedirla a la persona o parte que no haya estado debidamente representada en el juicio. Ilógico cuando menos sería aceptar interés legal para tal pedimento en quien, según su propia alegación y dicho, ha usado ilegítimamente la representación judicial. Si quien pide la nulidad por mala representación no es representante, no puede pedirla ni obtenerla, y si ha sido legalmente el representante, no hay lugar a declararla. La parte interesada en la nulidad, la que sí estuvo indebidamente representada en el pleito, tiene caminos legales para poner a salvo sus derechos al frente de una sentencia producida en un juicio en que no tuvo forma ni oportunidad de asumir su defensa. (Art. 457 del C. J.). Si el personero ilegítimo carece de derecho para pedir la reposición de lo actuado durante los grados del juicio, menos habrá de reconocérsele tal facultad o capacidad para aducir su propio vicio como causal de anulación de lo actuado con ocasión del recurso extraordinario de casación. La alegación de este motivo no es legítima ni puede prosperar si no procede de la parte mal representada".

— B —

Bajo el Capítulo I de la demanda de casación propónese la siguiente causal, con el título de **"Interpretación errónea de la demanda"**.

De los términos del libelo adviértese que va dirigido contra la **sucesión de Rafael Angel**, y aun cuando se expresa que esta sucesión está representada por la cónyuge supérstite y sus menores hijos, y otra demanción no se ha dirigido contra ellos, como herederos del difunto, sino que simplemente se les ha mencionado como representantes de la sucesión pero sin hacer extensiva a ellos la demanda.

"La demanda no encierra dos peticiones sino una sola. Una cosa es demandar a la sucesión, representada por el cónyuge supérstite y sus menores hijos, y otra demandarlos a ellos "como herederos del difunto. La demanda no quedó, por este concepto bien fijada por el actor y esta deficiencia no puede ser enmendada por el sentenciador".

Sin embargo, el tribunal estimó que la señora Mercedes Villar de Angel y sus menores hijos sí quedaron comprendidos en la demanda, en su calidad de cónyuge, la primera, y herederos del causante, los segundos, con lo cual incidió en error de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda, dándole a ésta un alcance que no tiene, violando directamente el artículo 471 del C. Judicial, último inciso que establece que las "sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes", y el artículo 1494 del C. C. en cuanto ha hecho recaer sobre la cónyuge y sus hijos una obligación que de ellos no ha sido demandada.

---

Se considera:

El tribunal partiendo de que la acción se había dirigido contra la cónyuge y los cuatro herederos Antonio, Rafael, Carlina y Mercedes Angel, representados éstos por su madre, "y todos obligados por la sucesión de D. Rafael Angel", estimó que procedía la condena en la forma en que se pronunció, dado que estaba comprobada la prestación de los servicios especificados por el sentenciador.

Aun cuando ciertamente la fórmula empleada por el demandante en el libelo para designar la parte demandada no es un modelo de lenguaje técnico, en ella sí se alcanza a advertir con toda claridad que lo llamado a juicio es la sucesión o herencia de don Rafael Angel representada por la cónyuge y los herederos. En esto no hay dificultad y así lo entiende el recurrente.

Ahora, que la cónyuge sea con los herederos responsable de las deudas hereditarias, como lo entiende la parte actora y lo aceptó el tribunal, por equivocado que pueda ser el concepto, no es punto sometido especial y concretamente al juicio de la Corte.

Lo que se le somete es este otro: Que no es lo mismo demandar una sucesión representada por determinadas personas que dirigirla contra estas personas en calidad de herederos e individualmente considerados. Ello es así porque la sucesión no es persona jurídica capaz de contraer obligaciones ni de responder de ellas, por ser los herederos los únicos que responden de las deudas de un causante.

Pero la distinción que hace el recurrente no es más que un paralogismo inaceptable.

Precisamente por no ser la sucesión persona jurídica, distinta de los herederos individualmente considerados, quienes son los sucesores de los derechos del causante y responden de sus obligaciones, es lo mismo demandar a la sucesión, representada por los herederos, que demandar a los herederos para que respondan de las obligaciones de la herencia. La herencia es una comunidad **sui generis** sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias. Estas nociones están todavía más claras en la sentencia de fecha 31 de agosto de 1936, pronunciada por esta Corte (**Gaceta Judicial**, Nros. 1911 y 1912, tomo 43, página 790), en donde se lee:

"Las deudas del difunto se dividen a prorrata entre los herederos, según el artículo 1411 del Código Civil, y son una carga de la universalidad sucesoral. De ahí que todos los dueños de ésta deban pagar esas deudas proporcionalmente a las cuotas que les corresponden en el activo. Lo que constituye universal al sucesor, y lo hace representante del difunto, es el derecho a todos sus bienes y acciones transmisibles, y la responsabilidad de sus deudas. Aunque entre la apertura de la sucesión y el día en que ésta se liquida transcurre un tiempo de comunidad (artículo 2324), los herederos son personalmente, antes y después de la liquidación, responsables de las deudas hereditarias. Los acreedores ejercitan sus acciones contra "la sucesión", antes de partirse los bienes, o contra los herederos, después de partidos. Este lenguaje, usualmente empleado, no significa que en el primer caso sea indispensable señalar como demandada a "la sucesión", ni que los actores deban fracasar en el segundo caso cuando hablan de la "sucesión", siempre que designen como reos a todos los herederos o al adjudicatario único a título universal".

El cargo de casación carece de toda consistencia y por eso se rechaza.

— C —

El último cargo del apoderado de la parte recurrente ante la Corte es el de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones de la demanda.

Fúndase este cargo en que "El fallo del sentenciador se concretó a condenar no sólo a la entidad demandada sino a los herederos del causante y a su cónyuge, personalmente considerados, y basta leer el libelo para convencerse de que la demanda no fue enderezada contra ellos. Si pues el tribunal

condena a personas no demandadas, es evidente que el fallo es incongruente y está en desacuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda por el actor, y de allí que aparezca fundada la causal que en este capítulo se invoca".

La demanda es innocua, y como el sentenciador le dio un alcance que no tiene, según lo expuesto en otro capítulo de este recurso, "incurrió nuevamente en el mismo error de hecho y de derecho en la interpretación y alcance de ella, con infracción de las disposiciones citadas al examinar la primera causal, o sean el art. 471 del Código Judicial en su último inciso, y 205 de la misma obra, y el art. 1494 del Código Civil por el concepto allí expresado".

Se considera:

Como se ve, la causal de incongruencia es una repetición de la anterior, que versa sobre equivocada interpretación de la demanda por el sentenciador y una contradicción, como claramente se advierte, con lo que el recurrente arguye en ese capítulo.

La incongruencia en un fallo consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en la demanda y su contestación, o en que se decida sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto.

Pero cuando el sentenciador decide sobre lo que se le ha pedido y estima la demanda satisfactoria en lo que hace relación a la designación de la persona demandada, no hay incongruencia.

Lo que como equivocada interpretación de la demanda en este sentido se invoca como causal de incongruencia fue cargo que ya se examinó y se encontró fallo.

### Sentencia

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 en este negocio, pronunciada por el tribunal de Pamplona con fecha 10 de octubre de 1938.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del presente fallo en el próximo número de la **Gaceta Judicial.**

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

EXCLUSION DE BIENES DE UN INVENTARIO.—INCONGRUENCIA—TRADICION.

**1.—La incongruencia de un fallo no es entre la parte motiva y la resolutiva de él, sino entre lo resuelto por éste en su fondo y lo pedido en la demanda. — 2.—Aunque se venda cosa ajena, la tradición da al adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. (Art. 753, C. C.).**

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

## Antecedentes

1.—Por medio de escritura pública número 92, de 8 de agosto de 1879, Notaría primera de Cali, Victoria Hurtado de Alvarez del Pino compró a Antonia Alvarez del Pino un derecho proindiviso por valor de $ 246.98, en la casa que fue de sus finados padres, ubicada en el barrio de Santa Rosa, de la ciudad de Cali, calle once entre carreras octava y novena, señalada con el número 711 de la nomenclatura actual de aquella ciudad, y cuya alinderación se halla indicada en el referido instrumento.

2.—Por escritura número 43, de 13 de febrero de 1880, Notaría 1ª de Cali, se procedió a la partición y adjudicación amigables del referido inmueble, entre los coherederos. Siendo condueños de la referida finca tanto la señora Victoria Hurtado de Alvarez del Pino —en virtud de la compra a que se alude en el punto anterior— como su esposo señor Heliodoro Alvarez del Pino, se les hizo a los dos la adjudicación común del primer lote del tal inmueble, con las delimitaciones señaladas en el instrumento a que acaba de hacerse referencia.

3.—Por escritura pública número 86, de 24 de marzo de 1890, Notaría 1ª de Cali, Heliodoro Alvarez del Pino vendió a favor de su hijo Felipe Alvarez del Pino, una casa ubicada en la calle once de la ciudad de Cali "y que adquirió por haberla construído sobre el terreno heredado de sus padres". La señora Victoria de Alvarez del Pino vivía cuando su marido efectuó esa venta. Posteriormente, Felipe traspasó el mismo bien a favor de su hermana Rafael A. del Pino, actual demandante, por medio de la escritura número 176, de 1º de agosto de 1890, Notaría 1ª de Cali.

## Juicio ordinario

Conocidos los antecedentes del inmueble que es materia de este litigio, la señorita Rafael A. del Pino, en libelo de 10 de noviembre de 1936, dirigido al señor Juez 2º en lo Civil del circuito de Cali, hace la siguiente relación de hechos:

"1º El señor Pedro A. del Pino, en demanda de 10 de septiembre de 1935, solicitó al mismo Juzgado que se abriera el juicio de sucesión de la señora Victoria Hurtado v. del Pino y que se ordenara la práctica del inventario y avalúo de los bienes de esa sucesión".

"2º Por auto fechado el 20 del mismo mes de septiembre el Juzgado declaró abierta la sucesión de la señora viuda de A. del Pino y decretó la formación de inventarios y avalúos de los bienes a ella pertenecientes".

"3º Con fecha 13 de julio último la diligencia de inventario se verificó por medio de peritos y con asistencia del señor Síndico Recaudador del impuesto de sucesiones, y en esa diligencia, no obstante la tenaz oposición mía, el apoderado de Pedro A. del Pino hizo incluír como de la sucesión, la mitad de la casa cuya exclusión pido en esta demanda, ubicada en la calle once, entre carreras octava y novena, señalada en la puer-

ta principal de entrada con el número 711, comprendida dentro de los linderos especificados en la primera de las peticiones", y

"4º La casa a que se refiere el hecho anterior, incluída en parte en los inventarios de la sucesión de doña Victoria H. v. de A. del Pino, es de mi exclusiva propiedad y me pertenece en dominio en su totalidad, por haberla comprado al señor Felipe A. del Pino por medio de la escritura número 176, otorgada en la notaría de este circuito el día primero de agosto de 1890, fecha desde la cual la estoy ocupando con ánimo de señora y dueña, sin que nadie me dispute el dominio. Este título lo conocen los demandados, especialmente Pedro A. del Pino, porque está figurando en el juicio de sucesión, y a él hacen referencia los peritos avaluadores".

Con fundamento en los hechos anteriores, la nombrada Rafaela A. del Pino propuso demanda ordinaria contra la sucesión de Victoria H. v. de A. del Pino, representada por sus herederos, solicitando que se hicieran las declaraciones que pasan a enumerarse: a) Que es dueña exclusiva de la casa a que se ha hecho referencia; b) Que tal inmueble, descrito por su ubicación y linderos, debe excluírse en su totalidad de los bienes inventariados en la sucesión demandada; c) Que dicho inmueble no debe entrar en la masa partible de los bienes relictos; y d) Que deben pagar costas los herederos que afrontan el juicio.

Los herederos contestaron que convenían en las peticiones de la demanda, con excepción de Pedro A. del Pino, quien negó el derecho invocado por la actora y pidió que no se hicieran las declaraciones solicitadas.

El juez **a quo** falló la primera instancia en sentencia de 28 de septiembre de 1937, en la cual accedió a las súplicas de la actora, y en consecuencia declaró que ésta es propietaria de la casa reclamada; que debía excluírse de los inventarios de la sucesión demandada y que no debía entrar tal inmueble en la masa partible de los bienes sucesorales.

**La sentencia recurrida**

El opositor Pedro A. del Pino apeló de dicha providencia ante el Tribunal Superior de Cali, y tramitada la segunda instancia, se le puso término en sentencia de 31 de agosto de 1938, en la cual se confirmó en todas sus partes la providencia del inferior, reformándola únicamente en el sentido de limitar la exclusión a la parte de aquel inmueble que fue incluída en los inventarios de la sucesión de Victoria H. v. de A. del Pino, o sea, la mitad de tal inmueble, que fue incorporado en la lista de bienes relictos.

Fundó el Tribunal el fallo que viene acusado en casación en que, si en realidad de verdad, del estudio de las escrituras antes mencionadas, se deduce que la actora Rafaela A. del Pino adquirió del señor Felipe A. del Pino la totalidad del inmueble que es materia de esta acción restitutoria, esa adquisición fue viciada en su origen, debido a que el tradente de su vendedor, Heliodoro Alvarez del Pino, no podía enajenar todo el terreno en donde dijo haber edificado la casa vendida.

Y no podía hacerse esa total transferencia —dice la sentencia— porque el lote de que habla la escritura número 43 de 1880, les fue adjudicado tanto al vendedor Heliodoro como a su legítima esposa Victoria Hurtado; al primero en su calidad de heredero legítimo, y a la segunda, por la adquisición que de un derecho proindiviso sobre ese inmueble hizo en la escritura número 92 de 1879.

Pero una vez sostenida la anterior conclusión, que vendría a enervar la acción incoada, agrega el Tribunal, para fundamentar la restitución ordenada, que si todo esto es así, "también lo es que la demandante es hoy la dueña absoluta del inmueble que reclama, por haberlo adquirido mediante la prescripción ordinaria de que hablan los artículos 2512, 2518 y 2529 del C. C., pues de autos consta la posesión pacífica y no interrumpida en que ha estado durante el lapso que determinan las disposiciones que regulan el punto".

Por último, sostiene el Tribunal que "no se diga que la comunidad que alega el opositor ha entorpecido la prescripción adquisitiva de la demandante, toda vez que aquél-

lla no aparece satisfactoriamente acreditada de autos, y aunque lo estuviera, tampoco tendría cabida en el caso planteado, según recientes doctrinas de la Corte".

**Recurso de casación**

Contra el fallo en referencia interpuso el demandado recurso de casación, invocando las causales establecidas por el artículo 520 del C. J. Acusa la sentencia por varios motivos distintos, y señala como textos violados los artículos 763, 740, 741, 1504, 2512, 2518, 2525, 2526, 2529 y 2530 del C. C.; 606, 609, 785, 786, 787, 790 y 791 del C. J.

El recurrente resume los cargos que hace a la sentencia en la forma que pasa a expresarse:

1º Ser violatoria de ley sustantiva, ya por omisión, ya por aplicación indebida y mala interpretación. Entre otras disposiciones violadas indica las siguientes: 2512, 2518 y 2529 del C. C.

2º Haber incurrido el sentenciador en errores de hecho y en errores de derecho, como son los siguientes: confusión de los títulos alegados por las partes; desconocimiento de los títulos y sus registros; desconocimiento de la historia de dominio respecto de los títulos de las partes; error en el cómputo del plazo de prescripción respecto de doña Victoria Hurtado; desconocimiento de su estado de mujer casada y de su incapacidad respectiva, dentro del régimen anterior a la ley 28 de 1932, y desconocimiento del hecho de haberse suspendido la prescripción ordinaria en favor de doña Victoria Hurtado.

3º No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas, pues la demandante no ha pedido declaración de prescripción extraordinaria ni ordinaria; y además, la sentencia es contradictoria, pues mientras en la parte motiva se sostiene que no hay tradición de dominio, en el fallo se hace declaración de que sí la hay.

4º Haber interpretado indebidamente el título de la demandante, pues el Tribunal comprende dentro de él mayor extensión de aquella que fue objeto de ese título; debe observarse que, según los títulos, Rafael A. del Pino adquirió los mismos bienes que Felipe A. del Pino, quien enajenó "únicamente los bienes que adquirió por herencia de sus padres".

**Estudio de los cargos**

**Primera cuestión.** La hace consistir el recurrente en que la sentencia reconoció que la actora Rafaela había adquirido el dominio de la casa motivo de esta acción restitutoria, por prescripción adquisitiva ordinaria, y tal fenómeno jurídico no pudo realizarse porque la mitad del fundo vendido pertenecía a Victoria Hurtado, mujer casada, a la fecha de la venta, con el vendedor Heliodoro A. del Pino. Deduce, por lo tanto, que la prescripción, en caso de que realmente fuera posible, se suspendió por tratarse de una persona incapaz, como es la mujer sometida a potestad marital. Resultaron violados con el fallo los artículos 1504 y 2530 del C. C.

La Corte observa:

De la copia de la escritura número 92, que figura en autos, aparece que Victoria Hurtado compró un derecho proindiviso por valor de $ 246.98 sobre la referida finca, con autorización de su esposo; y luégo se les adjudicó, tanto a ella como a su esposo, el lote número 1 (uno) en el inmueble litigioso; a este último en su condición de heredero de sus padres, que eran los primitivos dueños del bien.

Resulta de lo dicho que el derecho indiviso adquirido por la Hurtado entró a formar parte de la sociedad conyugal constituída por ésta y su marido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1781, ordinal 5º, del C. C., por tratarse de un bien adquirido durante el matrimonio, a título oneroso.

Aceptado tal extremo, es de rigor concluír que, cuando más tarde, el marido Heliodoro A. del Pino vendió a su hijo Felipe la totalidad del lote número uno, que les correspondió a aquél y a su esposa en la finca mencionada, vendía conjuntamente un bien común que pertenecía al otorgante y a la sociedad conyugal. En forma tal, que no transmitía un bien propio de su esposa, sino

una propiedad inmueble de la sociedad; y al proceder de esta manera lo hacía en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 1805 del C. C., que otorga al marido la libre administración de los bienes sociales, como único jefe, en aquella época, de la sociedad conyugal y único gestor de ésta.

Si, pues, queda bien claro que Heliodoro no vendió a su hijo Felipe, tradente, a su vez, de la actora Rafaela, un bien de propiedad exclusiva de su esposa, es impertinente la tacha presentada en casación, de que la prescripción reconocida en la sentencia a favor de la demandante quedó suspendida en su término ordinario, por tratarse de un bien de persona incapaz sometida a potestad marital.

No existe violación de los textos indicados y se rechaza el cargo, por inoperante.

**Segunda cuestión.** La reduce el recurrente demandado al hecho de que no pudo realizarse la prescripción reconocida en el fallo acusado, porque se trataba de un bien común de Heliodoro y de su esposa doña Victoria, y al quedar ésta como propietaria de la mitad del fundo, vino a ser comunera de la compradora Rafaela, y entre comuneros no puede existir prescripción adquisitiva.

Se considera:

Basta leer las copias de las escrituras números 43 de 1880 y 86 de 1890, que figuran en el expediente, para cerciorarse de que fue la intención manifiesta de Heliodoro A. del Pino vender, como en efecto vendió, a su hijo Felipe, la totalidad del lote número uno que se les adjudicó, a él y a su esposa Victoria, en la casa que fue materia entonces de la participación y adjudicación entre los herederos y cesionarios que tenían derechos en la referida finca. La ubicación y linderos señalados al inmueble vendido en los dos instrumentos indican que la venta comprendía esa totalidad y que, por lo tanto, el marido vendía lo suyo y lo perteneciente a la sociedad conyugal. Bien es verdad que el vendedor dice "que la casa la hubo el otorgante por haberla edificado en terreno que heredó de sus padres"; pero es indudable también que el señalar como linderos de lo vendido los que corresponden a la totalidad del lote comunal, y tratándose de la venta de un cuerpo cierto, indicado como tal y no por su cabida, quiso vender todo el globo de tierra que corespondía a él y a la sociedad de que era administrador y gestor.

No existe, por esa razón, la situación jurídica de comunidad vigente entre la actora Rafaela y doña Victoria o sus actuales herederos, y no viene al caso, por esa circunstancia, entrar a estudiar los fenómenos de la posesión entre comuneros y sí puede uno de éstos adquirir por prescripción el bien indiviso, con perjuicio de sus condóminos.

Tampoco existe, por este aspecto, violación de los preceptos legales invocados, tales como los artículos 943 y 2525 del C. C. No ha incurrido el Tribunal en errores de hecho y de derecho en la apreciación de los instrumentos públicos antes mencionados, ni menos incurrió en una manifiesta confusión de los dos inmuebles, como lo dice y sostiene el recurrente en su demanda de casación.

Se desprende de lo expuesto que no es el caso de quebrar el fallo acusado, por el motivo señalado.

---

**Tercera cuestión.** La funda el recurrente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones del actor, por no haber pedido éste declaración de prescripción ordinaria ni extraordinaria; además, el fallo acusado es contradictorio, pues mientras en la parte motiva se sostiene que no hay tradición sino prescripción, en la resolutiva se declara que es propietaria por tradición de dominio.

Conviene observar, ante todo, que la incongruencia de que trata el artículo 520 del C. J. no es entre la parte motiva y resolutiva de un fallo, sino entre lo resuelto por éste en su fondo y lo pedido en la demanda. Fuera de lo dicho, considera la Corte, al estudiar esta tacha, que si bien es verdad que existe tal discordancia entre las dos partes de la providencia recurrida, el hecho indudable es que la totalidad de la finca fue traspasada por Heliodoro a Felipe y por éste a la actora Rafaela, realizándose de esta manera la tradición del dominio de tal in-

mueble, a favor de la adquirente. Ya se ha dicho que Heliodoro vendió conjuntamente tanto la parte que le correspondía en ese bien, como heredero de sus padres, como aquella que adquirió su esposa Victoria Hurtado por compra hecha a Antonia A. del Pino y que pertenecía a la sociedad conyugal. Aun aceptándose que vendía un bien de la exclusiva propiedad de su esposa, es decir, cosa ajena, la tradición dio a la adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho (art. 753 del C. C.).

Tal fenómeno fue el consumado en el caso de autos y el reconocido por el Tribunal en la sentencia, cuando dijo en su declaración que la demandante "es propietaria por tradición del dominio de la casa..." Se repite que es evidente que el Tribunal no obró con lógica al reconocer la prescripción adquisitiva ordinaria como modo de adquirir el dominio de la finca, para luégo declarar que la actora es dueña por tradición, otro modo distinto de adquirir. Pero tal discordancia en nada afecta el fondo de lo fallado ni los fundamentos verdaderos de la "causa petendi", amén de que lo declarado viene a ser la realidad del fenómeno ocurrido, puesto que la actora adquirió el dominio de la propiedad en disputa en virtud de la tradición que le hizo Felipe A. del Pino, a quien anteriormente había vendido Heliodoro, como dueño de una parte y como gestor de la sociedad conyugal propietaria de la otra.

En cuanto a que la sentencia haya variado de **"causa petendi"**, no se alcanza a vislumbrar en qué pueda consistir este motivo de tacha, dado que lo pedido fue la declaración de que la actora era dueña por tradición del bien litigioso y esto ha sido lo fallado, advirtiendo el Tribunal que tal declaración era viciada por parte del tradente, por no ser propietario de la totalidad del inmueble, pero que éste había sido ya adquirido en virtud de la usucapión ordinaria. Bien pudo el Tribunal equivocarse en cuanto a la apreciación del fenómeno realmente ocurrido, sin que tal error modifique en nada los fundamentos jurídicos de lo resuelto en el fallo acusado, porque es indudable que la actora es en la actualidad dueña del bien, ya sea por tradición del dominio, si se considera que ésta existió, y esto es lo que conceptúa la Corte, ya como adquirente por usucapión ordinaria, en caso de que la tradición hubiera adolecido de vicios. Esto último, por haber transcurrido el plazo necesario y ordenarlo así el artículo 753 del C. C., en armonía con los 2528 y 2529 de la misma obra.

En lo que atañe al cargo de que la parte demandante no alegó prescripción en su libelo, conviene advertir que desde que alegó de conclusión en la primera instancia hizo valer este modo de adquirir en forma subsidiaria, pidiendo que así se reconociera (cuad. 1º, fols. 14 v. y 15). Quiere esto decir que alegaba la usucapión como acción, y si tal fenómeno fue reconocido por el Tribunal en la sentencia, no puede aceptarse la tacha de que se declarara sin pedimento del actor. (Arts. 341 y 343 del C. J.).

Como se ha visto, la Corte halla bien vendido por Heliodoro todo lo que traspasó a su hijo Felipe, puesto que parte era de él y parte de la sociedad conyugal de que a la sazón era jefe. Erró, pues, el Tribunal al hallar viciada esa enajenación en cuanto Heliodoro la extendió a lo que era de la sociedad. Pero este yerro, que la Corte pone de presente a fin de corregirle desde el punto de vista doctrinario, no da lugar a romper el fallo recurrido, porque, a pesar de ello, la sentencia decidió lo que legalmente era del caso.

Las anteriores consideraciones obligan a la Sala a rechazar esos cargos.

## Fallo

Resumidas en las cuestiones anteriores todos los cargos con que acusa la sentencia el recurrente, no se halla ninguno que tenga fuerza suficiente para infirmarla. Por esa circunstancia, es de rigor conservarla en todas sus conclusiones, una vez hechas las necesarias explicaciones que acaban de exponerse a espacio en la motivación anterior.

En esa virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, admi-

nistrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali el día 31 de agosto de mil novecientos treinta y ocho. Sin costas por amparo del recurrente.

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

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

# SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

## CONSULTA DE UN AUTO

**Comete el delito definido en el Capítulo V, Título 10º, Libro 2º del Código Penal anterior, el Juez que se niega a cumplir un auto del Tribunal.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, dos de junio de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

En 22 de octubre de 1937, el Tribunal de Bucaramanga residenció en juicio criminal al señor doctor Víctor J. Cordero.

Ese enjuiciamiento se hizo por los trámites extraordinarios, por dos razones:

a) Por ser el enjuiciado Juez único del Circuito de Piedescuesta, y

b) Por haberse resistido en tal carácter a cumplir una providencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, en la cual se decretaba la suspensión del remate de bienes embargados en la ejecución de Antonia o Antonina Rey contra Arcadio Jurado, ante el Juzgado de Piedecuesta.

El cargo fue el que define y castiga el capítulo 5º, título 10, del libro 2º del Código Penal.

---

El 31 de agosto de 1938 el Tribunal declaró prescrita la acción penal contra el mencionado Víctor J. Cordero, ex-Juez del Circuito de Piedecuesta.

Tal fallo ha venido en consulta a la Corte.

La competencia del Tribunal para fallar en primera instancia y la de la Corte para conocer en segunda, por vía de consulta, están determinadas, respectivamente, por el numeral 4º del artículo 76 y por el parágrafo I del artículo 35 de la Ley 105 de 1931, reglas aplicables porque el proceso se inició antes del 1º de julio de 1938 (artículo 722, Ley 94 de 1938).

Funda la prescripción la sentencia consultada en que la infracción no tiene pena corporal en este caso y que por lo tanto se verifica en cuatro años la extinción de la acción penal; y en que estos cuatro años ya transcurrieron.

Según las constancias del proceso, el hecho punible se consumó en los meses de junio y julio de 1934.

---

El Procurador Delegado en lo Penal considera que está prescrita la acción penal, y agrega que sólo puede el Tribunal de Bucaramanga imponer una sanción moral al señor Víctor J. Cordero, absteniéndose de elegirlo Juez.

Pide por tanto que se confirme la providencia consultada.

Analizando el fallo y los hechos que lo motivaron, se expresa así el señor Procurador Delegado:

"El hecho imputado a Víctor J. Cordero es el siguiente: en el aludido juicio ejecutivo, el Juez de Circuito de Piedecuesta negó la suspensión del remate que le había sido solicitada por el ejecutado con apoyo en la Ley 37 de 1932, providencia que al ser revisada, en virtud del recurso de apelación, por el Tribunal de Bucaramanga, fue revocada por el superior, quien en su lugar decretó la suspensión del remate. El inferior, en vez de cumplir lo ordenado en el auto de segunda instancia, se abstuvo de obedecer lo decretado por el Tribunal.

"Como se ve, el Juez Cordero infringió una de las disposiciones contempladas en el

capítulo 5º, libro 2º, título 10º del anterior Código Penal.

"Para explicar su conducta, el sindicado dio algunos argumentos que no sólo resultan insolentes sino que demuestran que el acusado desconoce el orden jurídico del país, nuestro sistema procedimental en cuanto a la constitución de las instancias y el establecimiento de las jerarquías judiciales. Se le olvidó al proferir su auto de 22 de junio de 1934 que él también era Juez de segunda instancia en relación con los asuntos conocidos en primer grado por los Jueces Municipales, quienes hubieran podido, si la peregrina tesis del Juez Cordero hubiera llegado al conocimiento de ellos, revelarse (sic) contra lo dispuesto por su superior e imponer su voluntad y su criterio en los asuntos en que les tocaba intervenir".

Es indudable que el hecho imputado al ex-Juez Cordero se cometió; que se verificó en el desempeño de funciones y que el delito es el de desobedecimiento a órdenes superiores (capítulo 5º, título 10º, libro 2º del Código Penal). La acción, sin embargo, está prescrita, como lo anotó la providencia consultada por efecto de los artículos 95 y 96 del mismo Código Penal, pues la pena imponible no es corporal y han transcurrido más de cuatro años desde que se cometió el acto ilegal imputado.

---

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la providencia de fecha 31 de agosto de 1938, del Tribunal Superior de Bucaranga, que declaró prescrita la acción penal en pro del señor Víctor J. Cordero, ex-Juez único del Circuito de Piedecuesta, a quien se llamó a juicio por violación de alguna de las disposiciones del capítulo 5º, título 10º, libro 2º del Código Penal de 1890.

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

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

## VEREDICTO TACHADO DE CONTRADICTORIO

**Ante el Código Penal de 1890 y la pena fija de 20 años de presidio que para el delito de asesinato prescribe el Acto Legislativo número 3 de 1910, proferido por los jueces de conciencia el veredicto con la declaración enfática de que el reo "sí es responsable", poco importa la expresión "en grado muy inferior al del acusado señor Silvano Rodríguez" añadida en la respuesta. La misión del Tribunal de hecho queda cumplida con el primer término de la frase, y lo otro, que más bien dice relación a la pena, no le incumbe al jurado.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

En la causa contra Manuel María Mendieta y Silvano Rodríguez por asesinato en la persona de Maximiliano Cañón, y en la cual fueron condenados por el Tribunal Superior de Ibagué a veinte años de presidio, el señor Procurador delegado en lo penal funda el recurso con base en la causal 6ª del artículo 3º, ley 118 de 1931.

Estima el señor procurador que el veredicto del jurado en relación con Manuel María Mendieta es contradictorio, por los siguientes motivos:

"El veredicto es contradictorio en sus términos, porque después de aceptar la responsabilidad de Mendieta con un 'sí', la destruye completamente agregando que lo hizo 'intimidado y violentado por fuerzas superiores'. Dentro de las causas que excluyen la responsabilidad, figura la violencia o coacción, que algunos autores comprenden bajo la denominación de casos de **inimputabilidad** y otros de casos de **justificación negativa**. En tales eventos, el individuo obra sin proyectar su propia personalidad, sin intención o espontaneidad, de tal suerte que no puede considerarse como sujeto de derecho penal.

Por tanto, afirmar que se es responsable de un homicidio premeditado con caracteres de asesinato para luégo decir que hubo intimidación y violencia superior a las fuerzas del autor, es juntar dos conceptos que no pueden coexistir, cuales son: el de la responsabilidad penal y el de las causas que la excluyen o anulan completamente.

Y la aclaración que hizo el Jurado sólo se refiere a la responsabilidad de Mendieta, desde luego que la ratificó con un nuevo 'sí', 'pero en grado muy inferior al del acusado señor Silvano Rodríguez'. Es decir, el Jurado dejó en pie la responsabilidad de ese acusado, lo mismo que el haber procedido 'intimidado y violentado por fuerzas superiores', con la sola agregación de que tal responsabilidad es inferior a la de Silvano Rodríguez, cosa que tampoco puede aceptarse, como se ha visto. Por tanto, los veredictos como están concebidos para Mendieta no pueden aceptarse, porque llevan al absurdo. La mejor manera de desatar la cuestión es declararlos contradictorios para que un segundo cuerpo de jurados resuelva el problema con más atinado criterio y mayor claridad".

Por su parte el defensor de Manuel María Mendieta invoca las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 6ª, y alega que a su juicio el fallo del Tribunal se halla en desacuerdo con el veredicto del jurado, toda vez que habiendo considerado éste responsable a Mendita "en grado muy inferior al del acusado señor Silvano Rodríguez", la condenación de ambos a la misma pena implica disconformidad con el veredicto del jurado.

La Corte para resolver considera:

Es necesario estudiar si el veredicto resulta o no contradictorio en sus términos, y si hay disconformidad entre éste y la sentencia.

La respuesta que el jurado dio al cuestionario de Mendieta, "sí, pero intimidado y violentado por fuerzas superiores", sugería la posibilidad de una contradicción, porque al propio tiempo que se afirmaba la responsabilidad, se agregaban circunstancias que podían hacer excusable el homicidio a la faz del artículo 29 (numeral 2º) del Código Penal de 1890. De ahí que el juez hubiera estimado indispensable exigir la aclaración del veredicto, y al efecto convocó de nuevo al jurado, mediante la siguiente providencia:

"En vista de la respuesta dada por el jurado tanto a la cuestión principal como a la accesoria relacionadas con el procesado Manuel María Mendieta en la causa que se adelanta contra él y Silvano, Bonifacio y Saúl Rodríguez, por homicidio, convóquese al jurado para que se sirva aclarar ese veredicto en el sentido de manifestar si la adición al sí '. . .pero intimidado y violentado por fuerzas superiores', consignada en la respuesta a la cuestión principal, tiende en lo sustancial a exculpar absolutamente al citado Mendieta o por el contrario cree que sí ha incurrido en responsabilidad y por tanto la parte afirmativa de ella persigue declarar esto y no la simple ejecución del hecho en la forma planteada en dicha cuestión".

Pero aclarado el veredicto con la expresión enfática de "sí es responsable", poco importa que los jueces de hecho hubiesen añadido aquello de "en grado muy inferior al del acusado señor Silvano Rodríguez". La misión del jurado quedó cumplida con el primer término de la frase, o sea en cuanto afirmaba nuevamente la responsabilidad propia del acusado Mendieta. Manifestar sí en grado mayor o menor que el otro acusado —en esta forma que más bien dice relación con la pena— no le incumbía al jurado.

No hay, pues, contradicción en los términos del veredicto como sostiene el señor procurador.

Ahora bien: Si el veredicto sólo declara al fin y al cabo que Mendieta es responsable del asesinato perpetrado por él en la persona de Maximiliano Cañón, y no de modo cualquiera, sino que "su acto criminoso fue, pues, la expresión genuina de su personalidad", como lo dice el señor procurador, los juzgadores de instancia no podían hacer otra cosa que aplicar la pena fija de veinte años de presidio señalada por el acto legislativo número 3 de 1910.

De aquí resulta que tampoco hay disconformidad entre la sentencia y el veredicto, ni indebida aplicación de la ley penal.

Por lo demás, la Corte no ha dejado de tener en cuenta que estas soluciones nada tienen de injustas enfrente a los autos, desde que se trata de un caso, según términos del señor procurador, en que el reo —Mendieta— "aceptó la propuesta criminal después de madurarla y pesar su alcance, y la llevó a término con tal minuciosidad que no se salió del plan criminoso fraguado por el autor intelectual".

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 cinco de abril de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Manuel María Mendieta y a Silvano Rodríguez la pena de veinte años de presidio por el delito de asesinato.

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

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

## FUERZA Y VIOLENCIA

**1.—Constituyen circunstancias agravantes en el delito de fuerza y violencia las siguientes: el ser la víctima hijastra del forzador; el ser débil, anémica y raquítica; y el ejecutar el hecho en presencia de menores impúberes, sean o no hijos del forzador. — 2.—Las nulidades son taxativas. — 3.—Para que pueda alegarse en casación la cuestión referente a injusticia notoria del veredicto es indispensable que ella haya sido discutida previamente en las instancias.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, seis (6) de julio de mil novecientos treinta y nueve (1939).

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Dos cuestionarios sometió el Juzgado 1º Superior de Popayán a la consideración del Jurado en la presente causa.

El primero y su correspondiente veredicto, reza así:

"El acusado Alejandro Dagua Velasco, es responsable de haber causado involuntariamente la muerte de Aurora Prado, pero con intención de hacerle un mal grave, por medio del abuso deshonesto que inmediatamente antes cometió en ella, a consecuencia de lo cual le sobrevino una abundante hemorragia que le ocasionó la muerte; hecho que tuvo lugar el diez de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, en casa de la víctima, ubicada en la vereda de Monterredondo, Municipio de Miranda, Circuito de Caloto, Distrito Judicial de Popayán?".

El Jurado contestó:

"Nó, por mayoría de votos".

El segundo cuestionario y su veredicto correspondiente, son del tenor siguiente:

"El acusado Alejandro Dagua Velasco, es responsable de haber abusado deshonestamente, por medio de la fuerza y la violencia, de la menor púber Aurora Prado; hecho que tuvo lugar el diez de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, en casa de la víctima, ubicada en la vereda de Monterredondo, Municipio de Miranda, Circuito de Caloto, Distrito Judicial de Popayán?".

"Sí, por mayoría de votos".

Atemperándose a estos veredictos el Juez **a quo** resolvió:

a) Absolver por homicidio al procesado, y

b) Condenarlo a la pena principal de ocho años de presidio, por el delito de fuerza y violencia, previa calificación de la delincuencia en tercer grado y aplicando al caso el artículo 681 del Código Penal de 1890.

El Tribunal Superior de Popayán reformó el fallo. Elevó la pena a nueve años de presidio; estimó que la delincuencia era de segundo grado, y puntualizó de consiguiente circunstancias agravantes para esa nueva graduación de la penalidad.

Esto en cuanto al cargo de fuerza y violencia, que en cuanto a la absolución por el cargo de homicidio confirmó la sentencia, acogiendo también el veredicto.

Interpuso el reo recurso de casación.

Le fue concedido.

Está cumplida la tramitación y pasa a decidirse lo pertinente.

---

Cuando el reo interpuso el recurso no invocó causal alguna. Ante la Corte, en alegato presentado oportunamente, demanda la sentencia por estas causales: 1, 2ª, 3ª y 5ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, después de un análisis de los fundamentos o razones expuestos por el recurrente, concluye desechándolas y pide a la Corte no infirme la sentencia recurrida.

Analizando esas causales en su orden, tiénese:

**Causal primera.** Mala aplicación de la ley penal.

No prospera esta causal.

El artículo 681 es el que corresponde al

caso. El recurrente dice que el Tribunal le agravó la pena acudiendo para ello al art. 117 del Código, lo cual determinó una pena de nueve años de presidio, en vez de ocho que señaló la sentencia de primera instancia.

De este razonamiento se desprende que el ataque a la sentencia consiste en la estimación de circunstancias agravantes que permitieron al Tribunal variar la calificación de la delincuencia de tercero a segundo grado.

El Tribunal pudo hacer esta variación. Al efecto la hizo dando aplicación al artículo 117, estimando como agravantes las siguientes circunstancias: el ser la víctima hijastra del victimario; el ser débil, anémica y raquítica; y el ejecutar el hecho en presencia de menores impúberes, uno de ellos hijo del victimario.

No empece, como lo afirma el recurrente, que los testimonios de los impúberes sobre el hecho mismo de la violación sean los de testigos inhábiles, porque esos testimonios se refieren no a la violación misma sino al hecho deshonesto, a la impudencia.

Y si se eliminase esta circunstancia, por cuanto se estimasen esas declaraciones del todo improcedentes, quedarían las probadas de ser hijastra la víctima y de ser débil y anémica; y todo ello, además, de la plena prueba de estas dos circunstancias es de otro lado del prudente juicio del Juez que aplica la pena, según la mayor o menor gravedad que resulte del hecho, que en el presente caso ataca directamente la defensa del honor familiar a que estaba obligado más que cualquier otro el reo, por ser padrastro de la víctima.

Bien calificada estuvo, pues, la delincuencia en segundo grado, y bien aplicada por tanto la ley penal.

**Causal segunda.** Nulidad sustancial en el procedimiento.

Hace consistir esta causal el recurrente expresando que el sumario quedó mal instruído, porque el funcionario instructor se limitó a recibir las declaraciones en contra y no las favorables. De consiguiente, el llamamiento a juicio fue prematuro. "Se pasó —agrega—por alto el fiel cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1627 del antiguo Código Judicial y 24 de la Ley 104 de 1922".

El cargo contra la sentencia no resulta fundado por este aspecto tampoco. Y no resulta porque no está erigido en nulidad sustancial el hecho alegado.

Las nulidades son taxativas.

El hecho alegado no está comprendido en ninguna de las causales de nulidad procedimental señaladas en los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887.

Por lo tanto no cuadra en la causal alegada.

**Causal tercera.** Error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Tampoco es vulnerable la sentencia por esta causal.

El cuerpo del delito está probado superabundantemente por el reconocimiento inmediato de la víctima que murió después de la violación y por el estudio científico que hicieron los médicos legistas del caso sobre los datos claros del reconocimiento inmediato.

**Causal quinta.** Injusticia notoria del veredicto.

A este respecto no trae el recurrente, como lo apunta el señor Procurador Delegado, dato ni demostración alguna.

Y vale anotar, además, que el asunto de la injusticia notoria no fue discutido previamente en las instancias. Sin este requisito la causal no es viable.

---

A mérito de las consideraciones expuestas, 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, declara que no es el caso de infirmar, y **no infirma** la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, de fecha 28 de junio de 1938, que condenó a Alejandro Dagua Velasco, a la pena principal de nueve (9) años de presidio, por el delito de fuerza y violencia perpetrado en la menor púber Aurora Prado.

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

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

## HOMICIDIO.—NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

**1.—El numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887 erige en nulidad del proceso criminal la circunstancia de haberse verificado la recusación de jurados sin autorización del acusado. Para que pueda recusar el defensor es necesario que haya habido delegación para ese acto. — 2.— También constituye causal de nulidad el hecho de no mencionar el delito en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento con las circunstancias anotadas en el art. 345 de la Ley 105 de 1890. Hay entonces una equivocación relativa a la denominación genérica del delito, pues éste ha de determinarse en la forma que lo señalan las leyes como violación de ellas; si así no se hace el cargo es equívoco y el debate no se plantea en debida forma. La ley penal contiene denominaciones genéricas para los hechos imputados que tienen gradaciones y matices que son los que puede apreciar el Jurado en su caso y el sentenciador al dictar el fallo. Pero es preciso que el cargo genérico quede comprendido sin anfibología en la especie de delito materia de la litis. Una violación, una omisión de esa clase genera nulidad con apoyo en el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, nulidad que cobija toda clase de juicios. Esta nulidad es sustancial porque vulnera el artículo 22 de la Constitución.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, trece de julio de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

En averiguación del delito de homicidio en la persona de Teodomiro Padilla, hecho ocurrido en el Corregimiento de San Francisco, Municipio de Cocorná, el Juez Primero Superior de Medellín tramitó esta causa.

Dos fueron los sindicados: Jesús Zapata Gómez y Canuto Cardona.

El Jurado reunido al efecto resolvió, en los sendos veredictos que emitió sobre el cargo de homicidio voluntario que se sometieron a su consideración, afirmativamente acerca de la responsabilidad de Jesús Zapata Gómez, y negativamente sobre la responsabilidad de Canuto Cardona.

En consonancia con esos veredictos, condenó al primero a la pena principal de seis años de presidio, y absolvió al segundo.

El Tribunal Superior de Medellín, a donde subió ese fallo por apelación y por consulta, lo confirmó en todas sus partes.

Recurrió en casación el defensor de la parte perjudicada, o sea, de Zapata Gómez.

Y como el recurso le fue concedido y la tramitación ante la Corte está concluída, se pasa a resolver lo pertinente acerca de la casación interpuesta.

Ataca la sentencia el recurrente por las causales 7ª, 5ª y 2ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

El Procurador Delegado en lo Penal no encuentra viable ni la 7ª ni la 5ª causal, es decir, incompetencia del juzgador y vicio de injusticia notoria en el veredicto, base de la sentencia.

Halla sí que prospera el recurso interpuesto por la causal 2ª: vicio de nulidad sustancial en el procedimiento.

Como los efectos de esta causal son más radicales que los que producen las otras dos invocadas por el recurrente, puesto que aquellos implican una reposición del proceso a partir del hecho que generó la nulidad sustancial, a ella concreta su estudio la Corte.

Fundamenta esta causal 2ª el recurrente-defensor en el hecho de que la recusación de jurados se verificó sin autorización expresa del acusado, quien se hallaba presente en la diligencia del sorteo.

El numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887 contempla esta nulidad especial para las causas por Jurado.

La Procuraduría además de esta faz, anota la siguiente, en ejercicio de la facultad

que le confiere el artículo 6° de la Ley 118 de 1931, ampliando así la demanda:

"La sentencia del H. Tribunal Superior de Medellín es violatoria de la ley procedimental, por cuanto se dictó sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

"La irregularidad es la prevista por el ordinal 7° del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, relativa a equivocada determinación genérica del delito, por haberse omitido en la parte resolutiva del auto de proceder mencionar el delito de **homicidio** de acuerdo con el Libro, Título y Capítulo respectivos que le asigna el Código Penal.

"Los fundamentos de esta nulidad los consignó así la Procuraduría en la casación por homicidio de Luis María Figueroa, que la H. Corte tuvo a bien acoger:

"Estatuye el artículo 345 de la Ley 105 de 1890 que en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento debe formularse el cargo 'mencionando el delito con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo Capítulo, o en el correspondiente Título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, delitos y culpas contra los funcionarios y empleados públicos, etc.' Igual principio consagró el artículo 431 del nuevo Código de Procedimiento.

"De suerte que la denominación genérica del hecho punible no consiste solamente en enunciar el título del delito, como homicidio, heridas, falsedad, etc., sino en circunscribirlo con la cita que le da el Código Penal en el capítulo respectivo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos. Y ello está muy bien, porque de esa manera el pliego de cargos que contiene el enjuiciamiento queda claramente precisado conforme a las disposiciones del Código Penal para que el acusado sepa con qué pena se le va a sancionar en el evento de un fallo adverso, y qué medios de defensa debe proporcionarse.

"En tal virtud, de la denominación genérica del delito hace parte la cita del correspondiente capítulo del Código Penal, o del respectivo Título, cuando éste no se divida en capítulos, y por eso si en la parte resolutiva del auto de proceder se omite esa cita o se mencionan en forma equivocada el capítulo y el título del Código, se incurre inevitablemente en la nulidad que prevé el artículo 264 — ordinal 7° — de la Ley 57 de 1887. Así lo dijo la Procuraduría en la casación por robo y heridas de Manuel Vicente y Luis Antonio Aponte, y la Corte acogió el concepto (sentencia de 30 de abril de 1937)".

"Por lo expuesto, este despacho pide atentamente a la H. Corte que invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín y declare nulo lo actuado a partir del auto de proceder, inclusive (fs. 85 del cuaderno primero)".

La Sala ha confrontado la existencia de la irregularidad a que se refiere el numeral 4° del artículo 265 de la Ley 57 de 1887 al folio 122, y efectivamente de la diligencia aparece que quien recusó en el sorteo de jurados, hallándose presente el reo Zapata Gómez, fue su defensor y no el acusado.

Como no consta que hubiese delegación para este acto, se violó una regla de procedimiento, regla sustancial que genera nulidad.

Así lo ha determinado jurisprudencia reciente de la Corte en varios fallos, apoyándose en el artículo 276 de la Ley 57 de 1887 en relación con el numeral 4° del artículo 265 de la ley antecitada y en el artículo 22 de la Constitución, que exige en todo juicio la plenitud de las fórmulas propias de él.

La causal alegada prospera pues.

Pero como hay otro vicio de la misma naturaleza, anterior al acto del sorteo y que también enfoca a la causal 2ª, vicio demostrado por el Procurador y confrontado por la Sala, y consistente en que en el auto de proceder, al llamar a juicio a Jesús Zapata Gómez no se mencionó el delito en la parte resolutiva determinando el cargo de acuerdo con el libro, título y capítulo respectivo que le asigna el Código Penal, hay una equivocación relativa a la denominación genérica del delito, pues éste ha de determinarse en la forma que lo señalan las leyes como violación de ellas; si así no se hace el cargo es equívoco y el debate no se plantea en debida forma.

La ley penal contiene denominaciones ge-

néricas para los hechos imputados que tienen gradaciones y matices que son los que puede apreciar el Jurado en su caso y el sentenciador al dictar el fallo.

Pero es preciso que el cargo genérico quede comprendido sin anfibología en la especie de delito materia de la litis.

Una violación, una omisión de esa clase genera nulidad con apoyo en el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, nulidad que cobija toda clase de juicios. Esta nulidad es sustancial porque vulnera el artículo 22 de la Constitución.

Díjose antes que por el aspecto en que el recurrente presentó la casación con relación a la causal 2ª, ésta prospera.

Pero como el vicio de procedimiento anotado por el Procurador y confrontado por la Sala va más atrás del sorteo de jurados, llega al auto de enjuiciamiento es desde allí desde donde debe reponerse el proceso afectado por la nulidad ampliada por el Procurador, con base en la causal 2ª.

Es pertinente observar que la casación sólo afecta a Jesús Zapata Gómez que es el recurrente; que por lo tanto la sentencia queda en firme respecto de Canuto Cardona, porque el veredicto para éste fue absolutorio y el fallo acogió ese veredicto; porque él no recurrió y no podía recurrir, ya que la sentencia le fue favorable; y, además, porque el cargo contra el mismo fue de riña, y respecto de este cargo en el auto de proceder sí se determinó genéricamente la imputación con cita del capítulo 7º, título 1º, libro 3º del Código Penal.

Hubo un mismo proceso, por ser conexos los cargos, aunque de naturaleza diferente, y la jurisdicción del más grave, homicidio, dio competencia al Juez Superior para conocer del delito menos grave, riña, aunque los sindicados no lo eran conjuntamente de ambos delitos (artículo 23, Ley 104 de 1922).

La casación es por lo tanto parcial en lo que se refiere a la condenación de Zapata Gómez, que ha sido el único recurrente.

x x x

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 parcialmente** la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, de 30 de julio de 1938, que condenó a Jesús Zapata Gómez a la pena principal de seis años de presidio por la muerte violenta de Teodomiro Padilla; **declara nulo** el proceso desde el enjuiciamiento, inclusive, providencia de fecha 12 de febrero de 1934, visible al folio 85, y **ordena** reponer ese procedimiento de ahí en adelante, en cuanto hace relación al mismo sindicado Zapata Gómez por el cargo que se le deduce de autos, ya que el resto de la sentencia que se refiere a Canuto Cardona, fue absolutoria y éste no fue recurrente.

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

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

## HOMICIDIO VOLUNTARIO — EMBRIAGUEZ DEL HOMICIDA

**1. En el sistema del Código Penal de 1890, el estado de embriaguez voluntaria no excusa ni aminora la responsabilidad; al contrario, considera al agente en plena imputabilidad y por lo mismo le castiga con la pena señalada al delito que resulta de su acto (artículo 30). Esta presunción legal no se desvirtúa sino por prueba plena que tiene que recaer directamente a la demostración de un hecho preparado por un extraño, o sea en la privación del uso de la razón por bebidas embriagantes o por tóxicos cualesquiera que inhibieron la voluntad del agente, o en suma, en un hecho extraño anterior o concomitante demostrado, como la demencia o la locura. — 2.—De conformidad con el artículo 123 del C. P. cuando concurren circunstancias agravantes y atenuantes la calificación de la delincuencia debe hacerse en segundo grado.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior de Tunja confirmó la sentencia condenatoria del Juzgado 2º Superior de ese Distrito Judicial, que impuso a Roque Martínez la pena principal de nueve años de presidio como matador de Pablo Morales.

Del fallo definitivo interpuso recurso de casación el reo.

Concedido como le fue el recurso por haberlo impetrado oportunamente y concluída como está la tramitación ante la Corte, se pasa a decidirlo, y para ello se considera:

### 1º El hecho imputado.

El cargo que se hizo en el enjuiciamiento a Roque Martínez fue el de homicidio simplemente voluntario.

### 2º El cuestionario y el veredicto.

Sintetizando el cargo y sus circunstancias, el interrogatorio que el Juez a quo presentó al Jurado al tenor del artículo 47 de la Ley 169 de 1896, fue el siguiente:

"El acusado Roque Martínez, es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Pedro Morales, quien falleció a consecuencia de las fracturas de la bóveda craneana y base del cráneo, producidas con instrumento contundente y de peso (piedra), hecho que tuvo lugar en la casa del matadero público de la población de Miraflores, como a las 8 de la noche, poco más o menos, del día 23 de enero de 1937?".

La respuesta del Jurado fue afirmativa. Dice así:

"Sí, voluntariamente sorprendiendo indefensa y descuidada a la víctima".

Este veredicto lo asentó el Jurado por mayoría de votos.

### 3º La condenación.

Tanto el fallo de primera instancia como el definitivo del Tribunal aplicaron al caso la casación que determina el artículo 600 del Código Penal en armonía con el 587 de la misma obra y calificando la delincuencia en segundo grado, impusieron al reo la pena de 9 años de presidio.

Es, pues, un caso típico de homicidio voluntario con circunstancias atenuantes y agravantes que determinaron la fijación de la pena en el término medio entre el máximo y el mínimo.

### 4º Los fundamentos de la casación.

Del extenso alegato presentado ante la Corte, y más bien de instancia, que no concretado al derecho en la aplicación recta de la ley, se infiere que los cargos contra la sentencia son dos: el de injusticia notoria y

el de mala aplicación de la ley penal, causales 5ª y 1ª de la Ley 118 de 1931.

**Causal 5ª.** Como lo anota el Procurador, esta causal hay que desecharla. No prospera, porque no se ha cumplido la condición previa para que la Corte avoque su examen, ya que la injusticia notoria no fue previamente debatida en las instancias.

**Causal 1ª** Mala palicación de la ley es este motivo, y se descubre que a él enfoca la argumentación del reo en su alegato, cuando dice que su homicidio no fue voluntario sino involuntario, pues que se hallaba embriagado.

Tampoco prospera esta causal, por estas razones:

a) Porque el veredicto del Jurado no sólo nada dice sobre embriaguez, sino que afirma la voluntariedad y aun la rodea de motivos de mayor incriminación.

Además de que en el enjuiciamiento se precisan las circunstancias en las cuales se verificó la muerte de Pedro Morales: un golpe con una piedra que dio Roque Martínez a su víctima, cuando estaba dormida en un banco de expendio del mercado de Miraflores, previo un empujón con el cual la tiró a tierra, existe el reconocimiento médico legal que determina claramente que la víctima sufrió ruptura del cráneo y otras lesiones que produjeron la muerte.

La relación del reo y la dependencia de causa a efecto que asienta el reconocimiento médico legal, muestran no sólo un efecto sino dos acciones que produjeron las lesiones causantes de la muerte: el empujón que tiró a la víctima al suelo, hallándose dormida, y el descargue de un golpe con una piedra, capaces ambos actos de producir la fractura determinante de la muerte.

Y si pudiera ser discutible que estos actos coordinados se ejecutaron sin plena conciencia por estar embriagado el actor, y no ser entonces la muerte propiamente lo que éste se propuso producir en su víctima, es el caso que ella resultó.

b) No puede considerarse el homicidio producido en las circunstancias anteriores, como el de un caso fortuito o involuntario; y en el sistema del Código de 1890 aplicable, el estado de embriaguez voluntaria no excusa ni aminora la responsabilidad; al contrario, considera al agente en plena imputabilidad y por lo mismo le castiga con la pena señalada al delito que resulta de su acto. (Artículo 30, Código Penal).

Esta presunción legal no se desvirtúa sino por prueba plena que tiene que recaer directamente a la demostración de un hecho preparado por un extraño o sea en la privación del uso de la razón por bebidas embriagantes o por tóxicos cualquiera que inhibieron la voluntad del agente o en suma, en un hecho extraño anterior o concomitante demostrado, como la demencia o locura.

Y como nada de esto consta en el expediente, la causal 1ª no prospera. La aplicación de la ley se hizo dentro del veredicto y las constancias procesales.

Queda otro aspecto respecto de la mala aplicación de la ley: el de las circunstancias agravantes.

Cuando son dos, es decir, cuando hay pluralidad de ellas y también circunstancias atenuantes, el artículo 123 determina la calificación en segundo grado.

Aparte de la indefensión y el ataque sorpresivo a la víctima, existe también la agravante de la embriaguez confesada por el reo, reputada voluntaria, hecho no desvirtuado.

Y como también se apreciaron las atenuantes de la ignorancia y de la ausencia de condenaciones anteriores, la calificación en el grado medio, es jurídica, y la aplicación de la pena principal en 9 años de presidio, corresponde a la regulación legal.

La sentencia del Tribunal en que el juzgador apreció estos elementos con base en el proceso y para lo cual tiene facultad al tenor del artículo 124 del Código Penal, no es pues vulnerable por la causal 1ª.

El Procurador Delegado concluye su vista pidiendo a la Corte no infirme el fallo recurrido.

---

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Co-

lombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de invalidar, y **no invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, de fecha 6 de octubre de 1938, que condenó a Roque Martínez a la pena principal de nueve (9) años de presidio como responsable del homicidio voluntario perpetrado en la persona de Pedro Morales.

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

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

## CONSULTA DE UN AUTO. -COMPETENCIA.

**1.—De conformidad con el ordinal 4º del artículo 76 del Código Judicial no corresponde a los Tribunales Superiores el conocimiento de delitos comunes o por causas de responsabilidad de que son responsables los jueces municipales.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Contra el señor Alfonso Orduz Suárez, ex-Juez Primero del Circuito de San Andrés, Distrito Judicial de Bucaramanga, se instauró este proceso, por heridas en la persona de Ismael Galindo.

El 20 de noviembre de 1936 el Tribunal de Bucaramanga, por providencia de esa fecha, sobreseyó definitivamente en pro del sindicado Orduz Suárez.

Esa providencia vino entonces en consulta a la Corte.

Dispuso ésta, por auto de 31 de mayo de 1937, y a petición del señor Procurador Delegado en lo Penal, la práctica de algunas diligencias necesarias para la comprobación de las calidades que otorgaban fuero al sindicado. Esclarecida esa situación, se resolvería lo conveniente.

El punto previo que determinó la ampliación decretada por la Corte, fue el de fijar la jurisdicción.

Cumplióse la ampliación pedida con tal objeto, y han vuelto los autos al despacho de la Corte en vía de consulta, porque el Tribunal Superior de Bucaramanga sobresee definitivamente de nuevo en favor del sindicado.

Tal providencia es de fecha 15 de noviembre de 1938.

No obstante la fecha de esa decisión, el proceso está sujeto a los trámites del Código Judicial antiguo, porque se inició antes del 1º de julio de 1938.

Le es entonces aplicable lo dispuesto por el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal, en su inciso 2º, disposición que contempla la secuela de transición entre el antiguo y el nuevo procedimiento.

Para resolver, se considera:

a) De autos aparece, y así lo confirma la relación de hechos de la providencia en consulta, que el incidente suscitado entre el señor Orduz Suárez e Ismael Galindo dependió de unas habladurías y chismes;

b) Que estas habladurías y chismes se relacionaban con asuntos de familia, y

c) Que como resultado de un altercado, Ismael Galindo ofendió de palabra a Orduz Suárez y le rastrilló un revólver, momento en el cual, para repeler el ataque, Orduz disparó sobre Galindo, quien cayó herido.

Infiérese rectamente de lo anterior que se trata de un caso del orden común.

Con relación al fuero que pudiera dar jurisdicción al Tribunal para conocer del negocio, por ser Juez del Circuito el sindicado, encuéntrase que en el momento de decidir nuevamente el Tribunal de Bucaramanga del mérito del sumario, el señor Orduz Suárez no desempeñaba ya ese cargo sino el de Juez 1º Municipal de aquella ciudad.

En estas condiciones no correspodía al Tribunal en primera instancia decidir del asunto. Carecía de jurisdicción al tenor de lo dispuesto por el ordinal 4º del artículo 76 de la Ley 105 de 1931, que enumera los empleados que por causas de responsabilidad o de delitos comunes son justiciables en primera instancia por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

En esa enumeración no están comprendidos los Jueces Municipales.

Como por otra parte se trata de un delito común de heridas, la jurisdicción corresponde al respectivo Juez del Circuito, al te-

nor de lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 110 del antiguo procedimiento penal.

A esta misma conclusión llega el estudio del señor Procurador Delegado en lo Penal, quien en la parte pertinente de su vista conceptúa lo siguiente:

"Para esclarecer el hecho de la herida se adelantó la investigación correspondiente, la que fue calificada por el Tribunal Superior de Bucaramanga, mediante sobreseimiento definitivo proferido el 20 de noviembre de 1936. Esta providencia fue consultada a la H. Corte. Como se trataba de un delito común, la Procuraduría conceptuó que debía traerse a los autos la constancia de que el 20 de noviembre de 1936, fecha del sobreseimiento del Tribunal, el sindicado ejercía algún cargo que le diera fuero especial. Pidió también que se estableciera si en la época de aquel concepto, el señor Orduz disfrutaba de fuero. Apoyó su concepto en los artículos 29, 33, 35 y 76 del Código Judicial. La Corte acogió la vista de este despacho, revocó el sobreseimiento consultado y dispuso que se practicaran las diligencias que se habían echado de menos en el escrito de la Procuraduría.

"Ahora vuelve de nuevo el asunto a la H. Corte, en consulta del sobreseimiento definitivo decretado por el mismo Tribunal con fecha 15 de noviembre de 1938, en favor del señor Orduz.

"Como del auto consultado y de las probanzas del expediente resulta: 1ª Que el 20 de noviembre de 1936 el señor Orduz no era Juez del Circuito de San Andrés, y 2º Que el 15 de noviembre de 1938 el mismo señor Orduz ocupaba el cargo de Juez 1º Municipal de Bucaramanga, es claro que el Tribunal carecía de competencia para calificar el mérito de este sumario.

"En consecuencia, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que revoque la providencia consultada, declarándola nula, por incompetencia del Tribunal que la dictó, y que ordene pasar el expediente al Juez del Circuito correspondiente".

Conclúyese de lo analizado que el Tribunal carecía de jurisdicción para dictar el sobreseimiento consultado; que consecuencialmente debe anularse la aludida providencia y enviarse los autos al Juez del Circuito correspondiente.

A mérito de las consideraciones expuestas, 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, **revoca** la providencia consultada de fecha 15 de noviembre de 1938, por la cual se sobreseyó definitivamente en pro del señor Alfonso Orduz Suárez, por el delito de que tratan estas diligencias; **declara nulo** lo actuado desde la fecha de esa providencia, y **ordena** enviar el proceso al Juez del Circuito respectivo, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y publíquese en la **Gaceta Judicial.**

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

## RECURSO DE HECHO

**Para procesos iniciados con anterioridad al 1º de julio de 1938 no hay recurso de casación contra fallos que impongan pena privativa de la libertad inferior a seis años.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, nueve de agosto de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Manizales condenó al señor Carlos Barrera Uribe a la pena principal de dos años y seis meses de presidio por el delito de heridas en la persona del señor Clímaco Villegas.

Contra aquella sentencia interpuso casación el defensor del señor Barrera Uribe, y como el Tribunal se negase a concederla recurrió de hecho a la Corte.

Se funda el Tribunal en que por tratarse de proceso iniciado con anterioridad al 1º de julio de 1938, y ser la cuantía de la pena corporal impuesta en la sentencia inferior a los seis años de que habla el artículo 1º de la ley 78 de 1923, no es aplicable el nuevo código de procedimiento penal en cuyo art. 557 se establece el recurso de casación para causas de que hayan conocido los jueces de circuito, por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años.

Para resolver se considera:

Luégo que entró a regir el nuevo código de procedimiento penal tuvo oportunidad la Corte de estudiar con todo detenimiento el problema de si para procesos iniciados con anterioridad al 1º de julio de 1938 hay o no el recurso de casación contra fallos que impongan pena privativa de la libertad inferior a seis años, y en varias providencias llegó a una conclusión negativa.

A propósito del recurso de casación intentado por Teófilo Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil y del que interpuso Bernardo López López contra la del Tribunal Superior de Manizales, la Sala decidió de plano inhibirse para conocer de esos recursos (fallos de 30 de noviembre de 1938 y 16 de junio de 1939).

Para tal inhibitoria la Corte se apoyó en los razonamientos que a continuación se repiten:

La Sala no ignora que al tenor de los artículos 22 de la Constitución, 5 de la ley 57 de 1887, 3 del nuevo Código Penal y 5º de la ley 94 de 1938, en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior prefiere a la restrictiva o desfavorable, y sabe también que al tenor del artículo 150 de la Carta, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley deben aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales.

Claro está que la ley 94 de 1938 determina una situación más ventajosa para los acusados al reducir la cuantía de pena que las leyes anteriores fijaban como base de admisibilidad del recurso de casación; pero es lo cierto que por expresa voluntad del legislador, tal situación carece de entidad legal respecto de procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938. En una palabra, la Corte considera que en virtud del artículo 722 de aquel código, para dichos procesos no existe todavía esa ley de naturaleza penal más favorable.

Bien sabida es la distinción que suele hacerse entre la existencia **formal** y la existencia **material** de una ley; y conocida la norma del artículo 53, ley 4ª de 1913, conforme a la cual cuando la ley fije el día en que ella deba principiar a regir, o autorice al gobierno para fijarlo, sólo comienza a regir en ese momento.

Así pues, de la comparación de los artículos 724 y 722 del nuevo código resulta: el 1º de julio de 1938 tal estatuto comenzó a existir **formal** y **materialmente** para proce-

sos que se iniciaran después de esa fecha; y respecto de procesos iniciados con anterioridad a tal día, la existencia del código es meramente **formal** pero no **material.**

Cosa semejante —no igual desde luego— ha ocurrido con otras leyes en materia penal. Por ejemplo:

El día 27 de diciembre de 1922 fue sancionada la ley 109 de ese año (Código Penal del doctor Concha); pero ella dispuso en su artículo 418 que sólo entraría a regir luégo que se llenaron varios requisitos, y la ley 81 de 1923 aplazó la vigencia de aquel código hasta el 1º de enero de 1925; durante ese lapso de dos años la ley 109 tuvo existencia **formal,** no **material,** y de ningún modo habría podido invocarse entonces como estatuto penal más favorable.

Con fecha 24 de abril de 1936 se expidió el reciente código penal. Desde entonces existió **formalmente**; pero su existencia efectiva, o sea material, no empezó sino el 1º de julio de 1938. Y no podría afirmarse que con ese sistema de aplazamiento de la vigencia se quebrantara el artículo 22 de la Constitución por el aspecto de que entre la serie de leyes nacionales se encontrara una en materia penal, no aplicable a pesar de que en determinadas ocasiones pudiera resultar más favorable.

Claramente se ve que al culminar la reforma penal quiso el legislador que no produjera sus efectos de manera súbita y brusca.

Por lo que hace a la ley sustantiva ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del 1º de julio de 1938, con la comparación que el juez debe hacer —en cada caso— entre el código de 1890 y el de 1936, para ir aplicando el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se facilitó una suave transición con lo que dispuso el artículo 722 que establece la vigencia paulatina del código.

En el caso de que ahora se trata, no es, por tanto, que haya dos leyes entre las cuales escoger, ambas de naturaleza penal, y una de ellas más favorable al reo que la otra. Tal situación se presentaría si el nuevo código no tuviera el artículo 722, o mejor dicho, si la ley 94 de 1938 hubiera comenzado a regir el 1º de julio para toda clase de procesos. Pero fue expresa voluntad del legislador que respecto de procesos antiguos no se aplicara.

Por lo demás, aventurado sería desconocer aquel artículo 722 so pretexto de inconstitucionalidad, siendo así que el legislador ha sido considerado hasta ahora libre para acometer o no una reforma legal, y para fijar la fecha desde la cual la ley debe empezar a regir, en todo o en parte.

Ahora bien: Puesto que no se encuentra argumento nuevo ni motivo plausible para desdecirse hoy, en el caso del señor Barrera Uribe, de lo asentado por la Sala unánimemente acerca de otros procesos como los que arriba se citan, estima la mayoría que la Corte debe respetar el principio de la igualdad ante la ley y ser consecuente con sus propias doctrinas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, declara que no es **admisible** el recurso de hecho interpuesto por el defensor del señor Carlos Barrera Uribe contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el trece de marzo de mil novecientos treinta y nueve, que lo condenó por el delito de heridas en la persona del señor Clímaco Villegas a la pena de dos años y seis meses de presidio.

Cópiese, notifíquese, transcríbase al Tribunal Superior de Manizales e insértese en la **Gaceta Judicial.**

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

## SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR SALVADOR IGLESIAS

Disiento de mis colegas en la conclusión a que han llegado al resolver el presente recurso de hecho.

Considero que un estudio más detenido acerca de la naturaleza del recurso de casación, permite rectificar la doctrina de la Corte.

Y ello sin incurrir en inconsecuencia alguna, porque el artículo 722 es aplicable a sumarios y juicios pendientes o en curso al entrar en vigencia la nueva ley procedimental. Pero la casación no hace parte ni del sumario ni del juicio. Surge del juicio criminal una vez concluído éste con la sentencia definitiva de segunda instancia que le pone fin. Se apoya en él, pero no es ni una incidencia ni un recurso ordinario del juicio mismo.

En casación lo demandado es la sentencia. Su finalidad es la de la unificación de la jurisprudencia.

Al aplicar el artículo 722 hay que concretarlo a la órbita de sumarios y juicios.

En mi concepto, dentro de esta órbita nada tiene que ver lo favorable o desfavorable de una disposición.

Basta considerar este punto: la casación no hace parte del juicio. No está en su secuela. Es un evento jurídico distinto del juicio, aunque con base en él.

Situadas las cosas jurídicamente en este terreno, podrá reforzarse la tesis con el mandato constitucional del artículo 22 del Estatuto, que como incidencia de la tesis jurídica anterior, determina la igualdad ante la ley.

De otro lado, la concesión del recurso de casación en materia penal, y dentro de las bases positivas del alcance del artículo 722, sólo significa una lógica consecuencia de lo que es el recurso de casación, del objetivo que persigue y de un debate que se inicia, en donde lo demandado es la sentencia, y no más que ella.

La circunstancia de haber sido Magistrado ponente en el presente negocio, y el no haber sido acogidos mis puntos de vista, ni la conclusión del proyecto por la mayoría de la Sala Penal, me permiten apoyar el presente salvamento de voto en las mismas razones en que fundamenté el proyecto negado.

Por lo dicho, y para mayor claridad, inserto a continuación ese proyecto como motivación del presente salvamento de voto.

---

Dice él así:

**Vistos:** El 18 de junio de 1935 el señor Carlos Barrera Uribe hirió con proyectil de arma de fuego (revólver), al señor Clímaco Villegas.

Este hecho ocurrió en la ciudad de Manizales entre las 8 y media y 9 de la mañana del citado 18 de junio.

El 20 de septiembre del mismo año falleció el señor Villegas.

La muerte del señor Villegas fue una consecuencia necesaria y directa de la herida que le infirió el señor Barrera, la cual le fracturó la columna vertebral por el lado derecho al nivel de la duodécima vértebra dorsal y de la primera lumbar. Así lo expresa la diligencia de autopsia.

El Juez del conocimiento, que lo fue el 3º del Circuito de Manizales, abrió causa criminal por auto de fecha 7 de febrero de 1936 contra el señor Carlos Barrera Uribe por el delito genérico de "Heridas, golpes y malos tratamientos", que define y castiga el Código Penal de 1890 en su Capítulo 6º, Título 1º, Libro 3º.

En sentencia de 16 de abril de 1937, el Juez **a quo** absolvió al señor Barrera Uribe del cargo por el cual se le había llamado a juicio, cargo consistente, como queda dicho, en la herida que infirió al señor Clímaco Vi-

llegas y que le causó consecuencialmente la muerte noventa y cuatro días después.

El Tribunal Superior de Manizales revisó por consulta esta sentencia absolutoria, y por la suya fechada el 13 de marzo de 1939 revocó la consultada y en su lugar condenó al señor Carlos Barrera Uribe a la pena principal de 2 años, 6 meses de presidio, aplicando al caso los artículos 620, 645, inciso 1º, y 661 del referido Código Penal de 1890, vigente cuando se perpetró el delito.

El defensor del reo interpuso recurso de casación por este fallo.

Hízolo el 20 de marzo de 1939.

Abstúvose el Tribunal de conceder el recurso de casación.

Esa providencia lleva fecha 27 de marzo de 1939. Al siguiente día el apoderado de Barrera Uribe, en vista de lo desfavorable de su petición, pidió reposición y en subsidio interpuso recurso de hecho.

La reposición le fue negada el 29 de marzo, pero el Tribunal ordenó la expedición de las copias solicitadas para los efectos del recurso de hecho.

Tales copias le fueron entregadas el 10 de abril y presentadas ante la Corte el 25 del mismo mes, por el apoderado ante ésta, junto con el alegato correspondiente.

**Resultando 1º** Que hay una sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal Superior de Manizales y condenatoria del señor Carlos Barrera Uribe a la pena principal de 2 años, 6 meses de presidio.

**Resultando 2º** Que esta sentencia de fecha 13 de marzo de 1939 fue notificada ese mismo día al defensor del procesado.

**Resultando 3º** Que el 20 de marzo interpuso recurso de casación el señor Manuel Ocampo, defensor de Barrera Uribe.

**Resultando 4º** Que el 27 de ese mismo mes el Tribunal negó el recurso de casación interpuesto.

**Resultando 5º** Que notificado de esa decisión el defensor el día 27 de marzo, al siguiente solicitó reconsideración de ella y en subsidio interpuso recurso de hecho ante la Corte, para lo cual solicitó la expedición de las respectivas copias.

**Resultando 6º** Que el 29 de marzo el Tribunal no accedió a la reposición, pero sí ordenó la entrega de las copias para el recurso de hecho, las cuales recibió el interesado el día 10 de abril de 1939 y fueron entregadas a la Corte, con el alegato correspondiente, el 25 del mismo mes de abril, y

**Resultando 7º** Que de conformidad con los artículos 513 y 514 del Código de Procedimiento Civil (Ley 105 de 1931), aplicables al recurso de hecho al tenor del artículo 193 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938), tal recurso ha sido introducido en tiempo hábil ante la Corte, ya que la distancia entre Bogotá y Manizales es de 452 kilómetros, o sea, de 45 miriámetros y 2 kilómetros, lo cual implica, según el artículo 373 de la citada Ley 105 de 1931, que el término de la distancia y los tres días que a este lapso se suman, de acuerdo con el citado artículo 514, dan un tiempo de 18 días, lo que quiere decir que en este caso se está dentro del plazo legal para entrar a considerar el recurso, y

**Considerando 1º** Que el fundamento principal del auto del Tribunal de Manizales, por el cual negó el recurso de casación y negó luégo también la reposición pedida, descansa en una interpretación restrictiva del artículo 26 de la Constitución (hoy 22 de la misma), asentada en que la favorabilidad que consagra una ley posterior al hecho imputado no tiene aplicación cuando esa favorabilidad la restringe una ley nueva, como lo hizo la 153 de 1887, que al reproducir el texto del artículo 26 primitivo de la Constitución lo aclaró y precisó en los términos de la misma Ley 153, limitando la aplicación de lo favorable a la parte meramente sustantiva y no aplicando esa favorabilidad al procedimiento. Y en que, además, el artículo 722 del Código de Procedimiento Penal determina que los sumarios y juicios que estuvieren pendientes cuando entró en vigencia la nueva ley procedimental continuarán rigiéndose por el procedimiento anterior.

**Considerando 2º** Que como corolario de la interpretación restrictiva de la favorabilidad, la referida Ley 153, al desarrollar el artículo 26 de la Constitución, hoy 22, relativo a la preexistencia de las leyes penales con el acto imputado, el Tribunal se apoya en el artículo 43 de la antecitada Ley 153, que establece:

"La ley preexistente prefiere a la ley ex-

post-facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero nó a aquellas que establecen los Tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40".

**Considerando 3º** Que el mismo Tribunal considera que aunque el recurso de casación ha sido ampliado por el artículo 557 del nuevo Código de Procedimiento a sentencias de segunda instancia de que hayan conocido en primera los jueces de Circuito, por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años, no cabe tampoco en este caso aplicar lo favorable de la nueva ley, porque debe atenderse a la modalidad de cada caso y no a lo genérico que contempla como pena en el capítulo correspondiente el Código Penal.

**Considerando 4º** Que si bien es cierto que las disposiciones citadas de la Ley 153 de 1887 y el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal restringen la aplicación de leyes favorables posteriores, ello sólo se refiere a las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, pero no a la parte sustantiva de un nuevo estatuto penal.

**Considerando 5º** Que por lo mismo el referido artículo 722 estableció que los sumarios y juicios pendientes cuando entrara en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Criminal continuarían rigiéndose por el procedimiento anterior, aplicándose la nueva ley procedimental solamente a los procesos iniciados después de su vigencia, o sea, a partir del 1º de julio de 1938 (artículo 724, ibídem).

**Considerando 6º** Que por lo tanto, según lo rezan todas esas disposiciones, y especialmente la del artículo 722, prevalece y es aplicable el procedimiento que determina el legislador, sin que haya lugar a consultar lo favorable en la secuela del juicio en su sustanciación y ritualidad. Por manera que en esta materia de procedimiento el legislador puede disponer lo que crea conveniente, siempre que garantice el derecho de defensa que consagra la parte primera del artículo 26 de la Constitución. Y así lo hizo el artículo 722 aplicable para el procedimiento y con el fin de establecer una regla fija en el tránsito de una legislación a otra para los sumarios y juicios en curso.

**Considerando 7º** Que esa regla procedimental es de ineludible observancia; pero como lo dice el mismo artículo 722, en sumarios y juicios. De donde resulta que ella no es aplicable, porque no se trata de procedimiento, al caso del recurso de casación, ya que éste no hace parte ni del sumario ni del juicio. Surge del juicio criminal una vez concluído éste con la sentencia definitiva de segunda instancia que le pone fin. Se apoya en él, pero no es ni una incidencia ni un recurso ordinario del juicio mismo.

Tan evidente es que el recurso de casación nó hace parte del juicio, que en él lo demandado es la sentencia y que ésta no es tangible, no se corporiza sino una vez agotado el juicio con la segunda instancia. Lo que adviene entonces, con la casación, es un debate sobre la sentencia misma. Se cumple un fenómeno jurídico proveniente de una institución de derecho público, puesto que la casación no se relaciona directamente con las partes del juicio, que desaparecen ante su fin primordial: el de la unificación de la jurisprudencia y de la defensa de la ley en su claro espíritu.

De donde se infiere que concluído un proceso criminal la regla de procedimiento del artículo 722, aplicable a los **sumarios y juicios pendientes**, deja de serlo, pues se agotó el proceso del juicio, se acabó su secuela, comienza otro fenómeno jurídico que no es una instancia: el recurso de casación. Entonces, y para este hecho nuevo, entran a regir los artículos 556 y 557 de la Ley 94 de 1938. Son estas las disposiciones conforme a las cuales es posible hoy día el recurso de casación, puesto que esas disposiciones fijan únicamente cuándo existe ese derecho, señalan lo sustantivo de su origen y en manera alguna son procedimentales.

**Considerando 8º** Que tales disposiciones, artículos 556 y 557, constitutivas hoy del recurso de casación penal, son sustantivas y no procedimentales, por las siguientes razones:

a) Porque el juicio criminal no tiene sino dos instancias, tanto en el viejo como en el nuevo procedimiento;

b) Porque el juicio criminal termina con la segunda instancia;

c) Porque la casación no es una tercera instancia (artículos 198 de la Ley 105 de 1931, 7º de la 94 de 1938, libro 3º, título 2º, capítulo 3º del nuevo Código de Procedimiento Penal y títulos 9º y 10º del libro 3º del Código de Procedimiento anterior);

d) Porque contra las providencias judiciales en materia penal sólo existen los siguientes recursos que se desarrollan dentro del juicio o secuela, es decir, dentro del debate: el de reposición, el de apelación, el de hecho y el de queja, o la consulta en ciertos casos, pero dentro del juicio, según lo establecen los artículos 183 y 184 del nuevo Código de Procedimiento y lo tenía también establecido el antiguo Código en las disposiciones pertinentes, y

e) Porque la casación es un recurso extraordinario. Así lo clasifica, lo mismo que el de revisión, el nuevo Código Procedimental en los capítulos 1º y 2º del título 4º del libro 3º Y con ese carácter de extraordinario y como institución de derecho público fue creado por mandato del artículo 151 de la Carta de 1886, en cuyo desarrollo se expidieron, y con el fin de unificar la jurisprudencia, las Leyes 61 de 1886, 153 de 1887, 135 de 1888, 105 de 1890, 100 de 1892, 169 de 1896, 40 de 1907, 81 de 1910, Acto Legislativo número 1º de 1924, Ley 78 de 1923 y nuevo Código de Procedimiento Criminal (Ley 94 de 1938).

Por lo tanto, siendo la casación un recurso extraordinario, evento independiente del juicio y finalidad distinta, no está englobado, por su carácter esencial de disposición sustantiva de institución de derecho público, en el radio del inciso 2º del artículo 722, que se refiere a los sumarios y juicios pendientes, o sea, a la sustanciación y ritualidad de las instancias.

Y corrobora lo anterior el hecho de que el recurso de revisión, calificado también como extraordinario, y que sólo surge después de concluídas las ritualidades de un juicio con sentencia definitiva, con posterioridad a su ejecutoria y cumplimiento, cuando ya existe la cosa juzgada, y aun después de muerto el sentenciado, está agrupado por la ley con el recurso de casación en el título 4º, libro 3º, diferenciándolo de los recursos ordinarios, que lo están en el capítulo 5º, título 4º, libro 1º del nuevo Código de Procedimiento Criminal, todo lo cual indica que los recursos extraordinarios son de índole distinta a la de los recursos ordinarios, que hacen referencia a la secuela del juicio, no a las modalidades de un evento posterior.

Que en consecuencia, siendo el recurso de casación un recurso extraordinario, y por ende una institución esencialmente jurídica establecida por la Constitución y por las leyes pertinentes que la desarrollan, al impetrarse debe decidirse la solicitud confrontando las disposiciones legales que determinan ese derecho con el criterio que para hacerlo efectivo tiene establecido el legislador y que se refiere a la parte sustantiva de su génesis, surgida no de una ley procedimental sino de la misma Constitución.

**Considerando 9º** Que en un caso similar sobre impetración del recurso de casación, a propósito de la vigencia de la Ley 78 de 1923 en relación con el Acto Legislativo número 1º de 1924, que estableció la Sala de Casación en materia criminal, discutiéndose si las sentencias definitivas proferidas con anterioridad a las normas de la citada Ley 78, podían llevarse a casación, la Corte, en sentencia de marzo 26 de 1926, que rectificó fallos anteriores sobre el mismo punto, sentó la siguiente jurisprudencia:

"Basta que surja doble interpretación para que el Juez aplicador del derecho a los casos concretos desenvuelva el contenido legislativo en la forma que mejor garantice ese derecho, y esa forma no puede ser otra, en presencia de los que reclaman la existencia en su favor de un recurso de defensa, que aceptarles esa posición jurídica; esa solución, en presencia de un caso ambiguo, consulta mejor la armonía social. En caso de duda, en cuestiones penales, es principio universal de justicia que no se puede aplicar un criterio restrictivo; la máxima que invoca el señor defensor es muy oportuna, y no por antigua es menos sabia: **favores sunt ampliandi et odia restringenda**". (**Gaceta Judicial**, números 1675 y 1676, de 18

de mayo de 1926. Tomo XXXII).

Y si es verdad que la actual Sala de Casación en lo Penal aplicó el artículo 722 en reciente jurisprudencia, hízolo como juzgador de única instancia en asuntos atañederos a fuero, porque se trataba de aplicación de ese artículo dentro del juicio correspondiente y para asuntos iniciados con anterioridad a la vigencia del nuevo Código. Más en todo caso, dentro de la secuela de una única instancia.

**Considerando 10º** Que si es cierto que en un fallo reciente y en tratándose de una casación en que el recurso venía a la Corte con apoyo en la nueva ley que la genera, la Sala negó esa casación, ello no obsta para rectificar esa conclusión, en vista de un estudio más detenido del punto en cuestión, pues la jurisprudencia no es invariable. Así lo asientan las disposiciones sobre doctrina legal, que han venido entre nosotros, en materia de interpretación, desde considerar tres decisiones uniformes de la Corte Suprema como **jure condendi** (artículo 39 de la Ley 61 de 1886), hasta el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, que estableció que tres decisiones uniformes sobre un mismo punto sólo constituyen **doctrina probable.** Esto significa, como queda dicho, que la jurisprudencia no es invariable, y

**Considerando 11º** Que en materia sustantiva penal, según se desprende de todo lo anterior, la Constitución, en tratándose de garantías, y en asuntos criminales, ordena que la ley permisiva o favorable, aun posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Y como en este caso se trata de una disposición sustantiva, el criterio en su aplicación no puede apartarse de esa regla.

x x x

Las consideraciones anteriores me llevaron a concluír y proponer la admisibilidad del recurso de hecho interpuesto por el defensor de Carlos Barrera Uribe contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de fecha 13 de marzo de 1939, y a su consecuencia necesaria, o sea la concesión del recurso de casación contra esa sentencia.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones de este salvamento de voto.

Bogotá, diez (10) de agosto de mil novecientos treinta y nueve (1939).

SALVADOR IGLESIAS

**Alberto Malo B.,** Srio.

## RECURSO DE REVISION

**El recurso de revisión tiene el carácter de extraordinario y no puede considerarse jamás como una tercera instancia. Para que él sea viable se requiere la comprobación de hechos nuevos que aparezcan después de la condena y que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Es este un proceso de revisión.

Interpuso el recurso Rosa María Pillimué contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Cali el 29 de octubre de 1937.

La sentencia de primera instancia condenó a la Pillimué a 5 años de presidio.

El hecho que originó esta sentencia es la muerte de una niña recién nacida, hija de la acusada. Un infanticidio.

La sentencia del Tribunal confirma la de primera instancia.

En la vista del Procurador Delegado en lo Penal se puntualizan tanto el fundamento de la revisión como el hecho complementario dimanado de un auto para mejor proveer que se dictó por el Magistrado sustanciador para esclarecer la condición de indígena de la Pillimué.

Como esta condición no resultó comprobada, el señor Procurador concluye pidiendo que se niegue la revisión.

La vista del señor Procurador es del tenor siguiente:

"Rosa María Pillimué interpuso el recurso de revisión contra la sentencia de 29 de octubre de 1937 del Tribunal Superior de Cali que la condenó a la pena principal de cinco años de presidio, con aplicación del artículo 611 del Código Penal de 1890, por la muerte de una niña, recién nacida, hija de la acusada.

"A la demanda acompañó copias de las sentencias de primera y segunda instancias, expedidas por la Dirección de la Penitenciaría de Popayán y tres declaraciones sobre la buena conducta precarcelaria de la recurrente.

"Apoyó su solicitud en el numeral 5º del artículo 1º de la Ley 33 de 1909.

"La H. Corte, acogiendo la solicitud de la Procuraduría, dictó un auto para mejor proveer encaminado a constatar, por medio de peritos, si la Pillimué es indígena, y si de acuerdo con las probanzas del expediente, la acusada ejecutó el acto que se le imputa en estado de inconsciencia.

"Lo médicos legistas de Popayán dictaminan que la Pillimué no pertenece a la raza indígena. Opinan también que, en términos generales, el hecho de ingerir un abortivo, agregado a los fenómenos naturales del parto o del aborto, puede ocasionar perturbaciones de naturaleza tal que impidan el ejercicio de la conciencia.

"El recurso de revisión tiene el carácter de extraordinario y no puede considerarse jamás como una tercera instancia.

"Los documentos allegados no constituyen hechos nuevos, ni tienen la calidad de pruebas de la irresponsabilidad de la acusada, porque la tesis general de los médicos legistas en nada afecta el fundamento probatorio de las instancias.

"Por tanto, este Despacho pide atentamente a la H. Corte que niegue la revisión de que se ha hecho mérito".

Para resolver, se considera:

**1º El fundamento de la revisión.**

Invoca la solicitante el nueral 5º del art. 1º de la Ley 33 de 1909, que se refiere a hechos nuevos que aparezcan después de la

condena y que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado.

2º **Los hechos alegados**

Se trajeron las sentencias de primera y de segunda instancia, como prueba de esos hechos, y se practicó la prueba solicitada por el Procurador Delegado con un auto para mejor proveer.

No ha resultado ningún hecho nuevo de los considerados por la sentencia de los debatidos en el juicio.

Y el que podía considerarse como hecho nuevo, o sea, la calidad de indígena de la Pillimué, quedó esclarecido por el dictamen de los médicos legistas de Popayán. La Pillimué no es indígena. No siendo, está sujeta a la legislación común. Como ésta se aplicó, nada hay que objetar entonces a las sentencias condenatorias.

El análisis anterior basta para concluír que la revisión no es viable.

---

A mérito de las consideraciones expuestas, 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, **niega** el recurso de revisión interpuesto por Rosa María Daza o Pillimué contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el 29 de octubre de 1937, que la condenó a la pena principal de 5 años de presidio, por la muerte de una niña recién nacida, hija de la acusada.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese.

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

## HERIDAS.— CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

**1.—Cuando la fuga es delito PER SE no constituye una circunstancia agravante que sirva para aumentar la penalidad, porque entonces se viola el principio "non bis in idem". — 2.—En materia penal debe aplicarse al acusado la ley más favorable.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, treinta (30) de junio de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Revisó el Tribunal Superior de Bucaramanga la sentencia de fecha 29 de octubre de 1937, del Juzgado 2º del Circuito Penal de Málaga.

Por fallo de 12 de mayo de 1938 confirmó la sentencia del Juez **a quo.** Y como éste había impuesto a Carlos Arturo o Carlos Julio Niño, como autor responsable de heridas en Jesús Uriza, la pena principal de 8 años de presidio, la confirmación que hizo el Tribunal asentó como definitiva esa penalidad.

El hecho que motivó el proceso ocurrió en la noche del 17 de febrero de 1934, en la ciudad de Málaga, Departamento de Santander.

El cuerpo del delito está evidenciado por varios reconocimientos médicos.

La sentencia aplicó el artículo 645 del Código Penal de 1890, calificando la delincuencia en segundo grado.

Recurrió en casación el reo, y le fue concedido el recurso, y es llegada la hora de decidir sobre su viabilidad.

El señor Procurador Delegado en lo Penal concreta en los términos siguientes el análisis de las dos causales que invocó el recurrente.

Dice así la vista del señor Procurador:

"El recurrente aduce dos causales: indebida aplicación de la ley penal y estar la sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

"1ª **causal.** La funda en que el Tribunal calificó como lesión grave en el herido la pérdida de las funciones del miembro inferior izquierdo, siendo así que esa lesión sólo debe tenerse como leve.

"También ataca la sentencia por esta causal, fundado en que el fallo de segunda instancia calificó la delincuencia en segundo grado, debiendo hacerlo en el tercero.

"**Se considera:** En cuanto a la aplicación del inciso primero del artículo 645 del Código Penal, estuvo acertado el sentenciador.

"De los dictámenes periciales que obran en el expediente, se desprende:

"1º Que Jesús Uriza sufrió una herida de arma cortante y punzante en la región posterior del tórax, situada al nivel de la quinta vértebra dorsal, a la derecha de la espina dorsal, que le interesó la piel, tejido celular y muscular y la médula.

"2º Que esa herida le causó la parálisis del miembro inferior, lo que entraña una lesión vitalicia gravemente perjudicial. Aún más aclararon los médicos que esa lesión le deja al herido una incapacdad perpetua para trabajar como antes.

"El inciso primero del artículo 645 prevé, entre otros casos, que el herido sufra una perpetua incapacidad de trabajar como antes. Y a eso equivalen las consecuencias que sobrevinieron al ofendido, desde luego que el órgano inferior perdió definitivamente el ejercicio de sus funciones propias.

"No resulta aprobado este cargo contra la sentencia.

"En cambio, el segundo aspecto de la causal sí prospera. El Tribunal encontró como agravantes estas dos:

a) La mala conducta del acusado observada durante su detención, consistente en haberse fugado de la cárcel del Circuito de Málaga.

"b) El haber perpetrado el delito estando la víctima indefensa.

"Cuando la fuga, como ocurre en el presente caso, es delito **per se**, no constituye una circunstancia agravante, que sirva para aumentar la penalidad, porque entonces se viola el principio **non bis in idem.** Y tanto es así que se trata de un delito específico, que al folio 70 vto. del cuaderno principal, aparece la constancia de que la Prefectura de la Provincia de Málaga avocó el conocimiento de la investigación sobre la fuga.

"Y todavía más: el Director de la Cárcel y los guardianes certificaron que la conducta de Niño observada durante la prisión, fue buena y ejemplar. (Fs. 23 y 24 del cuaderno D.).

"En tal virtud, la agravante no existe.

"La indefensión de la víctima sí está demostrada y queda en pie.

"Mediando una sola circunstancia agravante enfrente de varias atenuantes, la calificación de la penalidad debe hacerse en el tercer grado con el aumento de una sexta parte diferencial, según jurisprudencia establecida por la H. Corte. De suerte que le corresponden a Niño seis años y ocho meses de presidio.

"Pero como el nuevo Código Penal reprime las lesiones, en este caso concreto, con menor sanción, ésta será la que se aplica de acuerdo con el principio constitucional y legal de que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, debe tener preferencia sobre la restrictiva o desfavorable.

"El hecho lo prevé el inciso segundo del artículo 374 del nuevo Código, puesto que allí trata de perturbación funcional permanente de un órgano o miembro a causa de la lesión, como le ocurrió al ofendido Uriza.

"La sanción es de dos a seis años de presidio. Pero como concurre la circunstancia de mayor peligrosidad relativa a la indefensión de la víctima, la Procuraduría insinúa como pena la de tres años y medio de presidio.

"4ª **causal.** El no estar la sentencia en armonía con el auto de proceder, es el otro motivo de casación. Lo funda el recurrente en que la fuga no se le imputó en el enjuiciamiento, por lo cual no podía condenársele por ella.

"En primer lugar, el Tribunal consideró la fuga como mera agravante, para lo cual sí tenía facultad puesto que la apreciación de circunstancias para fijar el grado de la penalidad se hace únicamente en la sentencia, y no es menester formularlas desde el auto de proceder.

"En segundo lugar, ya el asunto de la fuga no tiene importancia puesto que ella debe desecharse por no ser simple agravante sino un hecho específico, que es materia de investigación separada, según se dejó visto al tratar de la causal primera.

"La causal cuarta no prospera.

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que **invalide** la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bucaramanga y condene a Carlos Arturo Niño, como autor de heridas en la persona de Jesús Uriza, a la pena principal de tres años y medio de presidio y a las demás que señala el Código".

Como se observa, los cargos formulados contra la sentencia fueron dos: mala aplicación de la ley (causal 1ª) y no estar la sentencia en armonía con el auto de proceder (causal 4ª).

Por dos aspectos ha sido alegada la causal 1ª.

Es el primero el referente a la aplicación del artículo 645 del Código Penal, por cuanto estimó la sentencia que el herido queda con una incapacidad que le impide trabajar como antes, lesión contemplada en el inciso 1º del citado artículo.

Y es el segundo aspecto el relativo a pluralidad de circunstancias agravantes, porque en concepto del recurrente sólo existe una, y entonces hay mala aplicación del art. 123 del Código Penal antiguo, que exige pluralidad de ellas y, además, porque esa ha sido la jurisprudencia reciente de la Corte.

En cuanto a la causal 4ª: disconformidad de la sentencia con el auto de proceder, consiste en que al reo no se le imputó en el enjuiciamiento la fuga. No podía recaer la sentencia sobre este cargo.

La Sala ha confrontado los cargos contra la sentencia con los datos del proceso y las alegaciones al respecto.

Como resultado de esa confrontación encuentra que la causal 1ª prospera por el segundo aspecto, que tiene el caso: ausencia de pluralidad de circunstancias agravantes.

Y que no prospera por indebida aplicación del artículo 645, en su inciso 1º: lesión grave que imposibilite para trabajar como antes.

Apoya esa resultante en los fundamentos en que estriba la vista del Procurador Delegado, que prohija como base de esa conclusión.

Y respecto de la causal 4ª, considera que tampoco prospera, puesto que la sentencia se refirió a la fuga, no como cargo en el enjuiciamiento sino como circunstancia agravante, que calza o se acomoda a la viabilidad de la causal 1ª, considerada en su segundo aspecto, y que sí prospera.

---

Casada la sentencia por la causal 1ª, corresponde a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar el recurrido.

Obra en tal caso la Corte como Tribunal de Instancia.

Surge entonces la cuestión de la aplicabilidad del nuevo Código Penal (Ley 95 de 1936), que debe hacerse en esos casos, tanto por lo previsto por el art. 6º de la Ley 94 de 1938 como por lo determinado por el art. 3º del citado Código Penal y por lo estatuído por el art. 22 de la Constitución, cuando la nueva ley penal sea más favorable.

El hecho punible, materia de esta sentencia: heridas, con consecuencia de perturbación funcional permanente, está sancionado por el artículo 374 de la nueva legislación penal con 2 a 6 años de presidio y multa de doscientos a cinco mil pesos.

Esta disposición es más favorable al reo, que la contenida en el artículo 645, inciso 1º, del Código Penal antiguo, que sancionaba el hecho de consecuencias de incapacidad permanente para trabajar como antes, con la pena de 6 a 10 años de presidio.

La favorabilidad en la aplicación del nuevo estatuto penal salta a la vista.

De consiguiente, es éste el que debe aplicarse en la sentencia.

Debe así tenerse en cuenta la peligrosidad del delincuente al individualizar esta pena, y así lo hace y determina la Corte, considerando que la indefensión de la víctima permite hacer esa graduación, modificadora del mínimo para subir de dos años en un tiempo prudencial que se estima en uno y medio, regulación para la cual tiene facultad el sentenciador conforme al artículo 36 del nuevo Código Penal, y en atención a los caracteres de la lesión misma, que le ha quedado a la víctima.

Y respecto de la multa, en virtud de la misma libertad de regulación que compete al juzgador, debe estimarse ella, primero en relación con la incapacidad para trabajar, y luégo con relación al trabajo profesional del ofendido.

El ofendido es un artesano, de profesión alpargatero, la lesión fue en la pierna, por manera que su incapacidad no es total para trabajar, aunque sí constituye un impedimento para la movilización.

La movilización no le impide el ejercicio de su profesión de artesano, pero sí le cohibe para otros menesteres u oficios y le implica pérdida de tiempo en el traslado.

Atendidas estas consideraciones, la multa se regula en mil pesos, oscilación proporcional de doscientos a cinco mil que fija el Código en la disposición correspondiente citada.

---

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, 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 Bucaramanga, de fecha 12 de mayo de 1938, que condenó a Carlos Arturo o Carlos Julio Niño a la pena principal de 8 años de presidio, y en su lugar le condena a las siguientes: a tres años y medio (3½) de presidio y a una multa de mil pesos ($ 1,000.00) como penas principales, al tenor del artículo 374 del nuevo Código Penal, y a las siguientes accesorias: publicación de esta sentencias, interdicción de los derechos o funciones públicas por un tiempo igual al de la

condena, y pérdida de toda pensión o sueldo del Tesoro y de la patria potestad.

Condénase también a Carlos Arturo o Carlos Julio Niño al pago de los perjuicios causados por el delito materia de la presente sentencia.

Para los efectos electorales se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto número 944 de 1934.

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

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

# SALA DE NEGOCIOS GENERALES

## ACCION DE PERJUICIOS.—RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO.

**1.—La Corte ha establecido que para que exista responsabilidad por parte de las entidades de derecho público 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. — 2.— En la jurisprudencia colombiana es aceptada la doctrina de que las entidades de derecho público, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio catorce de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Las señoritas Concepción, Primitiva y Elvira Torres Gutiérrez, demandaron al Departamento de Boyacá ante el Tribunal Superior de Tunja, para que con audiencia del Fiscal y mediante la tramitación de un juicio ordinario, se hagan estas declaraciones:

"**Primera.** Que el departamento de Boyacá debe pagarnos, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia definitiva que ponga fin al juicio, todos los perjuicios que hemos sufrido por los daños en la finca de nuestra propiedad consistente en una casa de rafa y teja con su sitio y solar, situada en la carrera sexta (6ª) de la ciudad de Tunja, Barrio de "Las Nieves", y así alinderada: norte, con el lote que es actualmente de la señorita María Herminia Espinosa; occidente, con casa y solares del señor Isaac Páez, hoy que posee Melquisedec Pinto; sur, calle de por medio, con de herederos de Peregrino Ojeda, hoy del señor Honorato Galvis; y oriente, calle de por medio, con de Avelino Vargas, Juan Ruiz Matéus, Mercedes Vargas y otros, hoy de herederos de dicho señor Vargas y de Marceliana de Gómez, y encierra: daños causados por la construcción de servicios sanitarios en la parte superior de la casa; hacia el norte de la misma, por orden del señor Contralor General de Boyacá, y por el uso descuidado, negligente o imprevisivo de tales servicios, que facilitaron la infiltración de las aguas sucias a las paredes de la parte norte del edificio, que fue destruída por esa causa.

"**Segunda.** Que el departamento de Boyacá debe reconstruír, en el término que se fija en la sentencia, la parte de la casa mencionada y que se derrumbó en julio del año de 1935".

Los hechos fundamentales de la acción son los siguientes:

"a) Somos dueñas en proindiviso de la casa arriba determinada, de acuerdo con la escritura pública número seiscientos noventa y dos (692) de 13 de diciembre de mil novecientos once (1911).

"b) De ese inmueble hemos estado en quieta y pacífica posesión desde el mencionado año.

"c) Por deuda al Banco Central Hipotecario, éste tomó la administración de la casa indicada, de nuestra propiedad.

"d) El Banco Central Hipotecario arren-

dó tal inmueble al doctor Tomás Villamil, quien obró en su carácter de Contralor General del Departamento de Boyacá, según documneto de diez y seis de junio de mil novecientos treinta y cuatro (1934) y quien recibió el inmueble en las condiciones que expresa el mismo documento, para servicio de la Contraloría Departamental de Boyacá, sin los daños que actualmente presenta el edificio.

"e) En tramo superior, en el primer piso del edificio, hizo construír el señor Contralor servicios sanitarios compuestos de dos (2) inodoros, un (1) orinal), un (1) derramadero y un (1) lavamanos, cuyos desagües defectuosos ocasionaron el desmoronamiento de las paredes de la parte norte y el derrumbamiento de las piezas allí existentes, en los tres pisos.

"f) Al occidente del edificio estaban los servicios sanitarios de la casa que habían construído sus dueños y que eran suficientes para el uso y beneficio de la misma casa, servicios que duraron mucho tiempo y jamás causaron daños.

"g) Antes de la construcción de los servicios sanitarios ordenados por el señor Contralor General del Departamento de Boyacá, las paredes de la parte derrumbada estaban en perfecto buen estado y eran de sólida construcción.

h") Unos seis meses después ocurrió el derrumbamiento de la parte norte del edificio donde fueron construídos, por orden del señor Contralor General mencionado, los servicios sanitarios.

"i) Unos tres días antes del suceso, sabedoras de que tales servicios estaban ocasionando daños en la casa, Primitiva Torres Gutiérrez llevó al doctor Samuel Liévano y a los señores Rafael Hernández, Ignacio Daza, Pascual Alarcón, Alejandro Prieto y Dimas Vergara, quienes nos dijeron que hiciéramos quitar inmediatamente esos servicios, porque existía el peligro de derrumbarse todo el edificio.

"j) Por indicación de tales señores, que son constructores hábiles y del doctor Samuel Liévano, ingeniero muy conocido, inmediatamente fueron quitados por nuestra cuenta los servicios sanitarios que estaban causando daño.

"k) Pero el remedio llegó tarde, pues no fuimos avisadas oportunamente por los ocupantes de la casa, porque tres días después se cayó la parte dañada por la infiltración, causándonos perjuicios considerables.

"l) Por razón del derrumbamiento, hubo necesidad de habilitar otra parte de la casa con servicios sanitarios.

"ll) Por la misma razón, hubo necesidad de desocupar la casa contigua, hacia el norte, también de nuestra propiedad, por el temor al daño de la casa que ocupa la Contraloría de Boyacá, debido a la misma causa.

"m) Desaparecido el tramo caído, desaparecieron también los servicios que prestaba, por la misma razón.

"n) La caída del tramo ocasionó perjuicios a los vecinos, como al señor Melquisedec Pinto, quien inició demanda de policía ante el señor Inspector General del Tráfico de Boyacá, el cual decidió en contra nuestra condenándonos a levantar las paredes y a pagar daños y costas.

"ñ) La construcción de la parte derrumbada, si no se hace por el demandado, implica gastos de consideración y es perjuicio que ha sobrevenido, por la misma causa.

"o) La reparación de las partes de la casa, deterioradas por causa del derrumbe, y las que hay necesidad de hacer en la casa del vecino señor Melquisedec Pinto y el costo que ocasione el traslado de los servicios sanitarios a otra parte de la casa, también son perjuicios que nos han sobrevenido.

"p) El derrumbamiento del tramo en que construyó el señor Contralor General del Departamento de Boyacá los servicios sanitarios, ha impedido no solamente el arrendamiento sino también la venta de la casa pequeña que hace parte de la casa arriba alinderada y que no está comprendida en el arrendamiento al señor Contralor.

"q) Hubo descuido de la parte arrendataria, la cual desde el principio ha debido notar la mala construcción de la obra, o por lo menos la humedad de las paredes, escapes de agua e infiltraciones, y tomar las medidas del caso para evitar los daños que han ocasionado en nuestra propiedad.

"r) Hay necesidad de reconstruír la parte derruída para que la casa quede con el servicio que tenía cuando fue entregada al

señor Contralor del Departamento de Boyacá.

"rr) En todo caso hemos sufrido perjuicios, como los anotados, con el daño emergente y el lucro cesante que sobrevinieron al derrumbamiento de parte del edificio de nuestra propiedad.

"s) El daño ha sido causado mientras ocupaba la casa mencionada la Contraloría General de Boyacá, en virtud del contrato de arrendamiento con el Banco Hipotecario.

"t) Fueron destruídas las siguientes piezas: en la parte alta, la de los servicios sanitarios; en el segundo piso, hacia abajo, una pieza; en la parte baja, otra pieza, una cocina y otra pieza pequeña donde estaba el inodoro para el servicio de un departamento dependiente de la misma casa.

"u) Hay otros daños, como el agrietamiento de algunas paredes contiguas a la misma parte derruída, la caída de una baranda, la destrucción de una escalera que conducía al segundo piso, etc.

"v) La Contraloría de Boyacá es una rama del servicio público departamental, y los que la desempeñan son empleados públicos departamentales.

"x) Hubo descuido, negligencia, imprudencia o imprevisión de parte de la entidad arrendataria en los sucesos en cuestión".

El Tribunal, en sentencia de fecha 27 de octubre de 1927, resolvió lo siguiente:

"1º El Departamento de Boyacá es responsable civilmente de los daños causados en la casa de propiedad de las señoritas Concepción, Primitiva y Elvira Torres Gutiérrez por causa de la construcción de servicios sanitarios en la parte superior de tal inmueble por orden del señor Contralor General de Boyacá, y por el uso descuidado y negligente de tales servicios, inmueble ubicado en el barrio de 'Las Nieves' de la ciudad de Tunja y por los linderos siguientes: 'Norte, con el lote que es actualmente de la señorita María Herminia Espinosa; occidente, con casa y solares del señor Isaac Páez, hoy que posee Melquisedec Pinto; sur, calle de por medio, con herederos de Peregrino Ojeda, hoy del señor Honorato Galvis; y por oriente, calle de por medio, con de Avelino Vargas, Juan Ruiz Matéus, Mercedes Vargas y otros, hoy de herederos de dicho señor Vargas y de Marceliana de Gómez y encierra".

"2º Condénase al Departamento de Boyacá a pagar a las demandantes señoritas Torres Gutiérrez los perjuicios sufridos por los daños causados en la casa de propiedad de éstas y alinderada en el punto anterior.

"**Parágrafo.** El importe de estos perjuicios se fijará en la ejecución de la presente sentencia, conforme al artículo 553 del Código Judicial.

"3º No hay lugar a hacer declaración especial sobre la segunda petición del libelo de demanda".

De la sentencia apeló el señor Fiscal del Tribunal y el recurso se le concedió por el Tribunal en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente en esta Sala sin que se observen causales de nulidad, se procede a decidir en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

Durante el término correspondiente de la segunda instancia, se practicaron varias pruebas a solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil y del Dr. Luis Eduardo Gacharná, apoderado de las demandantes. Los representantes de las partes presentaron en oportunidad sus alegatos de conclusión.

## Las pruebas

La Corte ha establecido que para que exista responsabilidad por parte de las entidades de derecho público 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 examina si de acuerdo con las pruebas que figuran en autos se han establecido en el juicio los requisitos mencionados.

Está suficientemente comprobado en el expediente que el doctor Tomás Villamil, Contralor General del Departamento de Boyacá, tomó en arrendamiento al Banco de Bogotá la casa situada en Tunja, marcada con el número 7-11 de la carrera 6ª, así co-

mo otra dependencia de la misma casa, por la calle 7ª, marcada con el número 6-24, por el término de un año, contado desde el 25 de junio de 1934; que el contrato fue prorrogado hasta el 1º de enero de 1937; que el inmueble referido es de propiedad de las señoritas Concepción, Primitiva y Elvira Torres G., dominio que se comprobó con el título respectivo y el correspondiente certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y privados de Tunja, durante el término de prueba de la segunda instancia; que el doctor Tomás Villamil ejercía el cargo de Contralor del Departamento de Boyacá cuando tomó la casa en arrendamiento y cuando ordenó las reparaciones que ocasionaron los daños; que el Contralor doctor Villamil hizo construír en el tramo superior de la casa aludida dos inodoros, un derramadero y un lavamanos, obras que fueron pagadas con fondos del Tesoro Departamental; que estas obras fueron causa de daños considerables en la propiedad de las señoritas Torres G., consistentes en el derrumbamiento de la parte norte del edificio, donde fueron construídos los servicios sanitarios, por causa de filtraciones de agua y de los defectos de la instalación. Para comprobar esta última circunstancia se practicó una inspección ocular y se recibieron tanto en la primera como en la segunda instancia numerosas declaraciones de testigos.

Los hechos fundamentales de la demanda aparecen, por tanto, comprobados, con las pruebas analizadas por la sentencia de primera instancia y con las practicadas en la Corte, que corroboran las primeras y que permiten a la Sala llegar a la conclusión de que la decisión del Tribunal de primera instancia es jurídica.

### Excepciones

Al contestar la demanda, el señor Fiscal del Tribunal de Tunja propuso las excepciones de ilegitimidad de la personería del demandante y carencia de acción. La primera la hace consistir en que en el contrato celebrado con el Banco de Bogotá, sobre arrendamiento del inmueble, no figura en ninguna parte que las demandantes sean las propietarias, en que no hay constancia de que el Banco mencionado hubiera hecho cesión de sus derechos a favor de las demandantes y en que la escritura que figura en autos no es suficiente título para el fin perseguido en autos. La segunda excepción la funda el señor Fiscal en que el contrato de arrendamiento no puede comprometer al Departamento de Boyacá, porque no fue autorizado por el Gobernador.

El Gobernador de Boyacá confirió poder al doctor Antonio Ramírez R. para que represente al Departamento en la segunda instancia. El doctor Ramírez en su alegato de conclusión pide que se declaren probadas las excepciones propuestas por el demandado al contestar la demanda.

Sobre la excepción de ilegitimidad de la personería de las demandantes, el Tribunal se expresa así:

"Conforme al artículo 2341 del C. C., todo el que ha cometido un delito o culpa, que ha causado daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido, y según el artículo 2342 de la misma obra, puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho. De manera que el propietario de un inmueble, al tenor de la disposición últimamente citada, puede impetrar la indemnización correspondiente por el daño recaído en la cosa sobre que radica su derecho de propiedad. Este carácter de propietario lo han alegado las demandantes en el hecho primero de su libelo y con éste acompañaron la escritura distinguida con el número 692 de trece (13) de diciembre de mil novecientos once (1911) de la Notaría Primera del Circuito de Tunja, instrumento en el cual aparece, en concreto, que a las demandantes se les adjudicó, por partición amigable en la liquidación de la sociedad conyugal formada entre Carlos M. Torres y Elvira Gutiérrez de Torres, una casa de dos pisos, de rafa y teja ubicada en el Barrio de "Las Nieves" de la ciudad de Tunja y alinderada como lo dice la escritura. Este instrumento, según las notas de registro que

se leen al pie de él, fue inscrito en el libro número primero el siete (7) de enero de mil novecientos doce (1912) y en los libros número segundo y de causas mortuorias el quince (15) de diciembre de mil novecientos treinta y dos (1932).

"Para los efectos de la acción que concede el artículo 2341 del C. C., el título en cita acredita por sí solo la calidad de propietarios de la casa en las demandantes señoritas Torres. Aparece debidamente registrado y, en concepto de la Sala, no era necesario el certificado sobre propiedad que echa de menos el señor Fiscal, como quiera que no se está en presencia de una acción de dominio, caso en el cual podría ser indispensable aquel certificado.

"En cuanto a que las citadas señoritas Torres no figuran ni directa ni indirectamente en el contrato de arrendamiento celebrado por el Banco Central Hipotecario y el señor Contralor de Boyacá, y a que tampoco han demostrado que sean cesionarias del Banco en los efectos de aquel pacto, es cuestión que se analizará más adelante al estudiar el fondo de la acción. Pero se anticipa que en concepto de la Sala se está en este negocio en presencia de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual, por lo cual el contrato de arrendamiento citado poco o nada operante viene a ser en esta litis. Las demandantes señoritas Torres comparecen al pleito en su propio nombre y han invocado su carácter de propietarias del inmueble para pedir la indemnización de que trata el libelo. Y esto basta".

La Sala encuentra fundadas las razones expuestas por el Tribunal para declarar no probada la excepción de ilegitimidad de la personería de las demandantes y además observa que durante el término de prueba de la segunda instancia, se presentó el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Tunja, en el cual consta que el título de las señoritas demandantes sobre el inmueble en cuestión no ha sido cancelado.

También es jurídico lo resuelto por el Tribunal en relación con la excepción de carencia de acción. La acción se dirige a reclamar indemnización de perjuicios por una culpa extracontractual para cuyo ejercicio eficaz no era necesaria la aprobación del Gobernador al contrato de arrendamiento. Están, además, comprobados estos hechos: el inmueble de las señoritas demandantes prestaba sus servicios a una oficina departamental; las reparaciones fueron ordenadas por un empleado departamental y pagadas por el tesoro del Departamento; los arrendamientos fueron pagados por el mismo tesoro a las demandantes; el Departamento estaba en el goce del inmueble cuando se ocasionaron los daños, luego es obvio que debe responder por los perjuicios, como se verá más adelante.

**La responsabilidad del Departamento**

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:

"Artículo 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".

"Artículo 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.

. . . . . "

La Corte ha sostenido de manera constante esta doctrina. También el Consejo de Estado la acogió en sentencia de fecha 9 de abril de 1932, en la cual estudió detenidamente la responsabilidad culposa del Estado, con apoyo en el concepto del expositor García Oviedo, que dice entre otras cosas:

"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 funciones 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".

En sentencia de fecha 10 de diciembre de 1937, esta Sala sentó la doctrina de que el Estado debe pagar la indemnización a que haya lugar, sin que pueda intentar acción repetitoria contra el agente autor del daño. Como fundamento de sus conclusiones dijo lo siguiente:

"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 el 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 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. (**Gaceta Judicial,** número 1930)".

De conformidad con lo anterior, es jurídica la sentencia del Tribunal en cuanto condenó al Departamento de Boyacá a indemnizar los daños causados en el inmueble de propiedad de las demandantes.

El monto de los perjuicios no se fijó de manera cierta, porque auncuando los peritos doctores Carlos A. Otálora y Carlos Fonseca Landínez determinaron con precisión algunos, ellos mismos manifiestan que acerca de otros puntos carecen de datos. Por tanto, es legal la decisión del Tribunal de que el importe de los perjuicios sea fijado de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

La segunda petición de la demanda que se refiere a la reconstrucción de la parte derruída de la casa, la considera el Tribunal como subsidiaria, por cuanto dentro de los perjuicios que se demandan por la primera petición deben quedar comprendidos los gastos y valores necesarios para reparar el daño causado por el derrumbamiento de la parte norte de la casa. Esta otra consideración del Tribunal es igualmente jurídica a juicio de la Sala.

En mérito de lo expuesto, la Corte Supre-

ma de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

INCIDENTE DE DESISTIMIENTO.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 461 DEL C. J.—JURISDICCION DEL JUEZ PARA SEGUIR CONOCIENDO DEL NEGOCIO

**I. El Código abolido, Ley 105 de 1890, art. 95, disponía: "El desistimiento del recurso se hace ante el mismo juez que lo haya concedido, si el expediente no hubiera sido remitido al Superior, o ante éste, si ya lo hubiere recibido. El desistimiento del pleito se hace ante el juez o Tribunal que esté conociendo de lo principal del asunto". De conformidad con el anterior artículo, el Tribunal a quo habría podido decidir sobre el desistimiento del recurso en esas circunstancias, quedando en consecuencia bajo su jurisdicción nuevamente lo principal del asunto.**

**II. La Ley 105 de 1931 no puede consagrar un procedimiento regresivo en relación con lo que establecía el artículo 95 de la Ley 105 de 1890. Por consiguiente, es preciso suponer que el legislador de 1931 no quiso dejar una caótica indeterminación de jurisdicción.**

**Siendo así las cosas, aplicando rigurosamente el artículo 147 del mismo Código en el intervalo de la suspensión de jurisdicción, no habría ante quien hacer la solicitud de desistencia, lo que llevaría a una situación absurda. Pero una exégesis más racional permite aseverar que cuando el renunciamiento de la acción o la desistencia del recurso se hacen, estando todavía el expediente en la primera instancia, el juez de ésta reasume la jurisdicción para el efecto de resolver el respectivo memorial, ya que la naturaleza especial del incidente de desistimiento, cuya finalidad es terminar el juicio, significa no sólo el renunciamiento de la acción incoada, sino la terminación de todo el proceso.**

**III. Cuando el artículo 461 del C. J. habla del conocimiento del juicio en cualquier estado del negocio, está dando a entender que cualquiera que sea la situación procesal del negocio, el desistimiento puede hacerse, y por consiguiente, reasumida la jurisdicción suspendida, cesa la indeterminación que aparentemente se presentaba en relación con el juez que ha de fallar el incidente. En tal virtud el 2º inciso del artículo 461, ibidem, puede aplicarse estrictamente.**

**IV. El expositor español Manresa, estudiando las leyes procesales de su país, dice lo siguiente, que es perfectamente aplicable en la solución del problema que se discute: "Aplicando con rigor el principio de que la apelación suspende la jurisdicción del juez que la admite, creían con razón unos jueces que el desistimiento de la apelación sólo podría hacerse ante el Tribunal de alzada, al paso que otros no tenían inconveniente en admitirlas, considerando que la renuncia del apelante a llevar adelante el recurso les devolvía la jurisdicción para seguir conociendo".**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Fiscal 1º del Tribunal de Bogotá, en escrito de 31 de marzo de este año, y con autorización expresa del señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, ha desistido, en el presente juicio, "de la acción instaurada y consiguientemente del recurso propuesto para ante la honorable Corte Suprema de Justicia", según sus propias palabras.

El Tribunal, en auto de once de abril pasado se abstuvo de resolver el desistimiento, considerando que por la ejecutoria de la providencia en que se concedió la apelación, carecía de jurisdicción, conforme lo estatuye el numeral 1º del artículo 147 del C. J.

Remitidos los autos a la Corte, entra ésta a hacer el estudio de la cuestión.

La regla general en estos casos, es que quien tiene la jurisdicción para lo principal, es el que la tiene para los incidentes o asuntos secundarios.

Por esta razón, el Tribunal de Bogotá no se creyó facultado para decidir sobre el desistimiento de que se trata.

En cuanto a la Corte, es indispensable tener en cuenta el siguiente inciso del artículo 461 del C. J.: "El desistimiento se hace ante el Juez o Tribunal que está conociendo del juicio, incidente o recurso de que se trata, en cualquier estado del negocio".

Bajo el imperio del Código abolido, el art. 95 de la Ley 105 de 1890 disponía: "El desistimiento del recurso se hace ante el mismo juez que lo haya concedido, si el expediente no hubiere sido remitido al Superior, o ante éste, si ya lo hubiere recibido. El desistimiento del pleito se hace ante el Juez o Tribunal que esté conociendo de lo principal del asunto".

De manera que de conformidad con tal artículo, el Tribunal habría podido decidir sobre el desistimiento del recurso en esas circunstancias, quedando en consecuencia bajo su jurisdicción nuevamente lo principal del asunto.

Cuando el señor Fiscal presentó el memorial de desistimiento, todavía no había aprehendido la Corte el conocimiento del juicio. En otros términos: de acuerdo con el art. 198 del C. J., la segunda instancia no había empezado a surtirse, porque la Corte no había recibido el proceso.

Siendo así las cosas, aplicado rigurosamente el artículo 147 del mismo Código, en el intervalo de la suspensión de jurisdicción, no habría ante quién hacer la solicitud de desistencia, lo que llevaría a una situación absurda.

Un criterio de rigorismo lógico condujo al Tribunal a no decidir sobre el desistimiento, pero una exégesis más racional permite aseverar que cuando el renunciamiento de la acción o la desistencia del recurso se hacen, estando todavía el expediente en la primera instancia, el Juez de ésta reasume la jurisdicción para el efecto de resolver el respectivo memorial.

Cuando el artículo 461 del C. J. habla del conocimiento del juicio en cualquier estado del negocio, está dando a entender que cualquiera que sea la situación procesal del pleito, el desistimiento puede hacerse.

La naturaleza especial de este incidente cuya finalidad es terminar el juicio, permite una interpretación como la que se ha enunciado.

Reasumida la jurisdicción suspendida, cesa la indeterminación que aparentemente se presentaba en relación con el Juez que ha de fallar el incidente. En tal virtud el 2º inciso del artículo 461 del C. J. puede aplicarse estrictamente.

La Ley 105 de 1931 no puede consagrar un procedimiento regresivo en relación con lo que establecía el artículo 95 de la Ley 105 de 1890. Por consiguiente, es preciso suponer que el legislador de 1931 no quiso dejar una caótica indeterminación de jurisdicción en un evento como el ocurrido en el negocio actual.

El expositor español Manresa, estudiando las leyes procesales de su país, dice lo siguiente, que es perfectamente aplicable en la solución del problema que se discute: "Aplicando con rigor el principio de que la apelación suspende la jurisdicción del Juez que la admite, creían con razón unos jueces que el desistimiento de la apelación sólo podría hacerse ante el Tribunal de alzada, al paso que otros no tenían inconveniente en admitirlo, considerando que la renuncia del apelante a llevar adelante el recurso les devolvía la jurisdicción para seguir conociendo".

Al renunciarse no sólo a la apelación sino a la acción incoada, se pretende terminar todo el proceso, lo que significa que no es posible continuarlo hacia adelante, ya que la voluntad del actor es otra.

El Tribunal, fuera del proceso, cuyo conocimiento no le incumbía ya, en su sentir, dictó una providencia en que se abstuvo de decidir el desistimiento. La Corte, por su parte, considera también que no ha adquirido jurisdicción para iniciar la segunda instancia de un juicio en el que hay pendiente una desistencia.

Lo más racional, en estas condiciones, es devolver el asunto al Tribunal, para que resuelva al fondo el memorial respectivo.

Por los motivos expuestos, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara que se abstiene de aprehender el conocimiento del presente juicio, en segunda instancia, y dispone que vuelvan los autos al Tribunal de origen para que se decida sobre el desistimiento propuesto por el señor Fiscal 1º del Tribunal de Bogotá.

Notifíquese, cópiese.

**Aníbal Cardoso Gaitán—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## REIVINDICACION

**La Corte ha sostenido de manera constante que no es lícito al juez apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos, pero no alegados en la demanda.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Pedro María Alvarado, como apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, demandó por la vía ordinaria al señor Fermín Albarracín ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Nación (República de Colombia) es dueña absoluta de un lote de tierra, que mide aproximadamente cuatrocientos veintinueve metros cuadrados, que hace parte de un predio de mayor extensión, denominado "El Triángulo", ubicado dentro del área de la población de Girardot y demarcado dicho lote así: por un lado, con lote y casa que ocupa Miguel Caballero; por el frente, con la calle que se desprende de la esquina del Hotel San Germán (continuación de la Avenida Central); por otro lado con lote y casa que ocupa Arcadio Osorio; y por detrás, con zona ocupada con carrilera del Ferrocarril de Girardot. Los linderos generales del predio denominado "El Triángulo" son: por un lado, con la línea principal del Ferrocarril; por otro, con tierras que fueron de los vendedores Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar (el terreno forma un triángulo); y por otro, con el área de la población y cementerio del Distrito. Estos últimos lados se determinan hoy así: el primero se halla separado de las tierras de los vendedores por la carrilera del ferrocarril que conduce a las bodegas de exportación, sobre el río Magdalena; y el otro se halla separado de lo que entonces era cementerio y área de la población, por una calle pública, línea recta hasta encontrar la carrilera que se dirige hacia las bodegas nombradas.

"Segunda. Que como consecuencia, de la declaración anterior, se ordene al demandado Fermín Albarracín, actual poseedor de dicho lote, a restituírlo o entregarlo dentro del término respectivo, al representante legal de la Nación, o sea, al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, o al que tenga esa representación en el momento de hacerse la entrega.

"Tercera. Que el demandado Fermín Albarracín debe pagar a la Nación (República de Colombia) los frutos naturales y civiles que haya producido el lote reivindicado, no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder.

"Cuarta. Que el mismo demandado debe pagar las costas procesales de este negocio si se opusiere a lo pedido".

Como hechos fundamentales de la demanda, expuso los siguientes:

"1º Que el doctor Jorge Páez G. es actual Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, y está actualmente ejerciendo el cargo. (Documentación adjunta).

"2º El lote materia de esta reivindicación hace parte integrante del predio denominado 'El Triángulo', el cual fue adquirido por la Nación (República de Colombia), por compra a Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar, según escritura número 56 de 30 de mayo de 1886 otorgada en Tocaima, y destinada al servicio del Ferrocarril de Girardot. (Documentación adjunta).

"3º El doctor Jorge Páez G. representa a la entidad de creación legal denominada

'Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales'.

"4º El demandado conocía que el lote objeto de esta reivindicación es y ha sido de la Nación.

"5º El demandado es actual poseedor del lote que se reivindica.

"6º La Nación estuvo en posesión tranquila y no interrumpida del lote ocupado por el demandado.

"7º La Nación no ha enajenado el lote mencionado.

"8º El demandado no tiene título legal que lo acredite dueño del susodicho lote de tierra.

"9º El demandado ha percibido los frutos naturales y civiles que ha producido el lote de tierra demandado".

El demandado negó el derecho de la Nación. Aceptó ser el poseedor del lote, por ser de su propiedad en virtud de compra de los derechos de la comunidad o sucesión de Alejandro Perdomo.

El Tribunal por auto de fecha 30 de abril del año de 1936, puso en conocimiento de las partes la nulidad consistente en falta de personería del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales para promover la acción reivindicatoria para la Nación. Por auto de fecha 29 de enero de 1937, el Tribunal revocó la providencia anterior y declaró no existir la causal de nulidad referida. Esta última decisión quedó ejecutoriada y no hay, por tanto, lugar a decidir nada sobre la personería.

En sentencia de fecha 16 de septiembre de 1937, el Tribunal declaró no probada la acción reivindicatoria deducida en este juicio y absolvió al demandado de los cargos de la demanda.

El demandante invocó como título adquisitivo del dominio del Estado sobre el lote objeto de la demanda, la escritura pública número 56 otorgada en Tocaima el 30 de mayo de 1886, por la cual Mariano Rodríguez y Belisario Cuéllar transfirieron a la Nación el dominio del predio denominado "El Triaángulo", dentro del cual, se dice, está el lote reivindicable. Tal escritura pública (artículo 1758 del C. C.), requisito esencial para el perfeccionamiento de aquel contrato y prueba específica del mismo (artículo 1857, 760, 759 y 2673 ibídem), no vino al proceso en ninguna de las formas que indica el artículo 630 del C. J., es decir, ni en copia notarial, ni en copia exhibida por otra persona, a falta de protocolo y registro. En esta razón principal se apoyó el fallo de primera instancia para negar las peticiones de la demanda, porque para suplir la falta del título se trajo a los autos copia de un certificado del Registrador de Tocaima, protocolizado en la Notaría de Girardot, sobre el registro de la escritura número 56 mencionada, pero no se aprobó la pérdida del protocolo de Tocaima con el incendio de la Notaría, como lo pretendió el actor. (Art. 2675 del C. C.).

El apoderado de la parte demandante apeló del fallo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo.

Durante la segunda instancia se practicaron las pruebas pedidas por el doctor Alvarado y se recibieron los alegatos de conclusión presentados por las partes. No se observan causales de nulidad y como la tramitación está agotada, se procede a fallar en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

Se trajo a los autos durante la segunda instancia un certificado del Notario principal del Círculo de Tocaima en el cual consta que en el libelo correspondiente a los años de 1904 y 1905, se encuentra la siguiente constancia: "Notaría del Círculo. — Tocaima, septiembre veinte de mil novecientos cuatro. — El suscrito Notario Público del Círculo hace constar que por haberse quemado todo el archivo de la Notaría en el incendio producido por la quema del potrero de la estación, el diez y siete del presente mes, se procede a abrir nuevo protocolo empezando la numeración con el número uno. El Notario Público, (Fdo.) Teodoro Jiménez". Agrega que desde la fecha indicada para atrás, no existe en la Notaría protocolo por la causa anotada.

Los testigos Antonio Delgadillo, Juan N. Galindo, César Afanador, Fernando Gómez Falla, Emiliano Afanador, Moisés Torres y Aurelio Espejo, declararon que vieron el incendio de la Notaría de Tocaima el 17 de

septiembre de 1904, hecho ocurrido debido a que se prendió fuego al potrero llamado La Estación, lugar colindante de la casa de la Notaría. Agregan que el archivo quedó reducido a cenizas.

La escritura número 56 de 30 de octubre de 1886, la cual invoca el autor como título adquisitivo de dominio para justificar la reivindicación pedida, no se ha traído al proceso ni en copia notarial ni en copia exhibida por otra persona, como lo exige el artículo 630 del C. J. para el caso de que falte el protocolo o el registro. Y aun cuando el actor en la segunda instancia acreditó la falta del protocolo de la Notaría de Tocaima por causa del incendio ocurrido en 1904, esta circunstancia trascendental en el debate no fue anunciada como hecho sustancial de la demanda, sino que, al contrario, en el hecho 2º se dijo claramente que la Nación había adquirido el lote de "El Triángulo" en virtud de la escritura supradicha.

En sentencia de fecha 8 de septiembre del año pasado, dictada en el juicio iniciado por el mismo doctor Alvarado contra Henry Kidd, sobre reivindicación de una parte del terreno llamado "El Triángulo", en que se citó como prueba del dominio de la Nación la escritura número 56 de 1886, tal título no fue aceptado, porque no se presentó en forma legal. En ese fallo se dijo lo siguiente:

"La enunciación de los hechos sustanciales de la demanda es requisito indispensable, de conformidad con nuestra ley procesal; dejar al arbitrio del actor la enunciación de los que le convengan y permitirle guardar silencio sobre los que no quiera afirmar, sería violentar la garantía de la igualdad de las partes ante el derecho, si después quisiera probarlos en el proceso". (**Gaceta Judicial**, número 1940, página 159).

La Corte ha sostenido de manera constante que no es lícito al Juez apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos, pero no alegados en la demanda. Porque la ley quiere que la demanda contenga necesariamente dos partes: la una, en la cual se determinen y precisen los hechos que le sirven de fundamento, separados y aun numerados, y la otra, lo que se pide como consecuencia de esos mismos hechos y de las disposiciones sustantivas que establecen el derecho entre las partes. El demandante, por su parte, al contestar la demanda tiene el deber de responder categóricamente sobre todos y cada uno de los hechos específicamente en ella, de modo que al abrirse el juicio en virtud de la contestación quedan completamente circunscritos o determinados los puntos sobre los cuales va a versar el debate y ha de recaer la sentencia. (J. de la C., Tomo I, número 1791).

En sentencia de fecha 26 de febrero de 1923, dijo la Corte: "El Tribunal no tiene por qué acoger títulos (escrituras públicas era el caso) que no fueron invocados en la demanda como hechos fundamentales de la acción (se trataba de una acción de dominio), ni se adujeron en ella como hechos los que fueron pertinentes en relación con dichos títulos. Tales títulos, no habiendo sido apreciados en el juicio, no han sido ni quedado juzgados en él". (J. de la C., Tomo III, número 1829).

Podrían citarse otros casos en que la Corte ha sostenido la doctrina que se menciona ne este fallo. En el negocio que se estudia, la escritura número 56 otorgada en Tocaima el 30 de mayo de 1886, fue citada por el demandante en el libelo como título adquisitivo del dominio del Estado, pero no fue presentada en la forma legal y no se adujo como hecho al iniciar la acción el que era pertinente en relación con ese título, o sea, la pérdida del protocolo de Tocaima por causa del incendio de la Notaría. Por consiguiente, la litis se trabó con prescindencia de ese hecho fundamental, que se probó en el juicio, pero que no se adujo en la debida oportunidad.

Por todas estas razones, la Sala estima jurídica la sentencia de primera instancia, la cual debe confirmarse.

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.

**Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

## OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL

**El error supone conceptos objetivamente equivocados y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo, por falta de los requisitos legales necesarios para ello.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior de Bogotá, en auto de fecha catorce de febrero pasado, declaró infundadas las tres primeras objeciones propuestas por el señor Agente del Ministerio Público contra el dictamen pericial rendido por los señores Carlos Melguizo y Luis E. Uribe Cualla, en el juicio ordinario iniciado por el señor Daniel Gómez Pinzón contra la Nación. Con relación a la cuarta objeción el Tribunal declaró que el punto debe reservarse para definirlo en el fallo que decida el juicio.

El señor Fiscal Segundo del Tribunal apeló del auto y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Terminada la tramitación de la segunda instancia, se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil rindió un concepto muy interesante sobre el problema sometido al estudio de la Corte, escrito del cual se transcriben los siguientes apartes:

"Las objeciones fueron formuladas por **error grave** atribuído al dictamen, error que se hizo consistir en lo siguiente: que el dictamen comprende perjuicios posteriores a la litis contestatio; que los peritos señalaron cuatro años de lucro cesante a razón de trescientos pesos mensuales, sin que haya en los autos prueba técnica de la absoluta incapacidad de la víctima para todo trabajo remunerado durante ese tiempo; que igualmente carece de base probatoria científica la apreciación que hicieron los peritos del lucro cesante definitivo por la cesación en el empleo de Visitador del Carare, o en cualquier otro puesto o empleo que requiera movimiento o actividad física normal durante cinco años, a razón de ciento ochenta pesos mensuales; y, por último, que el treinta por ciento deducido por los peritos del cómputo total de perjuicios, no corresponde a la grave imprudencia puesta de manifiesto por el demandante al tomar un tren en movimiento.

"Es preciso no confundir dos cosas jurídicamente distintas: el error grave en un dictamen pericial, y la deficiencia en la fundamentación del mismo. El error supone conceptos objetivamente equivocados y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo, por falta de los requisitos legales necesarios para ello.

"Pues bien: los defectos atribuídos al dictamen de que se trata, consistentes en falta de elemento probatorio técnico sobre las consecuencias del daño sufrido por el demandante, no envuelven error, sino deficiencia en la fundamentación, toda vez que si bien no está demostrada la existencia del hecho de donde parten los peritos, tampoco puede asegurarse que **ese hecho** sea contrario a la verdad. Otras serán, pues, las consecuencias jurídicas procesales de aquella deficiencia, según lo que se deja expuesto.

"La objeción consistente en haber justipreciado los peritos elementos de perjuicio

posteriores a la litis contestatio no tiene base legal, toda vez que, como muy bien lo dice el Tribunal, a los peritos se les pidió avalúo de los perjuicios de todo orden que el accidente hubiera causado y causara **en el futuro**; y a ese derrotero de hecho debían sujetar su actividad, sin que les fuera dado entrar en consideraciones de derecho sobre el límite legal de las consecuencias dañosas del accidente, para efectos de la indemnización.

"Finalmente la Procuraduría comparte con el Trbiunal de la causa la tesis de que la reducción en el monto de la indemnización del daño, por imprudencia de la víctima, es materia del fallo y no del dictamen de los peritos, como que envuelve una apreciación de culpa de la víctima frente a la culpa del demandado. Los peritos justiprecian el daño. El Juez decide si debe reducirse la cantidad reparadora y hasta dónde".

La Corte acoge las anteriores razones expuestas por el señor Procurador como suficientes para fundamentar la confirmación del auto apelado, por encontrarlas jurídicas y ajustadas a lo que aparece en el 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, confirma la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

## EXCEPCIONES

**El Contralor puede delegar funciones a los auditores seccionales y tiene facultad para expedir los reglamentos necesarios para el funcionamiento de la dependencia a su cargo y para el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas. La "competencia exclusiva" que le da el artículo 6º de la Ley 42 de 1923 al Contralor para el fenecimiento de cuentas, debe entenderse en relación a otras entidades administrativas, pues todo lo relativo a la responsabilidad de los empleados nacionales de manejo se centralizó en el Departamento de Contraloría. Pero no puede entenderse la mencionada disposición en el sentido de prohibir al funcionario nombrado que confiera determinadas autorizaciones a los empleados de su dependencia. La Resolución número 67 de 1928 de la Contraloría, publicada en el Boletín número 14 de aquela entidad, en el artículo 1º, ordinal b), les da a los Auditores Seccionales facultad de examinar, glosar y fenecer las cuentas de las oficinas subalternas de hacienda, correos, telégrafos, etc. Esa Resolución no ha sido declarada ilegal.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales — Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Federico A. Daza, apoderado del señor Miguel Angel Uribe S., en el juicio que le adelanta el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá, como responsable de un alcance por la suma de $ 1,323.28, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación e ineficacia o insuficiencia del título ejecutivo. Tramitado el incidente legalmente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita un fallo adverso a las excepciones, por estimar que el actor carece de razón para proponerlas. Además, anota que el expediente no fue enviado completo, pues no hay la constancia de la actuación de la Corte en relación con la apelación del auto ejecutivo y con otro incidente de excepciones propuesto en el mismo juicio. Posteriormente el Juzgado envió los cuadernos que faltaban, los cuales se agregaron a los autos.

Las excepciones se fundan en los siguientes hechos:

"a) El título con que se adelanta el presente juicio es el "aviso oficial de fenecimiento" número 1, de 13 de agosto de 1930 de la Auditoría Seccional de Antioquia, que deduce el alcance de $ 1,323.28 — que se cobra — en contra de mi poderdante como Jefe de la Oficina Telegráfica de Medellín.

"b) El alcance expresado no es líquido y definitivo, puesto que no ha sido deducido por el Departamento de Contraloría, o por funcionario con funciones para deducirlo reconocidas por la ley, y por tanto el alcance u obligación no existe a los ojos de ésta o del derecho, o no presta mérito ejecutivo, ya que no es de los documentos que enumeraban los artículos 1010 y 1096 del Código Judicial derogado ni de los que enumeran los artículos 982 y 1059 del Código Judicial vigente.

"c) Los alcances líquidos y definitivos contra los empleados nacionales de manejo sólo los puede deducir o pronunciar el señor Contralor General de la República, en conformidad con la norma del artículo 6º de la Ley 42 de 1923, que le atribuye competencia "exclusiva" para el fenecimiento de cuentas de los empleados responsables del erario nacional. El señor Miguel Angel Uribe S., como Jefe de la Oficina Telegráfica de Medellín tenía el carácter de empleado nacional de manejo.

"d) El señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales carece de jurisdicción o competencia para conocer de este negocio, porque el aviso oficial de fenecimiento dicho que fundamenta el alcance contra mi mandante

y el correspondiente auto ejecutivo de fecha 3 de diciembre de 1930, no es de los documentos que prestan mérito ejecutivo para proceder por funcionario investido de jurisdicción coactiva".

Los autos ejecutivos fueron apelados por los interesados señores Miguel A. Uribe S., Angel M. Restrepo y Víctor L. Arroyave. Eduardo López M. y Concepción López de Varela, contra quienes se dirige igualmente la ejecución no interpusieron recurso. La Sala, en auto de fecha 28 de marzo de 1933, confirmó en todas sus partes las providencias apeladas.

Los fiadores Restrepo y Arroyave, propusieron las excepciones de inexistencia de la obligación y de novación, las cuales fueron declaradas no probadas en fallo de fecha 20 de septiembre de 1933 por la Corte.

El señor Procurador dice que el hecho constitutivo de las excepciones, no es otra cosa que una objeción al mérito ejecutivo del acto que sirvió de base a la ejecución que quedó en firme en el proceso mediante la ejecutoria del mandamiento de pago.

La Sala, en la providencia en que confirmó el auto ejecutivo, dijo lo siguiente:

"La Corte, en verdad, de una manera uniforme, ha sentado doctrina en el sentido de que las apelaciones de los mandamientos ejecutivos fundados en documentos ajustados en su forma externa a los requisitos legales deben ser siempre confirmados, quedándoles a los contradictores el derecho para oponer las excepciones que crean adecuadas a su objeto".

De manera que, no obstante la confirmación del auto ejecutivo, el incidente de excepciones es el indicado para estudiar las cuestiones que afecten el fondo del documento que sirvió de recaudo ejecutivo. En el presente caso se alega la insuficiencia del título ejecutivo, porque el fenecimiento fue dictado por el Auditor Seccional de la Contraloría en Medellín, con fecha 13 de agosto de 1930, y no por el Contralor General de la República, que era quien tenía la atribución exclusiva de fenecer las cuentas, con arreglo a la Ley 42 de 1923. La Sala estima que es procedente entrar a estudiar el punto referido para saber si es legal el fundamento de la excepción.

El artículo 6º de la Ley 42 citada, dice que el Contralor General tendrá competencia exclusiva en todos los asuntos referentes al examen, glosa y fenecimiento de cuentas de los funcionarios o empleados encargados de recibir, pagar y custodiar fondos o bienes de la Nación.

Las Auditorías Seccionales son organizadas por la Contraloría, de acuerdo con la ley, y son oficinas dependientes de dicha entidad. El Contralor puede delegar funciones a los Auditores Seccionales y tiene facultad para expedir los reglamentos necesarios para el funcionamiento de la dependencia a su cargo y para el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas. La "competencia exclusiva" que le da el artículo 6º de la Ley 42 de 1923 al Contralor para el fenecimiento de cuentas, debe entenderse con relación a otras entidades administrativas, pues todo lo relativo a la responsabilidad de los empleados nacionales de manejo se centralizó en el Departamento de Contraloría. Pero no puede interpretarse la mencionada disposición en el sentido de prohibir al funcionario nombrado que confiera determinadas autorizaciones a los empleados de su dependencia, ya que como lo dice el señor Procurador, la Contraloría Nacional no es una entidad constituída por un solo funcionario que ejerza todas las atribuciones que la ley señala a dicha institución.

La Resolución número 67 de 1928, de la Contraloría, publicada en el Boletín número 14 de aquella entidad, en el artículo 1º, ordinal b), les da a los Auditores Seccionales facultad de examinar, glosar y fenecer las cuentas de las oficinas subalternas de Hacienda, de correos, telégrafos, etc. Esa Resolución no ha sido declarada ilegal. Por consiguiente, no hay fundamento para desconocer la competencia del Auditor Seccional de Medellín para dictar el fenecimiento número 1, de 13 de agosto de 1930, sobre las cuentas de la telegrafía de Medellín, referentes a septiembre, octubre, noviembre y catorce días de diciembre de 1929, fenecimiento en el cual se apoyó el auto ejecutivo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el doctor Federico A. Daza, como apoderado del señor Miguel Angel Uribe S. en este juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

## EXCEPCIONES

**I. La revocatoria de un fallo para el solo efecto de cumplirse una formalidad indispensable para sentenciar no puede producir los efectos de una nulidad procesal para destruír una actuación legalmente consumada.**

**II. Las pruebas que hacen parte de un proceso, por haber sido aportadas por alguno de los medios indicados en el artículo 597 del C. J., pueden estimarse.**

**III. Cuando se pretende demostrar la simulación y, en consecuencia, la nulidad que como resultado de ella admitía la jurisprudencia tradicional, es preciso efectuarlo en un juicio ordinario con audiencia de las partes que celebraron el contrato.**

**IV. Sucesión significa una universalidad de derechos y cargas que deja el difunto. En este sentido toma el vocablo el artículo 2324 del C. C.**

**V. Si la sucesión no es un ente real, una persona capaz de derechos y obligaciones, no se concibe cómo esa entidad ficticia pueda llamarse dueña, siendo así que los bienes herenciales no están en poder de otras personas distintas de los herederos o sus subrogatarios.**

**VI. La frase consignada en una hipoteca "y por cualquier alcance que contra su fiado se llegue a deducir" también puede significar que el fiador respondería por cualquiera suma, o por cualesquiera alcances, pero sin pasar del límite fijado por la entidad respectiva. En estos casos podría la frase ser innecesaria, pero la norma que rige la interpretación de las leyes no puede ser tan estricta tratándose de contratos, como es obvio.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, julio tres de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

Previos los trámites de un juicio administrativo de cuentas, la Contaduría General de Cundinamarca, por auto de 21 de octubre de 1930, cuya ejecutoria se declaró en proveído de 30 de junio de 1931, dedujo a cargo del señor Eduardo Rojas, en su calidad de Tesorero del Municipio de Soacha, un alcance líquido por la cantidad de seis mil cuatrocientos setenta y cinco pesos y cuarenta centavos ($ 6,475.40).

Con fundamento en las precitadas providencias, el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía ejecutiva en favor del susodicho municipio y contra el mencionado Rojas, por la cantidad antes expresada.

Por no saberse el paradero del ejecutado, el mismo Juez libró ejecución contra el Pbro. Manuel Vicente Rojas, quien por la escritura número 3010, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá, el 28 de diciembre de 1925, se había constituído fiador del mentado señor Eduardo Rojas, y quien para garantizar las obligaciones contraídas había constituído, a favor del dicho municipio, hipoteca especial. (Folio 153 del cuaderno principal).

En tiempo oportuno, el doctor Jorge Ramírez, como apoderado del Presbítero Rojas, propuso las siguientes excepciones: nulidad de la hipoteca que hace parte del recaudo ejecutivo, reducción del valor de la ejecución a la suma porque se comprometió a responder el fiador, o limitación de su responsabilidad civil a la cantidad de mil doscientos pesos.

Los fundamentó en los hechos que a continuación se transcriben:

"1º Por escritura pública número dos mil ochocientos setenta y uno (2,871) de fecha siete (7) de diciembre de mil novecientos veinticinco (1925), pasada en la Notaría Primera de esta ciudad, mi representado compró a las señoras Patrocinio Rincón de Rojas y Rincón, los derechos que a las vendedoras les pudieran corresponder en la sucesión de su madre Eufrasia Rincón, vinculadas a una casa ubicada en el municipio de Soacha y comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el frente u occidente,

carrera de Tequendama de por medio, en parte con casa de Felisa Solórzano y en parte, con casa de Luis Rojas; por el Norte, con casa y solar de Julia Rojas de Uribe y Mercedes Rojas; por el Oriente, con solar de la casa de Camilo Galeano, y por el Sur, con casa y solar de los herederos de Visitación Heredia.

"2º El contrato que se hizo constar en la escritura mencionada en el punto anterior, es ficticio, ya que por parte de las vendedoras no hubo la intención de vender, ni por parte de mi representado la intención de comprar, ya que no hubo pago real del precio estipulado, ni entrega material de la casa, toda vez que las vendedoras han continuado en la posesión material de ella, ejecutando actos de dominio por su propia cuenta y riesgo.

"3º La sucesión de la señora Eufrasia Rincón, que cursa en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, en la cual vendieron esos derechos las señoras Rincón, no se ha liquidado ni se ha distribuído su haber y por tanto no se sabe si lo adquirido por el doctor Rojas sea una mitad, una tercera parte, o la totalidad de la casa en mención.

"4º Mi mandante, por escritura pública número tres mil diez (3010) de fecha veintiocho (28) de diciembre de mil novecientos veinticinco (1925) pasada ante el Notario Primero de esta ciudad, se obligó como fiador del señor Eduardo Rojas, para ante el Municipio de Soacha, hasta la cantidad de mil doscientos pesos ($ 1,200) m. c. y para garantizar esa obligación constituyó a favor del Municipio ejecutante hipoteca, de primer grado sobre la casa determinada y alinderada en el hecho primero, como cuerpo cierto.

"5º Del certificado de registro presentado por mi mandante al tiempo de la constitución de la hipoteca y que se halla en los autos y del pedido por ese Despacho, aparece que mi representado sólo es dueño de unos derechos vinculados a la casa afecta a la hipoteca.

"De conformidad con el contrato de fianza, mi mandante sólo se obligó a responder como fiador hasta la cantidad de mil doscientos pesos ($ 1,200.00) m. c.

"Mi mandante dio aviso oportuno al acreedor (el Municipio de Soacha) sobre el mal manejo de los bienes confiados a su fiado sin que se tomara providencia alguna encaminada a evitar el alcance deducido en su contra, en lo cual fue negligente el Municipio acreedor".

El Tribunal de Bogotá, después de tramitar el incidente lo falló así, por sentencia de 14 de diciembre de 1933:

"..... administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado doctor Manuel Vicente Rojas".

Este fallo subió en apelación a la Corte, la cual agotadas las ritualidades propias de segunda instancia, dijo lo siguiente en providencia de 22 de septiembre de 1934:

"Advierte la Sala que habiéndose librado ejecución contra dos personas, a una de las cuales sólo le ha sido notificado el mandamiento ejecutivo, por no haber sido hallada la otra debió procederse en la forma prevenida por el artículo 1001 del C. J., a fin de evitar dificultades en el procedimiento, como la que ocurre por este motivo. En efecto, por ser dos los ejecutados y haberse adelantado el juicio contra uno de ellos, puede ocurrir que el que no se ha hecho parte en el juicio se presente y habría que notificarle el auto de ejecución, del cual tendría el derecho de apelar y aún podría proponer excepciones. De modo que se daría el caso o de desconocerle este derecho o de tener que dictar dos fallos en el mismo asunto dividiendo la continencia de la causa, con el peligro de que fuesen contradictorias.

"Esto indica que el fallo sobre las excepciones, que es objeto del recurso, es prematuro, pues antes de decidir sobre tales excepciones es preciso que se cumplan con el ejecutado ausente las diligencias ejecutivas. Con el fin de que se haga esto, la Sala de Negocios Generales de la Corte revoca la sentencia apelada".

El art. 29 de la Ley 169 de 1896 autorizaba la revocatoria de un fallo para el solo efecto de que se cumpliera una formalidad indispensable para sentenciar y que se hubiera pretermitido.

La Corte estimó que esa facultad, aunque no estaba consignada expresamente en el

C. J. actual, existía de un modo implícito como un principio de recto procedimiento.

Hay que observar que esa revocatoria no puede producir los efectos de una nulidad procesal para destruír una actuación legalmente consumada. De manera que llenados los fines de la revocación, y no habiendo presentado excepciones el ejecutado Eduardo Rojas, lo natural era entrar a dictar la sentencia de excepciones, sin necesidad de volverlas a tramitar.

Veces hay en que una revocatoria semejante puede dar siempre como resultado una insubsistencia de la actuación. Esto podría ocurrir si se dictase una sentencia, pretermitiendo v. gr. un término probatorio.

Es verdad que cuando son dos los ejecutados, y a uno de ellos no se le ha notificado el auto ejecutivo, cuando el otro había ya propuesto excepciones, debe esperarse que transcurra para aquél el tiempo de proponerlas. Ello, porque según el art. 1025 del C. J. éstas sólo pueden proponerse por una sola vez, y bien pudiera ocurrir que el otro ejecutado propusiera las mismas, y si ya se hubieran tramitado las primeramente invocadas podría llegar el caso de sentencias contradictorias a causa de distintas situaciones de hecho en los respectivos incidentes.

Lo anterior está demostrando que al revocarse el fallo para dar cumplimiento a ciertas formalidades indispensables, lo racional y lógico es suponer que se quiso retrotraer la actuación para cumplir a cabalidad las formalidades pretermitidas. Así lo entendió el Tribunal **a quo**, y por ello inició de nuevo la tramitación del incidente. Pero en el negocio cuestionado sucede que el señor Eduardo Rojas dejó ejecutoriar el auto de citación para sentencia, sin hacer uso del derecho de excepciones, y en tales condiciones ya no era indispensable considerar virtualmente insubsistente la actuación del incidente del Pbro. Rojas, porque ello carecía de objeto práctico. Esto pone de resalto que la insubsistencia de determinadas actuaciones no es una norma absoluta, sino dependiente de las particulares circunstancias de hecho. Siendo así las cosas, lo más acorde con el artículo 472 del C. J., había sido dictar la sentencia en consonancia con las pruebas aducidas en el primer incidente. La segunda tramitación no impediría tampoco considerarlas, pues otro procedimiento sacrificaría el derecho a un estéril formulismo. Aún en la hipótesis de que la revocación hecha por la Sala de Negocios Generales, hubiera dispuesto indiscutiblemente retrotraer el procedimiento hasta la etapa de volver a iniciar la tramitación de las excepciones del Pbro. Rojas, las pruebas de éste, algunas de las cuales eran preconstituídas y cuyo mérito no nacía del juicio sino de la naturaleza misma de ellas, podrían apreciarse, porque constaban en el proceso y a él habían llegado legalmente, sin que la insubsistencia de una actuación, que no era resultado de una declaración de nulidad, hubiera sido capaz de destruír situaciones consumadas.

Las pruebas que hacen parte de un proceso, por haber sido aportadas por alguno de los medios indicados en el art. 597 del C. J., pueden estimarse.

Por consiguiente, si el primer incidente de excepciones hace parte del proceso, las pruebas practicadas en esa instancia deben apreciarse. Si se considera que las actuaciones de tal incidente quedaron insubsistentes, como esto no es fruto de una declaratoria de nulidad, las pruebas están figurando en autos; hace parte del mismo proceso, y no puede desconocerse que fueron aportadas legalmente por la parte cuyas excepciones se están estudiando.

Después de este largo análisis que era preciso, la Sala continuó haciendo varias consideraciones:

El Juzgado de ejecuciones fiscales de Cundinamarca procedió a dictar auto ejecutivo contra el Pbro. Rojas, basándose en la escritura hipotecaria, lo que permite deducir lógicamente que se promovió la acción real.

Ciertamente no se indicó bajo juramento cuál era el poseedor material del inmueble; pero la circunstancia de que en estos juicios por jurisdicción coactiva, el juez de ejecuciones es quien representa la parte ejecutante hace imposible el dicho juramento.

Por otro lado, el mismo Pbro. Rojas, quien se había considerado dueño del inmueble lo denunció para el pago. Estas circunstan-

cias permitían la deducción racional de que él era el poseedor material, representante por consiguiente de la casa hipotecada.

Con el fin de saber si el Pbro. Rojas se obligó personalmente es necesario interpretar el contrato, para lo cual se transcribe lo siguiente que consta en la escritura hipotecaria: "Compareció el señor Eduardo Rojas... y dijo: Que habiendo sido nombrado por el honorable Concejo Municipal de Soacha, en su sesión de fecha veintitrés de los corrientes, Tesorero de ese Municipio, y teniendo que asegurar su manejo del referido empleo con una fianza hipotecaria por la suma de mil doscientos pesos ($ 1,200.00) moneda legal, en que fue fijada por aquella corporación, da por su fiador al doctor Manuel Vicente Rojas, quien constituye hipoteca sobre la finca raíz que adelante se expresará. Estando presente el Pbro. doctor Manuel Vicente Rojas, mayor y vecino de esta ciudad, a quien conozco personalmente, expuso: Que se constituye fiador del señor Eduardo Rojas por la suma de mil doscientos pesos ($ 1,200.00) moneda legal para garantizar su manejo como Tesorero Municipal de Soacha y por cualquier alcance que contra su fiado se llegue a deducir; que para seguridad de las obligaciones que como fiador contrae, hipoteca especial y expresamente a favor del ya citado municipio, una casa de su exclusiva propiedad..."

Los términos del contrato son explícitos y relievan la intención de las partes; de ellos puede inferirse que el Pbro. Rojas se obligó a responder como fiador hipotecario.

En cuanto a las excepciones, la Sala reafirma una vez más que ellas más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el actor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa. De ese círculo no puede salirse el juzgador para buscar otros motivos distintos de los invocados por el excepcionante.

Concretada así la discusión, procede la Sala a analizar los hechos exceptivos.

En la enumeración marcada con los ordinales 1º y 2º, el doctor Jorge Ramírez, apoderado del Pbro, Rojas, afirma que el contrato consignado en la escritura número 2871 de 7 de diciembre de 1925, pasada ante el Notario 1º de Bogotá, es ficticio. Tal afirmación parece encaminada a sostener que su mandante no adquirió derecho alguno en el inmueble hipotecario, y que por consiguiente la hipoteca se hizo sobre un bien raíz que el Pbro. Rojas no poseía en propiedad.

Si se pretende demostrar la simulación y en consecuencia, la nulidad que como resultado de ella, admitía la jurisprudencia tradicional, ello es preciso efectuarlo en un juicio ordinario con audiencia de las partes que celebraron el contrato. Ningún objeto práctico tendría acumular pruebas sobre semejante hecho, porque el juzgador, a la postre, no podría hacer declaratoria alguna sobre ese evento.

Fuera de esta consideración capital, hay en el incidente completa ausencia de pruebas sobre tal punto.

En los hechos 3º, 4º y 5º se asevera que la liquidación de la sucesión de la finada Eufrasia Rojas Rincón no se ha liquidado; que la casa en cuestión fue hipotecada como cuerpo cierto, y que el hipotecante sólo es dueño de unos derechos herenciales vinculados en este inmueble.

En el fondo, interpretando lógicamente, las afirmaciones del señor apoderado del excepcionante, se ataca la hipoteca, porque se considera que el Pbro. Rojas no es o no era propietario del inmueble dado en garantía, por pertenecer a una sucesión ilíquida.

Con el certificado que figura en el cuaderno número 4 se podría acreditar que el juicio sucesorio de Eufrasia Rincón en la fecha de la certificación aún no estaba liquidada y verificada la partición.

Con la escritura número 2871 ya mencionada se establece la venta de los derechos hereditarios vinculados al inmueble embargado, celebrada entre la señora Patrocinio Rincón, la señorita Herminia Rincón y el Pbro. Rojas.

Para que se vea como la hipoteca se ataca en el concepto de versar sobre cosa ajena, es pertinente citar el siguiente parágrafo del alegato del doctor Jorge Ramírez en esta segunda instancia: "Por tanto, siendo así que mi poderdante hipotecó como de su propiedad una casa (cuerpo cierto) sin ha-

ber adquirido sino unos derechos, que al presente no se sabe hasta qué cantidad o cuota, la hipoteca no puede tener valor en derecho y menos gravar la casa como cuerpo cierto..."

La Sala de Casación había sentado esta doctrina: "La venta de inmuebles de una sucesión ilíquida equivale a la venta de cosa ajena".

Pero si la sucesión no es un ente real, una persona capaz de derecho y obligaciones, no se concibe cómo esa entidad ficticia pueda llamarse dueña, siendo así que los bienes herenciales no están en poder de otras personas distintas de los herederos o sus subrogatarios.

Ajeno es lo que pertenece a otro.

En sentencia de 8 de noviembre de 1937, dijo la Sala de Casación Civil: "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.

"2º 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 dominio sobre uno o más bienes. Antes de la participación, o, en su caso, antes de la posesión efectiva respecto de inmuebles, hay ún patrimonio universal destinado a liquidarse". (Véase **Gaceta Judicial**, número 1926, página 323).

A esta doctrina tan claramente expuesta podría agregarse que sucesión significa una universalidad de derechos y cargas que deja el difunto. En este sentido toma el vocablo el art. 2324 del C. C.

Si no hay tal cosa ajena, es extemporáneo hablar sobre hipoteca de cosa ajena en el evento contemplado.

Pero aun rindiendo pleitesía a la jurisprudencia tradicional es forzoso demostrar de quién es la finca demandada, ya que se sugiere que ésta pertenece a persona diferente del hipotecante.

Para ello es indispensable acreditar, en el caso de autos, la existencia de la sucesión de la señora Eufrasia Rincón, y luégo aducir también el comprobante de que el inmueble hipotecado pertenece a la herencia de ésta.

Y la existencia de la sucesión no queda plenamente establecida con las comprobaciones traídas al proceso, y menos aparece acreditado que la casa de que se trata sea de la comunidad herencial.

Lo anterior no significa que la Sala pregone la tesis de la validez de la hipoteca de derechos herenciales vinculados a determinada especie. Esta faz del problema no se encara en el presente fallo, porque los hechos exceptivos se han encaminado a impugnar el recaudo ejecutivo solamente desde los puntos de vista que se han analizado.

Por otro lado, la casa se hipotecó como cuerpo cierto y no con referencia a derechos herenciales vinculados en ella.

Si se piensa que la impugnación no se ha hecho en el concepto de hipoteca de cosa ajena, sino en atención a que el hipotecante no había todavía adquirido en el bien raíz un derecho de propiedad, por ser la casa un bien de una comunidad herencial, se alude sin duda a una hipoteca que se estima prohibida por las leyes. Si el presupuesto de la existencia de la sucesión y el dominio de la "de cujus" en el inmueble estuvieran plenamente acreditados, podría la Sala estudiar el asunto a la luz amplia de los arts. 757 y 2439 del C. C.

Como las probanzas no aparecen en parte alguna del expediente, la Sala está excusada de iniciar el análisis de la cuestión que apenas se esboza.

La declaración de la Sala sobre el punto discutido es que no están probados los hechos enumerados por el excepcionante como fundamentos de la excepción de nulidad de la hipoteca.

En lo que respecta a la segunda de las defensas propuestas, el Tribunal conceptúa que la literalidad de la escritura de fianza destruye las pretensiones del actor, supuesto que en tal instrumento éste se comprometió en los siguientes términos: "Estando presente el presbítero doctor Manuel Vicente Rojas, mayor de edad, vecino de esta ciudad, y a quien conozco personalmente, expuso: Que se constituye fiador del señor Eduardo Rojas por la suma de mil doscientos pesos moneda legal para garantizar su manejo como Tesorero de Soacha y por cualquier alcance que contra su fiado se llegue a deducir". Cita también el Tribunal un fallo publicado en el número 1898, página 241 de la Gaceta de la Corte, en el cual se dice que es en el documento de fianza donde están concretadas las obligaciones del fiador.

Infiere de esos razonamientos que el hecho exceptivo es completamente inoperante. El Tribunal, en la primera sentencia, que fue revocada, dio la siguiente explicación sobre la fijación de una cantidad precisa en la escritura que contiene la fianza hipotecaria: "Mediando esta estipulación expresa en el título constitutivo de la garantía, debe entenderse que la fijación de la cuantía de $ 1,200.00 se hizo en el acuerdo del Concejo Municipal de Soacha que se trajo en copia como prueba, tuvo como objeto únicamente que sirviera de base para determinar el valor mínimo que podía tener la finca que ofreciera en hipoteca o el valor de los bienes de los fiadores en relación con la solvencia de éstos". Semejante explicación sería incontestable, si las pruebas del excepcionante a este respecto hubiesen tendido a reemplazar o desfigurar las cláusulas expresas del contrato escriturario, mediante el procedimiento de aducir como probanza meros antecedentes de la negociación.

Así las cosas, tendría razón el señor Procurador Delegado en lo Civil, cuando alega en la forma que va a copiarse:

"Por la simple transcripción queda fuera de duda que en la escritura por la cual se constituyó la fianza el Presbítero Rojas se obligó a responder por cualquier alcance que contra su fiado se llegare a deducir, motivo por el cual carece de respaldo y fuerza la excepción sobre limitación de la responsabilidad del fiador a una suma determinada.

"Por otra parte la interpretación que quiere darle el apoderado del ejecutado a la cláusula antes nombrada dejaría sin validez y manifiestamente sin objeto toda una frase de dicha cláusula, pecándose así contra lo estatuído por la ley civil cuando dice que el sentido en que una cláusula, o una frase o algún período, puedan producir un efecto, debe preferirse a aquel en que no sean capaces de producir efecto alguno".

"Si realmente la cláusula no se prestara a ambigüedades, lo dicho hasta aquí sería suficiente para interpretarla en el sentido que le da el Tribunal; pero ocurre que hay en la parte enunciativa de la escritura hipotecaria, expresiones íntimamente ligadas con aquella cláusula y que permiten presumir que fue otra la intención de las partes contratantes. Por consiguiente sobre la literalidad es fuerza explorar la intención. Allí consta que el Sr. Eduardo Rojas compareciente dijo: "Que habiendo sido nombrado por el honorable Concejo Municipal de Soacha en su sesión de fecha veintitrés de los corrientes, Tesorero de ese Municipio, y teniendo que asegurar su manejo del referido empleo con una fianza hipotecaria por la suma de mil doscientos pesos $ 1,200) moneda legal en que fue fijada por aquella corporación, da por su fiador al Pbro. doctor Manuel Vicente Rojas..."

Si el Concejo fijó en $ 1,200.00 la fianza, ¿por qué se iba a comprometer el Pbro. Rojas a responder por mayor cantidad? La frase: "y por cualquier alcance que contra su fiado se llegue a deducir" también puede significar que el fiador respondería por cualquier suma, o por cualesquiera alcances, pero sin pasar del límite de $ 1,200.00. Podría la frase ser innecesaria, pero la norma que rige la interpretación de las leyes no puede ser tan estricta tratándose de contratos, como es obvio.

En la nota que el Concejo dirigió al señor Personero Municipal y que se protocolizó para dar copia de ella junto con la de la escritura se lee: "La cuantía de la fianza se ha fijado en la suma de $ 1,200.00..."

Conforme a lo que se acaba de analizar, hay por lo menos una duda en la interpreta-

ción del contrato, y esta duda ha de resolverse en favor del deudor. Por otra parte, la fianza no es presumible ni en su existencia ni en su extensión.

Sobre el aviso que dice el excepcionante que dio al Municipio de Soacha sobre el mal manejo de los bienes confiados al señor Eduardo Rojas, la Sala estima, como el Tribunal, que ello no es un hecho del cual pudiera derivarse basamento alguno para las excepciones propuestas.

La reducción de la responsabilidad del fiador a la suma de mil doscientos pesos ($ 1,200.00) implica la inexistencia de la obligación en relación con la mayor cantidad comprendida en la ejecución.

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, confirma la sentencia apelada en cuanto por ella se declara no probada la excepción de nulidad de la hipoteca, y la revoca en todo lo demás, para declarar probada la inexistencia de la obligación respecto de la cantidad que sobrepase a la suma de mil doscientos pesos ($ 1,200.00), cuantía de la fianza.

Continúe la ejecución por la cantidad de mil doscientos pesos, sus intereses y costas, conforme al referido auto ejecutivo.

Notifíquese, publíquese, cópiese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

EXCEPCION DECLINATORIA DE JURISDICCION. — COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE DEMANDAS SOBRE PAGO DE PENSIONES, RECOMPENSAS Y SUELDOS DE RETIRO DEPARTAMENTALES

**El legislador quiso referirse, en la Ley 153 de 1938, a los casos en que los derechos al pago de pensiones, recompensas y sueldos de retiro provienen de leyes nacionales y no de simples ordenanzas o acuerdos, pues una suposición contraria implicaría una generalización que no está acorde con su pensamiento, al través del espíritu que informa toda esa ley. Demandándose el pago de una bonificación departamental, no obstante ser la fuente de ella una norma administrativa, debe tener aplicación el art. 76, numeral 2º del C. J. en consonancia con el 734 del mismo Código.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor José María de Francisco solicitó ante la Gobernación de Cundinamarca una bonificación por haber prestado servicios en el Departamento por un lapso de diez años, fundándose para esta petición en lo que dispuso el art. 3º de la Ordenanza número 13 de 1933.

Por resoluciones de septiembre 30 de 1935 y 12 de diciembre del mismo año la Gobernación negó tal solicitud.

El señor de Francisco, en vista de esta negativa, demandó al Departamento por los trámites ordinarios, para que se hicieran estas declaraciones:

"1ª Que el Departamento de Cundinamarca debe pagarme, inmediatamente que se ejecutoríe la sentencia respectiva, la cantidad de novecientos pesos ($ 900.00) moneda legal a que tengo derecho por haber permanecido consecutivamente al servicio del departamento por un término de diez años;

"2ª Que se condene al mismo departamento de Cundinamarca a pagarme las costas de este proceso y los intereses legales de los novecientos pesos, intereses que se están causando desde el día en que debió pagárseme la suma que dejo mencionada".

El señor Fiscal 2º del Tribunal de Bogotá, al descorrer el traslado de la demanda, propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción, la cual se declaró no probada, tanto en la primrea como en la segunda instancia del incidente.

Cuando el negocio pasó para sentencia, con la firma de todos los magistrados que componen la Sala civil, se profirió por el Tribunal de Bogotá el auto que a continuación se transcribe y que lleva fecha de 28 de noviembre de 1938:

"Según el art. 4º de la Ley 153 de 1938 'el Consejo de Estado conocerá en lo sucesivo, privativamente y en una sola instancia de todas las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldo de retiro de que en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia, sea en virtud de atribución y por procedimientos especiales o por los trámites ordinarios".

Esta ley regirá desde su sanción, preceptúa el art. 7º y fue sancionada el ocho de noviembre, según aparece en el Diario Oficial número 23,923 de 14 del mismo mes.

Por tanto, pase este negocio al Consejo de Estado para su conocimiento privativo".

De este auto se apeló, y tramitado el recurso se procede a decidirlo, considerando:

El señor Procurador delegado en lo civil, después de conceptuar que el derecho demandado es una prestación de carácter social que se otorga en forma unilateral y gratuita, concluye que tal derecho es, en síntesis, una recompensa.

Al analizar el punto relativo a la competencia se expresa así: "Existen las llamadas jurisdicciones especiales a las cuales la

Ley atribuye ciertas funciones. Por éstas, la órbita amplia e ilimitada de la justicia ordinaria queda recortada en su contenido funcional, ya que las jurisdicciones especiales vienen a conocer exclusiva y privativamente de los negocios a ellas atribuídos.

Sustantivamente hablando el fin de la justicia contencioso administrativa es: dirimir todas las controversias y resolver todas las situaciones que se presenten en las relaciones permanentes y varias de los particulares con el Estado. Es decir, intervenir en las cuestiones de índole administrativa. Nace ésta como una sublimación de la justicia ordinaria y la orienta un criterio de división de trabajo y especialización de funciones; se amplía su contenido funcional a medida que toma mayor fuerza el concepto del Estado servidor público con mira a satisfacer las necesidades colectvas, porque la multiplicación de los servicios públicos dirigidos por el Estado hace necesario adscribir a la justicia administrativa todas las funciones que se agitan en el campo de las relaciones del Estado con los particulares, dejando, a la justicia ordinaria, todo lo referente a las relaciones entre particulares.

Este criterio positivo que aún no se ha abierto paso en forma perfecta en nuestra legislación, lo cual lamenta toda la nueva conciencia jurídica del país, en otras naciones tiene un cumplido efecto. Pero si en Colombia no existe una delimitación precisa y científica de las dos jurisdicciones no es menos cierto que la doctrina poco a poco ha ido penetrando en la mente de nuestros legisladores y se ha manifestado por múltiples providencias que atribuyen directamente al Contencioso Administrativo todo lo que se agita en el campo de las relaciones de las diversas entidades de derecho público con sus agentes y dependientes; y en general, en las vinculaciones con los particulares.

A tal orientación doctrinal corresponde, entre otros muchos, el artículo 4º de la Ley 153 de 1938, que atribuye al Consejo de Estado el conocimiento "de todas las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldos de retiro".

Y termina solicitando la confirmación del auto recurrido.

En la demanda se ha planteado concretamente si el señor de Francisco es acreedor del Departamento de Cundinamarca por una determinada suma de dinero, siendo la fuente de este derecho patrimonial una ordenanza de la Asamblea, que es una corporación administrativa. Desde ese punto de vista el conocimiento del asunto ha estado en el Tribunal de Bogotá, de conformidad con el numeral 2º del artículo 76 del C. J., pero resolver si el demandante es acreedor y la entidad oficial deudora es una cuestión que por ese aspecto puede considerarse como un derecho personal. Además de esto, era preciso que existieran leyes especiales que establecieran distinta jurisdicción privativa para esta clase de negocios que implican también relaciones de carácter público, comoquiera que no nacen propiamente de una convención sino de normas administrativas o estatutarias.

Es el caso de resolver si en la Ley 153 de 1938 quedaron comprendidas las recompensas departamentales.

Para solucionar el problema que se plantea es indispensable acudir a la historia fidedigna de la ley, porque los términos generales de ésta podrían llevar a la conclusión de que ella no hizo excepción alguna al respecto. Esto parece deducirse de una simple consideración sobre la literalidad de la ley; pues teniendo en cuenta los artículos que preceden al 4º, se llega a conclusión distinta.

En efecto, los artículos 1º y 2º hablan de pensiones pagaderas por el Tesoro Nacional, y en el cuarto se fija la jurisdicción para "todas las pensiones, recompensas y sueldos de retiro de que en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia..." Luego es lógico concluír que el legislador quiso referirse a los casos en que tales derechos provienen de leyes nacionales y no de simples ordenanzas o acuerdos, pues una suposición contraria implicaría una generalización que no está acorde con el pensamiento del legislador, al través del espíritu que informa toda la Ley 153 precitada.

Conforme a éste razonamiento y discutiéndose la existencia de una acreencia respecto de una bonificación, en frente de un departamento, no obstante ser la fuente de ella una norma administrativa, debe de te-

ner aplicación el art. 76, numeral 2º del C. J. en consonancia con el 734 del mismo Código.

Si la intención del legislador hubiera sido fijar jurisdicción especial, aun para litigios como el que se ventila en el presente juicio, lo habría dicho en forma más explícita que no dejara ni sombra de duda.

Pero si las reflexiones que se han hecho no persuaden, la historia del art. 4º hace resaltar cuál fue la intención de quienes lo presentaron ante el Senado.

Los honorables senadores que informaron sobre los artículos 1º, 2º y 3º, propusieron el 4º con la siguiente motivación que se lee en el expediente relativo a dicha ley:

"De estas pensiones conocía el Consejo de Estado, pero como el artículo 7º de la Ley 80 de 1916, suspendió definitivamente el reconocimiento administrativo de pensiones y recompensas, la Corte decidió en varios fallos, que les queda a los interesados la vía ordinaria para obtener la pensión, ya que la ley reconoce el derecho y sólo falta que haya una entidad con jurisdicción especial para decretar la gracia. Siguiendo las reglas generales, la primera instancia del juicio ordinario respectivo les corresponde a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, y la segunda instancia, por apelación o por consulta, a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al conocimiento de las demandas relativas a la efectividad de los derechos que tiende a consagrar el proyecto, así como de las demás pensiones, recompensas o gracias decretadas por **leyes anteriores** (subraya la Sala), y de que conoce en la actualidad la Corte Suprema de Justicia, conceptuamos que debe atribuírse al Consejo de Estado, privativamente, por tratarse de asuntos que están más en armonía con la jurisdicción administrativa. A este respecto debemos observar que la Corte conoce actualmente de algunas de tales demandas, unas, como las relativas a las pensiones de los maestros de escuela y de los funcionarios del órgano judicial, por atribución y procedimientos especiales, conforme a las Leyes 114 de 1913, 102, art. 7º de 1927 y 29, art. 7º de 1905; y otras como las referentes a las pensiones de los empleados civiles en general y de las viudas e hijas de los expresidentes, por trámites ordinarios".

Y sin más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca el auto apelado, y consecuencialmente resuelve que pasen los autos al Tribunal de Bogotá, para que aprehenda nuevamente el conocimiento del negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

## ACCION DE POSESION DE UNA MINA

**1. El Código de Minas establece diferencias entre poseedor y poseedor regular. Cuando las disposiciones del texto citado se refieren a los poseedores regulares, lo dicen expresamente. (Artículos 323, 324, 325 y 333). — 2. La acción para conservar la posesión de una mina la puede intentar el poseedor ordinario, conforme al artículo 321. Puede establecer la acción posesoria el que ha conservado la posesión desde que adquirió la mina, o el que por lo menos tenga título y pruebe el pago del impuesto. — 3. La acción para hacer efectiva la posesión, que es distinta de la acción para conservar, sólo puede intentarla el poseedor regular, conforme al artículo 323. No es jurídica, por tanto, la conclusión de que en derecho minero sólo el poseedor regular puede intentar acción posesoria. Puede el poseedor ordinario intentar acciones posesorias para conservar la posesión. La limitación del derecho en favor del poseedor regular sólo se refiere a las acciones para HACER EFECTIVA la posesión, es decir, para entrar en posesión material de una mina, respecto de la cual se acredita un título válido. — 4. Por medio de una resolución de carácter administrativo no se puede despojar a nadie de la posesión de una mina. El propósito de las disposiciones de la ley sobre posesión de minas es mantener el STATU QUO mientras no lo cambie la competente decisión judicial. El legislador quiso prestarles a los actos posesorios sobre minas un amparo rápido y especial.**

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

(Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Adolfo Córdoba, apoderado del señor William W. Avery, Gerente de la Compañía Minera Chocó-Pacífico, S. A., domiciliada en Andagoya, Intendencia del Chocó, estableció ante el Tribunal Superior de Cali una acción posesoria con respecto a la mina "Pan de Oro", de propiedad de la compañía citada, por compra hecha a The Anglo Colombian Development Company, Limited, por medio de la escritura pública número 59 de 1º de abril de 1927, otorgada en la Notaría de Istmina, copia de la cual se acompañó al libelo, lo mismo que las escrituras anteriores de traspasos de la propiedad de la mina y la diligencia de posesión verificada en el año de 1899, en la adjudicación de la expresada mina hecha a José David Delgado, para él, Limbania Gómez v. de Domínguez y Manuel Gregorio Salazar.

Los hechos alegados son los siguientes: Como dueña y poseedora de la mina "Pan de Oro", ubicada en el río San Juan, la Compañía demandante se queja de haber sido perturbada en su posesión, en virtud de órdenes emanadas del Ministerio de Industrias y Trabajo y cumplidas por mediación del Intendente del Chocó y del Prefecto de la Provincia de El San Juan. La Compañía se opuso a la celebración de un contrato sobre explotación de metales preciosos en el lecho del río San Juan, según propuesta que hizo el señor José Alfonso Currea; el Ministerio declaró infundada la oposición en la Resolución número 112 de 8 de noviembre de 1937 y ordenó notificar a la Compañía la suspensión inmediata de los trabajos de exploración y explotación establecidos en la zona del cauce del río San Juan distinta de la comprendida en los dos mil trescientos treinta (2,330) metros de extensión longitudinal de la mina "Pan de Oro", tal como aparece demarcada en el croquis elaborado por la Sección Técnica de la Dirección General de Minas; las autoridades administrativas del Chocó ordenaron poner en ejecución la Resolución del Ministerio y el Intendente del Chocó, y en cumplimiento de órdenes suyas el Prefecto de la Provincia del San Juan, hicieron cesar el 5 de marzo de 1938, los trabajos de exploración y explotación que estaba llevando a cabo la nombrada Compañía con su draga número 1, situa-

da en el cauce del río San Juan y en el sitio de "La Leonera", frente a la desembocadura de la quebrada "Santa Bárbara" en el Municipio de Tadó, sitio éste comprendido en la mina de "Pan de Oro". En el momento de la diligencia, el representante de la Compañía, señor W. W. Avery, dejó constancia de que la draga número 1, cuya paralización se ordenó, estaba trabajando en ese momento dentro de los linderos de la mina "Pan de Oro", de propiedad de la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., linderos que determina claramente el título respectivo, distinguido con el número 1231 de 6 de julio de 1899, y que son: por abajo, la confluencia de la quebrada "La Platina" con el río San Juan, y por arriba el punto conocido con el nombre de Puente Antiguo; que tal mina fue redimida a perpetuidad y que dejaba su protesta por el atropello de que se hacía víctima a la Compañía.

El Tribunal, en sentencia de fecha 7 de junio del año pasado, negó lo pedido por la Compañía. El representante de ésta apeló y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Terminada la tramitación propia de la segunda instancia, se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El Tribunal estima que en derecho minero únicamente el poseedor regular puede establecer acción posesoria y en virtud de esta consideración concluye que la Compañía Minera Chocó Pacífico carece de derecho y no tiene la acción que ha incoado contra el Estado, con fundamento en el artículo 427 del Código de Minas. porque es poseedor regular de la mina "Pan de Oro", pero tan sólo en la medida que su título le da, y nada más. Agrega que fuera de esta medida podrá ser un poseedor ordinario, material, clandestino, o cualquiera otra cosa, menos poseedor regular.

La Sala observa:

El artículo 320 del Código de Minas establece que las acciones posesorias tienen por objeto hacer efectiva o conservar la posesión de las minas y los derechos reales constituídos en su favor. Conforme a esta disposición las acciones posesorias tienen dos finalidades tratándose de minas: hacer efectiva la posesión o conservarla.

El Código de Minas establece diferencia entre poseedor y poseedor regular. Cuando las disposiciones del texto citado se refieren a los poseedores regulares, lo dicen expresamente. (Artículos 323, 324, 325 y 333).

La acción para conservar la posesión de una mina, la puede intentar el poseedor ordinario, conforme al artículo 321, que dice así:

"Sólo el que ha conservado la posesión desde que la adquirió, o que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto en el año anterior, podrá establecer una acción posesoria".

Esta disposición es suficientemente clara y no ofrece lugar a dudas: puede establecer la acción posesoria el que ha conservado la posesión desde que adquirió la mina, o el que por lo menos tenga título y justifique el pago del impuesto.

La acción para hacer efectiva la posesión, que, como se ha visto, es distinta de la acción para conservar la posesión, sólo puede intentarla el poseedor regular, con arreglo a esta disposición:

"Art. 323. La acción para hacer efectiva la posesión, puede intentarse solamente por los poseedores regulares, contra los que han adquirido sobre su mina posesión ordinaria, violenta o clandestina".

Según lo anterior, no es jurídica la conclusión del Tribunal de que en derecho minero sólo el poseedor regular puede intentar acción posesoria. Puede el poseedor ordinario intentar acciones posesorias para conservar la posesión. La limitación del derecho en favor del poseedor regular, sólo se refiere a las acciones para hacer efectiva la posesión, es decir, para entrar en posesión material de una mina respecto de la cual se acredita un título válido.

---

La demanda en el presente caso se apoya en el artículo 328 del Código de Minas que establece que "el poseedor tiene derecho para pedir que no se le turbe o embarace en su posesión, o se le despoje de ella, que se le indemnice del daño que ha recibido, y que se le dé seguridad contra el que fundadamente tema", y en el artículo 427 de la misma obra, que establece la manera como debe ejercitarse la acción, cuando el deman-

dante pretenda que no se le turbe o embarace en la posesión de alguna mina. Se ha iniciado, pues, una acción de las que la ley reconoce al poseedor, de conformidad con el artículo 321 de la obra citada.

Las acciones posesorias, llamadas en el derecho romano y en el español interdictos **posesorios**, no se refieren al dominio sino al hecho material de la posesión. Por consiguiente, en este juicio no se pueden estudiar las cuestiones referentes a los títulos exhibidos por la Compañía demandante, los cuales han sido tachados por el Ministerio por comprender una extensión mayor que la que arroja la mensura, ni tampoco las relativas a los excesos que fueron redimidos por el pago de impuestos. Estos asuntos deben ventilarse en el respectivo juicio de dominio.

Lo que precisa estudiar en este fallo es si la Compañía demandante es poseedora de la mina llamada "Pan de Oro" y si ocurrieron los actos de perturbación por parte de los agentes de la Nación.

Para acreditar el dominio de la mina llamada "Pan de Oro", se presentaron los títulos y traspasos de la propiedad desde el año de 1899, en que fue adjudicada a José David Delgado, para él, Limbania Gómez viuda de Domínguez y Manuel Gregorio Salazar, a causa de haber sido abandonada por el anterior poseedor, a quien se adjudicó en el año de 1892. En la diligencia de posesión respectiva se fijaron así los límites de la mina: "En el distrito municipal de Tadó, a las dos de la tarde del día 3 de mayo de 1899, se constituyó el Alcalde Municipal en el paraje de 'Vaca' en el distrito, estando presentes los señores José David Delgado, José de Jesús Perea Agualimpia y el Secretario que suscribe y además los señores Delfín Ayala, Apolónides Mosquera y otros, y manifestó que por comisión del señor Gobernador del Departamento iba a dar posesión al señor José David Delgado de la mina de oro y platino descubierta en el lecho del río San Juan, y dispuso que el perito señor Perea Agualimpia procediera a la medida de acuerdo con el artículo 313 de la Ley de 24 de agosto de 1887 y teniendo en cuenta la disposición del artículo 25 del Código de Minas, hecho lo cual el perito manifestó que en la margen izquierda del San Juan donde le confluye el Platina clavó un guayacán en donde empieza la vegetación, que de allí tiró una línea recta a la margen derecha del mismo río, la cual midió noventa metros que dieron en la raíz de un pichindé grande que desde la orilla se interna al río, en el cual se hizo una incisión o corte; que de allí siguió midiendo por ambas márgenes hasta ir a Puente Antiguo, cuatrocientos metros arriba de la boca del Puerto hasta donde midieron dos kilómetros y trescientos treinta metros y que amojonó de uno y otro lado con un grupo de piedras sobre hoyos naturales que existen en las rocas midiendo de uno a otro mojón cuarenta mts: Que ciento sesenta más abajo del punto indicado se estrechan las peñas de uno y otro lado del río hasta diez y siete metros. Que en la distancia medida queda comprendida toda la extensión concedida a los anteriores poseedores, quedando así demarcado un rectángulo de noventa metros de pie, dos kilómetros y cuatrocientos metros de longitud por cuarenta metros en la parte superior..."

Se presentaron también los títulos que acreditan los traspasos de la mina hasta la escritura número 59 de 1º de abril de 1927, otorgada en la Notaría de Istmina y debidamente registrada, por medio de la cual The Anglo Colombian Development Company Limited, vendió a la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A. la mitad de "Pan de Oro" por estos linderos, que son los mismos de la diligencia de posesión de 1899: "Desde la boca del río Mungarrá o **Platina**, en el río San Juan, por abajo, hasta **Puente Antiguo**, cuatrocientos metros arriba de la boca del río Puerto, por el lado de arriba, incluyendo todas las islas y playas comprendidas en este trayecto, y, por ambos lados las dos márgenes de río San Juan".

El Ministerio de Industrias para desatar la oposición que la Compañía propietaria de la mina referida hizo a una solicitud del señor José Alfonso Currea sobre celebración de un contrato en un trayecto del río San Juan, declaró infundada la oposición y ordenó a la entidad mencionada suspender los trabajos de exploración y explotación establecidos en la zona del cauce del río San

Juan distinta de la comprendida en 2,300 metros de extensión longitudinal de la mina "Pan de Oro".

Se fundó el Ministerio en que las medidas que constan en la diligencia de posesión no comprenden la extensión que encierran los linderos. La compañía demandante explica esta diferencia como una equivocación cometida en la diligencia de posesión de la mina "Pan de Oro", dada al señor José David Delgado, que consiste en que el perito que debía medir la extensión longitudinal de la mina, dijo que tenía dos mil trescientos metros, cuando en realidad tiene cerca de dos miriámetros, según la diligencia de posesión del año de 1892, traída a los autos por vía de información. No se estudia la escritura mencionada por aparecer sin la respectiva nota de registro.

Con el fin de apreciar los títulos de propiedad en relación con la posesión de la mina, debe tenerse en cuenta que aceptando que es verdad que la cabida expresada en la diligencia de 1899 no tiene más extensión que la que dice el Ministerio, la posesión de la mina se dio al señor José David Delgado por linderos precisos y definidos, que son los mismos que figuran en todos los títulos de propiedad. Estos linderos comprenden desde la boca del río Mungarrá o Platina en el río San Juan hasta Puente Antiguo.

Pero prescindiendo de los títulos expresados, ya que para su apreciación hay una diferencia de criterio entre las partes, que sólo puede decidirse como se ha dicho ya, en un juicio distinto, la posseión ordinaria, que da lugar a la acción posesoria, y que es la que proviene de la ocupación material de la mina, sin violencia ni clandestinidad (art. 305 del Código de Minas), está suficientemente acreditada en el expediente.

En efecto, figura en el expediente la diligencia de posesión de 1899 y la prueba de los sucesivos traspasos hasta llegar a la Compañía demandante. Además, obran en autos las declaraciones de los testigos Manuel Mosquera P., Moisés Delgado M. y Rómulo Arce Perea. Estos testigos dicen que conocen la mina expresada, que es de propiedad de la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., por los linderos comprendidos de la confluencia de la quebrada Platina con el río San Juan hasta el punto bien conocido con el nombre de Puente Antiguo y que la Compañía estaba en posesión pacífica de la mina y la explotaba desde hacía más de un año hasta el sábado cinco (5) de marzo de 1938 en que el Prefecto de la Provincia de San Juan paralizó o suspendió el funcionamiento de la draga Nº Uno. Agregan que los puntos llamados "La Leonera" y la boca de la quebrada de "Santa Bárbara", margen derecha y margen izquierda, respectivamente, del río San Juan donde trabajaba la draga el día citado, en el lecho del San Juan, mina de "Pan de Oro", se encuentran dentro del trayecto del río entre los puntos de boca de la quebrada de Platina, por abajo, y Puente Antiguo, por arriba.

La perturbación en la posesión de la mina también está suficientemente comprobada. Figuran en autos copias de la Resolución número 12 de 6 de noviembre de 1937, pronunciada por el Ministerio de Industrias y Trabajo, de la actuación de la Intendencia del Chocó y del Prefecto de la Provincia de El San Juan relacionada con el cumplimiento de la citada Resolución; declaraciones sobre el hecho de la intervención del Prefecto nombrado y paralización de los trabajos de la Compañía el 5 de marzo de 1938 en el sitio de "La Leonera", cauce del río San Juan; declaraciones de los testigos citados arriba sobre identificación del sitio mencionado como comprendido dentro de la extensión de la mina "Pan de Oro".

En la diligencia de posesión de la mina, de fecha tres de mayo de 1899, el denunciante manifestó que auncuando la porción medida no alcanzaba a la extensión a que la ley le daba derecho, se conformaba con ella para no lesionar los derechos de los ribereños del río. Pero esto no puede entenderse como una limitación de la posesión a determinadas medidas, porque el Alcalde de Tadó dio posesión legal y material de la mina a los interesados, en la forma establecida en el escrito de demanda, es decir, por los linderos allí especificados, o sea, desde la confluencia del río San Juan con el Platina, hasta "Puente Antiguo", lugares que sirvieron de punto de partida para medir la extensión de la mina, como consta en el tí-

tulo. Si la cabida es equivocada, es cuestión que se debe probar en otro juicio, porque el interdicto posesorio no puede contemplar sino el hecho material de la posesión y no cuestiones de dominio, mucho menos tratándose de minas.

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de fecha 6 de octubre de 1938 (Crónica Judicial, número 269, página 1816), se refiere a las diferencias que existen entre los juicios posesorios de que trata el Código Judicial y los contemplados en el Código de Minas, para llegar a la conclusión acertada de que el legislador quiso prestarles un amparo rápido y eficaz a los poseedores de minas. Dice así el Tribunal:

"En todos los juicios de que habla el Código Judicial, aún en los más breves y sumarios, la sentencia sólo viene después de la citación o notificación de la demanda a la parte demandada. Así por ejemplo, en los juicios posesorios por despojo, perturbación de posesión y en los posesorios especiales, se da traslado de la solicitud a la parte demandada por un corto tiempo; y luégo, haya o no término de pruebas, se dicta la sentencia respectiva, que decrete o niegue las peticiones de la demanda. Así puede verse en los artículos 877, 885, 888 y ss. del Código de Procedimiento. Lo mismo ocurre en los demás juicios.

"El Código Minero, apartándose de esa escuela, y probablemente por el rápido amparo que quiere prestarle a los poseedores regulares (evitando que con tramitación larga se hagan ilusorios sus derechos por el laboreo que vaya efectuándose de la mina, dejándola cada vez más agotada), adopta un criterio distinto; y ordena dictar la sentencia desde un principio, sin citar ni oír al demandado.

"Así lo determinan: el artículo 417 respecto al juicio para hacer efectiva la posesión de la mina; el 429 cuando se trata de juicios perturbatorios de posesión; y el 436 con relación a las demandas por despojo de minas. Estas tres disposiciones, que contemplan todos los juicios posesorios de minas, expresan que cerciorándose el juez del derecho del reclamante y sin previa citación ni audiencia del demandado, mandará que se entregue la mina, ordenará la abstención de actos perturbatorios, o dispondrá restituír en su posesión al despojado. Es un sistema uniforme y especial que adopta el Código de Minas en juicios de esta especie".

Esta Sala, en sentencia de fecha 9 de diciembre de 1921, dictada en el juicio posesorio por despojo que propuso contra la Nación el doctor Joaquín A. Collazos, como apoderado de los señores José A. Mayolo y Reinaldo Frigerio, en relación con la mina de **El Salto**, sentó la tesis de que por medio de una resolución de carácter administrativo no se puede despojar a nadie de la posesión de una mina y dice que el propósito de las disposiciones de la ley sobre posesión de minas es "mantener el **statu quo**, mientras no lo cambie la competente decisión judicial". (**Gaceta Judicial**, número 1502, página 113).

El señor Procurador Delegado en lo Civil pide la confirmación de la sentencia del Tribunal, apoyado en las razones expuestas por aquella entidad, las cuales quedan analizadas en las consideraciones anteriores. El doctor Luis Eduardo Gacharná, apoderado de la parte demandante, también alegó en oportunidad para sostener la revocatoria de la providencia apelada, tesis que la Sala ha encontrado jurídica.

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:

**Primero.** Desde la ejecutoria de esta sentencia cesan los efectos de la orden dada por el Prefecto de la Provincia de San Juan, para la suspensión de los trabajos de explotación y exploración de la draga número 1 de la Compañía Minera Chocó-Pacífico, S. A., en el cauce del río San Juan y en el trecho comprendido entre la confluencia de este río con la quebrada denominada **Platina** y el punto llamado **Puente Antiguo** en aquel río.

**Segundo.** Se previene a las autoridades administrativas que se abstengan en lo sucesivo de perturbar el derecho de la Compañía Minera Chocó-Pacífico, S. A., a ex-

plorar el lecho del río San Juan, en el trecho de que trata el punto anterior.

Comuníquese al Ministro de la Economía Nacional, al Ministro de Gobierno y al Intendente del Chocó.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Aníbal Cardoso Gaitán—Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

**ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — EMPLEADOS PUBLICOS.— PRESCRIPCION DEL DERECHO A SU REMUNERACION**

**La situación jurídica del empleado frente a la administración, no puede considerarse como la de un contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe someterse el empleado las señala la ley o el reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley. Así, pues, no tratándose de una relación contractual, no pueden ser aplicables por analogía las disposiciones del Capítulo 4º, Título 41 del C. C., que contemplan las prescripciones de corto tiempo para determinados contratos de derecho privado. La prescripción del derecho a la remuneración de un empleado público debe regirse por las disposiciones ordinarias de prescripción de las obligaciones que emanan de la ley.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio ocho de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tribunal Superior de Ibagué concedió para ante la Corte el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra el fallo de fecha veinte de abril de 1938, dictado en el juicio ordinario seguido por el doctor Juan N. Arbeláez, como apoderado de numerosos maestros de escuela, contra el Departamento del Tolima, representado por el señor Fiscal del Tribunal, para que se condene al Departamento a pagar a los maestros que menciona el libelo, los sueldos de vacaciones de diciembre de 1931 y enero de 1932.

Tramitado legalmente el recurso en la Sala, sin que se observen causales de nulidad, se procede a dictar el fallo de segunda instancia, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

La demanda se funda en estos hechos: según Decreto número 187 de 1931, a los maestros del Tolima se les liquidaron sus sueldos, inclusive las vacaciones de diciembre de 1931 y enero de 1932; el sueldo se señaló de acuerdo con la categoría de cada maestro; por Decreto número 340 de 1931, se modificaron las asignaciones fijadas en el presupuesto; a pesar de existir las partidas necesarias en el presupuesto, el Gobierno del Departamento no giró las que correspondían a los meses de diciembre de 1931 y enero de 1932; a los maestros no se les han pagado los sueldos de los dos meses citados.

La Corte, en sentencia de fecha 27 de abril de 1936, condenó al Departamento del Tolima a pagar a varios maestros de aquel Departamento los meses de vacaciones de diciembre de 1931 y enero de 1932. La acción que hoy se estudia se funda en los mismos motivos que tuvo en cuenta la Corte para su decisión. En el fallo citado, la Sala dijo lo siguiente:

"El cargo de maestro de escuela es de carácter permanente. El espíritu de la legislación colombiana ha sido el de reconocerles a los maestros las vacaciones remuneradas, y no podía ser de otro modo, porque no teniendo aquéllos otra fuente de entradas que sus exiguos sueldos, que rara vez son suficientes para subvenir a las más apremiantes necesidades, si se les niegan durante los meses en que las escuelas están cerradas, las vacaciones en cambio de constituír un descanso merecido, se convierten para los institutores en épocas de mortificaciones y de escasez. El art. 9º de la Ley 33 de 1925, dice así: "En caso de que algún profesor o empleado del ramo falleciere durante las vacaciones reglamentarias, tendrán sus herederos derecho a percibir el sueldo correspondiente al resto de las vacaciones". Esta

disposición es suficientemente clara para fundamentar el derecho de los maestros de escuela a los sueldos de vacaciones, porque no sólo ha querido el legislador que se les paguen a ellos, sino que consagra en favor de los herederos el derecho a recibir dichos sueldos en el caso de muerte de quienes los devengaron".

El Tribunal en su sentencia hace un estudio detenido de las pruebas presentadas y reconoció su derecho a los maestros que acreditaron que prestaron sus servicios durante el año de 1931 y presentaron los exámenes correspondientes. Absolvió al Departamento del Tolima en relación con los maestros que no presentaron las pruebas necesarias. La Sala encuentra jurídica la sentencia, porque ella se ajusta a lo que aparece acreditado en los autos. La parte resolutiva del fallo, dice así:

"Condénase al Departamento del Tolima a pagar, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, los sueldos de los meses de vacaciones de diciembre de 1931 y enero de 1932, a los maestros que a continuación se expresan, según la categoría de cada cual y por las asignaciones que se fijan:

"Como de 3ª categoría la suma de ciento trece pesos cuarenta centavos ($ 113.40) a cada una de las señoritas: Carmen Cifuentes, Serafina Quijano M., Julia Lozano V., Carlota Rengifo R., Faustina Indaburu y Elisa Sánchez, señora Sofía Echeverri de Chaves y Sor Paulina del Espíritu Santo; como de cuarta categoría la suma de noventa y nueve pesos ($ 99) a cada uno de los señores Alejandro Díaz y Alfredo Fernández Ospina, señora Virginia M. de Castro y Sor Ana Mercedes del Santísimo; como de quinta categoría la suma de ochenta y un pesos ($ 81.00) a cada uno de los señores Gabriel Didyme Dome, Noel Arango, Carlos J. Fernández Ospina y Hernán Correa, señoras Ana Elisa Giraldo de Vargas, Sofía Acero V., Rebeca Orjuela, Carmen Palma de Rodríguez, Blanca Montoya de Lentino y Agripina viuda de Aldana y Hermana San Ramón de la Cruz (María Molano); como de sexta categoría setenta y tres pesos sesenta centavos ($ 73.60) a cada uno de los señores Aquilino Rodríguez M., Rosa María Castaño, Trinidad S. de Garzón, Sor Rosa de San Enrique, Sor Rosa de Jesús y Hermano Cecilio A.; y como de séptima categoría, sesenta y cuatro pesos cuarenta centavos ($ 64.40) a cada uno de los señores Julio César Sánchez M., José Gutiérrez H., Sara Polanco, Carlina Granados, María Teresa Gualtero, Eutalia Vásquez R., Carmen Urueña, Silvia Torres V., Margarita Rivera, Carmen Arias Z., Carmen E. Bedoya, Melania v. de Gómez, Hersilia Rojas S., Waldina Hernández, Belén Tello Uribe, Ana María Salazar, Bárbara Navarro, María Nieves Panezo, Cristina Castro S., Inés Núñez, Rosa María Calderón, Gregoria v. de Trujillo, Teófila Lozano R., Isabel Góngora de Rodríguez, Gabrielina Jiménez, Helodia de Lozano, Omaira Gualtero de Montenegro, Rosa María Sandoval S., Carmen Guzmán P., Mercedes Suárez de Nieto, Lucrecia Tarquino, Flora Cruz S., Ana Lucía Umaña de Devia, Orosia Bonilla de Neira, María del Pilar Leguizamón S., Marta Martínez de Avila, Isabel Bahamón C., Ester Sánchez G., Isabel Hernández Garzón, Edelmira Londoño G., Sor Rosa Mercedes del Santísimo, Rosa Tulia M. de Ruiz, Ana Graciela Peña y Ana Rita Trujillo A.

"Absuélvese al Departamento de los cargos de la demanda formulados por quienes no quedaron incluídos en las listas anteriores".

Durante la segunda instancia no se pidieron pruebas que modifiquen la situación contemplada por el Tribunal de primera instancia, ni el apoderado de los demandantes presentó alegaciones de ninguna clase. Estima la Sala que es el caso de confirmar en todas sus partes la sentencia apelada.

### La excepción de prescripción

El señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Bernardo Uribe Holguín, alegó la excepción perentoria de prescripción, la cual fundamentó en los siguientes términos:

"Establece el artículo 2543 del Código Civil que: prescriben en dos años las acciones de los dependientes y criados por sus salarios, **y la de toda clase de personas por el precio de servicios que prestan periódica o accidentalmente.** Y el artículo 2544 estable-

ce que esa prescripción corre contra toda clase de personas y no admite suspensión alguna. Asimismo, que se interrumpe solamente cuando interviene pagaré u obligación escrita del acreedor, o cuando interviene un requerimiento. En el presente caso la demanda fue instaurada en marzo de 1937, para obtener el pago de las vacaciones escolares de los meses de diciembre de 1931 y de enero de 1932; es decir, había transcurrido un período mucho mayor de dos años desde la fecha en que se causaron los pretendidos derechos de los demandantes y el instante en que se promovió la demanda. Por otra parte, no hay constancia de ninguna clase de que la prescripción se hubiera interrumpido en las formas taxativas que establece el artículo 2544 citado.

"Si esta prescripción, consagrada en los mencionados textos, tiene una razón de ser especial, que los patrimonios y los presupuestos particulares no sufran las contingencias de reclamaciones extemporáneas, que el que tenga un derecho por un sueldo o salario lo invoque oportunamente dentro de un tiempo relativamente corto, tales fundamentos se pueden aducir, con mayor fuerza, tratándose del patrimonio de entidades públicas".

El artículo 2543, citado fragmentariamente por el señor Procurador, dice así:

'Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo.

"La de los dependientes y criados por sus salarios.

"La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc."

La Corte observa:

Para determinar si la disposición citada es aplicable a los sueldos de los funcionarios públicos, es necesario examinar la situación jurídica en que ellos se encuentran. El señor Procurador en su vista expone sobre el particular lo siguiente:

"Se han ideado sucesivamente diversas teorías sobre la situación en que se encuentran los funcionarios públicos. Primitivamente se adoptó la llamada teoría contractual. Tal concepción consideraba que el funcionario estaba ligado a la Administración por un contrato de arrendamiento de servicios o de mandato. Esta doctrina evolucionó rápidamente hasta considerar que el lazo que une al funcionario y a la Administración no es contractual de acuerdo con el significado que tiene esta palabra en el derecho privado, sino que es un lazo contractual de derecho público. Ambas concepciones, y aún con la mayor elasticidad que se daba en la segunda a las relaciones entre los funcionarios y la Administración, eran falsas desde el momento que el nombramiento de un funcionario no tiene ninguna de las condiciones ni de forma ni de fondo que se necesitan en la existencia de toda convención".

De acuerdo con esta teoría, resulta contradictoria la petición final de la vista del señor Procurador, porque no siendo contractual la relación del funcionario con la Administración, no se pueden aplicar las disposiciones que cita como apoyo de la excepción.

Para la Corte la situación jurídica del empleado frente a la Administración, no puede considerarse como la de un contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe someterse el empleado las señala la ley o el reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la Administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley.

Gaston Jéze en su tratado de Derecho Administrativo, dice que "las condiciones de ingreso en el servicio público, los derechos y deberes de los agentes, la duración del empleo, la responsabilidad, etc., no derivan de una situación contractual, sino de una situación **legal y reglamentaria".** Agrega dicho autor que los agentes públicos propiamente dichos "están en una situación legal y reglamentaria, lo que significa que el régimen contractual no se les aplica en ningún momento".

El derecho a la remuneración que tiene un empleado público, no es un derecho contractual, porque la relación del funcionario con el Estado no es una relación contractual,

dice Francisco J. Goodnow. 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 si no se trata de una relación contractual, no pueden ser aplicables por analogía las disposiciones del Capítulo 4º, Título 41 del C. C., que contemplan las prescripciones de corto tiempo para determinados contratos de derecho privado. La prescripción del derecho a la remuneración de un empleado público debe regirse por las disposiciones ordinarias de prescripción de las obligaciones que emanan de la ley. En esas condiciones, no ha transcurrido en el caso que se estudia el tiempo necesario para que quede consumada la prescripción alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y debe, por consiguiente, declararse no probada la excepción.

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 declara no probada la excepción de prescripción alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente.

**Pedro A. Gómez Naranjo — Aníbal Cardoso Gaitán — Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO EN ORO AMERICANO—CLAUSULA ORO Y CLAUSULA VALOR ORO — ESTIPULACIONES EN MONEDAS EXTRANJERAS. — PARIDAD MONETARIA

**1. Conforme al artículo 2º de la Ley 46 de 1933 las obligaciones estipuladas en monedas de oro distintas de la colombiana se pagarán en billetes colombianos representativos de oro, según la paridad intrínseca de tales monedas en relación con el oro colombiano acuñado. — 2. La CLAUSULA ORO obliga unas veces al deudor a entregar piezas de oro de la moneda o sistema estipulado; otras únicamente a entregar el valor de esas piezas en aquel sistema. La primera es la CLAUSULA ORO, propiamente dicha, la segunda es la CLAUSULA VALOR ORO. La deuda de monedas de oro y la deuda de valor oro tiene distinta estructura jurídica. La primera es una deuda de moneda específica y, por tanto, la combinación de una deuda cierta de dinero con una deuda, también cierta de cosa. La deuda de valor oro, en cambio, es una deuda de dinero incierta. Para la fijación del valor oro sirve de regulador, por lo común, el precio del oro en la Bolsa. — 3. Una cosa son las piezas de moneda y otra distinta los signos monetarios. El objeto ordinario o común de las deudas de dinero no son las piezas de moneda (metalismo) sino los signos monetarios (nominalismo). — 4. No estipulándose en un pagaré dólares de determinado peso y ley no se ha acordado una moneda de especie sino de género, que permite satisfacer la obligación en la misma moneda, o sea en dólares, aunque las del pago no tengan el valor intrínseco de los que corrían al contraerse la obligación. Y permite asímismo pagar en su equivalente en moneda colombiana. Si se hace una estipulación en moneda colombiana, las partes quedan sometidas a las contingencias del peso colombiano; si se pacta en monedas extranjeras, los interesados en la convención quedan sujetos a los eventos que afecten el patrón extranjero. — 5. La paridad monetaria consiste en poner en relación el contenido de metal noble de las unidades fundamentales de los dos sistemas monetarios, tal como resulta de la fundición de las monedas, y equiparar la relación entre los valores de las monedas con los de las cantidades de metal noble contenido en aquellas.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

## Antecedentes

1º Con fecha 13 de abril de 1934, los doctores Miguel Arteaga y Jaime González Ortiz en su calidad de Gobernador y Secretario de Hacienda, respectivamente, del Departamento de Cundinamarca, firmaron un pagaré a cargo del Departamento y a favor de Anglo American Bank, Limited — Sucursal de Bogotá — por la cantidad de "veinte mil dólares, oro amonedado de los Estados Unidos de Norte América ($ 20,000) USD., que de él hemos recibido en mutuo" cuyo vencimiento se fijó para el día 1º de junio de 1934.

2º El día 28 de agosto de 1934, los mismos citados Arteaga y González Ortiz, obrando en idéntica calidad, aceptaron la letra número 46/13, por "la cantidad de cien mil dólares, oro amonedado de los Estados Unidos de Norte América ($ 100,000) USD." girada por Anglo South American Bank, Ltd., a cargo del Departamento de Cundinamarca, y pagadera el día 14 de septiembre de 1934.

3º El 15 de agosto de 1934 el Anglo South American Bank, Ltd., giró a su favor y a cargo del Departamento de Cundinamarca la letra número 46/14 por "la cantidad de cien mil dólares, oro amonedado de los Estados Unidos de Norte América ($ 100,000) USD.", pagadera el 14 de septiembre de 1934. Esta letra fue aceptada por los señores Arteaga y González Ortiz

como representantes del Departamento de Cundinamarca.

4º El 21 de noviembre de 1934, el señor Arthur Weller Robinson, actuando como gerente de The Anglo South American Bank, Ltd., presentó ante el Tribunal Superior de Bogotá demanda ejecutiva contra el Departamento de Cundinamarca por la cantidad de $ 220,000.00 USD., y el 30 de noviembre de 1934 el Tribunal profirió auto que decreta el mandamiento ejecutivo por la cantidad de $ 220,000.00 USD.

5º El 20 de mayo de 1935 la Secretaría del Tribunal practicó la liquidación de los créditos a cargo del Departamento, con sus intereses, todo lo cual sumó $ 223,286.66, suma que—dice el informe del Secretario—"convertida a billetes del Banco de la República de acuerdo con la paridad intrínseca entre el oro amonedado de los Estados Unidos y el peso oro colombiano, que es de $ 0.60684, según la certificación y carta de la Superintendencia Bancaria, resulta que el monto de la anterior liquidación de los créditos que se cobran en esta ejecución es de $ 135,499.28". Esta liquidación fue aprobada por el Tribunal en auto de fecha 31 de mayo de 1935; y la cantidad a que ascendió fue consignada por el Departamento para el pago de la deuda en billetes del Banco de la República.

**El libelo**

El señor Douglas Cairns Hubbard, representante de The Anglo South American Bank, Ltd., entabló el 13 de agosto de 1935 demanda ordinaria al Departamento de Cundinamarca, a fin de que por el Tribunal Superior de Bogotá se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Primera. Que el Departamento de Cundinamarca debe a The Anglo South American Bank, Ltd.:

a) La cantidad de veinte mil dólares ($ 20,000.00) en oro de los Estados Unidos de Norte América, del peso y ley que tenían el 13 de abril de 1931, y sus intereses a la tasa del 8% anual a partir del día 31 de agosto de 1934 hasta aquel en que el demandado haga el pago;

b) La de doscientos mil dólares ($ 200,000.00) en oro de los Estados Unidos de Norte América, del peso y ley que tenían el 25 de junio de 1931, que eran los mismos arriba indicados, y sus intereses legales a partir del día 14 de septiembre de 1934 hasta aquel en que el demandado haga el pago; y

c) La cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) en moneda corriente como honorarios de abogado por incumplimiento de la obligación de pagar los veinte mil dólares de que trata el aparte a) precedente.

Segunda. Que, para que el Departamento demandado pague a la sociedad demandante en moneda colombiana las cantidades de dólares que quedan expresadas, con más sus intereses, se estimarán los dólares al precio que tengan en la moneda o billetes colombianos en que el demandado vaya a pagar, en el lugar del pago, que es Bogotá, al tiempo del pago sea al precio que tengan, en ese lugar y en ese tiempo, por cada dólar, 25 granos y 8/10 de grano (25,8) a la ley de nueve décimos (0,9) de fino, que son el precio y la ley de cada dólar estipulado, según la ley de 14 de enero de 1900.

Tercera. Si no se hace la declaración inmediatamente anterior, que los dólares se estimarán en la moneda o en el billete colombiano de pago, según la paridad intrínseca de la moneda de oro de los Estados Unidos de Norte América estipulada, que es la del peso y la ley ya expresados en esta demanda, en relación con la moneda de oro colombiano; y

Cuarta. Que, por medio de la consignación hecha por el Departamento demandado, de que luégo hablaré, según la liquidación en juicio ejecutivo de que también hablaré, por haber sido insuficiente la consignación, no quedó hecho el pago por el mismo Departamento a la sociedad demandante de las deudas que son materia del juicio que promuevo".

**Alegaciones del demandante**

No alegó la parte demandante ante la Corte; las alegaciones que aparecen en autos fueron presentadas ante el Tribunal, y entre ellas, las principales son:

El artículo 2224 del C. C. no establece una

regla de orden público porque las partes pueden convenir respecto del valor intrínseco de la moneda; convención que—afirma el actor—resulta de los documentos otorgados, porque en ellos se califica la moneda: las obligaciones son a pagar dólares en oro, esto es, de los dólares del peso y ley en el momento de las estipulaciones, puesto que las partes no pudieron referirse a otros.

Desaparecidos de la circulación los dólares que corrían al tiempo de constituírse las obligaciones objeto de la demanda, el pago de ellas no puede hacerse conforme a la relación de los nuevos dólares creados a virtud de la proclama del Presidente de los Estados Unidos de Norte América, sino de acuerdo con el valor que las monedas desaparecidas de la circulación hubieren tenido al tiempo de la celebración del contrato. Esto con base en los artículos 203 y 206 del C. de Co.

Afirma la inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 46 de 1933, por ser incompatible con el artículo 31 de la Constitución—reemplazado por el 26 de la nueva codificación—; y el mismo artículo 2º de la Ley 46 de 1933, si se la supone constitucional y es interpretado "rectamente" en el sentido de que todas sus cláusulas guarden la debida correspondencia y armonía lleva al convencimiento de que "la paridad intrínseca a que se refiere la parte final del inciso 2º es la existente entre la moneda nacional y la extranjera estipulada en la época en que se contrajo la obligación".

La Ley 46 de 1933 fue promulgada el 5 de diciembre de ese año y su vigencia no empezó sino después de transcurridos sesenta días de su promulgación. Por tanto, no es aplicable al caso de autos porque las obligaciones del Departamento de Cundinamarca a favor del Banco fueron contraídas antes de su vigencia.

Habiendo opuesto el Departamento la excepción de cosa juzgada en el incidente de excepciones dilatorias y fallada desfavorablemente para él, es obvio que no ha podido oponerla como perentoria, de la misma manera que si se le hubiera declarado probada no podía el Banco entablar nuevamente el juicio.

Si bien es cierto que el artículo 576 del C. J. establece que los Departamentos no pueden ser condenados en costas, ello no quiere decir que no puedan esas entidades pactar, como cláusula penal, que se obligan a pagar determinada cantidad por el perjuicio que sufra el acreedor al tener que pagar a un abogado que haga el cobro judicial.

**Alegaciones del demandado**

Es el caso de referirse a las presentadas por el apoderado del Departamento en el debate de primera instancia, ya que, al igual que el demandante, la parte demandada tampoco presentó nuevos alegatos en la presente etapa del juicio. Entre tales alegaciones se destacan éstas:

El sistema nominalista, según el cual el objeto de la deuda de dinero no queda fijado en el momento de constituírse la deuda, sino en el momento de la prestación, porque ésta es de signos monetarios que se dan y se toman como x veces la unidad ideal, sin consideración alguna a sus propiedades físicas, está consagrado por los artículos 2224 del C. C. y 930 del C. de Co., al igual que por el artículo 1895 del Código de Napoleón y aceptado en la doctrina y la jurisprudencia francesa, por oposición al sistema metalista o valorista para el cual el deber del deudor de dinero se concreta con arreglo al valor metálico como aparecía en las monedas al tiempo de constituírse la obligación.

De lo que se desprende que el Departamento sólo estaba obligado a restituír 220,000 dólares, según el valor nominal de las monedas de oro americano el día del pago, y no según el valor intrínseco de las mismas en 1931.

El argumento de que la paridad monetaria entre el dólar oro y el peso oro no puede ser la actual porque eso sería darle efecto extraterritorial a la ley o proclama extranjera que disminuyó el peso del oro puro en el dólar no es aceptable. La paridad monetaria es un hecho, cualesquiera que sean sus causas y aunque entre ellas obre una ley extranjera.

El hecho de que la paridad entre el dólar oro y el peso oro al tiempo del pago, era de

$ 0.60684 por USD. 100 se acredita con el certificado de la Superintendencia Bancaria, entidad que certifica con fuerza legal, según los artículos 19 de la Ley 45 de 1923 y 1º de la Ley 57 de 1931.

La cantidad resultante de la conversión podía pagarla válidamente el Departamento en billetes del Banco de la República. El artículo 7º de la Ley 82 de 1931, vigente desde el 10 de julio, dio a esos billetes poder liberatorio mientras fueran convertibles, los que igualmente son convertibles en giros a la vista sobre Nueva York, según el artículo 6º del Decreto Ley número 1683 del 24 de septiembre de 1931. Además uno de los efectos trascendentales del inciso 2º del artículo 2º de la Ley 46 es el haber hecho de los billetes del Banco de la República y de los únicos medios legales de pago de las obligaciones en oro colombiano o extranjero, el haberles dado, por cinco años, poder liberatorio indefinido e incondicional, a pesar de que fueran inconvertibles.

En cuanto a los $ 2,000.00 que como honorarios de abogado debía pagar el Departamento al Banco en caso de incumplimiento de la obligación de que trata el pagaré de fecha 13 de abril de 1934, fue ya negada esta obligación por el Tribunal y por la Corte Suprema de Justicia.

El Banco debe ser condenado en todas las costas del juicio, al tenor de los artículos 574 y 575 del C. J. y por razón de la temeridad de la acción propuesta.

### La sentencia del Tribunal

Absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones del actor, falló el H. Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de primera instancia. Las razones fundamentales de su fallo pueden resumirse así:

1º El objeto de las obligaciones mutuarias materia de la acción fueron **dólares, oro amonedado de los Estados Unidos de Norte América**, según aparece de los términos de los respectivos documentos. Al llegar el día del pago de tales instrumentos, se hallaba ya en plena vigencia la Ley 46 de 1933. Las obligaciones contraídas en monedas de oro se rigen, para los efectos del pago, por el precepto del inciso 2º del artículo 2º de tal ley. Si las monedas de oro son colombianas, impera la segunda parte. No es por tanto, de aplicación al caso del pleito la norma invocada por el actor en la segunda petición de su demanda.

2ª La norma del artículo 2º de la Ley 46 de 1933 es la de la paridad intrínseca entre la moneda extranjera de oro estipulada y el oro colombiano acuñado. Entiéndese por paridad intrínseca entre dos monedas la relación en que está el metal precioso de ellas. La cantidad de metal precioso de determinada especie monetaria es fijada por la Ley del respectivo país, como que ello es una de las manifestaciones de la soberanía interna del Estado. Así el artículo 127 del Código Fiscal establece que el peso oro colombiano tiene 1,597 gramos de oro de 0,91676 de fino. Con arreglo a este precepto la Superintendencia Bancaria rectificó sobre la paridad intrínseca entre el peso oro colombiano y el dólar americano en la fecha en que se hizo el pago cuya insuficiencia pretende el demandante.

3ª Rechazada la tesis del demandante sobre la manera como ha debido establecerse la paridad intrínseca entre el dólar americano y el peso colombiano, se impone la conclusión de que por tal concepto no puede declararse insoluta la obligación materia del juicio.

4º En cuanto a la estipulación de dos mil pesos a título de honorarios de abogado, caso de no hacerse el pago en la fecha de su vencimiento, pugna con el precepto de orden público consagrado en el artículo 576 del C. J., cuya aplicación no puede renunciarse por las entidades respectivas.

5ª Tanto en la demanda ejecutiva, como en la que sirve de base a este juicio ordinario, pidió el actor **intereses legales** moratorios sobre la cantidad de veinte mil pesos materia del crédito proveniente del pagaré a la orden suscrito por el Departamento a favor del Banco. Y como la decisión judicial no puede ir más allá de lo pedido, no es el caso de dar aplicación al artículo 219 del C. de Co. sobre pago de interés corriente. Mas aunque así no fuese, en virtud del artículo 1º de la Ley 11 de 1933, vigente al tiempo en que se hizo el pago al objetado, el exceso de intereses sobre el 6% anual, si lo

hubo, quedó compensado por el impuesto equivalente establecido por dicho precepto legal a favor del Departamento. No puede, por tanto, prosperar la cuarta petición de la demanda.

6ª No pudiendo hacerse ninguna de las declaraciones 2ª, 3ª y 4ª, lógicamente debe concluírse que tampoco puede hacerse la 1ª, toda vez que a ésta se ha señalado por el actor como única base lo que es materia de aquellas.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### La Sala observa:

El fallo que se revisa contiene sólidas razones jurídicas que lo fundamentan, y que la Corte acoge por encontrarlas acertadas, lo que hace innecesario entrar en la dilucidación pormenorizada de cada uno de los puntos sometidos por las partes al Tribunal, máxime si se considera que éstas no propusieron en la segunda instancia motivos o aspectos nuevos sobre los cuales fuese preciso practicar un análisis diferente.

Con todo, la Sala estima oportuno concretarse al examen de estos puntos básicos en el pleito:

1º En el hecho, la estipulación que se analiza se hizo en dólares de determinado peso y ley, sencillamente en dólares, según el valor nominal de la moneda de oro americana?

2º A la luz del derecho, debe aplicarse la regla de la conversión para el pago consagrada en el inciso 2º, del artículo 2º de la Ley 46 de 1933 a la liquidación de los créditos del Banco?

3º La obligación en dólares, estipulada en los pagarés suscritos por el Departamento de Cundinamarca a favor del Anglo South American Bank, Ltd., en relación con la moneda colombiana, debe entenderse en razón de la equivalencia de la una a la otra por el valor intrínseco del dólar en la fecha del convenio o por el valor del dólar en el momento del pago?

### La estipulación se hizo en dólares por su valor nominal

Las expresiones consignadas en el pagaré y en las letras que dieron origen al juicio contienen estipulaciones en dólares "oro amonedado de los Estados Unidos de Norte América". Como no se mencionan dólares de determinado peso y ley, la estipulación se hizo en dicha moneda de oro según su valor nominal y no por su valor específico. Tal cosa puede comprobarse con la lectura de las respectivas estipulaciones, transcritas al comienzo de este fallo.

### Aplicabilidad del artículo 2º de la Ley 46 de 1933

Esta norma establece: "Las obligaciones originariamente contraídas en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán, tanto el principal como los intereses, 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.

Las obligaciones contraídas en oro colombiano acuñado se cubrirán a la par en billetes colombianos representativos de oro o en billetes del Banco de la República. Las contraídas en otra clase de monedas de oro, se pagarán en los mismos billetes, según la paridad intrínseca de tales monedas en relación con el oro colombiano acuñado.

Lo dispuesto en el inciso anterior regirá por el término de cinco años, a menos que antes del vencimiento de ese período se haya restablecido el cambio por oro de los billetes del Banco de la República".

Como el pagaré y las letras se extendieron en moneda oro, le son aplicables las reglas consignadas en el inciso 2º del artículo transcrito, y no las contenidas en otras partes de la disposición.

Auncuando el actor afirmó que la Ley 46 de 1933 no rige el caso del pleito porque las obligaciones del Departamento a favor del Banco fueron contraídas antes de su vigencia, es lo cierto que tal alegación no se halla acreditada en los hechos, porque el pagaré y las letras se otorgaron, el primero el 13 de abril de 1934, y las segundas en los días 15 y 28 de agosto del propio año, cuan-

do ya la ley se hallaba en vigor, por haberse expedido el 5 de diciembre de 1933.

Aplicando al caso de que se trata el precepto señalado, se tiene que las obligaciones del pagaré y de las letras deben satisfacerse en billetes colombianos representativos de oro o en billetes del Banco de la República, según la paridad intrínseca de tales monedas en relación con el oro colombiano acuñado.

**Paridad intrínseca de las monedas al momento del pago**

Dice la demanda que los dólares a que se refieren las obligaciones del Departamento son los de la ley de nueve décimos (0,9) de fino y del peso de veinticinco granos y ocho décimos de grano (25,8) por cada dólar, establecidos en la ley norteamericana de 14 de marzo de 1900, por ser los que se hallaban en curso cuando tales obligaciones fueron contraídas. Que es lógico que las estipulaciones en dólares ya mencionadas, hicieran referencia a dichos dólares, de dichos peso y ley, que eran los que estaban en uso y no a otros. Y que si posteriormente se estableció en Estados Unidos de Norte América otra unidad monetaria de la misma ley y de menor peso, ello no puede alterar las condiciones resultantes de las circuntancias que rodearon el nacimiento de la obligación.

El peligro que implica el carácter nominalista del crédito pecuniario, induce a buscar garantías en cláusulas especiales. La más importante es la **cláusula oro,** que obliga al pago en oro o en valor oro del importe de la deuda.

Pero la **cláusula oro** no tiene siempre el mismo significado. Unas veces obliga al deudor a entregar piezas de oro de la moneda o sistema estipulado; otras únicamente a entregar el valor de esas piezas en aquel sistema. La primera es la **cláusula oro,** propiamente dicha, la segunda es la **cláusula valor oro.** La deuda de monedas de oro y la deuda de valor oro tienen distintas estructura jurídica. La primera es una deuda de moneda específica, y por tanto, la combinación de una deuda cierta de dinero con una deuda, también cierta de cosa. La deuda de valor oro, en cambio, es una deuda de dinero incierta.

Para la fijación del valor oro sirve de regulador, por lo común, el precio del oro en la Bolsa.

El pagaré y las letras consignan la cláusula **valor oro,** que permite satisfacer la obligación con el pago del equivalente en moneda legal colombiana.

Una cosa son las piezas de moneda y otra distinta los signos monetarios. El objeto ordinario o común de las deudas de dinero no son las piezas de moneda (metalismo) sino los signos monetarios (nominalismo).

Los dólares oro amonedado no han sido excluídos de la circulación; continúan siendo el patrón monetario de los Estados Unidos de Norte América, aunque el embargo de oro en ese país no permita ver en manos de los particulares las monedas que lo materializan.

No habiéndose estipulado como no se estipuló en el pagaré y en las letras dólares de determinados peso y ley, no se acordó una moneda de especie sino de género, que permite satisfacer la obligación en la misma moneda, o sea en dólares, aunque los del pago no tengan el valor intrínseco de los que corrían al contraerse la obligación. Y permite asimismo pagar en su equivalente en moneda colombiana.

El valor del dólar sufrió un cambio entre el día en que nació la obligación y aquel en que debía pagarse, mutación que no puede menos de producir sus naturales efectos en Colombia. Si se hace una estipulación en moneda nacional, las partes quedan sometidas a las contingencias del peso colombiano; si se pacta en monedas extranjeras, los interesados en la convención quedan sujetos a los eventos que afecten el patrón escogido.

La paridad monetaria consiste en poner en relación el contenido de metal noble de las unidades fundamentales de los dos sistemas monetarios, tal como resulta de la fundición de las monedas, y equiparar la relación entre los valores de las monedas con los de las cantidades de metal noble contenido en aquellas.

La paridad intrínseca entre el dólar americano oro amonedado y el peso colombiano oro amonedado, al tiempo del pago, era de

sesenta centavos con seiscientos ochenta y tres milésimos de centavo ($ 0.60683) por cada dólar. Así lo certifica (fl. 4, cuaderno número 6) el Superintendente Bancario.

La paridad de las dos monedas de oro amonedado establece una diferencia de un cuarenta por ciento (40%) entre el dólar, específicamente considerado y el peso oro colombiano, estimado de idéntica manera.

La diferencia de valores intrínsecos ocasiona, en el caso de autos, el fenómeno de cambios que ha originado la reclamación del demandante, pero esa desigualdad no produce, a la luz de las normas de derecho pertinentes, las consecuencias que el actor se propuso deducir en el pleito.

El argumento de inconstitucionalidad de la Ley 46 de 1933, presentado por el apoderado del Banco, en orden a alcanzar una decisión del órgano judicial con base en el precepto de la Constitución que permite al juzgador abstenerse de aplicar una ley que a su juicio contraría el estatuto, si bien pudo tenerse en cuenta cuando la demanda se presentó, porque la Corte Suprema de Justicia aún no se había pronunciado sobre la exequibilidad de aquel ordenamiento, no procede actualmente, a la vista del fallo que declaró exequible la ley, publicado en los números 1920 y 1921 de la **Gaceta Judicial.**

La temeridad de la acción no aparece manifiesta, y por tanto no es del caso hacer la condenación en costas pedida por el demandado.

## Fallo

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 de primera instancia. Publíquese, cópiese y notifíquese.

**Pedro A. Gómez Naranjo — Aníbal Cardoso Gaitán — Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio.

## AVALUO DE PERJUICIOS

**Si se estima que al señalar una cantidad fija al fallecimiento de los beneficiarios vendría a representar el papel de una indemnización sin causa, es porque se piensa que en la estimación del monto de los perjuicios sólo debe entrar como elemento integrante el dinero con que la víctima del acontecimiento contribuía al sostén de los beneficiarios. Pero se olvida tener en cuenta que esa vida por las especiales relaciones de parentesco, podría ser fuente probable de mayores beneficios patrimoniales legítimos. Y en esa hipótesis es justo que ella esté representada en alguna cantidad de dinero. — 2.—Si la Nación no estaba obligada a pagar dentro de un término fijo una cantidad de dinero, el valor de intereses por la suma ilíquida no procede, porque tratándose de deudas de dinero, los intereses vienen a constituir perjuicios, y de conformidad con el art. 1615 del Código Civil, los perjuicios sólo se deben desde que el deudor se ha constituído en mora.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio diez de mil novetos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

El presente negocio tiene estos antecedentes:

1º Con fecha 22 de mayo de 1930, la señora Ana Josefa Pulido v. de Cortés, en calidad de cónyuge sobreviviente del doctor Carlos Edmundo Cortés y como representante legal de sus hijos menores, demandó a la nación para que se declarara que ésta era responsable, de la muerte trágica del citado doctor Cortés y para que se le condenara al pago de la consiguiente indemnización.

2º Agotados los trámites de un juicio ordinario, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, absolvió a la entidad demandada, el 28 de noviembre de 1931.

3º Este fallo fue apelado y la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema lo revocó, el 30 de junio de 1923, en los términos siguientes:

"a) Revócase la sentencia de fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y uno proferida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial;

"b) La Nación como propietaria de la Empresa del Ferrocarril Central del Norte está obligada a pagar a la señora Ana Josefa Pulido de Cortés y a sus menores hijos Ana Leonor, Carlos Fernando y José Roberto Cortés, el valor de los perjuicios que les produjo la muerte de su esposo y padre respectivamente doctor Carlos Edmundo Cortés, hecho ocurrido el día veintiuno (21) de julio de mil novecientos veintinueve (1929) en el trayecto comprendido entre los kilómetros ciento setenta y siete (177) y ciento setenta y nueve (179) del mencionado ferrocarril, en jurisdicción del Municipio de Saboyá del Departamento de Boyacá, por ser la Nación civilmente responsable de dicha muerte".

4º El 27 de octubre de 1933, el doctor Pedro Sanz Mazuera, como apoderado de la señora de Cortés, presentó de acuerdo con el artículo 553 del C. J., ante el Tribunal de Bogotá una liquidación motivada, que resumió así:

"Los perjuicios de todo orden causados a la esposa e hijos del doctor Cortés con su muerte, valen una suma mayor de $ 100,000, pero a título de renunciamiento y en atención a que en la gestión administrativa y aún posteriormente la demandante ha pedido únicamente la suma de ochenta mil pesos ($ 80,000), estimo en esta última cantidad el valor de la indemnización de perjuicios. Pido que en caso de no hacer oposición, se señale por usted, la mencionada suma de ochenta mil pesos como el monto total de los perjuicios..."

5º Corrido el traslado respectivo, el señor

Fiscal del Tribunal, propuso varias objeciones, cuyo resumen es el que sigue:

"La liquidación hizo caso omiso del descuido en que incurrió la víctima; esta circunstancia no fue descontada en el fallo de la Corte; no se ha demostrado que la supervivencia del doctor Cortés pudiera alcanzar hasta 34 años; no hay prueba de las asignaciones correspondientes a los empleos desempeñados por él antes de 1929, ni es exacto que el doctor Cortés hubiera podido ganar (en 1933) $ 430 mensuales; la cantidad de $ 60 por mes para gastos personales es insuficiente para este fin; de la tasación no se dedujeron ciertos impuestos; no hay motivo para considerar por separado la suma que el finado hubiera gastado en educación de su familia; ni se ve la razón para apreciar aparte perjuicios morales, ni hay fundamento para poner a cargo de la Nación las expensas de los demandantes en los litigios; no puede tomarse como base para deducir el capital, un interés del 6% anual.

6º Los doctores Rafael Ruiz Manrique, Manuel J. Ramírez Beltrán y Miguel Vargas Vásquez, nombrados como peritos, en virtud de solicitud de la parte demandante, rindieron concepto que fue objetado por el señor Fiscal, pero los reparos propuestos se declararon infundados. (Folios 14 vto., cuaderno número 11).

7º Este mismo funcionario solicitó que por medio de expertos se conceptuara sobre los siguientes puntos: a) Si el personal de trabajadores que forma el equipo de la pala en las maniobras de su traslado de un lugar a otro comete imprudencia al colocarse debajo del brazo y cuchara de la pala o al pasar de un lugar a otro por el terreno dominado por el brazo y cuchara de la máquina y que quede colocado bajo el radio de acción del referido brazo o cuchara estando estas piezas levantadas en posición normal para la maniobra de traslado de la máquina de un sitio a otro; b) Si la imprudencia por parte del personal de servicio o equipo de la pala es mucho mayor, cuando la pala se está trasladando de un punto a otro, para cuyo efecto es indispensable colocar a lado y lado de una vía férrea traviesas de madera, para que sobre ellas pase la máquina sirviéndose de su mecanismo de locomoción; c) Si hay imprudencia en colocarse debajo d ela cuchara de una pala manejada por una persona inexperta; y d) Si el doctor Carlos Edmundo Cortés cometió imprudencia al colocarse debajo de la cuchara de la pala de vapor, en momentos en que se ejecutaban maniobras para el traslado de la pala, sabiendo que estaba manejada por una persona inexperta.

Fueron designados los doctores Alberto León Gómez y Germán Uribe Hoyos, quienes dieron dictamen sobre los puntos a ellos sometidos. (Folios 38 y 39 del cuaderno número 9).

8º El 23 de julio de 1936, el Tribunal, al examinar la pericia rendida por los doctores Ruiz Manrique, Ramírez Beltrán y Vargas Vásquez, haciendo uso de la facultad establecida en el art. 721 del C. J., nombró para el nuevo avalúo a los doctores Gabriel Rodríguez Ramírez y Joaquín Acevedo, quienes dictaminaron el 5 de octubre de 1936. (Folios 24, 25 y 26, cuaderno número 7).

9º Al ponerse en conocimiento de las partes este dictamen, el señor Fiscal lo objetó, pero fueron negadas las objeciones, tanto en primera como en segunda instancia.

Terminadas todas las dilatadas incidencias, el Tribunal, en el año que corre, falló así la cuestión principal:

"1º Fíjase en la suma de treinta mil pesos ($ 30,000) el daño emergente que la Nación debe pagar a la señora Ana Josefa Pulido de Cortés y a sus hijos Ana Leonor, Carlos Fernando y José Roberto Cortés, de conformidad con sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia con fecha 30 de junio de 1933;

"2º Por concepto de lucro cesante la Nación debe pagar a los referidos demandantes la suma de doscientos pesos ($ 200.00) por cada mes transcurrido desde el 21 de junio de 1929 hasta el día en que se verifique el pago de la suma fijada en el numeral anterior;

"3º No hay lugar a considerar la defensa relativa a la reducción de la indemnización alegada por el señor Fiscal".

Esta decisión fue apelada por el Ministerio Público, y por ello vino el negocio a la Corte, Sala de Negocios Generales, donde

ha recibido la tramitación correspondiente hasta ponerlo en estado de resolución y a ello se procede, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

El fallo que debe dictarse en casos como el que se cuestiona, no puede salirse de la esfera demarcada por el art. 553 del C. J., según el cual el juzgador, cuando ha habido impugnación de la liquidación pormenorizada, debe concretarse a estudiar las objeciones, para hacer la regulación en vista de lo alegado y probado; pero sin salirse tampoco de los límites fijados por el actor al formular el memorial de motivos.

En la mencionada sentencia, el Tribunal estudió las objeciones que han sido objeto de insistentes alegaciones en el incidente regulador de la indemnización.

Sobre la inclusión de perjuicios morales la entidad falladora estima, como de modo claro se ve en el dictamen pericial de los doctores Rodríguez Ramírez y Acevedo, que ellos no fueron apreciados separadamente; en cuanto a la reducción por imprudencia atribuída a la víctima, se expresa así: "...La excepción fue considerada y decidida en el fallo de la Corte Suprema de Justicia, cuando dijo sobre el particular:

"Existiendo demostrado en el juicio que la muerte del doctor Cortés ocurrió por habérsele caído encima la palanca de la pala; que esta máquina fue mal armada; que el maquinista no era técnico para manejar esa clase de máquinas y no habiéndose demostrado en forma alguna que esa muerte hubiera podido ocurrir por descuido, o imprudencia de la propia víctima, es claro que la Nación, como dueña de la Empresa, está obligada a reconocer a los herederos del doctor Cortés una suma por concepto de los perjuicios que esa falta de cuidado, el descuido, la imprevisión o la negligencia, causó en la persona de ese empleado de acuerdo con lo que disponen los artículos 2341 y siguientes del Código Civil..."

"En consecuencia, el punto sobre reducción del daño fue debatido y fallado en el juicio ordinario en sentido adverso a las pretensiones de los representantes de la Nación, y por tanto, considera el Tribunal que en esas condiciones no puede renovarse su discusión en este incidente cuyo fin único es el de ejecutar el fallo que, como se dijo atrás, negó la reducción de la indemnización al declarar que no estaba "demostrado en forma alguna que esa muerte hubiera podido ocurrir por descuido o imprudencia de la propia víctima" y que por tanto la Nación estaba obligada a reconocer a los herederos del doctor Cortés los perjuicios que su culpa causó. Hay, pues cosa juzgada sobre este punto, lo que impide al Tribunal decretar ahora la reducción solicitada, porque con ello violaría la disposición que contiene el art. 473 del C. J."

Los doctores Rodríguez Ramírez y Acevedo, cuyo peritazgo apreció el Tribunal para aceptar la suma global de $ 30,000, adoptaron el sistema de calcular como índice de la capacidad productiva del doctor Cortés la cantidad de $ 200.00 mensuales, de la cual dedujeron un capital de $ 30,000 sobre la base de una rata del 8%.

Los peritos hacen estas consideraciones:

"Tales damnificados, al recibir el pago de la cantidad dicha tendrán una renta igual a la que estimamos que era la parte del sueldo o de los productos del doctor Cortés con que éste sostenía y debía atender a la educación de los hijos; pero quedarán también con un capital representativo de la capacidad productiva de dicha parte de sueldo o productos. Aquella renta será indefinida, al paso que la que tenían antes estaba limitada por la duración de vida probable de Cortés; este capital subsistirá, siendo bien administrado, al vencimiento de dicho período de vida probable y representará para los damnificados lo que su esposo y padre hubiera podido ahorrar y hacer producir a los ahorros, viniendo a ser como la herencia que entonces les hubiera podido dejar. Todas estas importantísimas ventajas de la indemnización que señalamos, ventajas que no exigidas por la constancia y proporcionada reparación del daño mtaerial, vienen a constituír una compensación pecuniaria de todo perjuicio moral que pueda señalarse como sufrido por la señora de Cortés y sus hijos, compensación que de otro modo sería de apreciación casi imposible y que, por lo ya dicho, es una reparación adecuada y equitativa del sufrimiento padecido y el desamparo en que han quedado. Así pues, la asig-

nación de una cantidad fija es, para nosotros, una indemnización adecuada, equitativa y completa de todos los daños, sean materiales y morales, sin determinación de sumandos". (Folios 26, cuaderno Nº 7).

Para explicar por qué fijaron en $ 200.00 mensuales el índice de productividad de la víctima, expusieron lo que a continuación se transcribe:

"Carlos Edmundo Cortés murió violentamente el 21 de junio de 1929 en jurisdicción de Saboyá; tenía en esa fecha treinta y cuatro años, tres meses y diez y ocho días de edad, pues había nacido el 2 de mayo de 1895; tenía una salud perfecta y estaba en pleno vigor físico, por lo cual los facultativos R. González y A. Mantilla O. calcularon que hubiera podido alcanzar al doble de la edad en que murió; desempeñaba entonces el cargo de Ingeniero Interventor o Jefe de Sección en la continuación del Ferrocarril Central del Norte de propiedad de la Nación, y al decir de su inmediato superior era uno de los mejores ingenieros de la empresa; antes de graduarse en ingeniería civil en nuestra Universidad, el 7 de noviembre de 1925, había sido ayudante de Geodesta del Estado Mayor General del Ejército Nacional (1919) ganando $ 65.00 mensuales, y había desempeñado el cargo de Geodesta (1920-1924) con $ 100.00 mensuales de sueldo; después de graduado había sido Ingeniero Jefe de una comisión localizadora e Ingeniero Jefe de una sección de construcciones (1927-1928) en la prolongación del Ferrocarril de Cundinamarca, con sueldos de $ 342.00 y $ 350.00 mensuales, y en julio de 1928 había entrado a servir a la Nación en la continuación del Ferrocarril Central del Norte como Ingeniero Interventor o jefe de una sección de construcción, con un sueldo mensual de $ 400.00, que desde el mes de abril de 1929 le había sido rebajado a $ 340.00, y con $ 30.00 mensuales para viáticos y alimentación...

"...El sueldo del puesto que desempeñaba el doctor Cortés fue reducido, desde principios de 1931, a $ 250.00 mensuales (C. 9, f. 11 v.) y desde 1932 en adelante los ingenieros de conservación y los ingenieros de construcción no devengaron en la mencionada empresa sino doscientos pesos mensuales, sin viáticos ni gastos de alimentación. C. 9, f. 16). Folios 24 vto., cuaderno número 7).

En esta instancia el Procurador Delegado en lo civil arguye que los $ 30.00 agregados a los $ 200.00 que se calculan como renta ingresarían al patrimonio de los damnificados, cuando éstos, antes del accidente carecían de semejante capital, de lo cual infiere que esa ganancia quedaría fuera de los límites de una justa indemnización.

En sentencia de 17 de junio de 1938, dijo la Sala contestando una objeción semejante: "Si se cree que esta cantidad fija, al fallecimiento de los beneficiarios vendría a representar el papel de una indemnización sin causa, es porque se piensa que en la estimación del monto de los perjuicios sólo debe entrar como elemento integrante el dinero con que la víctima del acontecimiento contribuía al sostén de los beneficiarios. Pero se olvida tener en cuenta que esa vida por las especiales relaciones de parentesco, podría ser fuente probable de mayores beneficios patrimoniales legítimos. Y en esta hipótesis es justo que ella esté representada en alguna cantidad equitativa..."

Todo lo expuesto conduce a la conclusión de que la cuantía de $ 30,000 consulta la justicia, por lo cual procedió rectamente el Tribunal al acoger los fundamentos del peritazgo en este punto.

Para basamentar el segundo numeral del fallo que se estudia, el sentenciador acepta la exposición pericial, cuyas bases esenciales son las que se transcriben: "En cuanto al lucro cesante todos los peritos que han intervenido en este proceso han estado de acuerdo en que consiste en la renta que la familia demandante ha dejado de percibir desde la muerte del doctor Cortés hasta el día en que se le pague el daño emergente. Nosotros adherimos a esta opinión que, fuera de la autoridad de los anteriores peritos, tiene evidente fundamento en la justicia y en la ley, pero naturalmente la modificamos en lo que se refiere a la cuantía que según lo hemos dicho ha de ser de doscientos pesos mensuales. La viuda y sus hijos se han visto privados de renta desde la muerte del doctor Cortés, y por eso habrán tenido que subsistir difícil y penosamente

en la época en que necesitaban de esa renta, por haber de principiar la educación de los dos mayores. Además, es de suponerse que tendrán deudas contraídas para su sostenimiento y demás necesidades. Sin duda este lucro asciende ya a una fuerte suma pero ello se debe a las dilaciones del pleito, motivadas especialmente por la necesidad de buscar una fijación judicial de la condena, en defecto de un acuerdo, circunstancia ésta que es independiente de nuestra apreciación".

En el fallo se hacen consideraciones, para sostener que no se trata de indemnizar a los demandantes por el retardo en el pago, sino de completar la estimación.

En seguida se argumenta así: "De ahí que estando obligada la Nación a pagar el valor de los perjuicios desde cuando ocurrió la muerte del doctor Cortés, la indemnización sería incompleta si no reconociera a los demandantes lo que han dejado de percibir desde la muerte de dicho doctor hasta la fecha en que se les entregue el capital cuyos frutos han de producir la renta que compense los beneficios que ellos recibían durante la vida y el producto del trabajo del extinto".

Se cita también como soporte la siguiente opinión del profesor chileno Alessandri: "Cuando se ha destruído un objeto en el patrimonio de la víctima, la cantidad destinada a restablecer ese valor se denomina indemnización compensatoria. Si la víctima se ve privada de este valor y de las utilidades que obtendría con el mismo porque el deudor no indemniza inmediatamente, ¿qué inconveniente habría para conceder una reparación por el tiempo que ella ha demorado en obtener satisfacción por el daño causado? La indemnización por esta circunstancia tendría el carácter de indemnización moratoria y se extendería a los intereses que la víctima está en situación de obtener del dinero que recibiría como indemnización compensatoria del daño durante el tiempo que no le fue entregado el dinero por el deudor. Puede admitirse en principio, que los jueces al regular la indemnización de perjuicios por el delito o causi-delito pueden ordenar el pago de intereses sobre la cantidad fijada por concepto de indemnización compensatoria, lo que queda comprendido dentro de las facultades que los jueces del fondo tienen para determinar la extensión del daño y el monto de la indemnización".

Según las anteriores transcripciones, los $ 200.00 de que se ha estado tratando, son equivalentes a los intereses mensuales de $ 30,000 al 8% anual.

En realidad, son los intereses moratorios del capital.

La Sala hace las siguientes consideraciones:

Mientras no exista fijada una cantidad líquida y exigible, sería prematuro hablar de intereses moratorios.

Podría aceptarse, aunque no sean muy de oportunidad, que el señalarse la cuantía de la indemnización, se determinaran los intereses por los retardos o sea los perjuicios moratorios, pero no extendiéndolos hacia un pasado en que la Nación todavía no era deudora de cantidad precisa.

La Sala Civil de Unica Instancia en sentencia de 2 de abril de 1936 (números 1907 y 1908 de la **Gaceta Judicial** de la Corte), dijo: "Y si la Nación no estaba obligada a pagar dentro de un término fijo una cantidad de dinero, el valor de intereses por la suma ilíquida no procede, porque tratándose de deudas de dinero, los intereses vienen a constituír perjuicios, y de conformidad con el art. 1615 del Código Civil, los perjuicios sólo se deben desde que el deudor se ha constituído en mora".

En la sentencia el Tribunal condena a la Nación a pagar a los demandantes como lucro cesante la suma de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales desde el día 21 de junio de 1929 hasta la fecha en que se verifique el pago.

Conforme al querer del art. 721 del C. J., cuando el dictamen no está debidamente fundamentado en todos sus aspectos, toca al juzgador apreciar en armonía con las reglas de la sana crítica hasta dónde puede ser acogido y qué partes de él pueden rechazarse. Una suposición contraria supeditaría el criterio del juez al de los peritos, quienes entonces vendrían a ser en definitiva, los reguladores de la cuantía de la indemnización.

Fuera de lo dicho, hay que anotar que ni en la sentencia, cuya ejecución se trata de realizar por medio del actual incidente, ni en la liquidación pormenorizada presentada por el apoderado de los actores, se habla de esta clase de perjuicios, que no son propiamente lucro cesante sino de moratoria o de retardo, como en el cuerpo del fallo lo dice el Tribunal.

Cuando el Tribunal y la Corte estudiaron algunas objeciones al dictamen que se contempla, al declararlas infundadas, expresaron el concepto de que esa cuestión de derecho debía resolverse al fallarse el incidente de regulación.

El señor Procurador Delegado en lo civil emite esta opinión:

"Descartado el elemento capital como cantidad reparadora deberá dejarse tan sólo una prestación periódica, que sobre la base del cálculo hecho por los peritos avaluadores, y reducida en un veinte por ciento, vendría a ser ciento sesenta pesos mensuales en total..."

La doctrina tiene establecido que siendo la obligación de reparar una obligación de hacer, y no tratándose de obligaciones alimentarias en virtud de vinculaciones consanguíneas, lo más indicado es conformar a una cantidad fija. Así procede la Sala, considerando que los $ 30.000 por indemnización compensatoria comprenden todos los daños materiales y morales, el lucro cesante y el daño emergente.

El magistrado Aníbal Cardoso Gaitán sostiene hoy, como lo ha dicho en varias ocasiones, que la condenación en casos como el que se debate, debe hacerse no en una suma global sino concretarse a una pensión vitalicia y periódica.

Y sin más discusiones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, resuelve:

1º Revócase el numeral 2º de la providencia recurrida;

2º Confírmase el numeral 3º y el 1º, con la reforma de que en los treinta mil pesos ($ 30.000) que la Nación debe pagar a los demandantes quedan incluídos tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Cópiese, notifíquse y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES.—RESOLUCIONES DEL MINISTERIO DE CORREOS Y TELEGRAFOS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADOS DE MANEJO

**Las resoluciones dictadas por el Ministerio de Correos y Telégrafos sobre responsabilidad de los empleados de manejo del Ministerio en la pérdida de valores postales, debidamente ejecutoriadas, prestan mérito ejecutivo, de acuerdo con el artículo 1059 del C. J. La obligación que surge de esas resoluciones para el empleado es una multa o sanción que se impone de conformidad con las leyes sobre la materia. Los actos expresados pueden ser acusados ante la justicia administrativa por los interesados.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio veinticinco de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Federico A. Daza, apoderado del señor Ciro A. Téllez, propuso las excepciones de carencia de título ejecutivo e ineficacia jurídica del documento que ha servido de recaudo, en el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva le adelanta al señor Téllez el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, como responsable de la pérdida de varios valores declarados, en la Administración de Correos de Magangué. Tramitado legalmente el incidente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

La primera excepción la apoya el doctor Daza en que las resoluciones números 198, 236, 270 y 299, de fecha 26 de julio, 7 de septiembre, 8 de octubre y 11 de noviembre de 1932, respectivamente, del Ministerio de Correos y Telégrafos, que declaran la responsabilidad del señor Téllez y en las que se apoyó el auto ejecutivo, no prestan mérito ejecutivo en el procedimiento con jurisdicción coactiva, según el artículo 1059 del C. J., disposición en la cual no se mencionan tales resoluciones, sino las relativas a multas.

Se observa:

Esta Sala, en auto de cinco de marzo de 1935, confirmó el auto ejecutivo dictado en este juicio. En la providencia referida, se dijo lo siguiente:

"Tratándose de la simple revisión del auto ejecutivo basta para confirmarlo que los documentos presentados como título ejecutivo lo constituyan, conforme al precepto del artículo 1058 del C. J. y que el funcionario que dictó el auto respectivo sea el competente para ello, circunstancias ambas que concurren sin lugar a duda en el presente caso, pues las resoluciones dictadas por el Ministerio de Comunicaciones, debidamente ejecutoriadas y notificadas, constituyen título suficiente para el mandamiento como lo hace ver el señor Procurador en su citado concepto y no cabe duda de que el funcionario que dictó el auto recurrido es el competente para conocer en primera instancia del juicio, tanto por razón de la naturaleza del asunto como por la cuantía de él".

De manera que se trata de una cuestión ya estudiada y definida por la Sala. Esta entidad estimó suficientes las resoluciones del Ministerio para fundamentar el auto ejecutivo, por tratarse de providencias dictadas por autoridad competente y debidamente ejecutoriadas y notificadas. No hay, por tanto, motivo para entrar a reconsiderar un punto ya juzgado por la corporación en otro incidente del juicio.

Por otra parte, la Sala en varios fallos ha establecido que las resoluciones dictadas por el Ministerio de Correos y Telégrafos sobre responsabilidad de los empleados de manejo del Ministerio en la pérdida de valores postales, debidamente ejecutoriadas, prestan mérito ejecutivo, de acuerdo con el artículo 1059 del C. J. La obligación que surge de esas resoluciones para el empleado, es una

multa o sanción que se impone de conformidad con las leyes sobre la materia. Los actos expresados pueden ser acusados ante la justicia administrativa por los interesados y en el caso que se estudia éstos no hicieron uso de su derecho ni reclamaron ante el Ministerio en la debida oportunidad.

En consecuencia, no es legal el fundamento de la primera excepción.

La excepción de ineficacia jurídica del documento que ha servido de recaudo ejecutivo, se funda en que en el juicio administrativo que se siguió en el Ministerio para exigirle la responsabilidad al ejecutado por la pérdida de los valores, éste no fue parte, y por consiguiente, no fue oído y vencido.

Sobre esto se observa en primer lugar, que las providencias en que se declaró la responsabilidad del señor Ciro A. Téllez, no fueron apeladas ni reclamadas. Se ejecutoriaron y pasaron al Juzgado respectivo para la ejecución. Además, durante el término de prueba se trajo a los autos un certificado del Director del Departamento de Correos del Ministerio, con el cual se quiso comprobar que el señor Téllez no fue citado a estar a derecho en el juicio; pero de dicha prueba se desprende que aquél dio sus descargos en extenso escrito, lo cual desvirtúa por completo el hecho en que se apoya la excepción.

No hay, por tanto, motivo legal para declarar fundada la excepción de ineficacia jurídica del documento que sirvió de base a la ejecución.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara no probadas las excepciones propuestas por el apoderado del señor Ciro A. Téllez en este juicio.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno.—Francisco Niño Torres,** Srio. en ppdad.

## DEPOSITO

**El depósito de los bienes es un derecho a favor del ejecutante que puede renunciar, conforme al artículo 1015 del C. J. Es, por tanto, ilegal practicar el depósito cuando el ejecutante ha renunciado a él.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El 31 de marzo de este año, el Tribunal Superior de Ibagué verificó el depósito de la hacienda llamada "Maracaibo", en jurisdicción del Municipio de Armero, e hizo entrega real y material de ella al depositario señor Julio H. Ospina, depósito ordenado por auto de 28 de abril de 1938, en el juicio ejecutivo seguido por el señor Ramón L. González contra el Departamento del Tolima. La hacienda referida fue denunciada para el pago por el representante de la parte ejecutada, pero se encontraba en poder del ejecutante señor González, quien la retenía para asegurarse el pago de mejoras que considera le debe el Departamento de conformidad con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 29 de abril de 1935.

En el momento de la diligencia, tanto el ejecutante señor González como su vocero doctor Juan Bautista Neira, pidieron que se verificara el depósito del inmueble en forma simbólica y en subsidio que se prescindiera de verificarlo. El doctor Neira sintetizó en esta forma la solicitud: "Así las cosas, la situación de hecho y de derecho que planteo ante el Tribunal es clara, es nítida: ante la situación de hecho el Tribunal debe aplicar analógicamente el precepto del art. 279 del C. J. que ordena que si al tiempo de practicar un depósito, el inmueble se halla en poder de persona que diga tenerlo reconociendo derecho de dominio del ejecutado, pero que al propio tiempo alegue derecho para conservarlo, el depósito se efectuará simbólicamente previniendo al tenedor que se entienda con el depositario para todos los efectos del depósito; y en consecuencia consumar este depósito en forma simbólica haciendo expresa notificación al señor Ramón L. González, que de hoy en adelante se entienda con el depositario señor Ospina, para todos los efectos del depósito. En la sustanciación de este derecho legal, como el señor González es ejecutante en este juicio, y sería lamentable que pereciera víctima de su propio invento, al iniciar la ejecución, la tesis que planteo reviste los caracteres de un verdadero dilema, ya que si no se ha de respetar el derecho de González para conservar la tenencia de 'Maracaibo', entonces González, por mi conducto, ejercita el derecho que le consagra el artículo 1015 del C. J., y respetuosamente manifiesta en forma categórica que prescinde de la consumación del depósito. El artículo 1015 no admite interpretaciones sino que como el legislador ha consagrado el depósito como un medio legal para garantizar los derechos del ejecutante, éste en cualquier momento puede declinar el ejercicio de este derecho".

El Tribunal negó las peticiones del ejecutante y resolvió practicar la diligencia. De esta providencia apeló el doctor Neira y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente el negocio se procede a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

El juicio ejecutivo iniciado por el señor González contra la Nación se apoya en la sentencia citada de la Corte, en la cual esta corporación resolvió lo siguiente:

"**Primero.** Declárase resuelto el contrato de compraventa de que da fe la escritura pública número 554 de 1º de agosto de 1930, otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de

Ibagué, contrato por el cual el Departamento del Tolima vendió al señor Ramón L. González M. la hacienda denominada 'Maracaibo', integrada por los lotes descritos y alinderados en la cláusula primera de dicho instrumento, y por las minas y servidumbres allí relacionados;

"**Segundo.** Como consecuencia de la anterior declaración, el señor Ramón L. González M. restituirá al Departamento del Tolima, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la referida hacienda de 'Maracaibo' con todas sus minas, anexidades, dependencias y servidumbres, por los linderos expresados en la mencionada escritura número quinientos cincuenta y cuatro;

"**Tercero.** El Departamento del Tolima devolverá al demandante señor Ramón L. González dentro del mismo término de seis días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos setenta y ocho centavos ($42,520.78) moneda corriente que recibió como parte del precio de la compraventa antes mencionada;

"**Cuarto.** El señor Ramón L. González M. restituirá al Departamento del Tolima los frutos que haya producido la hacienda de 'Maracaibo' que se viene mencionando, desde que la recibió del Departamento a virtud de la compraventa de que aquí se trata, hasta que verifique la restitución de dicha hacienda, frutos que restituirá en la proporción que corresponda a la parte del precio que no ha sido pagada, teniendo en cuenta que el precio total fue setenta y cuatro mil doscientos veinteseis pesos cuarenta y dos centavos ($ 74,226.42) y que la parte pagada de ese precio total fue la suma de cuarenta y dos mil quinientos veinte pesos setenta y ocho centavos ($ 42,520.78). El monto de estos frutos se fijará con arreglo a la ley;

"**Quinto.** El Departamento del Tolima indemnizará al mismo señor Ramón L. González M. los perjuicios que le haya ocasionado con la infracción del indicado contrato de compraventa, pero sólo en cuanto tales perjuicios se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato. El valor de estos perjuicios se determinará en forma legal;

"**Sexto.** No es el caso de considerar las postulaciones de la demanda subsidiaria;

"**Séptimo.** No se hace condenación alguna por concepto de costas".

La ejecución se refiere al pago de la suma de $ 42,520.78. El representante del Departamento denunció para el pago la hacienda de "Maracaibo", unos derechos en un terreno en Armero y el valor de los perjuicios que debe pagar el señor González al Departamento del Tolima.

La hacienda de "Maracaibo", denunciada para el pago, no había sido entregada materialmente por el señor González al Departamento del Tolima; dicho señor se encontraba, por tanto, como tenedor del inmueble en el momento de la diligencia del depósito y alegaba derechos para retener el bien.

La Sala está de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil en que si había motivos para que el Tribunal negara la solicitud sobre depósito simbólico del inmueble, ha debido prescindirse de la diligencia, por haber renunciado a ella el ejecutante, de conformidad con el art. 1015 del C. J., que dice así:

"El ejecutante puede pedir que se prescinda del secuestro de los inmuebles embargados, lo que se decreta sin perjuicio de terceros".

Esta disposición que debe entenderse en beneficio del ejecutante, no establece condiciones de ninguna clase y sólo hace salvedad de los derechos de terceros.

Las razones en que apoya su vista el señor Procurador y que la Sala estima jurídicas, son las siguientes:

"Al procederse al depósito de la hacienda el vocero del ejecutado solicitó lo siguiente: Depósito simbólico, alegando tener un derecho de retención sobre la finca mientras el Departamento le pagaba el valor de las mejoras y gastos de administración y de conservación invertidos en ella.

Si esta petición era rechazada, solicitaba, entonces, se prescindiera del depósito.

Con relación a la primera solicitud debe ser rechazada de plano toda vez que la entrega del bien a favor del Departamento no estuvo, según la sentencia que desató la litis, condicionada a factores de ninguna índole, pues que los gastos de administración

y conservación así como las mejoras, ni fueron cuestiones sometidas a litigio, ni fueron tampoco consideradas en el fallo que resolvió éste. El señor González sólo pidió condenación sobre perjuicios y a éstos hubo de limitarse el fallo. Como los derechos no se presumen sino que se comprueban, y en la sentencia base de la ejecución no aparece existir un derecho que origine facultad de retener, y no se alegaron ni se probaron derechos inversos, carece de idoneidad esta primera súplica.

Si ésta sola hubiera sido la alegación del ejecutante, la procedencia del depósito y la legalidad consiguiente del auto que lo decretó no admitirían discusión alguna.

Sin embargo, el ejecutante solicitó, asimismo, que en el caso de que no se concediera a su primera petición sobre depósito simbólico, se prescindiera de llevar a efecto el depóstio; tal pedimento no se consideró, pues se procedió a realizar dicho depósito.

Según el artículo 1015 del C. J., el ejecutante puede pedir que se prescinda del secuestro de los inmuebles embargados, lo cual se decreta sin perjuicio de terceros. No puede remitirse a duda que el depósito de los bienes es un derecho a favor del ejecutante para garantizarle una administración más eficiente. Y si es un derecho a favor del acreedor o ejecutante puede éste renunciarlo; para ello está facultado así por texto legal expreso, como por disposición general en virtud de la cual pueden renunciarse los derechos que sólo miran al interés particular del renunciante.

Por este motivo, y ante el deseo explícitamente manifestado por el ejecutante de prescindir del secuestro, no era ceñido a derecho proceder a realizarlo.

Estas razones mueven a este Despacho a solicitar que se revoque el auto apelado y en su lugar se prescinda del depósito de la finca.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca la providencia apelada y en su lugar resuelve que se suspenda el depósito de la hacienda llamada "Maracaibo", situada en jurisdicción del Municipio de Armero, la cual deberá ser entregada al tenedor de dicho inmueble, señor Ramón L. González.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres,** Srio. en ppdad.

## ACCION DE PERJUICIOS

**En diversas ocasiones ha sentado la Corte la doctrina de la responsabilidad de las entidades de derecho público por los actos de sus agentes autorizados; pero para que exista esa responsabilidad 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. No todos los perjuicios que se causen en el patrimonio de los individuos por los actos de la administración pueden dar lugar a responsabilidad de parte del Estado o de un Departamento o de un Municipio, sino aquellos que son ocasionados por providencias arbitrarias o ilegales. Si no fuera así, las autoridades administrativas no podrían cumplir la obligación de prestar apoyo al cumplimiento de las sentencias y demás providencias judiciales, sin exponer a las respectivas entidades a los procesos consiguientes por indemnización de perjuicios, ya que la mayor parte de los fallos afectan el patrimonio de las personas. Por otro aspecto, los perjuicios indemnizables por las entidades de derecho público son los que emanan de la culpa civil; pero aquellas no pueden ser obligadas a responder por la culpa delictual de los agentes ni por la imprudencia castigable.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Edmundo Vargas R., como mandatario de Manuel A. Moreno, por libelo introducido al Tribunal de Ibagué el 18 de abril de 1936 demandó al Departamento del Tolima, a efecto de que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, el Poder Judicial declarara a favor de Moreno, las prestaciones siguientes:

"**Primera.** Que el Departamento del Tolima está obligado a pagar a Manuel A. Moreno, dentro del término que se señala en la sentencia, la cantidad de veinte mil pesos moneda corriente, o lo que se fije a justa tasación de peritos, como indemnización de los perjuicios que este señor ha sufrido, comprendiéndose en ellos el daño emergente y el lucro cesante, por la suspensión forzosa de los trabajos de laboreo de minerales en la sona de La Sonora, que hace parte de la mina de El Tesoro; por los demás daños causados en su establecimiento que tenía montado y en función para dicho laboreo y por el **despojo** que se hizo del propio establecimiento, desde el 19 de marzo del año en curso hasta hoy;

"**Segunda.** Que el Departamento del Tolima está obligado a pagar a Manuel A. Moreno, dentro del término que señale la sentencia, la suma que fije mediante tasación pericial, como indemnización de perjuicios por las mismas causas y motivos expresados en la petición anterior, desde esta fecha hasta el día en que se restablezcan las cosas al estado que tenían antes de la declaración de nulidad de la actuación del Alcalde de Anzoátegui y del Inspector de Policía de Santa Clara en el expediente sobre denuncio de la mina de La Sonora.

Apoyó las peticiones en los treinta puntos de hecho, que formuló así:

"1º A virtud de un contrato de arrendamiento celebrado entre Francisco Morad, accionado en la mina de El Tesoro, de la cual hace parte el predio de La Sonora, y Manuel A. Moreno, éste entró a ocupar dicho predio y a fundar un establecimiento valioso para el laboreo de minerales, compuesto de acequias, canales, molinos, motores, edificios, herramientas, etc.;

"2º Más tarde, Moreno adquirió el carácter de socio en la compañía ordinaria de minas de El Tesoro y por consiguiente partícipe como accionado en el predio de La Sonora, por compra que hizo de sus acciones al socio Jesús Arbeláez;

"3º Francisco de la Cuesta denunció el predio de La Sonora como mina independiente y denunciable;

"4º El presidente de la sociedad de El Tesoro, como tal, y a la vez como socio, se opuso al denuncio;

"5º Pendían en el Juzgado 2º de este Circuito (Ibagué) solicitudes de partes en el asunto, cuando sin resolverlas, el Juez, sin proferir auto que así lo dispusiera, remitió oficiosamente el expediente sobre denuncio de la mina de La Sonora a la Gobernación del Departamento;

"6º La Gobernación, no obstante no aparecer en autos providencia del juez que indicara el objeto de la remisión del expediente, dictó resolución comisionando al Alcalde de Anzoátegui para dar posesión de la mina de La Sonora a Francisco de la Cuesta;

"7º Es de suponerse que la Gobernación, en la referida providencia, advertía al comisionado las formalidades previas que debía llenar, conforme al Código de Minas, para cumplir la comisión;

"8º Recibido el expediente por el Alcalde de Anzoátegui éste subcomisionó al Inspector Departamental de policía de Santa Clara para dar posesión de la mina;

"9º Sin que el Alcalde, ni el Inspector cumplieran con el deber de fijar carteles, dar pregones, citar a los antiguos poseedores de la mina, ni a los dueños de minas colindantes, aquel Inspector se presentó en el paraje de La Sonora, ebrio y acompañado de varios particulares, armados y muchos de ellos ebrios también y previa la declaratoria de que iba a entregarle todo a De la Cuesta y que en ese acto no admitía oposiciones, reclamos, ni solicitudes de ninguna naturaleza, consumando el atentado;

"10º Ese Inspector con las gentes que lo acompañaban invadieron el perímetro de la mina y el establecimiento de mi poderdante destinado al laboreo de minerales, hicieron daños considerables en ese mismo establecimiento como cortar correas de trasmisión, apagar motores, parar molinos, llevarse el mineral en bruto que se tenía preparado para moler, llevándose los pisos, es decir, el mineral ya molido, e invadieron los edificios de Moreno;

"11º Ese mismo Inspector, desalojó de la mina y del establecimiento de laboreo a los empleados y trabajadores de Moreno; de éstos puso en detención a Moisés Moreno, Pablo Martínez, Luis Martínez y Gregorio Castro y les previno, bajo caución, no volver a aquel paraje;

"12º Ese mismo Inspector entregó por la fuerza la mina y el establecimiento de laboreo de minerales a Francisco de la Cuesta;

"13º Como de lo que se mandaba dar posesión era de la mina denunciada, esto es, del suelo que la comprende, la entrega del establecimiento, que es de la exclusiva propiedad del señor Manuel M. Moreno, implica un despojo violento y un atentado sin precedentes;

"14º Ese Inspector no oyó al señor Luis Mora que, como apoderado de un interesado, iba a oponerse a la posesión;

"15º La diligencia que debía extenderse de la posesión a De la Cuesta, el Inspector la llevaba ya escrita desde que salió de Santa Clara;

"16º Al volver el expediente a la Secretaría de Hacienda, por haberse pedido, se observó que fue borrado el principio del auto de la Gobernación en que se confería la comisión al Alcalde de Anzoátegui y repelada la hoja en donde dicho auto terminaba;

"17º A petición mía, la Gobernación declaró nulo todo lo actuado por el Alcalde de Anzoátegui y por el Inspector Departamental de policía de Santa Clara y dispuso la averiguación de los delitos que se hubieran cometido, pero se abstuvo de restablecer las cosas, al estado que tenían antes del acto generador de la nulidad;

"18º A pesar de habérsele pedido reposición a la Gobernación de la providencia en que declara la nulidad, en la parte en que se niega el restablecimiento de las cosas al estado que antes tenían, ella se obstinó en la negativa;

"19º Lo resuelto por la Gobernación ha creado una situación de hecho que, en cierto modo patrocina el atropello y acarrea serios perjuicios a mi representado;

"20º Declarada la nulidad de lo actuado por los empleados de policía de Anzoátegui y Santa Clara, Francisco de la Cuesta no es poseedor, ni tenedor siquiera de la mina de La Sonora;

"21º Esa zona la ha poseído regularmente como condueño y en tenencia como arrendatario, por más de un año, Manuel A. Moreno quien ha tenido allí explotación de minerales;

"22º Pero como Moreno fue despojado por el Agente de la Gobernación de la mina y del establecimiento de laboreo, se le privó de la posesión;

"23º Por modo que ni De la Cuesta ni Moreno poseen la mina;

"24º Luego esa mina quedó por virtud de los hechos cumplidos, en poder de los Agentes del Gobierno:

"25º Los hechos cumplidos por el Inspector de Santa Clara son generadores de perjuicios para mi poderdante, ya por los daños, sustracciones de cosas, atropellos, despojos, que se cumplieron el día de la diligencia como por la suspensión forzosa de los trabajos de laboreo;

"26º Y como del día de la diligencia hasta hoy, Francisco De la Cuesta se ha posesionado de la mina y del establecimiento, no obstante la nulidad decretada, y ha dispuesto de las herramientas y maderas de Moreno, de los minerales en bruto y se encuentra ejerciendo allí actos de señor y dueño, con el asentimiento tácito del Gobierno, esos perjuicios han continuado y continuarán hasta que se restablezca la normalidad de las cosas;

"27º La abstención de la Gobernación a restablecer las cosas al estado que antes tenían, ha dado lugar a los perjuicios que se indican en el hecho anterior, porque aquella entidad ha sentado con su abstención la tesis aberrante y absurda, de que el acto nulo sigue surtiendo sus efectos;

"28º El Alcalde de Anzoátegui y el Inspector de Policía de Santa Clara son empleados departamentales y agentes del Gobernador;

"29º Ellos conocieron del asunto de la posesión de la mina La Sonora, no en ejercicio de propias y privativas atribuciones, sino por comisión de la Gobernación;

"30º Consecuencialmente el Departamento debe responder de los perjuicios derivados de la falta de los agentes y subalternos de la Gobernación".

El Tribunal, en sentencia de fecha 6 de octubre del año pasado absolvió al Departamento del Tolima de los cargos de la demanda. El apoderado del actor apeló del fallo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo.

El negocio se tramitó legalmente durante la segunda instancia, sin que se observen en el proceso causales de nulidad. En la respectiva oportunidad el apoderado del actor en la Corte, doctor Juan Bautista Neira, pidió la práctica de pruebas y alegó de conclusión. El señor Procurador Delegado en lo Civil, doctor Hernando Nannetti, devolvió el traslado sin acompañar alegato alguno.

Como están terminadas las ritualidades procedimentales correspondientes, se pasa a dictar el fallo de segunda instancia.

**Los antecedentes**

Por escritura número 823, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Ibagué, el 17 de diciembre de 1931, Francisco Morad arrendó a Manuel A. Moreno por el término de cinco años, para su explotación y laboreo, las acciones que poseía en propiedad en las minas de El Tesoro y Las Palomas dentro de la jurisdicción del Municipio de Anzoátegui.

Por escritura número 751 de 24 de septiembre de 1934, otorgada en la misma Notaría, Jesús Arbeláez vendió unas acciones a Moreno en las minas de El Tesoro y Las Animas, de la jurisdicción citada.

Por escritura número 328 de 8 de junio de 1935, de la Notaría 1ª del Circuito de Ibagué, Moreno protocolizó las diligencias sobre notificación judicial a José Joaquín Arenas como presidente de la sociedad de minas de El Tesoro, de la compra de acciones que hizo al socio Arbeláez.

Francisco de la Cuesta denunció el predio de La Sonora como mina independiente y denunciable. En el curso de las diligencias administrativas y dentro del término señalado por el artículo 59 del Código de Minas, el señor José Joaquín Arenas, como presidente de la Sociedad de Minas de El Tesoro y por medio de apoderado, formuló opo-

sición que dio motivo para que interviniera la justicia ordinaria.

Ante el señor Juez 2º del Circuito de Ibagué se tramitó en primera instancia la oposición y resuelto que fue algún punto relacionado con el carácter de las partes, el negocio subió en apelación al Tribunal, donde el presidente de la Sociedad de Minas de El Tesoro y el apoderado del señor De la Cuesta, presentaron memorial de desistimiento del juicio de oposición.

Estimando que la petición era legal y que en ella se solicitaba la devolución del negocio al funcionario competente para dar la posesión, el Tribunal en auto de fecha 27 de julio de 1935 admitió el desistimiento y dispuso el envío de las diligencias a la Gobernación para que se diera posesión de la mina La Sonora a Francisco De la Cuesta. Este auto fue reclamado por el apoderado de Manuel A. Moreno, alegando su carácter de socio de la Compañía. El Tribunal en autos de 9 de septiembre y de 18 de noviembre siguientes, después de estudiar de acuerdo con el Código de Minas lo relativo a la representación de las sociedades por sus presidentes en las controversias judiciales y lo improcedente de la intervención de un solo socio para la prosecución del juicio, mantuvo y dejó en firme el primer auto, que convertido ya en ley del proceso, pasó a la Gobernación para su cumplimiento.

La Secretaría de Hacienda del Departamento del Tolima comisionó al Alcalde de Anzoátegui para la entrega de la mina y el comisionado de acuerdo con la facultad concedida en el artículo 7º de la Ley 292 de 1875, subcomisionó al Inspector de Santa Clara.

La diligencia se llevó a cabo el 19 de marzo de 1936 y de ella se dejó constancia en los términos siguientes:

"En el municipio de Anzoátegui, a las 10 de la mañana del día diez y nueve de marzo del año de mil novecientos treinta y seis, se constituyó el Inspector de Policía de Santa Clara, por comisión del señor Alcalde Municipal de Anzoátegui, en el paraje de La Sonora, fracción de La China, de este Municipio de Anzoátegui, hallándose presentes los señores Francisco de la Cuesta R. y el ingeniero Carlos Cadavid Gónima, interesado y perito respectivamente y el Secretario que suscribe; y manifestó que por comisión del señor Gobernador del Departamento y en cumplimiento de lo ordenado por el Honorable Tribunal Superior del Tolima, en sentencias dictadas en los juicios de oposición de las Sociedades del Tesoro y de las Animas de fechas veintisiete de julio de mil novecientos treinta y cinco, y en el juicio de oposición de Manuel A. Moreno de fecha 18 de noviembre de 1935, iba a dar posesión al señor Francisco de la Cuesta R. de la mina de veta denominada La Sonora, descubierta en el punto donde estaba situada; y para el efecto dispuso que el ingeniero Carlos Cadavid Gónima previas las alteraciones legales, procediera a la medida de las tres pertenencias que deben concederle. Habiendo tomado por base una ramada de zinc, conocida con el nombre de molino de Manuel Moreno, demarcada en el escrito de denuncia, se midieron cien (100) metros siguiendo la acequia que trae el agua para dicha ramada, y en este punto, y en la margen derecha de dicha acequia, se fijó un mojón de cemento, marcado con la letra S; de este mojón se trazó una línea de ciento veinte (120) metros con rumbo norte setenta (70º) Oeste, y se colocó un mojón de cemento, marcado con la letra F; luégo partiendo del primer mojón marcado con la letra S, se trazó una línea de ciento veinte (120) metros, con rumbo sur setenta grados (70º) Este, y en extremo se colocó un mojón de cemento marcado con la letra F, quedando así trazada la base del rectángulo, por una línea de doscientos cuarenta (240) metros de longitud, que tiene rumbo general Norte setenta grados (70º) Oeste, partiendo del mojón oriental, y tres mojones, dos en los extremos marcados con la letra F, y uno al centro marcado con la letra S; luégo partiendo de los mojones extremos de esta línea y en ángulo recto, se trazaron dos líneas paralelas de mil ochocientos metros de longitud, que tienen rumbo Norte veinte grados (20º) Este y que terminaron en la quebrada de Las Palomas, en cuyos extremos, se fijaron dos mojones de cemento, marcados con la letra F. Estos mojones se unieron con una línea recta de doscientos cuarenta (240) metros de longi-

tud, quedando así formado un rectángulo de doscientos cuarenta metros (240) de latitud por mil ochocientos metros (1800) de latitud. Para mayor claridad, esta línea de doscientos cuarenta metros, que une los mojones situados a orillas de la quebrada Las Palomas, se dividió en su centro por un mojón de cemento, que se marcó con la letra S y que corresponde en línea recta al mojón marcado con la letra S, en la línea que sirvió de base para esta medida. Concluída esta operación el Inspector departamental de Santa Clara preguntó si había alguno que como colindante quisiera oponerse a la posesión, y no habiendo habido contradicción, dijo en voz perceptible: "Yo, Ernesto Serrano R., Inspector Departamental de Santa Clara, por comisión del Honorable Tribunal Superior del Tolima y del señor Gobernador del Departamento y a nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, doy en debida forma posesión legal y material al señor Francisco de la Cuesta para sí, de la mina de veta denominada La Sonora, situada en el paraje del mismo nombre, dentro del rectángulo que acaba de medirse, junto con los cauces de las aguas allí comprendidos, sin perjuicios de los derechos legítimos adquiridos en ellos por un tercero. Habiendo el denunciante manifestado que recibía la posesión y quedaba conforme con ella, se declaró terminado el acto; para cuya constancia se extiende la presente diligencia que firman todas las personas que en él han intervenido por ante los infrascritos Inspector Departamental de Policía de Santa Clara y Secretario. El Inspector (fdo.) Ernesto Serrano R.—El interesado (fdo.) **Francisco de la Cuesta. R.**—El perito (fdo.) **Carlos Cadavid G.**—El perito (fdo.) **Alfredo García M.**—El Secretario (fdo.) **Juan de la C. Mejía A.**—Srio.—Inspección Departamental de Policía de Santa Clara. — Marzo, ventiuno de mil novecientos treinta y seis.—Cumplida como se halla la comisión remítase al empleado comitente previa desanotación. — Cúmplase (fdo.) **Ernesto Serrano R.**—(fdo). **Juan de la C. Mejía.** — Hoy veintiuno de marzo de mil novecientos treinta y seis se remite el expediente al señor Alcalde Municipal de Anzoátegui.—(fdo.) **Mejía,** Srio."

Como se cometieron algunas irregularidades por parte de los acompañantes del Inspector de Santa Clara y se omitió el cumplimiento de algunas formalidades del Código de Minas, la Gobernación en resolución de fecha 27 de marzo siguiente, invalidó lo actuado por el Alcalde de Anzoátegui y el Inspector de Santa Clara, ordenó nueva entrega de la mina y dispuso la investigación de los delitos que se hubiesen podido cometer; pero negó la reposición de las cosas al estado anterior, en cuanto se debía dejar a Moreno en posesión de la mina, quien así lo solicitó alegando su carácter de socio de la Sociedad de Minas de El Tesoro. Esto último fue lo que sirvió de base para la demanda de perjuicios contra el Departamento del Tolima.

El Ministerio de Industrias y Trabajo, en Resolución número 36, de 18 de mayo de 1937, confirmó en todas sus partes la providencia de la Gobernación del Tolima, de fecha 27 de marzo del año anterior, que invalidó lo actuado por el Alcalde de Anzoátegui y por el Inspector de Santa Clara, ordenó nueva entrega de la mina, dispuso la investigación de los delitos cometidos y negó dar de nuevo a Moreno la posesión de la mina. Copia de la Resolución número 36 del Ministerio se trajo a los autos durante la segunda instancia, a petición del apoderado del demandante.

**Las pruebas**

Las escrituras mencionadas en el capítulo anterior, fueron acompañadas a la demanda. También se acompañó copia de las resoluciones de 27 de marzo y de 4 de abril de 1936, dictadas por la Secretaría de Hacienda del Departamento del Tolima.

Durante el término de prueba de la primera instancia, se recibieron varias declaraciones para comprobar los hechos alegados como fundamento de la indemnización reclamada. Tales testimonios son los siguientes:

Luis Mira dice: "Conozco personalmente por haber estado y trabajar allí y haber recorrido los linderos, la zona minera conocida con el nombre de La Sonora, en jurisdicción del municipio de Anzoátegui, que hace parte del rectángulo de la mina de El Tesoro, de propiedad de la sociedad ordina-

ria de este nombre. Me consta que desde hace cuatro años poco más o menos, Manuel A. Moreno, primero como arrendatario de Francisco Morad y después como socio de la compañía de El Tesoro, ha ocupado la zona conocida con el nombre de La Sonora. Me consta por haber estado en la región por esa época que cuando Francisco Morad, como socio de las minas de El Tesoro y las Animas, arrendó a Moreno la zona o predio de La Sonora, la compañía de El Tesoro no tenía trabajos comunes establecidos en dicha mina, esto es, en la de La Sonora. Me consta personalmente por haber sido yo quien montó la maquinaria que en la zona minera de La Sonora tiene montado Manuel A. Moreno un establecimiento para el laboreo de minerales. Me consta por haberlo presenciado, ya que fui la persona que compró los motores y los montó, que el establecimiento que tiene Manuel A. Moreno en la zona o predio de La Sonora se compone entre otras cosas de lo siguiente: varias casas de madera y zinc, tres motores, uno de 16 caballos de fuerza, otro de ocho caballos y otro de siete caballos; dos molinos para triturar mineral, uno de seis pisones y otro de cuatro pisones; una mesa de arrastre, un dinamo, una acequia que conduce el agua, un nivel para construír, otra acequia y las herramientas necesarias. Me consta por haberlo presenciado, que Manuel A. Moreno ha tenido funcionando el establecimiento minero y explotando los minerales de la zona de La Sonora, durante un período de tres años. Me consta por haberlo presenciado, ya que en ese momento me encontraba como administrador de la empresa, que el 19 de marzo del año en curso se presentó en el paraje de La Sonora el Inspector de Policía de Santa Clara, señor Ernesto Serrano, acompañado de su secretario, de unos peritos y de unos cincuenta particulares, armados de machetes y algunos de revólveres, en estado de embriaguez el inspector y varios de los particulares. Me consta que el Inspector, la policía y los particulares que lo acompañaban penetraron al establecimiento y me manifestó a mí el Inspector, como administrador que era, que iba a entregar la mina y el establecimiento a Francisco de la Cuesta por orden del Alcalde de Anzoátegui. Al oponerme yo en mi carácter dicho de administrador, me declaró el Inspector que no aceptaba oposiciones ni reclamos porque el asunto había sido debatido ante los Jueces. En consecuencia, procedió a la entrega de la mina y del establecimiento a De la Cuesta. Me consta que el Inspector, previa exigencia de De la Cuesta procedió a desarmar a los peones y trabajadores que Moreno tenía en su establecimiento; detuvieron a cuatro familiares de Moreno mientras prestaban éstos fianza de no volver al establecimiento y a todos los otros trabajadores les previnieron que debían desocupar la región y no volver a ella. Yo, como administrador y apoderado de Moreno estaba listo a oponerme a la entrega, me opuse y el Inspector no me aceptó la oposición. Me consta que algunas de las personas que acompañaron al Inspector, sin duda por orden de De la Cuesta, cortaron una correa de trasmisión y dispusieron de los recortes y de los pisos de los molinos, lo mismo que del diario que estaba lavándose, o sea el oro de los minerales molidos el día anterior. Vi, por encontrarse al pie del señor Inspector que éste no extendió diligencia de posesión ninguna en el lugar donde se practicó la diligencia, porque se llevaba ya escrita con las firmas de todos los interesados. Al oponerme quise que se dejara constancia del hecho de la oposición, pero no fui atendido. Me consta por haberlo presenciado que desde el 19 de marzo de este año quedó Francisco de la Cuesta en posesión de la mina de La Sonora y del establecimiento minero del señor Moreno. Nosotros, los empleados de Moreno, inclusive yo, que era el administrador, tuvimos que abandonar la mina por orden de la autoridad. Me consta por haber estado allí con posterioridad al 19 de marzo que Francisco de la Cuesta está en posesión de la mina de La Sonora y del establecimiento mismo, aunque éste no lo tiene funcionando, pero sí lo tiene ocupado para el servicio del personal que De la Cuesta tiene allí. Me consta por haberlo presenciado... que Francisco de la Cuesta ha tomado del establecimiento minero de La Sonora una madera aserrada por cuenta de Manued Moreno y la herramienta que éste tenía en dicho estableci-

miento. Me consta... que para cuidar de los enseres que Moreno tiene en el establecimiento minero de La Sonora, han puesto allí tres guardias civiles que no han impedido que De la Cuesta use de los enseres pertenecientes a Moreno".

Gonzalo Samuel: "Me consta porque lo presencié que el 19 de marzo de este año se presentó en el paraje de La Sonora de la jurisdicción del Municipio de Anzoátegui, el Inspector de Policía de Santa Clara, Ernesto Serrano, acompañado de su secretario y unos peritos y un número considerable de particulares, armados de machetes y revólveres, la mayor parte de éstos y el propio Inspector en estado de embriaguez; que el Inspector y los particulares que lo acompañaban hicieron irrupción en el paraje dicho y manifestaron que por orden de la Alcaldía de Anzoátegui iban a entregar la mina y el establecimiento minero de Manuel A. Moreno a Francisco de la Cuesta y que no admitían oposiciones, reclamos ni solicitudes de ninguna especie, ocuparon materialmente la mina y el establecimiento; que el Inspector con los policías desarmaron a los peones y trabajadores que Moreno tenía en su establecimiento minero; a cuatro de ellos les exigieron fianza y a los demás nos previnieron que debíamos desocupar la mina y no volver a ella; que Luis Mira en su carácter de administrador y apoderado de Moreno, se opuso en nombre de éste a la entrega que le hicieron a Francisco de la Cuesta; pero el Inspector no admitió la oposición, ni siquiera aceptó que se le formulara; que algunas de las personas que acompañaban al Inspector causaron algunos daños en el establecimiento minero; cortaron una correa de trasmisión; dispusieron de los recortes y de los pisos del mineral, lo mismo que del diario que se estaba lavando. Esos daños se causaron sin que el Inspector los prohibiera o tratara de impedirlos; que el Inspector de Policía de Santa Clara no extendió diligencia alguna y que lo que leyó en ese momento lo llevaba escrito desde la cabecera del Corregimiento; que desde el 19 de marzo quedó Francisco de la Cuesta en posesión material de la mina de La Sonora y del establecimiento minero del señor Manuel A. Moreno abandonado por la expulsión hecha por el Inspector del administrador de la empresa y demás trabajadores que allí tenía Moreno; que Francisco de la Cuesta por sí y por medio de sus dependientes ha impedido con amenazas al administrador y a los agentes de Moreno que lleguen y ocupen el establecimiento minero; que la madera aserrada que tenía en el establecimiento Moreno ha sido gastada en su mayor parte por Francisco de la Cuesta; que la herramienta que Moreno tenía allí, de la Cuesta ha dispuesto de ella, empleándola en sus propios trabajos; que los guardias civiles que se mantienen en el paraje de La Sonora lejos de tratar de favorecer los intereses particulares de Moreno, son instrumentos de Francisco de la Cuesta y a él sólo obedecen".

Francisco Rubiano: "Que conoce la zona minera distinguida con el nombre de La Sonora, en jurisdicción del Municipio de Anzoátegui, que hace parte de la mina de El Tesoro; que Manuel A. Moreno ha ocupado hace más de tres años, primero como arrendatario de Francisco Morad y luégo como socio de la compañía de El Tesoro, la zona de terreno de La Sonora y ha tenido allí trabajos de exploración de minerales; que el señor Francisco de la Cuesta no ha poseído materialmente en ninguna época el predio de La Sonora y que si en alguna época frecuentó ese paraje fue como agente o recomendado de Manuel A. Moreno; que en la zona minera de La Sonora ha montado Manuel A. Moreno un establecimiento para el laboreo de minerales; que ese establecimiento lo componen, entre otras cosas, las siguientes: varias casas de madera y zinc, tres motores, uno de 16 caballos de fuerza, otro de 8 caballos y otro de 7 caballos; dos molinos para triturar minerales, uno de seis pisones y otro de cuatro; una mesa de arrastre en construcción, un dinamo, una acequia para conducir el agua, un nivel para construír otra acequia y la herramienta necesaria; que Moreno ha tenido en función ese establecimiento, explotando los minerales de la zona minera de La Sonora, en el doble carácter atrás dicho, como arrendatario de Francisco Morad y como accionado en la

mina de El Tesoro, y que esa explotación duró por más de tres años continuos".

Alberto Moreno: "Que le consta, por encontrarse ese día en el lugar de los acontecimientos, que el 19 de marzo de este año llegaron al paraje de La Sonora, jurisdicción del Municipio de Anzoátegui, el Inspector de Policía de Santa Clara, señor Ernesto Serrano, su secretario, unos peritos y más o menos cincuenta particulares, estos últimos unos armados de machetes, otros de revólveres, la mayor parte de éstos, inclusive el Inspector, estaban embriagados; que el Inspector y sus acompañantes se entraron a la mina manifestando que iban a entregarla a Francisco de la Cuesta y que no admitían oposiciones, ni reclamos de ninguna especie; Luis Mira presentó oposición que no fue admitida; que el Inspector, a petición de Francisco de la Cuesta, procedió a desarmar a los peones y trabajadores que Manuel A. Moreno tenía en su establecimiento minero; también puso en detención a cuatro de los familiares de Moreno y a todos los demás les previno que debían desocupar la región y no volver a ella; que en el acto de la posesión el Inspector no extendió diligencia de ninguna clase, leyeron unos papeles que llevaban escritos; que con posterioridad al 19 de marzo le consta que Francisco de la Cuesta está en posesión de la mina de La Sonora y del establecimiento de Moreno, abandonado por la entrega que de éstos hizo el Inspector y por la expulsión del administrador y de los empleados que Moreno tenía allí".

En idénticos términos a los de los testimonios anteriores, se producen los testigos Juan de Dios Mira Giraldo, José Joaquín Torres y Enrique Lugo.

El señor Alfredo García M., dijo: "Sí me consta, porque lo presencié, en mi condición de perito, que el 19 de marzo próximo pasado, sin aviso previo, se presentó en el paraje de La Sonora, jurisdicción del Municipio de Anzoátegui el Inspector departamental de policía de Santa Clara, señor Ernesto Serrano, acompañado de su secretario, del doctor Cadavid, como perito, y de unos cincuenta particulares armados la mayor parte y el propio Inspector en estado de embriaguez. Sí me consta que dicho funcionario y los particulares que lo acompañaban hicieron irrupción en el paraje dicho y previa la manifestación de que por orden del Tribunal Superior de Ibagué iban a entregar la mina y el establecimiento minero de Manuel A. Moreno a Francisco de la Cuesta y que no admitía oposiciones (palabras textuales del funcionario), reclamos ni solicitudes de ninguna especie, y ocuparon materialmente la mina y establecimiento. Es un hecho cierto que el Inspector Serrano ordenó desarmar a los peones y trabajadores que Manuel A. Moreno tenía en su establecimiento minero; que dispuso la detención de algunos de esos peones y trabajadores y a todos los conminó para que desocuparan la mina y el establecimiento y que no volvieran a ellos. Me consta porque lo presencié que el señor Luis Mira exhibió un poder conferido por Manuel A. Moreno, y basado en el expresado poder hizo oposición a la entrega de la mina de La Sonora que se iba a entregar a Francisco de la Cuesta, pero el funcionario Serrano dijo que ahí no valían oposiciones, que no se la admitía. Sí me consta porque lo presencié que las gentes que acompañaban al Inspector en ese acto y sin que este empleado tratara de impedirlo causaron daños en el establecimiento minero, entre otros cortaron una correa de trasmisión y dispusieron de los recortes y de los pisos del mineral, lo mismo que del diario que se estaba lavando ese día, o sea del oro. Es un hecho cierto que en el acto de la diligencia el Inspector de policía de Santa Clara no extendió allí acta de posesión, porque ella iba escrita desde la cabecera del Corregimiento de Santa Clara por el suscrito y ello se debió a que el secretario me dijo: "García, vos escribís más rápido en máquina, escribí la diligencia que el doctor De la Cuesta (Francisco) te la dicta". Al efecto, don Francisco sacó un papel en donde llevaba escrita en copia la diligencia de entrega, la cual me dictó y yo escribí; diligencia que se firmó en el primero y único mojón que pisamos. Es un hecho cierto que desde el 19 de marzo del corriente año quedó Francisco de la Cuesta en posesión de la mina de La Sonora y del establecimiento minero del señor Manuel A. Moreno abandonado por la expulsión que el Inspector departamental de

policía verificó lanzando al administrador, arrendatarios y trabajadores o dependientes del propio señor Moreno".

A petición del representante del Departamento del Tolima se agregaron a los autos durante la segunda instancia varios documentos, entre otros, copia de varias piezas tomadas del juicio de lanzamiento propuesto por la sucesión de José Francisco Morad contra Manuel A. Moreno, en el cual el apoderado de este último sostuvo que el contrato de arrendamiento celebrado por Morad había quedado anulado, y se declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería del demandante.

A petición de la misma parte se recibieron las declaraciones de Juan de la Cruz Mejía y Marceliano Maya, quienes declaran que en la entrega de la mina La Sonora a Francisco de la Cuesta no se comprendieron los molinos ni los edificios que allí tenía el señor Manuel A. Moreno, pues éstos quedaron expresamente excluídos de la entrega.

El 28 de julio de 1936, se practicó por el Tribunal una inspección ocular con asocio de peritos, en el punto de La Sonora, corregimiento de Santa Clara, jurisdicción del Municipio de Anzoátegui. En la diligencia respectiva, se dejó constancia de lo siguiente:

"**Primero.** Los molinos, edificios y demás anexidades a que se ha hecho referencia, permanecen en buen estado y no han sufrido daño ni detrimento ninguno hasta donde puede constatarlo el suscrito Magistrado que no es técnico en la materia. Los molinos y demás maquinarias se encuentran algunos ligeramente oxidados, circunstancia ésta que hace presumir que no han sido usados, desde algún tiempo; sólo la fragua tiene manifestaciones de uso reciente. **Segundo.** Por lo observado y por los hechos aludidos anteriormente el suscrito Magistrado considera que con excepción de la fragua y de las casas de habitación los molinos y demás anexidades no han sido utilizados y se encuentran en lo posible suficientemente cuidados y custodiados por tres agentes de Policía Nacional. **Tercero.** Con relación a este punto sólo puede constatar el suscrito Magistrado que, y esto en cierta manera está dicho en los puntos anteriores, no aparece, con las excepciones anotadas, que se haya hecho uso del establecimiento minero del señor Moreno. El señor Francisco de la Cuesta, hecho éste que pudo observar personalmente, tiene su establecimiento separado varias cuadras distante del de Moreno. También observa como hecho independendiente que los edificios de que se habla son de madera aserrada y teja de zinc".

### La cuestión de derecho

El demandante cita para probar la responsabilidad del Departamento del Tolima, la doctrina sentada por la Sala en sentencia de fecha diez de diciembre de 1937, en la cual se acogió la jurisprudencia de la Corte preconizada en varios fallos, que establece que 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. El Tribunal estima que esa doctrina no tiene apoyo en la ley civil y agrega que debe incorporarse en la legislación colombiana, por ser justa.

La Corte ha apoyado su tesis en los arts. 2341 y 2347 del C. C., que 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".

Por otra parte, la jurisprudencia es la llamada a actualizar el derecho y a darles a las leyes la interpretación que consulte la equidad y que se acomode a las tendencias científicas modernas. Como lo dice la Corte en su concepto sobre la reforma del Código Civil, "nociones jurídicas de fecunda aplicación, tales como el fraude a la ley, el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, la imprevisión, el influjo y alcance del error sobre el consentimiento, las teorías modernas sobre responsabilidad civil, el riesgo creado, las limitaciones a la autonomía de la voluntad, han ingresado a nuestro dere-

cho y enriquecídolo, por la amplia y segura vía de la elaboración jurisprudencial".

Por consiguiente, no es necesario examinar como lo hace el Tribunal, si existen disposiciones legales de las cuales se pueda deducir la responsabilidad de las entidades de derecho público en los casos de daños ejecutados por sus agentes autorizados, porque esta es cuestión que ya ha decidido la Corte en doctrinas que no hay motivos para variar; lo que precisa estudiar es si en el caso contemplado en autos concurren los requisitos necesarios para que pueda llegar a la conclusión de que existe culpa de parte del Departamento del Tolima que obligue a dicha entidad a indemnizar los perjuicios causados.

La Sala, en la sentencia que se ha citado, dijo que para que exista responsabilidad por parte del Estado (o del Departamento o del Municipio), 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.

De manera que no todos los perjuicios que se causen en el patrimonio de los individuos por los actos de la administración pueden dar lugar a responsabilidad de parte del Estado o de un Departamento o de un Municipio, sino aquellos que son ocasionados por providencias arbitrarias o ilegales. Si no fuera así, las autoridades administrativas no podrían cumplir la obligación de prestar apoyo al cumplimiento de las sentencias y demás providencias judiciales, sin exponer a las respectivas entidades a los procesos consiguientes por indemnización de perjuicios, ya que la mayor parte de los fallos afectan el patrimonio de las personas. Por otro aspecto, los perjuicios indemnizables por las entidades de derecho público son los que emanan de la culpa civil; pero aquéllas no pueden ser obligadas a responder por la culpa delictual de los agentes ni por la imprudencia castigable.

Maurice Hauriou, en su obra **Derecho Público y Constitucional**, dice lo siguiente:

"El Derecho Administrativo francés admite la responsabilidad pecuniaria de todas las administraciones públicas —consideradas como personas morales— por todos los perjuicios ocasionados en la ejecución de un servicio público o de una operación administrativa, siempre que concurra una de estas circunstancias: 1ª que estos perjuicios sean el resultado de una falta y no un caso fortuito o de un acontecimiento de fuerza mayor; 2ª que esta falta sea imputable a la organización del servicio, y no a un agente determinado, con respecto al cual constituiría **acto personal**".

"Corresponden a la esfera privada del funcionario y no originan ninguna responsabilidad oficial todos aquellos actos que éste lleva a cabo, no en ejercicio del poder público, sino con ocasión de este mismo ejercicio".

En el asunto que se estudia, la providencia de la Gobernación del Tolima que comisionó al Alcalde de Anzoátegui para darle posesión de la mina La Sonora a Francisco de la Cuesta, fue dictada en virtud de la decisión del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha 27 de julio de 1935. A la Gobernación le correspondía ordenar su cumplimiento, sin que tuviera facultad para discutir la legalidad o ilegalidad del mandato del Organo Judicial. Por consiguiente, si existieron perjuicios para el demandante, no puede sostenerse que los hechos o acciones que los originaron constituyan culpa de parte de la administración departamental, ya que con arreglo a la Constitución y a las disposiciones especiales del Código de Minas, corresponde a los Gobernadores auxiliar a la justicia para el cumplimiento de las providencias referentes a la adjudicación y posesión de las minas. La resolución que ordenó cumplir el auto del Tribunal es legal y de su ejecución no puede derivarse responsabilidad alguna contra la administración departamental.

Los hechos ejecutados por las autoridades subalternas que cumplieron la comisión de la Gobernación y que se apartaron de los términos del encargo recibido, debe considerarse que se realizaron no en ejercicio del poder público, sino con ocasión de ese ejercicio, y por tanto, no originan responsabilidad oficial de la administración, sino que

constituyen un caso personal de sus autores. Según hay constancia en autos, por esos hechos se adelanta la correspondiente investigación criminal, que dará lugar a la consiguiente acción civil en el caso de que se llegue a comprobar que realmente ocurrieron las infracciones de la ley que han motivado la querella del demandante señor Moreno.

Por las razones anteriores, distintas de las expuestas por el Tribunal como fundamento de la sentencia de primera instancia, la Sala llega a la conclusión de que se debe absolver al Departamento del Tolima de los cargos de la demanda.

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.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y oportunamente devuélvase el expediente.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres**, Srio. en ppdad.

## PRELACION DE CREDITOS

**Cuando concurren un crédito hipotecario y uno de la cuarta clase, el crédito a favor de la Nación, que es de cuarta clase, no goza de preferencia sobre el hipotecario, que es de tercera. Así lo ha decidido la Corte en varias sentencias.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto veintidós de mil novecientos trienta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor Abraham Arenas inició juicio ejecutivo contra José Asunción Méndez, ejercitando la acción real y la personal, para hacer efectiva la hipoteca de mil pesos ($ 1,000), constituída sobre un lote de terreno situado en la carrera 15, número 929, en el barrio de Chapinero de esta ciudad, el cual tiene un frente de 10 metros por un fondo de 53 metros 686 milímetros, o sean 838 varas cuadras y 84 centésimos de vara cuadrada y que linda así: "Norte, con propiedad que es o fue de la sociedad Leo Siegfried Kopp; Sur, con propiedad que es o fue de Francisco Javier (sic); Oriente o frente, con la carrera 15; y Occidente con propiedades de la misma sociedad de Leo S. Kopp & Co." La hipoteca fue constituída por escritura número 1912, otorgada en la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, el 14 de septiembre de 1928. El Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá, libró el mandamiento ejecutivo el 30 de enero de 1932, y el inmueble referido fue embargado.

El doctor César Botero Medina, como apoderado de Marco Aurelio Suárez, solicitó que con el producto de los bienes embargados se pague en la prelación que corresponda, la hipoteca de $ 350 sobre la misma finca expresada, constituída por escritura número 900 de 12 de mayo de 1931, de la Notaría 1ª de Bogotá, por el señor José Méndez, quien adquirió el inmueble por compra hecha a José Asunción Méndez por escritura número 1418, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, en junio de 1929. La demanda de tercería fue admitida por el Juzgado 2º del Circuito Civil de Bogotá, en auto de fecha 7 de mayo de 1937.

El mismo Juzgado, en auto de 4 de julio de 1936, ordenó que José Méndez S., poseedor de la cosa hipotecada, satisfaga la deuda que consta en el título ejecutivo, por haberlo solicitado así los adjudicatarios de la sucesión del señor Abraham Arenas, representados por el doctor Manuel Antonio Silva.

El Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto de 10 de febrero de 1933, libró mandamiento ejecutivo contra Gonzalo Jiménez y a favor de la Nación por la suma de $ 22, alcance que se le dedujo en las cuentas de la Administración de Hacienda Nacional y de la Administración de Rentas Comisariales del Caquetá; en auto del 17 de octubre del mismo año, la misma oficina libró mandamiento de pago contra el señor Jiménez por igual causa por la suma de $ 150.91, y el 11 de enero de 1934, se inició ejecución por las sumas de $ 544.34 y $ 1,938.84. El Juzgado mencionado con fecha 21 de febrero de 1934 libró mandamiento ejecutivo contra los señores José Joaquín Nieto y José Méndez S., como fiadores del señor Gonzalo Jiménez, por los alcances que a éste se dedujeron en las cuentas del empleo de manejo que desempeñaba. Para el pago fue denunciado con otros bienes el lote de que se ha hecho mención hipotecado a Abraham Arenas y a Marco Aurelio Suárez, inmueble que fue embargado.

El doctor Manuel Antonio Silva pidió la acumulación del juicio seguido ante el Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá y del adelantado por jurisdicción coactiva en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales. Pasado el asunto a la Corte, esta Sala, en pro-

videncia de fecha 6 de diciembre de 1937, se abstuvo de conocer de la solicitud de acumulación y dijo que una vez decretada ésta por el Juzgado competente, le correspondía a la Corte conocer de la tercería respectiva.

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto del 23 de marzo de 1938, decretó la acumulación de los juicios y dispuso que los ejecutantes en el juicio adelantado en el Juzgado segundo Civil de este Circuito, quedan con el carácter de tercerista. Resolvió también enviar los juicios acumulados a la Corte para el conocimiento y fallo de la tercería.

En la Sala se tramitó el asunto con arreglo a las disposiciones legales. Corrido el traslado de que trata el artículo 1067 del C. J., ninguna de las partes alegó. Terminada la actuación correspondiente, se procede a dictar la sentencia de graduación de créditos, de acuerdo con el artículo 1067 del C. J. Conforme al artículo 2493 del C. C., las causas de preferencia son solamente el privilegio y la hipoteca. Y según el artículo 2494, gozan de privilegio los créditos de la primera, segunda y cuarta clase. Los créditos hipotecarios, que gozan de preferencia, son los de la tercera clase. Por tanto, cuando concurre un crédito hipotecario y uno de la cuarta clase, como el proveniente de un alcance, el crédito a favor de la Nación, que es de cuarta clase, no goza de preferencia sobre el hipotecario, que es de tercera. Así lo ha decidido la Corte en varias sentencias. En el fallo de fecha 15 de mayo de 1922, dijo lo siguiente:

"El crédito a favor de la Nación proveniente de alcance deducido a un responsable del Erario, no goza de preferencia sobre uno hipotecario a favor de otro acreedor; y por tanto, con el producto de la finca gravada debe satisfacerse plenamente el crédito o créditos hipotecarios por orden de las fechas de su constitución, principiando por el más antiguo" (J. de la C., Tomo III, número 956).

Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores, son créditos de la primera clase, al tenor del art. 2495 del C. C., numeral 1º.

En consecuencia, la preferencia en este negocio debe ser la siguiente: 1º las costas; 2º el crédito hipotecario constituído a favor del doctor Abraham Arenas; 3º el crédito hipotecario constituído a favor de Marco Aurelio Suárez, y 4º los créditos a favor de la Nación.

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, ordena que con el producto de los bienes embargados se paguen los créditos en el siguiente orden de prelación:

**Primero.** Las costas judiciales causadas en el interés general de los acreedores.

**Segundo.** El crédito hipotecario constituído por escritura número 1912 de 14 de septiembre de 1928, de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, a favor del doctor Abraham Arenas, hoy de sus herederos, con sus intereses.

**Tercero.** El crédito hipotecario constituído a favor del señor Marco Aurelio Suárez, por escritura número 900 de 12 de mayo de 1931, de la Notaría 1ª de Bogotá, con sus intereses.

**Cuarto.** Los créditos a favor de la Nación, provenientes de alcances elevados en contra del señor Gonzalo Jiménez, como responsable de las cuentas de la Administración de Hacienda Nacional y de la Administración de Rentas Comisariales del Caquetá.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gomez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres,** Srio. en ppdad.

## CONFIRMACION DE UN AUTO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Vizcaíno)

La Adminsitración de Hacienda Nacional de Santander, Sección 2ª, Impuestos sobre masa global hereditaria, asignaciones y donaciones, por medio de la liquidación número 3 de 10 de enero de 1939, liquidó el impuesto sobre asignaciones en la sucesión de José Natividad Villamizar y Nazaria Tarazona, en cuanto a la herencia de Carmen Villamizar Tarazona, trasmitida por su hermano Celestino Villamizar Tarazona, por valor ($ 764.80) en contra de la heredera Carmen Villamizar Tarazona. Contra esta liquidación y cuando se surtía la notificación de la providencia Nº 3, se presentó un memorial de objeciones por el apoderado de una de las herederas, doctor Manuel Enrique Puyana. Por medio de auto se concedió la alzada para ante el Ministerio de Hacienda, Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales, y esta Jefatura con Resolución número 174 de 24 de febrero de 1939 reformó la liquidación número 3 y la adicionó elevándose el referido impuesto a la suma de $ 841.17. Ejecutoriada esta providencia, la Administración de Hacienda Nacional de Bucaramanga, Sección Ejecutora, libró mandamiento de pago con fecha 30 de marzo del año en curso contra la señora Carmen Villamizar Tarazona, por la suma de $ 841.17 y los recargos legales causados con posterioridad a la liquidación hasta el día del pago. Este mandamiento se notificó al doctor Manuel Enrique Puyana como representante en el juicio de sucesión de la señora Carmen Villamizar Tarazona, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 62, inciso 4º de la Ley 73 de 1936, y de este mandamiento de pago apeló el citado representante de la ejecutada.

Concedido el recurso y llegado el negocio a esta Sala, se ordenó el traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien en su vista de junio 5 del año en curso dio contestación al traslado, siendo de parecer que el título que sirve de base a la ejecución es perfecta y es de los que aparejan ejecución, de acuerdo con el artículo 1059 del C. J., 982 del mismo y 62 de la Ley 73 de 1936.

Como esta Sala está en completo acuerdo con la tesis que sostiene el señor Procurador y el recurrente no ha presentado a la consideración de la Sala ningún documento que desvirtúe el valor del título que sirve de recaudo para esta ejecución, como la notificación se hizo en forma legal y los arts. 62 de la Ley 73 de 1936, 982 y 1059 del C. J. le dan carácter de título ejecutivo a la liquidación practicada por la Administración de Hacienda Nacional de Bucaramanga en contra de la señora Carmen Villamizar Tarazona. En su condición de heredera de Celestino Villamizar Tarazona, por impuesto de asignaciones y donaciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **resuelve:**

Confírmase el mandamiento de pago librado por el Administrador de Hacienda Nacional de Bucaramanga contra la señora Carmen Villamizar Tarazona, por el pago de impuesto de asignaciones y donaciones y recargos. Condénase en costas al apelante.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Francisco Vizcaíno—Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Niño Torres**, Srio. en ppdad.

## NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Vizcaíno)

El señor Jaime Flatcher Feijóo pidió en juicio ordinario ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, se le reconociera por dicho Tribunal el derecho de recibir de la Nación una pensión de jubilación de ochenta pesos mensuales, por haber servido al Gobierno Nacional por más de treinta años, tener más de sesenta y demás requisitos de la ley, requisitos que acompañó a su demanda. Obtuvo del Tribunal la sentencia de 11 de febrero del año en curso, favorable a su petición.

Publicada y notificada esta sentencia, viene a la Corte, Sala de Negocios Generales, para que esta Sala le dé su aprobación al fallo que, por declarar una obligación en contra de la Nación, necesita ser consultado. Surtidos los trámites de rigor, entra la Sala a decidir.

Esta demanda según consta en el libelo correspondiente, se inició por el actor en 2 de diciembre de 1938, y como lo observa atinadamente el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista de 24 de mayo del año en curso, no era el Tribunal de Popayán competente para conocer de ella, ni es procedente el recurso de consulta por ante la Corte, porque la Ley 153 de 8 de noviembre del año de 1938, que entró a regir desde su sanción, en su artículo 4º dispuso: "El Consejo de Estado conocerá en lo sucesivo, privativamente y en una sola instancia, de todas las demandas sobre pensiones, recompensas y sueldos de retiro de que en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia, sea en virtud o por procedimientos especiales o por los trámites ordinarios, etc." Cuando el Tribunal de Popayán admitió la demanda no tenía competencia para conocer de estos negocios y cuando dictó el fallo mucho menos. Si la Corte conociera de este recurso, ejercería una jurisdicción que no tiene, como la ejercitó el Tribunal de Popayán, porque una ley expresa atribuyó el conocimiento de estos negocios al Consejo de Estado.

En cuanto a la solicitud del Procurador de que se revoque la sentencia consultada, la Sala la considera improcedente, porque si carece de jurisdicción y competencia para resolver la consulta, no puede tenerla para revocar la sentencia. Sin embargo la Sala en casos como éste tiene resuelto que sí puede anular la actuación, ya que de no ser así quedaría creada una situación anormal, dejando en pie una actuación que es absolutamente írrita e ilegal; así lo resolvió en sentencia de 21 de junio de 1939.

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 nula toda la actuación en este juicio a partir del auto en que se admite la demanda inclusive.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres,** Srio. en ppdad.

## PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Vizcaíno)

El cuatro de septiembre de mil novecientos veinte, la Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos, libró mandamiento ejecutivo contra los señores Antonio J. Patiño H. y Benjamín Patiño H., a favor de la Nación por la suma de quinientos cuarenta y dos pesos con noventa y tres centavos ml. ($ 542.93), los intereses y costas de la ejecución. Con fecha 21 de septiembre del mismo año y 21 de febrero de 1921, se intimó a los ejecutados el mandamiento de pago. Ambos manifestaron no tener con qué pagar, ni bienes que denunciar. Así las cosas, siguió el juicio su curso, con más o menos lentitud, hasta 1923. En abril de 1924 el señor Proceso Puerta formuló una articulación de desembargo de la parte del sueldo que se había embargado al ejecutado Antonio J. Patiño H., articulación que fue fallada definitivamente por esta Sala en noviembre de 1924. La actuación continuó hasta julio de 1925. A partir de esta fecha el curso del juicio quedó paralizado, pues fue en marzo de 1932, cuando volvió a haber actuación, la cual continuó hasta septiembre de 1934, en que fue fallado por el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, a quien correspondió conocer de los negocios que cursaban en la extinguida Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos, otro incidente de desembargo promovido por Herminia Vinasco de Patiño y Germán Patiño V.

De esta fecha en adelante la actuación quedó otra vez paralizada hasta febrero del presente año, en que el ejecutado Antonio J. Patiño H., propuso la excepción de presunción, que es la que ha determinado la subida de este juicio al conocimiento de la Corte.

Tramitada como ha sido esa excepción, procede la Sala a dictar el fallo correspondiente.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en el escrito en que evacuó el traslado que se le dio, hace una relación detallada del curso del juicio, desde su iniciación hasta el presente y termina con el concepto de que debe declararse probada la excepción de prescripción, alegada por el ejecutado. Comoquiera que el relato que del curso del juicio hace el señor Procurador es expresión fiel de lo que resulta del expediente, y como por otra parte la Sala está conforme con el concepto de este funcionario, lo acoge. Para mayor claridad, se trascribe el escrito del Procurador: "La Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos, libró mandamiento de ejecutivo de pago el día 4 de septiembre de 1920, contra los señores Antonio J. Patiño H. y Benjamín Patiño H., a favor del Tesoro Nacional por la suma de $ 542.93, los intereses al 1% mensual y las costas del juicio. (Folios 48 y 49 del cuaderno número 1). El 21 de septiembre de 1920, se intimó al fiador señor Benjamín Patiño el pago de la suma antes expresada, sin que hubiera realizado la prestación debida. (Folios 52 vto. del cuaderno id). El 21 de febrero de 1921, se intimó al deudor principal señor Antonio J. Patiño el mandamiento de pago, sin que tampoco hubiera realizado la prestación, ni diera bienes para solucionarla. (Folios 57 vto. del cuaderno principal). La actuación del negocio continuó normalmente hasta el 6 de diciembre de 1923, fecha en que se fijó un edicto por virtud del cual se notificó el auto de 3 de diciembre del mismo año. (Folios 74 id.). El 21 de abril de 1924 se presentó en el proceso una articulación de desembargo, la que fue fallada, en definitiva, por la Sala de Ne-

gocios Generales de la Corte en 21 de noviembre de 1924. (Cuadernos 2 y 3). Hubo actuación en dicho incidente hasta el 30 de julio de 1925, como puede observarse de la lectura del folio 13 del cuaderno número 3. Desde esta diligencia quedó el negocio en reposo por un lapso prolongado, como puede verse de la lectura de los folios 75 y 76 del cuaderno número 1. El 4 de marzo de 1932, casi siete años después, volvió a actuarse sobre el negocio, por medio de una providencia que fue notificada personalmente a los ejecutados en los días 16 y 17 del mismo mes y año (folios 82 vto., cuaderno id.). Viene en seguida una activa gestión judicial por medio de la cual se trata de hacer efectiva la obligación. Hay actuaciones en el año de 1932, en el de 1933 y 1934 (folios 77 a 167 del cuaderno id). El 26 de mayo de 1934 se presentó una nueva articulación de desembargo en relación con la suma de $ 453.77, cantidad que le correspondió a la mujer de uno de los ejecutados y que había sido embargada por cuenta de la ejecución. Se trataba de un auxilio que había concedido la Nación por virtud de la Ley 21 de 1933 a los damnificados por el incendio de Río Sucio en julio 29 de 1933. Tal articulación fue fallada favorablemente a la mujer del ejecutado Antonio J. Patiño el 14 de septiembre de 1934, según providencia que corre a folios 25 vto. del cuaderno número 4, cuya última notificación aparece hecha el 15 de septiembre del mismo año.

De esta fecha en adelante no hay actuación; volvió, pues, a quedar en suspenso el negocio, hasta el 2 de febrero de 1939, en que se presentó, ante el señor Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, un memorial sobre excepciones. Por tal motivo los autos subieron a vuestro estudio, y corresponde a la Procuraduría emitir su concepto sobre el particular. De la relación de hechos y constancias procesales, aparece claramente establecido que desde el 1º de septiembre de 1923, fecha en la cual los créditos del Estado quedaron sometidos en lo que hace referencia a prescripción, a las disposiciones generales del Código Civil, hasta el 2 de febrero de 1939, fecha en la cual se presentó la excepción de prescripción, transcurrieron más de diez años sin que pueda alegarse por el Estado una interrupción operante. Si bien desde 1920 hasta el 3 de diciembre del año de 1923, aparece una primera actuación judicial de cobro, sin embargo, de esta fecha en adelante, quedó el negocio en reposo por un lapso de más de tres años (hasta el 4 de marzo de 1932), de modo que no surtió efecto esta primera actuación. Asimismo, la persecución renovada en el auto de 4 de marzo de 1932, notificada en los días 16 y 17 del mismo mes y año a los ejecutados, tampoco fue operante, ya que del año de 1934 en adelante, no hay actuación hasta el 2 de febrero de 1939; de modo que transcurrieron más de tres años. Por las razones expuestas y de conformidad con los artículos 2524 y 2536 del C. C., este Despacho es de concepto que se declare probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva. Señores Magistrados, **Carlos J. Medellín,** Procurador Delegado en lo Civil. Bogotá, julio 19 de 1939".

Como se ve, es evidente que la actuación que se inició en septiembre 4 de 1920, continuó hasta 1925 y que luégo quedó en suspenso por más de seis años, pues fue en 1932, cuando volvió a agitarse el juicio, y por los mismos no hubo interrupción del término de la prescripción. Y aunque es cierto también que de 1932 a 1934, hubo actuación en el juicio, lo es igualmente que de este año hasta febrero del presente, estuvo paralizado y por lo mismo tampoco puede considerarse que hubo interrupción, según lo que preceptúa el art. 2524 del Código Civil.

En resumen, considera la Sala que está demostrada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, y en tal virtud, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**Rèsuelve:**

Declárase probada la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, propuesta por el ejecutado Antonio José Patiño H. en la ejecución que se le adelanta ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, y en consecuencia terminada esta ejecución.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Francisco Vizcaíno—Eleuterio Serna R.—Francisco Niño Torres,** Srio. en ppdad.

# SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

## INCOMPETENCIA DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

**Para que pueda conocer la Sala Civil de Unica Instancia de los negocios que privativamente le atribuye el artículo 40 del C. J. es indispensable que la controversia emane de un contrato celebrado por la Nación. Un mero denuncio de bienes ocultos no constituye el contrato con la Nación que requiere la disposición legal citada.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y nueve.

El señor Germán Molina Callejas, vecino de Medellín, en demanda presentada ante el Juez 1º del Circuito en lo Civil de Medellín, se dirige a la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia, para iniciar una acción civil ordinaria contra la Nación y contra las Compañías Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company, con el fin de que se declare que no fue perfeccionado legalmente, y por lo mismo, carece de existencia jurídica el contrato de 3 de marzo de 1931, celebrado por la Nación con las citadas compañías, y que, en consecuencia, se cancelen las inscripciones de la escritura respectiva y del contrato mencionado en las Registraturas de Bogotá y San José de Cúcuta. Hace algunas peticiones subsidiarias y solicita que se declare igualmente que la Nación y las compañías expresadas deben indemnizarle los perjuicios de todo orden provenientes de la celebración, desarrollo y cumplimiento práctico del contrato en mención.

Dice el demandante que su interés civil frente a la acción incoada se deriva del denuncio de bienes ocultos que se presentó desde el mes de octubre de 1930, sobre la inexistencia jurídica o nulidad absoluta de los convenios que en 1905, 1906 y 1918 habían sido celebrados en relación con la llamada "Concesión Barco", aludida en el numeral 36 de la demanda. Agrega que el denuncio fue aceptado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en auto de 30 de octubre de 1930 y que con él tienen relación varios memoriales dirigidos al Ministerio posteriormente.

Antes de admitir la demanda es necesario estudiar si la Sala Civil de Unica Instancia tiene competencia para conocer de la acción iniciada por el señor Molina Callejas.

El artículo 40 del C. J., dice lo siguiente:

"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 cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido, en todo o en parte sus derechos".

Conforme a la anterior disposición se necesita que la controversia emane de un contrato celebrado por la Nación para que la Sala Civil de Unica Instancia pueda entrar a conocer del juicio respectivo.

En el caso que se estudia no aparece de autos que el demandante haya celebrado contrato alguno con la Nación ni que tenga derechos en relación con la negociación celebrada por el Estado con las Compañías Colombian Petroleum y South American Gulf Oil Company.

El actor deriva su derecho de un denuncio de bienes ocultos presentado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero es obvio que esa sola circunstancia no es suficiente para acreditar el interés jurídico en

relación con el contrato celebrado por la Nación con las compañías mencionadas.

Conforme a los artículos 28 y siguientes del Código Fiscal, para tener derecho a participación en los bienes ocultos, se necesitan las siguientes condiciones:

"a) Que hecho el denuncio y practicadas las pruebas del caso solicitadas o presentadas por el denunciante, dentro del término que se le fije, que no podrá pasar de seis meses, el Ministerio resuelva si en su concepto el bien denunciado es o no oculto, y si la acción o acciones indicadas por el denunciante son o no procedentes, previo el dictamen del Procurador General de la Nación.

"b) Que, hecha la declaración en el sentido afirmativo, el Ministerio de investir al denunciante de la personería necesaria para hacer efectivos los derechos del Estado, y ordenar al respectivo Agente del Ministerio Público que coadyuve a la acción o acciones necesarias al efecto.

"c) Que todos los gastos de la gestión corran a cargo del denunciante.

"d) Que se fije la participación del denunciante en una cuota que no exceda del cincuenta por ciento.

"e) Que el denunciante goce de los privilegios que tiene el Estado cuando litiga, conforme al Código Judicial.

"f) Que si el concepto del Ministerio fuere adverso al del denunciante, le queda a éste derecho de ocurrir a la vía contencioso-administrativa para que, en juicio contradictorio entre él y el Estado, se decida acerca de la condición de oculto que tenga el bien; y

"g) Que si la sentencia dictada en ese juicio fuere favorable al denunciante, tengan aplicación las condiciones señaladas con las letras b) y c) de este artículo (30)".

De manera que para tener derecho a intervenir en la negociación de un bien oculto hecha por el Estado, se necesita que se haya cumplido en su integridad el proceso señalado por la ley. Un simple denuncio que ni siquiera ha sido calificado por el Ministerio, no confiere derecho ni personería de ninguna clase para iniciar una acción como la de que se trata.

No se necesitan más consideraciones para llegar a la conclusión de que la Sala carece de competencia para conocer de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia no admite la demanda presentada por el señor Germán Molina Callejas, por carecer de competencia.

Cópiese y notifíquese. Devuélvanse los documentos al interesado.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

# BIBLIOGRAFIA

*Cuestiones de Derecho Civil, por Hernán Copete.—Editorial A. B. C.— Bogotá, Colombia. 1939.*

---

No es este el primer libro que sobre problemas jurídicos publica el doctor Hernán Copete. Ya desde 1932 se había dado a conocer, como glosador de cuestiones y tesis de derecho civil. Abogado en ejercicio, publicó entonces varios importantes estudios sobre la materia. Desde luego tales estudios merecieron comentarios. En la prensa nacional y extranjera y sobre todo en Revistas jurídicas se destacó la labor comprensiva y sólida del autor.

Ahora lanza al público el doctor Copete un segundo volumen. El título revela su índole: es el análisis de cuestiones civiles y de casos concretos debatidos ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

El libro consta de tres partes: Demandas en casación, Alegatos de oposición y un apéndice. En cada una de ellas se analiza un caso concreto: Accesión, reivindicación, mutación de cauces en el retiro de aguas, equivalencia de monedas, rescisión, con el complemento del fallo correspondiente y su crítica anexa.

La jurisprudencia es un *devenir* constante. Ininterrumpida labor es la suya, y de perfeccionamiento, en busca de la ecuación de relaciones de hecho y de derecho, que es lo que constituye la equidad, el *ars boni et equo* de la sintética aspiración de los antiguos expositores y juristas romanos, no superada aún, como acontece con los apotegmas en que se traduce perenne lo kaleidoscópico de la vida jurídica.

Libro de estudio el de Hernán Copete, y obra de un abogado militante, tiene, en mi sentir, la característica de lo real, del caso concreto y de la doctrina aplicable. Además, la introducción es un trabajo histórico jurídico acerca de la finalidad del recurso de casación civil, que por sí solo muestra el dominio del autor en la legislación colombiana, en los principios generales que la informan y en las reglas del derecho civil comparado.

---

## *TRATADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO POR TULIO ENRIQUE TASCON*

---

*Editorial Minerva—Bogotá—1939.*

El doctor Tascón da al público la segunda edición de esta obra.

La labor del doctor Tascón como comentarista de nuestras instituciones políticas está caracterizada por la claridad en el método y en la exposición.

En 1933 publicó la primera edición de su Derecho Constitucional Colombiano. En esta segunda de 1939 revisa la anterior y la complementa con las reformas del año de 1936. Es, pues, su tratado una obra de actualidad, útil no sólo para los estudiantes universitarios, sino de consulta necesaria para los dados a estas disciplinas, para quienes son o sean legisladores, y es venero de comparación para la crítica histórica.

Suele acontecer que en el afán de erudición hay expositores, y la tacha se acusa más, entre los de las nacionalidades jóvenes de Hispano América, que se extravían en la profusión de la cita conceptual. Olvídase entonces lo esencial, esto es, apreciar la manera o modo de ser de un país, sus propias instituciones, su personal o índole.

Tascón no incurre en tal exceso de erudición incompleta. Es realista, concreto. Va derecho al punto, y distingue lo propio de lo extraño, sin que deje por eso de traer a cuenta lo que instituciones extranjeras consagran

para sus pueblos respectivos. Cuando se criba así una idea, un grupo de ideas o de prácticas, es porque se posee un bagaje de conocimientos varios y rico, sin alarde superficial. La erudición entonces coadyuva a la claridad.

La filosofía, la sociología iluminan el hecho y enriquecen el comentario. No es de extrañar lo dicho en la obra del doctor Tascón, pues aúna a los principios generales las corrientes de la filosofía y de la política, un conocimiento hondo de la historia constitucional y política del país. Las Biografías del general Cabal, del prócer Murgueitio, su reciente Historia de la Provincia de Buga, sus estudios sobre otros tópicos de la laya, le hacen andar seguro en el campo real de nuestras instituciones, pues como lo decía en su cátedra el Profesor Carlos Calderón —selecto espíritu y renovador en Colombia del estudio del Derecho Público— *la constitución de un país es como un aluvión de los tiempos.*

Don Cerbeleón Pinzón, don Antonio del Real, don Florentino González, son los iniciadores, en nuestro país, de comentarios sistematizados de nuestros estatutos. En más vasto campo, en la Universidad de Buenos Aires, el último forjó sus *Lecciones de Derecho Constitucional,* con un espíritu generalizador. Arosemena posteriormente aportó a la bibliografía colombiana sus *Estudios sobre las Constituciones americanas.* Con referencia al actual estatuto colombiano conocida es la obra de don José María Samper, constituyente de 1886. Don Lácides Segovia, miembro de la Asamblea Constituyente de 1910, compiló en su *Historia de las Leyes,* la génesis articulada del Acto reformatorio número 3 de 1910, a la manera de aquella otra de los *Antecedentes de la Constitución de 1886,* útil y aclaradora de muchos puntos y cuestiones de doctrina y de organización de la República. Pero Juan Navarro en su *Historia, proceso y comentarios* acerca de la reforma constitucional de 1936 discrimina en esa forma la nueva orientación institucional colombiana con base en las actas y espíritu claro de los debates.

Comentadores como el doctor Montoya, Francisco de Paula Pérez y Moreno Jaramillo, en sus respectivos Tratados contemporáneos, dilucidan también tópicos y analizan doctrinas de nuestro derecho constitucional; pero sólo dos expositores nuéstros: el doctor Concha y el doctor Tascón, han sistematizado didácticamente y con relación a lo nuéstro estas cuestiones. Tascón más atento a lo concreto ilustra sus comentarios con lo comparativo de los textos actuales y los de las viejas constituciones colombianas, lo mismo que lo decidido por la Corte Suprema en materias de exequibilidad. De ahí surge lo útil de su Tratado y lo ponderado y concreto de su análisis.

---

## *REVISTA DE LOS TRIBUNALES*

Por disposición reglamentaria publican los Tribunales Superiores sus fallos en materia civil y criminal. Con regularidad se reciben estas publicaciones de interés palpitante en la formación de nuestra jurisprudencia y en la orientación de las doctrinas de la Corte Suprema, que va uniformando en la casación el espíritu interpretativo de los textos. La vigencia del nuevo Código Penal y varias reformas del Código Civil, ya en actuación, son materia de nuevos fallos que merecen un comentario y sobre los cuales en el próximo número de la *Gaceta* se harán algunos extractos.

Bogotá, octubre 13 de 1939.

*SALVADOR IGLESIAS*
Presidente de la Corte

---

## *CODIGO CIVIL BRASILERO*

Damos las gracias al eminente jurisconsulto Clovis Bevilacqua, residente en Río de Janeiro, por el obsequio a la biblioteca de nuestra Corte Suprema de Justicia de un ejemplar del Código Civil brasilero, comentado por él.

Entre los monumentos jurídicos de la América Latina ocupa quizá el primer puesto el Código Civil del Brasil por la modernidad de su concepción del derecho en el movimien-

to científico contemporáneo, por el alcance de sus doctrinas, por la amplia proyección de sus tesis sociológicas. Igual a la construcción nomológica es el profundo y sutil comentario del profesor Bevilacqua, el cual,- siguiendo al parecer el antiguo método exegético de ir haciendo la crítica de cada artículo del Código, hace el más certero comentario doctrinal con riguroso método científico en que campean el minucioso conocimiento de los mejores expositores antiguos y modernos, una crítica sagaz, un talento de verdadero jurisconsulto.

Traducimos a continuación la carta que nos envió en días pasados el eminente profesor, con ocasión del despacho de su valioso obsequio:

"Río.....

Distinguido colega, doctor Motta Salas.

Bogotá.

Lo saludo cordialmente.

Tengo el placer de enviarle hoy, bajo registro, los dos primeros volúmenes del *Código Civil Comentado*, 5ª edición.

Dentro de pocos días aparecerá el volumen 3º, con el cual enviaré los restantes. Son, por todos, seis volúmenes.

Las relaciones del Brasil con las demás Repúblicas del continente americano, exceptuadas la Argentina, el Uruguay y los Estados Unidos de América, son muy limitadas. Conviene reaccionar contra ese estado de cosas, como que tenemos una misma civilización, unos mismos destinos y la solidaridad determinada por el suelo y por el ambiente americanos.

De Colombia conozco a Antonio José Uribe, quien me honró con el ofrecimiento de sus libros, inclusive el *Derecho Civil Colombiano en colaboración* con Champeau (primer volumen).

Perteneciendo a la misma familia continental e intelectual, nos debemos conocer mejor.

Y es con el mayor interés como aguardo la remisión de su nuevo libro.

*CLOVIS BEVILACQUA*"

# ACTOS DE LA PRESIDENCIA DE LA CORTE

*Publicamos a continuación la siguiente comunicación que el señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Salvador Iglesias, ha enviado a los Embajadores y Ministros de la República en los Estados Unidos, México, Venezuela, Ecuador, Perú, Panamá, Chile, Argentina, Brasil, Uruguay, Cuba, Costa Rica y República Dominicana, con el objeto de conseguir la divulgación de la jurisprudencia patria y de obtener una información acerca del movimiento jurídico de los países americanos.*

*La comunicación dice así:*

Bogotá, 10 de octubre de 1939.

Señor Embajador:

Uno de mis propósitos como Presidente actual de la Corte Suprema de Justicia de la República, es el propender al conocimiento recíproco del movimiento jurídico de nuestro país con la Nación en la cual es usted digno representante de Colombia.

Con este fin le remito tres (3) ejemplares de la *Gaceta Judicial*, órgano de la Corte Suprema de Justicia, y en el cual se publican las sentencias civiles y criminales del recurso de casación y las sentencias de la Sala de Negocios Generales, lo mismo que las decisiones sobre constitucionalidad de las leyes y decretos acusados por inconstitucionales y de los cuales conoce la Corte en Sala Plena.

Los ejemplares que le remito son los correspondientes a los números 1948 y el índice de la jurisprudencia correspondiente al Tomo último de la *Gaceta*, en el cual están extractadas varias doctrinas de la Corte. Este último también en 3 ejemplares.

Me permito sugerir al señor Embajador la distribución de estos tres ejemplares en la forma siguiente:

Uno para el archivo de la Embajada;

Otro para la Corte Suprema de esa Nación, y

Otro para la Universidad Central de esa República.

Desde luego ofrezco al señor Embajador enviarle mayor número de ejemplares si así lo estima el señor Embajador conveniente.

Muy de desearse sería, y la Corte Suprema de Justicia de Colombia sabrá apreciarlo debidamente, el obtener un canje de la Gaceta de la Corte de ese país y de publicaciones similares jurídicas.

Y ojalá que el señor Embajador, con la discreción y tacto que lo caracterizan, obtuviese del Gobierno de esa República el envío, con destino a la Corte, de las colecciones de leyes más importantes de ese país y de los libros que sobre asuntos jurídicos se publicasen.

Así podrá tener la Corte, en su biblioteca, una sección de las leyes de esa Nación y de sus principales obras jurídicas y a su vez la Corte de esa República podrá adquirir, por canje, nuestras publicaciones similares.

Por mi parte ofrezco en nombre de la Corte la reciprocidad y al efecto me estoy entendiendo con el Ministerio de Gobierno sobre este particular.

Ojalá que el señor Embajador pudiese hacer que las publicaciones jurídicas de ese país tomasen nota de esta iniciativa e hiciesen referencia al movimiento de la jurisprudencia colombiana, reflejada en la *Gaceta Judicial* cuyas ediciones mensuales próximas le llegarán con toda regularidad.

No se escapa al señor Embajador la importancia que tiene el conocimiento mutuo del movimiento jurídico, del movimiento legal y administrativo y de las instituciones reflejadas en su marcha para el afianzamiento verdadero y esencial de nuestras relaciones internacionales, en estos momentos en que la

solidaridad de los pueblos de América busca motivos concretos y mejor comprensión.

Anticipando al señor Embajador los agradecimientos de la Corte Suprema de Justicia de Colombia por la colaboración que solicito para el cumplido éxito de la iniciativa a que se refiere esta comunicación, aprovecho esta oportunidad para suscribirme del señor Embajador muy atento y seguro servidor,

*SALVADOR IGLESIAS,*
Presidente de la Corte Suprema de Justicia

# NOTAS

## LA CORTE Y EL IV CENTENARIO DE LA CIUDAD DE TUNJA

"Nº 129—Concejo Municipal—Tunja, agosto 12 de 1939.

Señor Presidente de la H. Corte Suprema de Justicia—Bogotá.

Quiero reiterar a usted y por su conducto a la alta corporación que dignamente preside, los rendidos agradecimientos de esta ciudad de Tunja y del Cabildo que tengo el honor de presidir, por las numerosas manifestaciones con que la H. Corte Suprema se asoció al IV Centenario de la fundación de la ciudad.

Al mismo tiempo renuevo a usted la constancia dejada por el Cabildo con motivo al alto honor que constituyó la representación de usted durante las festividades que acaban de pasar.

Soy de usted atento y seguro servidor,

**Eduardo Castro Martínez,**
Presidente del Cabildo"

## *MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA PARA EL PERIODO QUE SE INICIARA EL 1º DE MAYO PROXIMO*

En el pasado mes de septiembre fueron nombrados Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por el Congreso de la República, los siguientes distinguidos jurisconsultos para el período que se iniciará el 1º de mayo del año entrante:

Doctores José Miguel Arango, Aníbal Cardoso Gaitán, Isaías Cepeda, Juan Antonio Donado, Liborio Escallón, Absalón Fernández de Soto, Jorge E. Gaitán, Ricardo Hinestrosa Daza, Fulgencio Lequerica Vélez, José Antonio Montalvo y Arturo Tapias Pilonieta. Por renuncia del doctor Jorge E. Gaitán fue nombrado el doctor Campo E. Aguirre.

Los felicitamos.

# INDICE

Págs.

EDITORIAL. — DE LA SUBROGACION LEGAL. — Por Emilio Altamirano Sánchez ..... 369

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

RECURSO DE HECHO. — CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION.—Se deniega el intentado contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de los señores Eustorgio y Lisandro Arias contra Martín Niño Martínez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón ..... 375

ACCION PETITORIA DE HABER PERDIDO EL DEMANDADO EL DERECHO DE RESCISION POR LESION ENORME. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio de los señores Luis Alfonso, Bernardo y Gabriel Vélez I. contra Elvia y Amparo Uribe Vélez. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica. 377

SOCIEDADES ANONIMAS. — DISOLUCION DE ESTAS SOCIEDADES. — DEBERES DEL LIQUIDADOR. — DERECHOS DE LOS ACREEDORES DE LAS SOCIEDADES DISUELTAS. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga en el juicio de Faustino Pasmín contra José María Azcárate y Bernardino Cabal Molina. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta ..... 382

ACCION SOBRE DECLARACION DE VACANTE DE UNA FINCA RAIZ. BIENES VACANTES.—BALDIOS. NEGACION INDEFINIDA.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá. Actor, Adolfo Carrizosa. Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez..... 396

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio de Teodosio Carvajal contra Jesús Gómez. Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón ..... 402

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. RELACIONES ENTRE PATRONOS Y EMPLEADOS—DERECHOS DE ESTOS CONFORME A LA LEY 10 DE 1934.—No se casa la sentencia del Tribunal de Barranquilla en el juicio de Pedro Vegas contra la Litografía Barranquilla. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta ..... 408

CUENTAS—TECNICA DE CASACION. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de José A. Guzmán contra Manuel J. Gaitán. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza..... 417

OBJECIONES A UNA PARTICION. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.—No se casa la sentencia del Tribunal de Bucaramanga dictada en el juicio de división de bienes comunes propuesto por José Celestino Ordóñez contra Manuel A. Ordóñez. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta..... 421

Págs.

REIVINDICACION — COMUNIDAD. SOCIEDAD.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el ordinario de Hernando Caicedo, Olegario Rojas y otros contra María Plaza de Delgado, Pedro Pablo Plaza y otros. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca ..... 426

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE CASACION.—Se admite el desistimiento del recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira recaída en el ordinario de Eva Villa de Gutiérrez contra Lisímaco Gutiérrez y Rosalía Mejía de Gutiérrez. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 431

OPOSICION A UN DESLINDE.—Se casa la sentencia del Tribunal de Pamplona en el ordinario de Alberto Camilo Suárez contra Efraím Durán R. Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica..... 432

REIVINDICACION.—Se casa la sentencia del Tribunal de Medellín en el juicio de Luis Ramírez I. contra Moisés Ochoa. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta.... 436

ORDINARIO SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS—INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR MORA.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el ordinario de Leopoldo Paredes contra Enriqueta Córdoba v. de Guerrero. — Magistrado ponente, Dr. Fulgencio Lequerica Vélez.... 442

ACCION DE PARTICION DE BENEFICIOS EN UNA COMUNIDAD Y DE DIVISION DEL BIEN COMUN. Se casa la sentencia del Tribunal de Santa Marta en el juicio de Carlos Goenaga González contra la United Fruit Company. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón..... 451

Págs.

REIVINDICACION. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario de Angel María Gutiérrez contra Raimundo Soto, Simón Rojas y Adriano Pino. Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza ..... 459

ACCION SOBRE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona en el ordinario de José María Forero Cote contra la sucesión del señor Rafael Angel. Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta ..... 463

EXCLUSION DE BIENES DE UN INVENTARIO. — INCONGRUENCIA.—TRADICION.—No se casa la sentencia del Tribunal de Cali proferida en el ordinario de Rafaela A. del Pino contra la sucesión de Victoria H. v. de A. del Pino. Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez ..... 471

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

CONSULTA DE UN AUTO.—Se confirma la providencia de 31 de agosto de 1938 del Tribunal Superior de Bucaramanga que declaró prescrita la acción penal en pro del señor Víctor J. Cordero. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias ..... 477

VEREDICTO TACHADO DE CONTRADICTORIO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que impuso a Manuel María Mendieta y a Silvano Rodríguez la pena de veinte años de presidio por el delito de asesinato. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias.. 479

FUERZA Y VIOLENCIA.—No se in-

Págs.

firma la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que condenó a Alejandro Dagua Velasco por el delito de fuerza y violencia. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 481

HOMICIDIO.—NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL—Se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que condenó a Jesús Zapata Gómez, por la muerte violenta de Teodomiro Padilla; declara nulo el proceso desde el enjuiciamiento y ordena reponer ese procedimiento de ahí en adelante, en cuanto hace relación al mismo sindicado Zapata Gómez por el cargo que se le deduce de autos, ya que el resto de la sentencia que se refiere a Canuto Cardona, fue absolutoria y éste no fue recurrente. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias ..... 483

HOMICILIO VOLUNTARIO. — EMBRIAGUEZ DEL HOMICIDA.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, que condenó a Roque Martínez como responsable del homicidio voluntario perpetrado en la persona de Pedro Morales. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias ..... 486

CONSULTA DE UN AUTO. — COMPETENCIA. — Se revoca la providencia consultada del Tribunal de Bucaramanga fechada el 15 de noviembre de 1938, por la cual se sobreseyó definitivamente en pro de Alfonso Orduz Suárez; se declara nulo lo actuado desde la fecha de esa providencia, y se ordena enviar el proceso al Juez del Circuito respectivo, para lo de su cargo. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 489

RECURSO DE HECHO.—Se declara la no admisibilidad del recurso de hecho interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, que condenó a Carlos Barrera Uribe por el delito de heridas en la persona de Clímaco Villegas. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo ..... 491

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Salvador Iglesias.. 493

RECURSO DE REVISION—Se niega el recurso de revisión interpuesto por Rosa María Daza o Pillimué contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, que la condenó por la muerte de una niña recién nacida, hija de la acusada. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias.... 498

HERIDAS — CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que condenó a Carlos Arturo o Carlos Julio Niño como autor responsable de heridas en Jesús Uriza. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias ..... 500

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO. Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de Concepción, Primitiva y Elvira Torres Gutiérrez contra el Departamento de Boyacá. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 504

INCIDENTE DE DESISTIMIENTO. INTERPRETACION DEL ARTICULO 461 DEL C. J.—JURISDICCION DEL JUEZ PARA SEGUIR CONOCIENDO DEL NEGOCIO.—Se declara la abstención de la Sala para aprehender el conocimiento del juicio, en segunda instancia, y dispo-

Págs.

ne que vuelvan los autos al Tribunal de origen para que se decida sobre el desistimiento propuesto por el señor Fiscal 1º del Tribunal de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ..... 511

REIVINDICACION.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra Fermín Albarracín. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 513

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el ordinario de Daniel Gómez Pinzón contra la Nación. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 516

EXCEPCIONES—Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el doctor Federico A. Daza, como apoderado de Miguel Angel Uribe S. en el juicio que le adelanta el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales de Bogotá. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo 518

EXCEPCIONES.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en cuanto por ella se declara no probada la excepción de nulidad de la hipoteca, y la revoca en todo lo demás, dictada en el juicio seguido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales contra el Pbro. Manuel Vicente Rojas. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 521

EXCEPCION DECLINATORIA DE JURISDICCION. — COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE DEMANDAS SOBRE PAGO DE PENSIONES, RECOMPENSAS Y SUELDOS DE RETIRO DEPARTAMENTALES—Se revoca el auto de fecha 28 de noviembre de 1938 del Tribunal de Bogotá dictado en el juicio de José María de Francisco contra el Departamento de Cundinamarca, y consecuencialmente resuelve que pasen los autos a dicho Tribunal, para que aprehenda nuevamente el conocimiento del negocio. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. ..... 528

ACCION DE POSESION DE UNA MINA.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Cali en el juicio posesorio iniciado por la Compañía Minera Chocó-Pacífico, S. A. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo..... 531

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—EMPLEADOS PUBLICOS—PRESCRIPCION DEL DERECHO A SU REMUNERACION. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario del doctor Juan N. Arbeláez, como apoderado de numerosos maestros de escuela, contra el Departamento del Tolima, y declara no probada la excepción de prescripción alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 537

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO EN ORO AMERICANO. — CLAUSULA ORO Y CLAUSULA VALOR ORO.—ESTIPULACIONES EN MONEDAS EXTRANJERAS. — PARIDAD MONETARIA.—Se confirma la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de The Anglo South American Bank, Ltd. contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 541

AVALUO DE PERJUICIOS—Se revoca el numeral 2º de la providen-

Págs.

cia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el ordinario de Ana Josefa Pulido v. de Cortés contra la Nación, y se confirma el numeral 3º y el 1º, con la reforma de que en los treinta mil pesos que la Nación debe pagar a los demandantes quedan incluídos tanto el daño emergente como el lucro cesante. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. ..... 548

EXCEPCIONES. — RESOLUCIONES DEL MINISTERIO DE CORREOS Y TELEGRAFOS SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS EMPLEADOS DE MANEJO. — Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el apoderado del señor Ciro A. Téllez en el juicio que le adelanta el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 554

DEPOSITO.—Se revoca la providencia del Tribunal Superior de Ibagué proferida en el ejecutivo de Ramón I. González contra el Departamento del Tolima y en su lugar se resuelve que se suspenda el depósito de la hacienda "Maracaibo". Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 556

ACCION DE PERJUICIOS.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el ordinario de Manuel A. Moreno contra el Departamento del Tolima. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 559

PRELACION DE CREDITOS—Se establece el orden de prelación de créditos en el ejecutivo del Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra José Joaquín Nieto y José Méndez S. como fiadores de Gonzalo Jiménez. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 570

CONFIRMACION DE UN AUTO EJECUTIVO—Se confirma el mandamiento de pago librado por el Administrador de Hacienda Nacional de Bucaramanga contra Carmen Villamizar Tarazona. Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno... 572

NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION—Se declara nula la actuación en el ordinario de Jaime Flatcher Feijóo contra la Nación, a partir del auto en que se admite la demanda inclusive. Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno..... 573

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA.—Se declara probada la excepción de prescripción ejecutiva propuesta por Antonio J. Patiño H. en la ejecución que le adelanta el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales. Magistrado ponente, Dr. Francisco Vizcaíno..... 574

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

INCOMPETENCIA DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA—No se admite la demanda presentada por Germán Molina Callejas contra la Nación y contra las compañías Colombian Petroleum Company y South American Gulf Oil Company, por carecer de competencia. Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 576

BIBLIOGRAFIA..... 579

ACTOS DE LA PRESIDENCIA DE LA CORTE ..... 582

NOTAS..... 584

# GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS


"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).


TOMO XLVIII SEPTIEMBRE Y OCTUBRE DE 1939. NUMERO 1950.


## NOTAS EDITORIALES


SALVADOR IGLESIAS


# LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

- I -

*En el mes de septiembre de* 1938, *en circular dirigida a las instituciones jurídicas del país, el actual Ministro de Gobierno, doctor Carlos Lozano y Lozano, planteó el problema de la reforma del Código Civil.*

*El problema fue abordado por juristas conocidos y por las Academias de Derecho.*

*Importantes estudios se produjeron entonces sobre la materia.*

*La mayor parte de ellos corren publicados en un libro editado en la Imprenta Nacional en este año. Ese libro se llama: "El Ministro de Gobierno y la Reforma del Código Civil".*

*Comentando este movimiento jurídico, en el número* 1948 *de la GACETA JUDICIAL, y refiriéndonos a la instalación de la reforma del Código Civil, dimos cuenta de estas labores.*

*Volviendo sobre el tópico, es interesante observar que, según la información del Ministro de Gobierno en su Memoria al Congreso, el Gobierno no ha propuesto la derogación completa del Código Civil, sino la derogación de las partes anacrónicas, no acordes con los nuevos conceptos sobre instituciones civiles, con la Reforma Constitucional de* 1936 *o con el estado y situación del país.*

*Despréndese el criterio anterior del acta de la sesión del* 14 *de abril de* 1939, *acta de la Comisión de Reforma que en la parte pertinente dice:*

*"1º Que el Gobierno no ha propuesto la derogación completa del Código*

*Civil ni su reforma total, sino solamente la armonización de sus partes anacrónicas, que no concuerdan con las nuevas leyes reformatorias, con la Constitución Nacional o con el estado actual del país.*

*"2º Que la reforma debe hacerse por medio de una ley única, de acuerdo con lo explicado anteriormente.*

*"3º Que la primera labor que debe acometer inmediatamente la Comisión es la redacción de las bases para dicha ley. Este trabajo previo se impone para mostrar al país cuál va a ser el criterio de la Comisión sobre problemas esenciales de la reforma, y para poder luégo hacer ésta sobre postulados ciertos. Así, por ejemplo, la Comisión establecerá si es el caso o no de aceptar la doctrina sobre el abuso del derecho, y fijada tal base, se hará posteriormente el artículo respectivo.*

*"4º Que las materias esenciales que, a juicio del Gobierno, debe tratar la Comisión en primer término, son la propiedad y las obligaciones. En efecto, en estas dos cuestiones es donde aparece que el Código está menos de acuerdo con las necesidades económicas y sociales de la hora presente. La readaptación de los viejos textos del Código Civil que tratan esas cuestiones es de imperiosa necesidad.*

*"5º Que no es partidario de que la reforma se englobe dentro del cuerpo del Código, en un texto único. No porque no vea la conveniencia y el monumento legislativo que representaría una labor semejante, sino por la inmensa dificultad de hacerlo. En efecto, la adopción del criterio del texto único, presupondría nada menos que la redacción completa de un nuevo Código Civil, trabajo que requeriría muchos años y que no se compagina con el deseo que tiene el Gobierno de una reforma rápida, que es asimismo aquello que las necesidades sociales y económicas reclaman"* (1).

(1) Memoria del Ministro de Gobierno al Congreso de 1939. Tomo I. Página CXXXIII.

*En desarrollo del plan transcrito y según la misma información citada del Ministro de Gobierno, la Comisión ha realizado ya un trabajo apreciable que corresponde al Título Primero del Código sobre "Formación, promulgación, interpretación, aplicación y derogación de las leyes".*

*Sin duda esta labor de la Comisión, hecha ya y concretada en esta primera parte, debe ser conocida del público y sobre todo del gremio de juristas, porque ella, como Título Preliminar, informará el criterio para la interpretación científica de la ley y de todas nuestras instituciones civiles.*

*Desde luego nos permitimos sugerir su publicación inmediata.*

*Las razones que proceden en este caso son múltiples. Basta considerar la importancia del Estatuto Civil. Y a ello se agrega un motivo constitucional: el contenido en el artículo* 49, *artículo final del Título Tercero de la Constitución sobre los derechos y garantías sociales.*

*Tal artículo determina:*

*"Las disposiciones del presente Título se incorporarán en el Código Civil como Título Preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformatorio de la Constitución".*

*La razón de esta norma jurídica la completó la reforma constitucional del año de* 1910, *cuando en el artículo* 40 *del Acto Legislativo Nº* 3, *estableció que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales".*

*Ya antes el artículo 7º de la Ley* 153 *de* 1887, *informándose parcialmente en este mismo principio normativo, había estatuído:*

*"El Título III de la Constitución sobre 'derechos civiles y garantías sociales', tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil".*

*Lo fundamental de las disposiciones constitucionales citadas y en vigor y su conexión esencial con el Estatuto Civil, inciden no sólo en las decisiones de la jurisprudencia, en sus construcciones jurídicas, sino también en algo más sustancial, si cabe, en nuestro modo de ser típico y peculiar.*

*En efecto: a la Corte Suprema se le confía la guarda de la integridad de la Constitución y el decidir en definitiva sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos y sobre todas* las leyes *o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación.* (2).

*Es que cualquiera ley y lo referente a instituciones civiles, y lo relativo a la reforma del Código Civil, será una ley, ha menester de estar en perfecta armonía con el espíritu de las garantías individuales so pena de posible acusación por inconstitucional ante la Corte Suprema.*

*De allí el cuidado indispensable para su elaboración y la sagacidad y concordancia de las normas jurídicas nuevas que debe contener el proyecto.*

*Cuestión de simple previsión resulta entonces el que se someta a la crítica, puesto que una construcción jurídica armónica, puede ser desintegrada si no se acomoda al espíritu de las normas básicas de la Ley de leyes.*

*Pero aparte de la publicación del texto, del trabajo ya realizado por la Comisión de la reforma civil, es muy interesante también su comentario, que sin duda debe estar condensado en las actas de la Comisión. Y como ésta está integrada por juristas de reconocida competencia, como el doctor Soto del Corral, el doctor Tascón, el doctor Latorre, el doctor Rocha, el doctor Zuleta Angel y el doctor Ricardo Hinestrosa Daza, este último Magistrado actual de la Corte y Rector del Externado de Derecho, no es aventurado afirmar que los puntos de vista y los tópicos dilucidados por la Comisión permitan comprender el alcance de la reforma y suscitar una discusión provechosa sobre ella, dada la importancia del asunto y la prestancia de los autores de la reforma.*

*Bogotá,* 24 *de octubre de* 1939.

*SALVADOR IGLESIAS*
Presidente de la Corte Suprema de Justicia

---

(2) Artículo 149 de la Constitución Nacional. Codificación de 1937.

## COLABORACION JURIDICA

# OBJETO Y SUJETO DEL DERECHO

II

**Insertamos a continuación la conferencia, pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad, por el doctor Rodrigo Jiménez Mejía, profesor de dicha Facultad.**

**La conferencia del doctor Jiménez Mejía versa sobre** La Reforma del Código Civil, **tópico de actualidad en los círculos jurídicos.**

**Observa el conferencista dos transformaciones, contemporáneas sobre la materia. La referente al** SUJETO del derecho **en las instituciones civiles. Y la relativa al OBJETO en las mismas o sea a los bienes.**

**Otro tópico, esbozado por el doctor Jiménez Mejía, es el de las Obligaciones, contemplado desde el aspecto social contemporáneo en contraposición a la teoría rígida de la autonomía de la voluntad, eje de la vieja legislación, y base de la construcción jurídica de las obligaciones en el Código Civil, a lo menos en lo fundamental.**

**La conferencia del doctor Jiménez Mejía da una idea sintetizada con vigor, sobre lo que él considera el campo de la reforma del Código Civil.**

**Dice el conferencista:**

**Señor Decano, señores profesores, señores:**

Sé agradecer debidamente la invitación que me hizo el señor Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional para que iniciara la serie de conferencias que habrán de dictarse desde esta cátedra, en relación con la reforma del Código Civil Colombiano, pedida por el señor Ministro de Gobierno y Decano de la Facultad, doctor Carlos Lozano y Lozano.

En un principio había intitulado esta disertación bajo el epígrafe de "El sentido de la revolución jurídica", título en el que hube de modificar el término "revolución" por el de "transformación", puesto que éste es el que corresponde a un contenido de verdad en los dominios del Derecho Civil.

En efecto, señores, la ley civil es nada menos que la exteriorización o forma de la sociología positiva de los pueblos a través de su desenvolvimiento. Para nosotros los cultivadores del derecho, los hombres actuales no acaban de llegar a la tierra, ni son iniciadores ni fundadores, ni creadores únicos de las ideas, ni de los sistemas. Tomad si queréis comprobarlo, la edición del Código Civil. Tengo en mi poder un ejemplar precioso de la edición del Código de Napoleón, editado por la Librería Léopold Collin, en París, en 1808. Al pie de cada uno de los artículos de este Código están las referencias a sus orígenes. Cada una de estas disposiciones, por insignificante que parezca, hunde sus raíces en el derecho de las costumbres, para remontarse luégo

hasta el derecho de los romanos, sin que ahí esté muchas veces el manantial de origen.

Cada palabra del Código nos advierte que el hombre viene de muy lejos, que los muertos han legislado para los vivos y que cada generación apenas aporta su coeficiente en esta mezcla humana de tradición, transformación y renovación incesante.

El Código Civil Colombiano, así como su progenitor legítimo el Código de Napoleón (ya que las reformas españolas y americanas apenas fueron aportes), encierra la idea jurídica de la civilización occidental, producida por la fusión de las civilizaciones romana y germánica, sumadas éstas a un coeficiente inmediato, ideal en su época, cual fue la corriente social de los siglos XVII y XVIII, conocida con el nombre de "teoría del derecho natural" o del individualismo, o del liberalismo, la que se proyectó, con fuerza de ley, sobre el siglo XIX.

El Código de Napoleón y sus filiales son el reflejo de su época, de su economía y de su mentalidad. Por eso, hoy puede hacerse con justicia la siguiente declaración: si la civilización occidental está viviendo en el mismo ciclo en que se expidió el Código, entonces éste es operante, actual y oportuno, pero si el ciclo de la teoría individualista ha cambiado, entonces el Código es inactual e inoperante y debe reemplazársele por un estatuto que sea el reflejo de los hechos sociales actuales, con sus respectivas adquisiciones científicas y culturales.

Cuando el señor Decano me insinuó la idea de hacer una crítica global al Código Civil, vi la imposibilidad de trazar en una conferencia siquiera un esquema de esta crítica; pero comprendí que para alcanzar el efecto deseado me bastaba invocar dos épocas: la pasada del individualismo, a la que corresponde el Código, y la presente de los nacionalismos sociales, a la que no corresponde, para hacer comprender que nuestro estatuto civil es caduco y arcaico.

* *
*

Analicemos, para acentuar el sentido de estas transformaciones, algunas de las instituciones civiles fundamentales.

Empecemos por el sujeto del derecho. Cómo se ha transformado y ampliado la noción de persona en el último siglo. Hoy no son ni el hombre, ni la mujer, ni la familia, los únicos sujetos del derecho. Nadie discute ya que además del individuo existe otro sujeto del derecho, cual es *el grupo social.*

Y ni siquiera las antiguas instituciones que dominaron el Libro de las personas en nuestro Código Civil conservan su antiguo significado, como ocurre por ejemplo con la noción de familia. Esta noción ha cambiado fundamentalmente, porque el hecho social mismo que le servía de base se ha modificado a su vez. Ni la vieja familia patriarcal, ni la familia cepa alcanzaron a llegar hasta la expedición del Código Civil, y el núcleo familiar de la época napoleónica no es la familia moral que existe actualmente en Francia, ni la familia colombiana de hoy es la del siglo pasado.

El desarrollo de los transportes, de los medios urbanos, de la gran industria, acabaron con la familia de economía cerrada; los hijos, movilizados a grandes distancias por los ferrocarriles y los caminos motorizados abandonaron el viejo centro familiar para hacerse a vinculaciones de muy diversa índole: al vincularse a la fábrica han reconocido autoridades distintas a la patriarcal, como son la patronal, la sindical, etc. Ya en su carácter de productores independientes han exigido que se les dé su autonomía para el manejo de sus emolumentos. Se han encontrado con otros bienes que se rigen por leyes distintas a las del Código Ci-

vil: seguros, cesantía, auxilios, pensiones, etc.

Toda esta transformación de la capacidad y del patrimonio hace indispensable una reforma en instituciones tan fundamentales como la patria potestad, la potestad marital, la capacidad legal, las guardas, la sucesión misma. Un análisis semejante podría hacerse de la institución del matrimonio.

La época moderna ha traído, igualmente, un desarrollo imponderable de las personas morales. Fundaciones tales como hospitales y universidades, al crecer y multiplicarse, han adquirido funciones sociales que exigen una legislación propia adecuada; de otra parte, las asociaciones encaminadas a obtener fines benéficos para el grupo, se han extendido desde el club de deportes hasta el sindicato y la corporación, formas estas últimas que han llegado a transformar la constitución misma de los Estados. Todos estos sujetos del derecho no han sido sospechados siquiera por nuestro viejo Código Civil.

Y llegando a esa persona fundamental en la época moderna que se denomina "Sociedad", cuánta trayectoria no ha recorrido esta institución hasta llegar a las complicadas sociedades anónimas de la época moderna, por medio de las cuales se flotantiza aun la riqueza inmueble; se extiende el dominio de propiedad del uno al otro extremo de la tierra y se convierte en propietario de acciones de las empresas más audaces e intrincadas del capitalismo, al proletariado mismo, para refutación definitiva de la tesis marxista.

Las personas morales han dejado de ser consideradas como personas ficticias para asignarles la categoría real que corresponde al grupo social que les da vida.

* *
*

Dejando de lado lo relativo a la transformación del sujeto del derecho, veamos lo que ha acontecido con el Libro segundo de nuestro Código Civil, relativo a los bienes. Libro éste en donde el factor económico juega un papel primordial.

En esta parte importantísima de nuestro estatuto civil notamos, desde luego, una ausencia casi completa de referencias a la riqueza mueble, siendo así que nuestra época ha venido a caracterizarse esencialmente por el desarrollo de esta forma de la propiedad. En la época de la expedición del Código este desarrollo no se vislumbraba siquiera. Esta riqueza mueble, como lo insinuamos antes, al hablar de las sociedades, se ha hecho tan valiosa, tan movible y ligera, que para ella no existen ni siquiera las barreras de la nacionalidad. Las grandes fortunas de la hora actual no están representadas por los latifundios, ni por la propiedad urbana, sino que se presentan en forma de acciones, en forma de derechos incorporales o de derechos incorporados y habitan las cajas de los grandes bancos, o se movilizan en forma de valores bursátiles, de un continente al otro. Esta riqueza fue ignorada por nuestro Código Civil, casi totalmente.

Y no sólo aquí, en lo que respecta a los bienes, resulta fallo nuestro estatuto, sino que lo es en todas las instituciones jurídicas relativas a la economía. Su teoría inicial de la propiedad está hoy seriamente revaluada por las nociones modernas de la utilidad social y del abuso del derecho de propiedad; la exclusividad de este derecho ha sido vulnerada por el nuevo cuerpo que han tomado las limitaciones del dominio; la perpetuidad de la propiedad está hoy condicionada a la noción de función social, ya que el predio lo gana por prescripción de corto tiempo quien le involucra su trabajo como señor, aun cuando no tenga titulación de propietario. Los actos de mera facultad han tomado también un giro insospechado: el propietario no tiene ya, en las legislaciones modernas, la facultad de retirar su predio de la actividad económica a que normalmente debe

estar destinado. Los altos impuestos, las prescripciones y el intervencionismo del Estado le han dado una nueva significación, en esta parte, a la vieja teoría de la propiedad.

El sistema legal de indemnizaciones por expropiación ha evolucionado hasta llegar al impuesto de valorización a cargo del expropiado que no ha recibido precio por la expropiación.

También el formalismo de este Libro de los bienes se ha modificado en las legislaciones actuales, hasta hacer del sistema de la propiedad una máquina manual y expedita, que permite el funcionamiento del crédito a mayor velocidad y lo hace llegar hasta el pequeño propietario.

Por todas estas razones, y otras, igualmente importantes, el Libro de los bienes, del Código Civil, necesita transformaciones esenciales.

* *
*

Qué transformaciones tan fundamentales encontramos en los dominios del derecho, si entramos ahora al campo de la Obligación.

La teoría de la autonomía de la voluntad, que sirvió de base fundamental a la construcción jurídica de las obligaciones en el Código Civil, ha sufrido rectificaciones definitivas.

Se equivocó el liberalismo económico al erigir en lema la autonomía de la voluntad. La igualación de los hombres por sus voluntades, dio nacimiento inmediato a la más irritante desigualdad jurídica. Esa mentida libertad de contratar no existe, ni podrá existir. Mientras se la proclamaba, el trabajo estaba anclado como un mero instrumento a las empresas del capitalismo. Este, a su vez, se fortaleció cada vez más, encastillado en la gran industria, y vio con indiferencia el crecimiento de esa nube de desposeídos que son los proletarios.

A hecho social como éste, que tan graves inquietudes ha causado y causará a la humanidad, sirvió como una de las causas esenciales la teoría de la autonomía, de la voluntad, consagrada rígidamente en nuestro código.

Para corregir este error se le dio cuerpo jurídico al derecho solidario, a las instituciones del derecho colectivo. No comparto la tesis de un derecho social autónomo e independiente del Estado, porque después de una constante meditación he llegado a considerar como absurda e inexacta la tesis marxista de los intereses universales de clase. Creo en un derecho social que sea un socialismo de Estado que establezca armonización entre el trabajo y la riqueza mediante las instituciones de asistencia, las empresas de previsión, los seguros colectivos, y las demás formas de cooperación de un sistema corporativista.

Todo este derecho moderno es desconocido por nuestro Código Civil, que en esta materia del derecho social deja de ser inadecuado para ser inhumano.

* *
*

Transformado el sistema de las obligaciones, necesariamente habrá de reformarse todo el sistema de los contratos, que son su fuente principal; y cambiado el criterio de las personas, de los bienes, de las obligaciones y los contratos, la modificación de los órdenes sucesorales se impone como un corolario ineludible. Lamento que el término de una hora sea tan breve, porque quisiera daros una idea de la nueva reglamentación de las obligaciones y de los contratos, ideada por los jurisconsultos que redactaron el proyecto franco-italiano de Código Civil.

* *
*

Antes de terminar, debo decir con toda ingenuidad que soy un partidario optimista de la reforma de nuestro Código Civil, y que creo que esta reforma será una realidad próxima.

Me da derecho a pensar así el haber presenciado la transformación de toda nuestra mentalidad jurídica en el decurso de pocos años. Hace apenas seis años me cupo el honor de decir por primera vez en nuestra Universidad la idea jurídica de hombres tan eminentes como un Josserand, un Demogue o un Bonnecasse, y hoy esas ideas y esos nombres son familiares a todos los estudiantes y a todos los jueces.

Es la hora de consagrar las conquistas modernas del derecho en un nuevo Código Civil que garantice el imperio de una mejor justicia en Colombia.

# DE LA SUBROGACION REAL

POR EMILIO ALTAMIRANO SANCHEZ

(Conclusión)

## COMPARACION ENTRE LAS DOCTRINAS CLASICA Y MODERNA

Hecho ya el análisis de los postulados sobre los cuales descansa la doctrina llamada clásica y efectuado también el estudio de los diferentes sistemas que los tratadistas modernos proponen como reacción a los principios demasiado rígidos, sustentados por aquélla, nos corresponde ahora hacer un estudio comparativo de ambas tendencias, para ver cuál es el estado actual de la subrogación en el campo jurídico moderno.

1. Abandono de la subrogación general en favor de la especial—Si revisamos los diversos sistemas suministrados por los tratadistas modernos, para determinar el verdadero campo de aplicación de la subrogación, podemos ver que todos ellos están de acuerdo para rechazar el principio sustentado por la doctrina clásica, de que la subrogación se produce de pleno derecho en las universalidades, cuyo ejemplo típico es el patrimonio, en virtud del adagio "In judiis universalibus..."; es decir, rechazan la llamada subrogación general que, según la doctrina clásica, se produce como una consecuencia de la fungibilidad de los elementos que forman el patrimonio.

Demuestran los autores modernos que la justificación de la subrogación real por la idea de la fungibilidad de los elementos que forman el patrimonio, no tiene un fundamento sólido y que con ello se llega a confundir la noción de subrogación, con la idea misma de patrimonio, que no requiere de ella para explicar los fenómenos que se producen en su seno. En efecto, los representantes de la escuela clásica han recurrido a la subrogación real para explicar el llamado Derecho de Prenda General de los acreedores sobre los bienes de su deudor, expresando que ese derecho que posee el acreedor y que desaparece por efecto de la enajenación de un bien, reaparece sobre el bien adquirido en reemplazo, en virtud de haberle subrogado realmente. Es decir, explican estos fenómenos que se realizan en el patrimonio, por la idea de la subrogación real.

Pero los tratadistas modernos hacen ver, de inmediato, que esta explicación es puramente artificial, pues, si los bienes que entran al patrimonio del deudor, sirven de garantía a los acreedores para el pago de sus créditos, es en virtud de la noción misma del patrimonio, que comprende el conjunto de todos los bienes que pertenecen a una persona o pueden pertenecerle en su vida jurídica, esto es, todo lo que posea o pueda adquirir.

Es, pues, por la idea de que el deudor, al obligarse, ha debido hacerlo con todo lo suyo, prometiendo pagar todas las veces que pueda, cualquiera que sea el origen y la época de adquisición de los bienes que tenga en sus manos, que los acreedores pueden perseguir los bienes que entran al patrimonio del deudor, y no por efecto de la subrogación real, como pretende la doctrina clásica. La subrogación real no bastaría para explicar los fenómenos que se realizan en el patrimonio, pues, los bienes que adquiere el deudor a título gratuito y que NO VIE-

NEN A REEMPLAZAR a ningún otro bien, forman parte también del derecho de prenda general de los acreedores, pudiendo ser perseguidos por ellos para hacer valer sus derechos.

Además, como lo observa muy bien Capitant (43), desde que los elementos del patrimonio son esencialmente fungibles, es decir, perfectamente cambiables entre sí, ¿para qué decir que tal objeto se ha subrogado a tal bien, más que a tal otro, puesto que todos son fungibles entre ellos? Se ve claro, que la subrogación no tiene nada que hacer en todo esto, y que el derecho de prenda general de los acreedores es la consecuencia de la noción misma del patrimonio.

Tenemos que concluir, pues, con la mayoría de los tratadistas modernos que la subrogación general no es necesaria para explicar la situación jurídica en que se encuentran los acreedores y demás personas que tienen derechos sobre los bienes que forman el patrimonio del deudor.

El postulado básico de la doctrina, que supone que la subrogación opera de pleno derecho en las universalidades, cuyo ejemplo típico es el patrimonio, en virtud de la fungibilidad de los elementos que lo componen, debe ser, pues, abandonado definitivamente, por ser inexacto e incompleto. La subrogación real general cede su paso a la puramente especial.

2. Abandono de la idea de ficción como naturaleza específica de la subrogación real. Hemos visto que para los sostenedores de la doctrina clásica, la subrogación es una ficción, por la cual, una cosa que entra en el patrimonio, adquiere la cualidad de "res universitatis" o adquiere la "naturaleza jurídica" del bien que viene a reemplazar.

Distinguen, para ello, entre las cualidades intrínsecas e extrínsecas de las cosas, concluyendo que la subrogación conduce a atribuír al bien subrogado las cualidades extrínsecas, que pertenecían al bien salido del patrimonio.

Pero los autores modernos que, como lo dejamos dicho en el número anterior, proponen el abandono de la subrogación general para substituirla por una de carácter especial, niegan en sus sistemas el carácter de mera ficción que la doctrina clásica atribuye a la subrogación, estableciendo que al igual que muchas otras nociones nuevas en el campo jurídico, ella entraña una verdadera realidad. Para ello, dicen, es necesario dar el verdadero significado que a la palabra ficción se le asigna en el derecho moderno.

Demogue (44) nos enseña, que en Roma, la admisión de la ficción se debió principalmente al carácter conservador del derecho. Para extender el dominio de una acción, el Pretor suponía que todas las condiciones exigidas por la Ley, para que una acción procediera, estaban cumplidas. Así por ejemplo, organizando la acción Publiciana, el Pretor suponía cumplido el plazo de prescripción y por lo mismo extendía el campo de la acción reivindicatoria, sin la intervención.

La ficción consiste, entonces, en el Derecho Romano, en extender, ampliar el campo de una acción suponiendo que todas las condiciones, consideradas como esenciales por el derecho positivo para que ella proceda, se encuentran cumplidas.

En en el derecho romano, escribe Demogue, entendemos por ficción una solución legislativa o tradicional, que aparece en contradicción, ya con la naturaleza de las cosas, ya con la técnica jurídica corriente.

Como puede verse, en Roma, la ficción era una extensión del derecho, creada por el Pretor, mientras que en Derecho Moderno se presenta como una derogación de los principios del derecho positivo. "La ficción, escribe Ihering (45), es una mentira técnica, consagrada por la necesidad". Pero, en qué consiste esa mentira? ¿Consiste en la suposición de un hecho contrario a la naturaleza de las cosas, o simplemente en contradicción con el derecho positivo?

Si por naturaleza de las cosas, dice Demogue (46), se entiende el conjunto de le-

(43) Capitant. Revue Trimestrelle, 1919, página 392.

(44) Notions fondamentales de Droit Privés; Chapitre V. Les fictions; página 238.

(45) R. Von Ihering. El Espíritu del Derecho Romano; tomo IV; página 329.

(46) Obra citada; página 243.

yes físicas, sociales o morales que nos rigen, estamos obligados a reconocer que no existen, propiamente hablando, sino escasísimos ejemplos que le sean contrarios, y que casi siempre la ficción no se encuentra en oposición, sino que con las reglas técnicas habitualmente reconocidas. Así, expresa, "reconocer una personalidad moral, es contrario a la idea que sólo los hombres son sujetos de derechos; reconocer la retroactividad de la condición, es ir contra la idea establecida de que el contrato condicional no se hace perfecto, sino por la llegada de la condición; dar un efecto declarativo a las particiones, es ir contra la idea de que los derechos de cada uno, no nacen sino al momento de la partición, etc."

Para terminar, indica, "que la ficción no es más que una construcción provisoria, destinada a desaparecer delante de otra.

De esto resulta, que la subrogación real será una ficción si ella llega a derogar los principios generales del derecho, situación que está muy lejos de producirse, tratándose de la institución en estudio. En efecto, ya vimos que la subrogación no trasmite de un bien a otro cualidades que sean compatibles con su naturaleza, sino que ella grava al bien nuevo de la misma afectación o de los mismos derechos que gravaban al bien antiguo, fenómeno éste, que constituye un hecho positivo y concreto y no una mera cuando dice: "que se examinen los diferentes casos de subrogación real; se verá que ficción.

Es ésta la idea que indica Planiol (47) se trata, no de hacer adquirir a un bien una cualidad o una naturaleza perteneciente a un bien precedentemente enajenado, sino de afectar sus entradas a una carga determinada..." Todo lo cual está en perfecta armonía con los dictados del derecho positivo, sin que pueda hablarse de la existencia de una ficción.

Como lo dijimos, la subrogación resultaría una ficción, si ella derogara los principios generales del derecho; pero aquí no se hace más que respetar la voluntad expresa del legislador o de los particulares, lo que ciertamente está bien lejos de constituír una ficción. Tenemos que concluír, entonces, como lo hacen los tratadistas modernos que, si la subrogación produce un resultado real, que corresponde a la situación que se ha querido mantener en determinados bienes, comprendidos en el patrimonio de una persona, para salvaguardiar los derechos de terceros, o para asegurar la restitución de los bienes recibidos por una persona, bajo esta condición, ella no tiene el carácter de una ficción jurídica, ya que siempre descansa sobre la voluntad expresa o tácita de los interesados en producirla.

Podemos decir, pues, como lo hacen Bonnecase (48), que "la subrogación está muy distante de ser un artificio reñido con la realidad, sino, al contrario, la traducción fiel de la sana realidad, llamada a asegurar el imperio de la noción de derecho en las relaciones de los individuos, cuando por efectos de la enajenación, deterioro o destrucción de un bien determinado pudieran verse comprometidos o perjudicados sus intereses".

3. Efecto de la subrogación real.—De la conclusión a que arribamos en el número anterior, esto es, que la subrogación real, lejos de ser una ficción, es una verdadera realidad jurídica, se desprende, como lo ha manifestado la totalidad de los autores modernos, que los efectos de la institución en estudio, no consisten en transmitir del bien antiguo al nuevo, determinadas cualidades o su naturaleza jurídica, según el decir de la escuela clásica, en el postulado "Subrogatum sapit...",sino que ella hace que el bien reemplazante de aquel que se encontraba en una situación determinada en el patrimonio de una persona y que salió de él por efecto de una enajenación que tenía el bien primitivo, es decir, quede sometido a los mismos derechos. Así, si el bien primitivo era un efecto del haber propio de uno de los cónyuges, en el régimen de comunidad, el bien adquirido en reemplazo de aquel que salió de ese patrimonio especial, por efecto de una enajenación, será también un efecto del haber personal del cónyuge dueño del bien primitivo. Es decir, quedará some-

(47) Nota en Dalloz, **Recueil**, 1902; primera parte; página 33.

(48) **Suplement.** Tomo III, página...

tido al régimen especial, a la misma afectación que la ley acuerda para los bienes propios.

Como lo expresa Planiol (49) "la confusión producida por la doctrina clásica para determinar los efectos de la subrogación, se debe a que la afectación de un bien se explica generalmente con una palabra que parece indicar una cualidad, como "bien propio", "bien dotal", siendo que aquellas expresiones sólo indican la afectación de dichos bienes a un uso determinado".

## SITUACION ACTUAL DEL PROBLEMA DE LA SUBROGACION REAL EN EL DERECHO CHILENO

1. Ausencia de un estudio de conjunto.— La institución de la subrogación real, a diferencia de lo que ha acontecido en la doctrina francesa, no ha sido abordada, entre nosotros, en un estudio de conjunto, es decir, no ha sido estudiada como un fenómeno jurídico que forme parte integrante de nuestro derecho positivo, y que responda como tal, a principios de causalidad y de lógica jurídica.

Por el contrario, cada vez que los comentaristas del Código Civil, los profesores en sus respectivas cátedras o los alumnos en sus tesis de licenciados, han debido referirse a la subrogación real, la han tomado siempre como un hecho abstracto, aislado, como una creación arbitraria del legislador, que aparece como derogando los principios generales del derecho. No se han detenido, nuestros comentadores, a examinar los numerosos casos en que el legislador, movido por las necesidades de la práctica jurídica, ha hecho aplicación del principio de la subrogación, para ver que detrás de este fenómeno, al parecer puramente ficticio, se esconden verdaderas realidades que es preciso agrupar en un todo orgánico.

Creemos que este resultado no es sino la consecuencia de la adopción del llamado Método Tradicional de Interpretación de los Textos Legales, que parece dominar totalmente nuestro criterio jurídico actual, en materia de derecho privado. En efecto, todos nuestros tratadistas y comentadores, se han limitado siempre a la interpretación "stricto sensu" de los textos legales, siguiendo con ello una de las ideas capitales del método tradicional de interpretación jurídica, que el tratadista Geny (50), resume de una legislación civil codificada, como es la nuéstra, toda solución jurídica debe estar de la siguiente manera: "1. Bajo el imperio unida, directa o indirectamente a la ley escrita; y 2. El juego de los elementos de decisión suministrados por los textos, no pueden ser perseguidos, sino por medio de una lógica cerrada, principalmente deductiva, y suponiendo en la base misma de la ley, un número limitado de concepciones abstractas, consideradas como imponiéndose "a priori", al intérprete no menos que al legislador mismo".

No es raro, entonces, que dominados por aquel sistema, nuestros comentadores se hayan limitado a ver en la subrogación real, como ha sucedido con otras concepciones nuevas del derecho, un fenómeno abstracto, reducido a los casos aislados en que el legislador habla de ella expresamente, y no una institución que responde a principios de aplicación general.

Pero, ¿puede ser ésta la sola misión del intérprete? Creemos que no. Su misión, como escribe Geny (51), "consiste esencialmente en transformar una regla, a veces abstracta y siempre seca, en un cuadro vivo y concreto, donde pueden encontrar satisfacción los intereses diversos de la vida jurídica".

Tal es nuestro deseo, colocar a la institución de la subrogación real dentro de un sistema general, que abarque los diferentes casos en que el legislador la ha contemplado, para dar satisfacción a las necesidades de la práctica jurídica.

2. La subrogación real se encuentra dominada por los postulados de la doctrina clásica o tradicional francesa. — Del hecho de considerar a la subrogación real como un fenómeno abstracto, sin hilación en su desarrollo, resulta que nuestros comentadores

(49) Nota citada, página 36.

(50) **Méthode d'interprétation et sources en droit positif.** Tomo 1º, página 7.

(51) Gény. Obra citada; página 30.

aceptan de plano todos los postulados sobre los cuales descansa la doctrina clásica de la subrogación real que, sabemos, han sido totalmente abandonados en el derecho moderno, por las razones que estudiamos con detención en el capítulo respectivo.

a) Para nuestros comentadores, la subrogación es una ficción. — El postulado clásico que dice que la subrogación real es una ficción del legislador, es ampliamente aceptado entre nosotros.

Así, don Alfredo Barros Errázuriz (52), hablando de la subrogación que se realiza en los bienes propios de los cónyuges, en la sociedad conyugal, dice: "éste es un caso de subrogación real, o sea, cambio de un bien por otro, lo que es "una ficción legal", que trae por resultado la transmisión de una "calidad jurídica" del bien antiguo al nuevo".

Don Germán Ovalle Ovalle (53), en su Memoria de Licenciado, que versa sobre la subrogación real, en el régimen de comunidad, expresa: "Nosotros aceptamos la teoría de la "ficción legal", porque creemos que el legislador ha creado las situaciones que se producen en los casos de subrogación para introducir excepciones, en circunstancias especiales, a los principios generales que forman el derecho, inducido a ello por la equidad y las necesidades de la vida, pero estamos, con Colin et Capitant, en que su mejor justificación se encuentra en los grandes servicios prácticos que presenta".

Don Gonzalo Barriga Errázuriz (54), en su Memoria de Licenciado, refiriéndose a nuestra institución, dice: "Aplicación del antiguo aforismo de derecho, "subrogatum sapit natura subrogati", la subrogación real es una "ficción legal", que tiene por objeto transmitir la "calidad jurídica" del inmueble (o valor) antiguo, al nuevo que lo sustituye".

De las citas que hemos transcrito, se desprende que el principio sustentado por la Doctrina Clásica Francesa, que acuerda a la subrogación real el carácter de una ficción del legislador, encuentra amplia acogida en el campo jurídico nuestro aun cuando no existe, como veremos más adelante, la razón sobre la cual hacen recaer la ficción los tratadistas franceses.

Entendida así la subrogación real, como una creación ficticia del legislador, es natural que nuestros comentadores le hayan acordado una aplicación restringida, esto es, limitada a los solos casos en que la ley diga expresamente que tal bien se subroga a tal otro, sin que pueda hablarse de dicha institución, en las demás situaciones en que se cumplen todos los requisitos necesarios para que ella funcione, de acuerdo con los principios generales que la rigen.

b) Efectos de la subrogación real. — Los efectos de la subrogación real se encuentran también dominados por los principios de la escuela clásica francesa, pues nuestros autores estiman que ellos pueden traducirse en el antiguo adagio: "Subrogatum sapit...." Es decir, estiman que la subrogación real tiene por resultado transmitir del bien antiguo al nuevo la misma calidad jurídica que aquél poseía. Para demostrar este aserto, basta dar lectura a las diferentes definiciones que nuestros comentaristas dan para la subrogación real y que ya hemos transcrito.

---

## POSIBILIDAD DE AMPLIAR EL CAMPO DE LA SUBROGACION REAL

1. Rechazo de las ideas que dominan el campo jurídico en materia de subrogación real. — Resumiendo lo dicho en el capítulo anterior, tenemos que para la generalidad de los comentadores de nuestro Derecho Civil, la subrogación real es una ficción legal y, por consiguiente, de derecho estricto, cuyos efectos consisten en atribuír al bien nuevo las mismas calidades jurídicas que poseía el bien antiguo. En otras palabras, nuestros tratadistas continúan adoptando los postulados de la doctrina clásica, doctrina que, como lo vimos en detalle, ha sido totalmente descartada del campo jurídico moderno, por el rigorismo, insuficiencia e in-

(52) **Curso de Derecho Civil.** Tercer año. Primera parte. Tomo IV; página 120.

(53) **Subrogación real.** Memoria de prueba, 1929; página 11.

(54) **De la Sociedad Conyugal.** Memoria de prueba, 1924; página 255.

eficacia de los principios sobre los cuales descansa.

Conocidas las razones que han tenido esos autores para rechazar la subrogación real clásica, casi no tendríamos para qué insistir sobre la necesidad de adoptàr el mismo criterio, entre nosotros, ya que el problema de la subrogación se encuentra reducido, en nuestro derecho, precisamente a la subrogación tradicional o clásica. Sin embargo, debemos insistir nuevamente sobre la conveniencia de abandonar la fisonomía que nuestros comentadores señalan a la institución de la subrogación real, pues, además de las razones que se dieron para abandonar la doctrina clásica en el derecho francés, existen aquí otras que nos obligan a buscar por caminos diferentes a los ya indicados, los principios que rigen la subrogación real como única manera de determinar su verdadera naturaleza y fijar el rol preciso que juega en la vida jurídica nuestra.

2. No existe la subrogación real general. Sabemos que el postulado básico de la doctrina clásica sostiene que la subrogación real opera de pleno derecho en las universalidades, en el patrimonio, en virtud de la fungibilidad de los elementos que lo forman. Es la llamada subrogación general.

Pues bien, en nuestro derecho, debemos empezar por negar toda idea que nos lleve a la llamada subrogación real general, es decir, a aquella que opera de pleno derecho en el patrimonio, porque nuestro Código no contiene disposición alguna en la que pueda cobijarse dicha especie de subrogación real. No existe en nuestro Código ninguno de los artículos del Código de Napoleón, en que los tratadistas franceses antiguos basan la existencia de la subrogación real general.

En efecto, no hay en el Código Civil chileno una disposición legal que corresponda al artículo 132 del Código Francés, que trata de la ausencia, y que dispone: "Si el ausente reaparece o se prueba su existencia, aún después de la posesión definitiva, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren; el precio de los que hubieren sido enajenados, o los bienes provenientes del empleo que hubiere sido hecho del precio de esos bienes vendidos". Mientras que entre nosotros no cabe hablar de subrogación, en este caso, pues, la disposición del artículo 94, número 4º del Código Civil, que establece que en virtud de la rescisión del decreto de posesión definitiva, "se recobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituídos legalmente en ellos", nos está indicando que el desaparecido y demás personas a cuyo favor se hubiere rescindido el decreto de posesión definitiva, carecen de acción para exigir de los poseedores el precio de los bienes enajenados o lo que hubieren obtenido con él, situación que excluye toda posibilidad de hablar de la existencia de subrogación real.

Esto se encuentra corroborado con la historia fidedigna del artículo 94 de nuestro Código Civil. En efecto, en el proyecto del año 1853, se hacía una distinción en este punto. El artículo 94 expresaba: "serán obligados a la restitución los poseedores de bienes raíces del desaparecido, a cualquier título que lo sean. No serán obligados a la restitución de los bienes muebles, sino las personas que inmediatamente hubieren sucedido en ellas al desaparecido; ni se extenderá la restitución sino a las especies existentes en el estado en que se hallaren". Y el proyecto inédito, en el número 4º del artículo que comentamos, tenía la siguiente redacción: "En virtud de este beneficio, se cobrarán los bienes en el estado en que se hallaren, o el precio de los que se hayán enajenado a cualquier título, subsistiendo las enajenaciones, las hipotecas y demás derechos reales constituídos legalmente en ellos".

La frase que se destaca y que corresponde a lo dispuesto en el artículo 132 del Código Civil francés, fue suprimida en el Código actual, y su supresión no fue casual, pues don Andrés Bello, contestando una observación hecha por don Gabriel Ocampo, expresó: "Yo había propuesto a la comisión y está aceptado, no sólo la supresión del número 5º (referente a la restitución de frutos), sino la restitución del precio de los enajenados en el número 4º"

De todo lo expuesto, se desprende que en nuestro derecho, los poseedores definitivos

no están obligados a restituír en masa la totalidad de los bienes que formaban el patrimonio del ausente; es decir, el precio de aquellos que hubieren sido enajenados o los bienes que se hubieren adquirido por su intermedio, situación que, como lo habíamos anunciado, excluye toda posibilidad al funcionamiento de la subrogación real general.

Tampoco existen los artículos 747 a 766 de aquel cuerpo de leyes, que consagran las llamadas "sucesiones anómalas", y que consisten en el derecho de retorno legal a favor del ascendiente que dona, o a favor de los hermanos o hermanas legítimos del hijo natural que muere sin posteridad; sobre los bienes que había recibido de su padre o madre, etc.

Ni el artículo 1048 del mismo Código, según el cual los bienes donados o legados con cargo de subsititución, se consideran como formando un patrimonio distinto del resto de los bienes del donatario o legatario, conjunto que, según la doctrina clásica, puede cambiar sus elementos, por tratarse de una universalidad.

Todos los casos de subrogación real que contemplan en nuestro Código Civil y en otras leyes especiales, se refieren, pues, a una subrogación especial siempre relativa a bienes determinados, de suerte que ni siquiera podemos pensar en la existencia de la subrogación real general, en nuestra legislación.

3. La subrogación real no es una ficción. Ahora bien, si en nuestro derecho no podemos hablar de subrogación general, tampoco podremos decir que su naturaleza jurídica consiste en una ficción legal, basada en la fungibilidad de los elementos que componen el patrimonio, como lo explican los sostenedores de la doctrina clásica, pues fallaría la razón sobre la cual hacen recaer la ficción dichos autores. Es decir, si la subrogación real se refiere siempre, entre nosotros, a bienes determinados, aislados, no podemos expresar que el bien subrogado adquiere, por efecto de la ficción real, la "calidad de res universitatis", como se dice en la doctrina tradicional. Todo esto, en cuanto a la subrogación real general, universal, se refiere.

En cuanto a la subrogación real especial, relativa a bienes aislados, o sea, aquella que, según la doctrina clásica y nuestros comentadores, consiste en una ficción, cuyo objeto es transmitir de un bien a otro "la calidad jurídica que poseía el primero, tampoco merece ser mantenida, pues, hemos visto que ni sus mismos partidarios han podido ponerse de acuerdo para saber cuáles son aquellas "calidades" que pueden transmitir por la ficción de la subrogación real.

Si por ficción se entiende, como lo hemos dciho en otra ocasión, una solución contraria a los principios generales del derecho, tenemos que concluír necesariamente que la subrogación no es jamás una ficción, sino un hecho positivo y concreto, por el cual se respeta el deseo de los interesados, expresamente manifestado o subentendido por el legislador, de colocar a un bien en la misma situación jurídica que tenía otro, que ha salido del patrimonio de su dueño, a fin de salvaguardiar sus intereses.

4. Abandono de la máxima "subrogatum sapit..." — Para terminar, debemos abandonar la máxima "subrogatum sapit....", que nuestros tratadistas adoptan para fijar los efectos de la subrogación real, medida que se impone como el único medio de acabar con la confusión que se presenta para saber qué clase de calidades son las que se van a transmitir por efecto de la subrogación: si las intrínsecas o las extrínsecas, según la divisón atribuída a Dumoulin.

Para ello, no tenemos más que repetir lo expuesto en otros pasajes: la subrogación no transmite determinadas calidades jurídicas de un bien a otro, sino que ella tiene por objeto colocar al bien que pasa a reemplazar a otro, que tenía una situación especial en el patrimonio de una persona, en ese mismo lugar, en esa misma situación, gravándolo con los mismos derechos o con la misma afectación que pesaba sobre el bien primitivo.

5. Adopción de un sistema general. — Las numerosas disposiciones del Código Civil y de otras leyes especiales, en las cuales se ha recurrido, directa o indirectamente, a la subrogación real, para explicar ciertos fenómenos jurídicos, nos permiten agrupar

el funcionamiento de la institución que estudiamos, dentro de una fórmula o sistema de carácter general, fórmula que no nos será difícil construír, después de conocer las soluciones a que han arribado los autores franceses modernos en esta materia.

Ayudados, pues, por los sistemas que proponen los tratadistas franceses y tomando de cada uno de ellos lo que puede ser aplicable a nuestro derecho positivo, creemos que la subrogación real puede ser agrupada en el siguiente cuadro de conjunto:

La subrogación real es una institución siempre relativa a bienes determinados, aislados, que se encuentran en una situación especial en el patrimonio de una persona, a consecuencia de la afectación de ellos a un fin determinado, sea por voluntad de los contratantes, del testador o de la ley, o por la obligación de restitución impuesta por la ley: que tiene por objeto, trasportar, cuando esos bienes han sido enajenados, perdidos, deteriorados o destruídos, bajo reserva de terceros, al bien o bienes adquiridos en reemplazo, la misma afectación o los mismos derechos que gravaban al bien que salió del patrimonio.

Creemos que en este cuadro de carácter general, cuyo estudio detallado haremos a continuación, se explica en una forma más o menos exacta, la naturaleza, funcionamiento y efectos que caben a la subrogación real en nuestro derecho.

1. Naturaleza de la subrogación real.—La subrogación se refiere siempre en nuestro derecho, a bienes especiales, determinados, individualizados, es decir, no podemos hablar aquí de la subrogación real general a que se refiere la doctrina clásica, y que, según el decir de sus partidarios, se produce de pleno derecho en el patrimonio, pues como lo demostramos en el capítulo respectivo, tal clase de subrogación no puede existir en nuestra legislación. De suerte que, siempre que hablemos de subrogación real nos estaremos refiriendo a aquélla que se produce en bienes especialmente considerados, es decir, en bienes aislados, individualizados.

Pero, según veremos, no sólo se requiere que se trate de bienes aislados para que la subrogación se produzca, sino que es preciso también que tales bienes se encuentren en una situación especial respecto de sus titulares, ya sea por la afectación o derecho especial a que se encuentren sometidos, o por la obligación de restitución impuesta por la ley, en favor de ciertas personas.

a) Bienes sometidos a afectación o derechos especiales.—La "propiedad de afectación" ha sido entendida de diferentes maneras, según que los autores se coloquen en un plano económico o jurídico, resultando con el mismo nombre, doctrinas completamente diferentes. Conviene, pues, precisemos lo que vamos a entender por bienes de afectación especial para los efectos de nuestro trabajo, a fin de salvar, de antemano, las posibles interpretaciones a que tal título puede dar lugar.

Generalmente, se designa con el nombre de propiedad de afectación el movimiento de aspecto filosófico y social que pretende limitar el carácter absoluto que, hasta hace poco, se acordaba al derecho de propiedad, estableciendo que el propietario no posee en su interés exclusivo y personal, sino que posee también en el interés social; en el interés de la colectividad. Es decir, se pretende en tal sistema, que la propiedad debe estar siempre "afectada a un fin social". Esta idea es la que ha servido a los tratadistas de derecho civil para construír la teoría llamada "Del abuso del Derecho", doctrina que parece ir ganando más y más terreno en las ideas jurídicas modernas.

Pero en el campo puramente civil, ha sido designada con el nombre de propiedad de afectación, la doctrina que pretende reemplazar la Teoría Clásica del Patrimonio Personalidad, creada por los célebres tratadistas de Strasburgo, Aubry y Rau, estableciendo que los bienes que forman el patrimonio no se entienden reunidos en un mismo cuerpo, por el hecho de pertenecer a una misma persona, sino por estar afectos a un fin u objeto común, esto es, a una misma afectación.

Nuestro deseo habría sido el de dar algunas ideas más precisas sobre esta interesante materia; pero, como para ello tendríamos que entrar a analizar las diversas concepciones que se tienen sobre la noción del

patrimonio, estudio que desnaturalizaría el fin de nuestro trabajo, debemos dejarlo sólo insinuado. Se justifica además este temperamento, porque, según se ha visto, la subrogación es completamente ajena, entre nosotros, a la idea de patrimonio; luego, cualquiera que sea la posición que se tome frente a este concepto, no afectará en nada a nuestra institución que, lo repetimos, se refiere siempre a bienes aislados.

Es por esto que nosotros no vamos a tomar la propiedad de afectación, ni como propiedad función social, según el decir de los economistas, ni como patrimonio de afectación, como lo proponen los tratadistas modernos, sino que ella va a ser empleada en un sentido mucho más simple. Nos explicamos.

Sabemos que el propietario tiene en principio la más amplia facultad para enajenar a cualquier título y en la forma que le plazca los bienes de su dominio. Pero sucede, y ello con bastante frecuencia, que ese derecho de disposición tan absoluto se encuentra limitado por la destinación del bien de que es dueño, a un fin especial, distinto de la satisfacción pura y simple de sus legítimos deseos. En estos casos, el propietario no puede disponer de sus bienes, sino respetando las condiciones especiales que le impone la ley o la voluntad de los particulares, especialmente facultados por el legislador. Pues bien, en este sentido es que vamos a tomar nosotros la palabra afectación, en el curso de nuestro trabajo: en el de que ese bien se encuentra en el patrimonio de su dueño con la obligación de ser empleado en un objetivo especial, que impide a su titular enajenarlo en forma libre.

Podemos decir, entonces, que un bien se encuentra gravado por una determinada afectación, cuando ha sido sometido perpetua o temporalmente a un uso especial, distinto del resto de los bienes que forman el patrimonio de su titular, en virtud de una convención de las partes interesadas, de la voluntad del testador, o de la ley simplemente.

Esta idea de afectación que, a primera vista, parece ser totalmente extraña a los dictados de nuestro derecho positivo, encuentra verdadera aplicación en muchos de los pasajes del Código Civil, y leyes especiales. En realidad, existen muchas instituciones dentro de nuestra legislación positiva que pueden explicarse perfectamente bien por esta idea de afectación que hemos indicado. Los ejemplos que podríamos citar son numerosos; nos bastará por ahora, indicar aquellos que tienen atingencia directa con el estudio de la subrogación real.

Una primera aplicación de estas ideas la encontramos en los regímenes matrimoniales, donde aparece bien claro que el legislador, al reglamentarlos, ha tenido en vista estos principios que hoy día se conocen con el nombre de propiedad de afectación. Así, tratándose de los bienes propios de los cónyuges, en el régimen de comunidad, decidimos que ellos se encuentran gravados con una afectación especial, pues los cónyuges cuando celebran capitulaciones matrimoniales, o la ley en caso contrario, entienden someterlos a la satisfacción de las necesidades personales de los cónyuges, mientras viven, y a las de sus herederos en caso de muerte. Es decir, los bienes propios de los cónyuges están destinados, afectados, a un uso especial en el patrimonio de sus dueños, durante la vigencia de la sociedad conyugal, donde la regla general es que los bienes sean comunes.

Lo mismo sucede con los llamados "bienes reservados" de la mujer casada, creados por la Ley Nº 5521, de 19 de diciembre de 1934, que, como lo veremos al tratar en especial de ellos, son bienes que la ley afecta de exclusivo uso y goce de la mujer casada que ejerce un trabajo profesional o industrial, distinto del de su marido.

También consideramos entre los bienes gravados con una afectación especial, aquellos que se encuentran sujetos a una garantía real, como una prenda, hipoteca, etc., siguiendo con ello la idea sustentada por el tratadista Planiol, que sobre este punto ha expresado: "...es inexacto decir que la Ley de 19 de febrero de 1889; la de 30 de abril de 1906, sobre Warrants Agrícolas, etc., han dado efecto a la subrogación real en virtud de una idea de equidad, como lo sostiene Capitant, sino que ellos han consagrado aplicaciones normales de la noción de

subrogación real, cuyo fundamento reside siempre en la idea de afectación (55).

b) Bienes sujetos a restitución—La subrogación interviene también entre nosotros en beneficio de todas aquellas personas que, teniendo un derecho de propiedad o de crédito sobre un bien, ven desaparecer sus derechos por efecto de su enajenación, pérdida o deterioro, en manos de quien no era su verdadero propietario, o lo estaba debiendo.

En estos casos, por efecto del principio de la subrogación real, el propietario o el acreedor, pueden ejercitar sus respectivos derechos, sobre el valor que se haya recibido en reemplazo de sus bienes enajenados o destruídos en poder de aquellas personas que no eran sus verdaderos dueños, o los estaban debiendo.

Esto es lo que sucede en los artículos 898, 900 y 903 del Código Civil en favor de aquellos propietarios que pudiendo ejercitar la acción reivindicatoria sobre el objeto mismo en que recaía su derecho de dominio por haber sido enajenada esa cosa en manos de un tercero, pueden por vía de subrogación real ejercitar sus derechos sobre lo que éste "haya recibido por ella".

Otro tanto ocurre en el artículo 634 del mismo Código, ubicado en el título de la Ocupación, y que reglamenta la situación de las llamadas "especies al parecer perdidas". Según este artículo, "si la especie fuere corruptible o su custodia y conservación dispendiosa, podrá anticiparse la subasta, y el dueño, presentándose antes de expirar el año subsiguiente al último aviso, TENDRA DERECHO AL PRECIO, deducidas, como queda dicho, las expensas y el premio de salvamento".

Aplicación de estos mismos principios es el artículo 86 de la Ley de Quiebras, número 4558, ubicado en el Título III, que reglamenta las acciones especiales de reivindicación, rescisión y resolución en favor de ciertas personas. Dice el artículo 86: "Podrán ser reivindicadas, en todo o en parte, mientras puedan ser identificadas, las mercaderías consignadas al fallido a título de depósito, comisión de venta o a cualquier otro título que no transfiera dominio". Y el inciso segundo, agrega, "vendidas las mercaderías, el propietario de ellas podrá reivindicar el precio o la parte de precio, que al tiempo de la declaración de quiebra, no hubiere sido pagado o compensado entre el fallido y el comprador".

Como puede verse, por el mecanismo de la subrogación real, el propietario puede en los casos que señala este artículo, hacer valer su derecho de dominio sobre el precio de los bienes que, estando consignados al fallido a título de depósito, comisión de cobranzas, etc., habían sido enajenados en sus manos.

Tratándose de los acreedores, ahora, tenemos el artículo 1672 del Código Civil, ubicado en el Título XIX, que versa sobre "La pérdida de la cosa que se debe". Dispone este artículo que, "si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación del deudor subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor". De suerte que, según la disposición legal transcrita, si la cosa cierta que se debe se destruye, pierde o perece en manos del deudor, por culpa o durante la mora, el acreedor puede ejercitar su derecho, por vía de subrogación real, según nuestro parecer, sobre el precio de la cosa desaparecida.

Todos los casos mencionados, y que serán estudiados con mayor detención en su debida oportunidad, nos están indicando que, entre nosotros tiene perfecta cabida la doctrina de la subrogación real, cuando se trata de la restitución de ciertos valores impuesta por la ley, en favor de las personas que siendo acreedores o propietarios ven desaparecer sus derechos a causa de la enajenación, pérdida o deterioro de los bienes sobre los cuales recaían sus derechos.

2. Funcionamiento y rol de la subrogación real.—Como lo iremos viendo en detalle, en el curso de este trabajo, la subrogación real entra en funciones en todos aquellos casos en que los bienes de que hemos hablado en los números anteriores, han sido enajenados, perdidos, deteriorados o destruídos, permitiendo que sus titulares puedan ejercitar los mismos derechos que te-

(55) Planiol et Ripert. Obra citada; tomo III, página 37.

nían sobre ellos, en los valores que pasen a reemplazarlos, sea que estén constituídos por otros bienes de la misma naturaleza, que el bien antiguo, sea que ellos constituyan su precio, indemnización, etc. Eso sí, que, como lo han manifestado los tratadistas franceses, se requiere que exista "un lazo de filiación directa y cierta entre el bien enajenado o desaparecido y el bien que viene a reemplazarlo, pues de lo contrario, sería caer en la arbitrariedad, como asimismo favorecer el fraude, permitiendo en cierto modo la resurrección de un bien enajenado, autorizando la subrogación real en favor de un bien adquirido mucho después, con los dineros que habían entrado en el activo fungible del patrimonio".

Es decir, se requiere que los bienes en que se realiza la subrogación sean perfectamente determinados, individualizados, para que pueda decirse que tal bien viene a subrogar a tal otro. Esto tiene mucha importancia, como se verá, especialmente en la subrogación que se produce en los bienes propios de los cónyuges, en la sociedad conyugal.

Se requiere, además, para que la subrogación funcione normalmente, que ella no vaya en perjuicio de los intereses de terceros. Con este fin, el legislador ha decretado ciertas medidas de publicidad, que ponen a cubierto a los terceros de las posibles dificultades que pueden nacer, a consecuencia del cambio de los bienes en que se opera la subrogación real. Así lo ha dispuesto la ley, cuando ha reglamentado la subrogación en los bienes de los cónyuges, y así creemos nosotros que debe procederse, siempre que quiera oponerse la subrogación a los terceros.

La idea básica que debemos tener respecto del funcionamiento de la subrogación real, es que ella opera en la forma más normal, cada vez que se cumplen todos los requisitos que hemos señalado, sin que haya necesidad que el legislador diga expresamente, que tal bien debe entenderse subrogado a tal otro. Es esta la única manera de colocar a la institución de la subrogación real en el plano que le corresponde, como noción de derecho. Si el legislador ha dicho que los derechos que tenían ciertas personas sobre determinados bienes, que han salido de su patrimonio a causa de una enajenación, pérdida o deterioro, pueden hacerse valer por sus titulares sobre los bienes obtenidos en reemplazo, estaremos, ciertamente, en un caso de subrogación real, aun cuando el legislador no haya dicho en forma expresa que tales bienes se van a subrogar a tales otros.

3. Efectos de la subrogación real.—Como lo hemos repetido en numerosas ocasiones, el efecto y objeto de la subrogación real no es el de transmitir determinadas calidades de un bien a otro, sino que ella tiene por objeto colocar al bien que viene a reemplazar a aquel que salió del patrimonio de su dueño por efecto de una enajenación, pérdida o deterioro, frente a los mismos derechos, frente a la misma afectación que pesaba sobre el bien primitvo.

Emilio Altamirano Sánchez

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA

# SALA PLENA

LEY 125 DE 1937, SOBRE INTERVENCION EN EL FOMENTO DE LA INDUSTRIA BANANERA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL. —INTERVENCION DEL ESTADO EN LAS INDUSTRIAS.—NOCION DE ORDEN PUBLICO.— POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.—FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL EJECUTIVO. — RACIONALIZACION. — EXPROPIACION E INTERVENCION EN LAS INDUSTRIAS. — LA EXPROPIACION EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

1. Entre nosotros la intervención del Estado en las industrias está autorizada por el artículo 28 de la Constitución Nacional. Rige entre nosotros el sistema de la economía compensada. Para esa intervención se exigen las siguientes condiciones: que tenga como fin racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho; que sea "por medio de leyes", y que las que se dicten en ejercicio de esa facultad se aprueben por el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Es obvio, por consiguiente, que una ley que se aparte de alguna de estas exigencias constitucionales, es inexequible. — 2. El orden público en materia de policía tiene un sentido completamente distinto de aquél con que se emplea esa misma expresión en el derecho civil. Todo lo relativo a la reglamentación de los derechos civiles es materia que corresponde al legislador y no al Gobierno. — 3. La reglamentación de la ley es una función ejecutiva y administrativa, para asegurar el cumplimiento de la ley para ciertos detalles, y no puede extenderse a más de su objeto porque se extralimitaría. Esa facultad es especial, general o limitada. La primera, cuando la ley se refiere a ella; la segunda es la general consagrada en la Constitución, y la tercera cuando la ley ordena que se proceda de acuerdo con el Consejo de Estado. La potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la ley. Aunque a primera vista resulta difícil precisar hasta dónde llega la facultad del legislador para que empiece la del reglamento, esa dificultad desaparece si se tienen en cuenta conforme a nuestra legislación los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu.— 4. El inciso final del artículo 1º de la Ley 152 de 1937 es inconstitucional, porque deja en manos del Gobierno sin control alguno y sin limitaciones de ninguna clase, la reglamentación de todos los contratos que se relacionen con la industria del banano, lo que implica una facultad para dictar normas legislativas de intervención, contra el mandato constitucional de separación de los órganos del poder público.— 5. El Presidente de la República puede ejercer facultades extraordinarias en dos casos: cuando por causa de guerra exterior o de conmoción interior declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, y cuando el Congreso se las concede precisas y PRO TEMPORE, en una época cualquiera. (Artículo 69, ibid). Conforme a la doctrina de los autores, las facultades extraordinarias no limitadas en el tiempo y en el espacio, son inconstitucionales. — 6. La racionalización no debe restringirse únicamente a la técnica, sino que es preciso extenderla a la comercial y a la económica.— 7. Es exequible el artículo 1º de la ley acusada, menos en su inciso final, y es inexequible el 4º — 8. La expropiación, en la forma establecida en el artículo 4º de la Ley 152, es incompatible con la intervención que preconiza el artículo 28 de la Constitución. Intervenir quiere decir jurídicamen-

**te, imponer a los explotadores o dueños de las industrias ciertas normas de actividad o funcionamiento para obtener los fines indicados en el artículo 28. Pero las industrias intervenidas siguen conservando su carácter de públicas o privadas, y los explotadores o dueños siguen también conservando su título de tales. — 9. Mediante la expropiación se sustrae total o parcialmente una propiedad privada en beneficio del Estado o de una empresa, especialmente protegida por la ley, previa indemnización. La expropiación se diferencia de la confiscación, porque en ésta no se indemniza; de las limitaciones que regulan la propiedad privada, porque ordena su uso, pero no la sustraen; de los daños que involuntariamente puede producir la administración. La expropiación debe llenar tres requisitos: 1º que exista un motivo de utilidad pública o de interés social; 2º que los motivos de utilidad pública o de interés social sean definidos por el legislador, y 3º que medie una sentencia judicial y haya indemnización previa.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. —Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y nueve.

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

Los doctores Roberto Castañeda y Fernando Meléndez, en demanda presentada ante el señor Juez Unico del Circuito Civil de Santa Marta, en uso de la acción que consagra el artículo 149 de la Constitución Nacional acusaron como inconstitucionales los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 125 de 3 de diciembre de 1937, por la cual se interviene en el fomento de la industria bananera.

El señor Nicolás Dávila, en escrito presentado ante al mismo Juez, se dirigió a la Corte para manifestar que coadyuva la demanda de los doctores Roberto Castañeda y Fernando Meléndez, sobre inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 125 de 1937, por estar de acuerdo con las peticiones formuladas y con los fundamentos jurídicos y de orden general en que éstas se basan.

De la demanda se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para oír su concepto. Al estudio de la Corte se encuentra la demanda presentada por los señores Pablo García Franco y Enrique A. Fuentes sobre inconstitucionalidad de los artículos 1º y 4º de la misma Ley 125 de 1937. Por consiguiente, el señor Procurador devolvió este negocio acompañando el concepto emitido en relación con la demanda de los señores García Franco y Fuentes y haciendo las consideraciones pertinentes sobre los diversos aspectos de la demanda de los doctores Castañeda y Meléndez, lo mismo que sobre la inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 125, que no había sido materia de acusación en la primera demanda.

Después de estudiar con el detenimiento que requiere el importante problema sometido a la Corte, en virtud de la facultad conferida a ésta sobre guarda de la Constitución, se pasa a dictar el fallo respectivo, analizando separadamente cada uno de los artículos acusados.

## La intervención del Estado en las industrias. El artículo primero.

Los demandantes consideran inconstitucional este artículo como violatorio de los artículos 26, 28, 38, 52 y 69 de la Constitución Nacional, y exponen extensamente los motivos de la acusación.

La Sala observa lo siguiente:

A la doctrina del individualismo rígido, que sostenía la libertad de industria, la libertad de comercio y la libertad de cambios sin limitaciones de ninguna clase, sucedió la de la intervención del Estado, para evitar las crisis de la superproducción, la explotación injusta de los obreros, los atentados contra el porvenir de la raza, el acaparamiento de los géneros alimenticios o la ruina de la moneda.

Después de la guerra europea surgió una lucha económica de proporciones enormes y un estado de desequilibrio no conocido hasta entonces. Hubo un período de inflación del papel moneda y de aumento de la producción industrial y agrícola de grandes proporciones, después del cual vino la catástrofe financiera y económica: el equilibrio entre la oferta y la demanda, mantenido artificialmente, se rompió en todas partes y trajo la ruina de las industrias, la paralización del crédito, el desempleo y el hambre. Entonces se impuso el intervencionismo de Es-

tado como único medio de regular la vida de los organismos económicos amenazados de muerte.

Los países de estructura democrática incorporaron en sus legislaciones los textos necesarios para realizar la intervención y en otros se impusieron las dictaduras. Un eminente autor divide así la intervención del Estado:

"A ese intervencionismo se le llama hoy economía dirigida, economía regimentada, y economía compensada. Lo apropiado de cada uno de esos calificativos depende de la forma, más o menos extensa o intensa, de la intervención del Estado y de los fines que persigue. Ejemplos clásicos de la economía dirigida los encontramos en las organizaciones socialistas y fascistas, y de la economía regimentada en la revolución económica del Presidente Roosevelt. La economía compensada obedece a una teoría intermedia, que justifica la intervención del Estado cuando quiera que ella es necesaria para obtener por compensación determinados bienes sociales, como la elevación del nivel de vida de las clases trabajadoras".

El Profesor P. Rebuod, refiriéndose a las bases jurídicas del orden social, dice que en las sociedades civilizadas modernas, salvo en Rusia, el edificio social reposa sobre un pequeño número de principios fundamentales, que son: 1º El principio de la libertad económica; 2º El principio de la propiedad privada; 3º El principio de la herencia. Ninguno de estos principios se aplica sin límites; ellos sufren todos por el contrario restricciones justificadas por el cuidado de dirigir sea los intereses particulares, sea los intereses colectivos y permanentes de un grupo social (Estado, Departamento, Municipio). La libertad económica no es completa, porque degeneraría en licencia y eso sería la anarquía.

Sobre la libertad económica se expresa así el autor citado:

"Tal como nosotros la conocemos hoy, la libertad económica es el resultado de una larga evolución. La libertad perfecta de la cual el hombre primitivo había gozado, no es sino un mito: él estaba, como lo está hoy en las tribus salvajes, sometido a la ley del más fuerte, a los caprichos de un jefe despótico, a la inflexibilidad de las costumbres que reglan los actos de su vida. Con el curso de la evolución que el principio de la libertad ha tenido, han ido desapareciendo poco a poco numerosas restricciones que habían sido impuestas ya por los individuos (esclavos), sea por colectividades (familia, municipio, corporación, Estado). Dos tendencias se han encontrado y aún están en lucha: la tendencia a la libertad más grande posible del individuo (principio individualista) y la tendencia a la intervención de la colectividad para limitar la independencia del individuo (principio social). El triunfo absoluto del primer principio conduciría a la anarquía; el del segundo, a la tiranía; el problema consiste en encontrar un justo medio entre los dos extremos y conciliar por iguales partes los intereses del individuo con los de la colectividad". (**Précis D'Economie Politique**, página 132, Tomo I, edición 1939).

En Colombia está preconizado el sistema intermedio de la economía compensada.

El señor Presidente de la República, doctor Eduardo Santos, definió así la política del Gobierno en materia de intervención:

"La intervención del Estado en la marcha de la economía no será, ni puede ser, tutela imperiosa, ni menos traba que todo lo dificulte o amenace, que coarte toda iniciativa, sino cooperación cordial, defensa de los intereses permanentes de la colectividad, llevada a cabo con un criterio de simpatía y de respeto".

La intervención del Estado en las industrias está autorizada por el artículo 11 del Acto Legislativo número 1º de 1936, artículo 28 de la Codificación Constitucional, que dice así:

"El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

"Parágrafo. Las leyes que se dicten en ejercicio de la facultad que otorga este artículo, requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Esta disposición es en su esencia la misma de la Constitución Española, que establece en su artículo 44:

"El Estado podrá intervenir por ley en la explotación y coordinación de industrias y empresas, cuando así lo exigiere la racionalización de la producción y los intereses de la comunidad".

Estudiando detenidamente la facultad constitucional para intervenir consagrada en la Carta fundamental colombiana, se llega a la conclusión de que exige las siguientes condiciones: que tenga como fin racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho; que sea "por medio de leyes", y que las leyes que se dicten en ejercicio de esa facultad se aprueben por el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Es obvio, por consiguiente, que una ley que se aparte de alguna de estas exigencias constitucionales, es inexequible.

La Ley 125 de 1937, reglamentó la intervención en la industria bananera. El artículo 1, que es uno de los acusados como inconstitucionales, dice así:

"En desarrollo del artículo 28 de la Constitución, la explotación tanto de la industria de banano como de las empresas relacionadas con ella debe efectuarse en forma que garantice:

"a) La producción de frutos adecuados para la exportación;

"b) La igualdad de tratamiento comercial y jurídico que los compradores deben dar a los productores, y la equidad entre éstos y aquéllos;

"c) Precios que remuneren equitativamente la producción, teniendo en cuenta los del mercado de consumo exterior;

"d) Sueldos y salarios que remuneren equitativamente el trabajo de los empleados y obreros de la industria bananera.

"Pertenecen al orden público estas finalidades. En consecuencia el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno".

Esta disposición desarrolla los fines principales de la intervención, pero se nota en ella la falta de preceptos esenciales que regulen las actividades del Estado en la materia. Como se verá más adelante, los puntos a), b), c) y d) del artículo contienen principios que se acomodan a los fines determinados en el mandato constitucional.

**El orden público.**

El inciso final de la disposición referida, dice que pertenecen al orden público estas finalidades y que, en consecuencia, el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno. La consecuencia no es jurídica, porque del hecho de que se declare que las finalidades de la intervención pertenecen al orden público, no se deduce que el estatuto contractual deba quedar sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno, contra claros mandatos constitucionales.

La noción de orden público está precisada por la Corte en sentencia de fecha 7 de octubre de 1936, en los siguientes apartes:

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

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

"Así, pues, cuando el ordinal 8º del artículo 120 de la Constitución señala como atribución del Presidente de la República la de "conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turba-

do", lo inviste de una suprema autoridad de policía administrativa y lo faculta para prevenir, por medio de la reglamentación, las perturbaciones de la tranquilidad pública, de la seguridad pública y de la salubridad pública así como para reprimir por medio de la coerción las perturbaciones que se produzcan.

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

"Pero — y aquí es en donde el problema jurídico reviste excepcional importancia y gravedad — si bien es cierto que la policía administrativa tiene por fin el mantener el orden público, en sus tres elementos ya indicados, y si bien es verdad, por otro lado, que, conforme a los textos constitucionales precitados, el Presidente de la República de manera especial, y las autoridades administrativas, en general, tienen amplias atribuciones de policía, **ello no quiere decir que tengan el derecho de emplear toda clase de medios para la realización de ese fin.**

"..... .....

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

"Pero esto último no significa, conforme a lo expuesto más arriba, que las autoridades administrativas dispongan de todos los medios que ellas estimen conducentes a la realización del fin de policía administrativa. Si es verdad que, por lo dicho, no están, en tales hipótesis, obligadas a moverse dentro del radio de acción que una ley les haya trazado previamente, no es menos cierto que, de todos modos, los medios de que se valgan no podrán implicar una restricción indefinida a esas libertades, ni podrán afectar otras cuya reglamentación sea de la exclusiva incumbencia del legislador, ni podrán violar las leyes que éste haya dictado dentro de sus atribuciones constitucionales, ni podrán ser extraños al carácter puramente **preventivo** y **coercitivo** de la policía, ni podrán ser ejercitados sino cuando existe un verdadero motivo de policía y con un fin de policía, ni podrán llegar a invadir la zona de acción de los Jueces". (**Gaceta Judicial**, números 1914 y 1915).

De manera que conforme a los anteriores conceptos de la Corte, no puede aceptarse como consecuencia de la declaración de que determinadas finalidades son de orden público, que se den al Gobierno facultades para reglamentar cuestiones que son de la exclusiva competencia del Organo legislativo. El orden público en materia de policía tiene un sentido completamente distinto de aquél con que se emplea esa misma expresión en el derecho civil, ha dicho la Corte. Es obvio que todo lo relativo a la reglamentación de los derechos civiles es materia que corresponde al legislador y no al Gobierno.

**La facultad reglamentaria.**

Si se considera el inciso final del artículo primero de la ley como una extensión de la facultad reglamentaria del Gobierno, es inconstitucional, por las razones que se exponen a continuación.

El Presidente de la República tiene atribuciones en relación con el Organo Legislativo (artículo 113 de la Constitución), en relación con el Organo Judicial (artículo 114) y como suprema autoridad administrativa (artículo 115). La facultad reglamentaria le corresponde como suprema autoridad administrativa, según el numeral 3º del artículo 115, que dice:

"Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa:

"..... .....

"3º Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes".

El reglamento, es, pues, una función ejecutiva y administrativa, para asegurar el cumplimiento de la ley y para ciertos detalles, y no puede extenderse a más de su objetivo, porque se extralimitaría.

Autores como Duguit y Bonnard dicen que según las modalidades del Derecho Francés, el reglamento ejecutivo es administrativo desde el punto de vista formal y legislativo en su carácter material. Henry Nézard acepta esta conclusión para los reglamentos que emanen de autorizaciones del Parlamento y establece una distinción muy importante para fijar con nitidez la cuestión. Los reglamentos son de dos clases: **reglamentos simples o reglamentos ordinarios**, que con los que el Presidente dicta, expontánea y generalmente, para completar una ley respecto de la cual el legislador ha omitido los detalles de la ejecución, y **reglamentos de administración pública**, que son los que el Presidente dicta mediante una autorización del Parlamento. Para estos últimos el Gobierno tiene una competencia más extensa y agrega el autor citado que si desde el punto de vista formal estos reglamentos son actos administrativos, esto no impide que desde el punto de vista material o de fondo, ellos se consideren de naturaleza legislativa.

La facultad de reglamentar es especial, general o limitada. La primera, cuando la ley se refiere a ella; la segunda es la general consagrada en la Constitución, y la tercera cuando la ley ordena que se proceda de acuerdo con el Consejo de Estado. Algunos autores opinan que la autorización conferida por el Legislativo en el texto de una ley para reglamentarla, es una simple redundancia. El señor Juan Antonio Iribarren en su tratado de Derecho Administrativo, dice lo siguiente:

"La disposición constitucional otorga al Jefe del Estado la facultad de dictar los reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes. Esta facultad, otorgada en términos generales por la Constitución, da al Presidente de la República suficiente aptitud para dictar esta clase de documentos en todas aquellas oportunidades que lo estime necesario para la ejecución de los preceptos legales. De modo que es innecesaria esa autorización para ejercer una facultad que le está atribuída por el Poder Constituyente y que no puede alterarse, ni modificarse, ampliarse o restringirse y ni siquiera tocarse por el Poder Legislativo, porque cualquiera de tales intentos importaría atentado de reforma constitucional.

"Por consiguiente, cuando el legislador hace una declaración de esta especie, quiere decir que incurre en una simple redundancia o procede por sentido de imitación de lo que ocurre en otros países".

"Además, es peligroso que la facultad conferida en términos generales por la Constitución sea reforzada por la declaración legislativa: 'Autorízase al Presidente de la República para dictar el reglamento ejecutivo de la presente ley'. Da margen para pensar que el Legislativo está delegando facultades especiales que pueden llegar, con su eficacia, a invadir el campo y la jurisdicción de la ley".

En el parágrafo del artículo primero, no se menciona simplemente la facultad reglamentaria del Gobierno, sino que se ponen bajo el absoluto control de éste cuestiones que deben ser materia de la Ley. Se am-

plía en términos ilimitados la facultad reglamentaria, lo cual invade el campo del Constituyente.

El contenido de la ley es una regla de conducta. La potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la ley. Sobre este particular no hay discrepancia entre los expositores de derecho público. El señor Iribarren, ya citado, dice lo siguiente:

"El límite obligado del decreto es la ley; no puede modificar sus disposiciones ni invadir el campo legislativo. Por consiguiente, no puede imponer restricciones a la libertad, no contenidas en las leyes; ni gravámenes al patrimonio particular; ni sanciones penales a las personas".

El señor Daniel Antokoletz, comentador de la Constitución argentina, dice refiriéndose al poder reglamentario:

"Es esta una importante función colegislativa que el inciso 2º confiere al Presidente, la de reglamentar las leyes a los fines de su mejor ejecución, con la salvedad de que no puede establecer reglamentaciones capaces de alterar el espíritu de la ley.

"La Constitución americana nada dice sobre el poder reglamentario del Presidente. Tal poder existe en Francia, probablemente desde la Constitución de 1814, reformada en 1848, que faculta al Rey para hacer los reglamentos y ordenanzas necesarios a la ejecución de las leyes, 'sin jamás suspender las leyes mismas, ni suspender su ejecución'.

"Fúndase el derecho reglamentario en la conveniencia de concretar la obra del legislador a los principios generales dejando la reglamentación de los detalles al poder administrativo que es el más habilitado para apreciar las condiciones circunstanciales.

"Los decretos reglamentarios no pueden crear incapacidades o sanciones no contenidas en la ley".

La Corte, en sentencia de 24 de abril de 1922, dijo lo siguiente:

"Cuando el Decreto reglamentario de una ley, extralimita la ley que reglamenta, equivale entonces a una nueva ley que emana no del Congreso, sino del Poder Ejecutivo; lo cual es contrario a los principios constitucionales sobre limitación y separación de los poderes públicos". (J. de la C. número 2281, tomo III).

En sentencia de fecha 9 de octubre de 1924, la Corte dijo lo siguiente:

"Con arreglo al artículo 120 de la Constitución, ordinal 3º, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. Por manera que los actos que el Gobierno puede ejecutar en ejercicio de esa potestad tienen que ser necesarios y encaminados a la cumplida ejecución de la ley, esto es, deben ser indispensables para la efectividad práctica de ésta y tienen que ajustarse exactamente a su intención y espíritu, so pena de ser evidentemente inconstitucionales". (**Gaceta Judicial**, número 1605, pág. 101).

En la sentencia citada, de fecha 7 de octubre de 1936, la Corte actual se expresó así sobre el poder reglamentario:

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

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

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

"b) En las materias en que el constituyente les reservó directamente a las autoridades administrativas el poder de reglamentación, no será necesario que una ley preexistente autorice el reglamento de policía y determine el radio de acción de ésta, pero

no por ello podrá el reglamento estar en contradicción con los términos de una ley que sea constitucional, ni con el espíritu de la ley, ni con una libertad **definida** consagrada por una ley, siendo de advertir que se entiende por libertad definida una libertad con respecto a la cual los poderes constituyente y legislativo no se han limitado a sentar el principio sino que han ido hasta definir sus límites;

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

A primera vista resulta difícil precisar hasta dónde llega la facultad del legislador para que empiece la del reglamento. Pero esa dificultad desaparece si se tienen en cuenta conforme a nuestra legislación las finalidades de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que, como se ha dicho, es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato del legislador, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu.

**El estatuto contractual**

El señor Ministro de la Economía Nacional define así el estatuto contractual de la industria bananera de que habla el inciso final del artículo 1º:

"En mi concepto, por estatuto contractual debe entenderse el conjunto de relaciones contractuales que surjan entre todas las personas que en cualquier forma intervengan en la explotación de la industria del banano o de las empresas relacionadas con ella. No es un contrato único que regule todas las actividades de tales industrias y empresas, ni una serie de contratos que regulen esas relaciones por grupos, sino el conjunto de todos los acuerdos de voluntades a que dé ocasión la explotación de la industria o de las empresas que con ella se relacionen".

El señor Procurador estimó que el referido inciso es inoperante por ser susceptible de interpretaciones equivocadas que conduzcan al quebrantamiento de la Constitución. Sobre esto dijo el señor Ministro de la Economía:

"No creo que pueda calificarse de inoperante un precepto legal por ser susceptible de una interpretación equivocada que pueda conducir al quebrantamiento de las normas constitucionales, pues, a mi juicio, la norma tiene o no eficacia intrínseca, sin que ésta pueda depender de que sea susceptible de una interpretación contraria a la Constitución. Esa interpretación, por contrariar la norma constitucional, tendrá que desecharse, pero la norma sustantiva que la motiva es o no eficaz por sí misma y según su propia naturaleza".

Para la Corte el inciso mencionado es inconstitucional, porque deja en manos del Gobierno sin control alguno y sin limitaciones de ninguna clase, la reglamentación de todos los contratos que se relacionen con la industria de banano, lo que implica una facultad para dictar normas legislativas de intervención, contra el mandato constitucional que establece la separación de los órganos del poder público y contra el precepto que reserva esa facultad al legislador por medio de leyes especiales.

En el parágrafo que se estudia se establece que el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación del Gobierno. No dice qué es el "estatuto contractual". Según el concepto del Ministro de la Economía Nacional, se refiere a los contratos que se celebren en relación con aquella industria, sin limitación alguna. Tampoco contiene el parágrafo aludido limitación en cuanto a las facultades de la reglamentación y la supervigilancia, quedando en manos del Gobierno, en esa forma ilimitada y sin control, el ejercicio de la libertad de contratar, garantizada por la Constitución. Por los términos en que está concebido el parágrafo aludido, no queda el Gobierno solamente facultado para reglamentar la ley, atribución que tiene con arreglo a la Constitución, sino para legislar, lo cual es inconstitucional, porque se opone a los artículos que reservaron esa facultad para el Congreso, con especialidad en el presente caso (artículos 28 y 54), y al precepto

de la Carta que establece la separación de los órganos del Poder Público (art. 52).

---

**Facultades ordinarias y extraordinarias**

Hay otro aspecto importante en el estudio del inciso final del artículo 1º Podría sostenerse que no se trata de extensión del poder reglamentario, sino de una facultad ordinaria o extraordinaria, por cuanto el artículo 4º habla de "la ejecución de los actos y obras que el Gobierno realice de acuerdo con las facultades que se le otorgaron en esta ley". Pero como se verá a continuación, considerada la cuestión por este aspecto, también resultaría inconstitucional el mencionado inciso, en la parte que deja en manos del Gobierno la reglamentación y supervigilancia del estatuto contractual de la industria bananera.

El Congreso puede conceder autorizaciones ordinarias al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional, según el numeral 8º del artículo 69 de la Constitución. Estas facultades se refieren a cuestiones administrativas y sobre ellas dijo la Corte lo siguiente, en sentencia de 26 de septiembre de 1933:

"Conforme al primero de estos ordinales (artículo 69, numeral 8º), el Congreso puede 'conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional'.

"Tanto por los ejemplos que trae el texto transcrito, como por los términos en que está concebida la última parte de él, se ve claramente que las autorizaciones que con arreglo al indicado texto puede conferir el legislador al Gobierno, no pueden en ningún caso traspasar la órbita constitucional en que se mueve cada uno de los poderes públicos. Así no podría el Congreso, en uso de la atribución que se analiza, autorizar al Gobierno para ejercer funciones propias del legislativo, porque con ello quedaría subvertido el orden constitucional ordinario, y hasta allá no llega la facultad que el memorado ordinal confiere al Congreso". (**Gaceta Judicial**, número 1886).

El Presidente de la República puede ejercer facultades extraordinarias en dos casos: cuando por causa de guerra exterior o de conmoción interior declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución (33 del Acto Legislativo número 3 de 1910), caso en el cual tiene, además de las facultades legales, las que, conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre naciones; y cuando el Congreso se las concede precisas y **pro tempore**, en una época cualquiera, el tenor del numeral 9º del artículo 69 de la Constitución.

En el asunto que se estudia no se trata de facultades ordinarias, pues conforme al artículo 69, numeral 8º, de la Constitución, tal clase de facultades según se ha visto no pueden otorgarse para dictar medidas de carácter legislativo, como lo serían las que se contemplan en el precepto constitucional sobre intervención en las industrias.

Tampoco son facultades extraordinarias, pues no se contempla el primer caso en que éstas se pueden conceder ni tampoco se han dado tales facultades de manera precisa y **pro tempore.** Conforme a la doctrina de los autores, las facultades extraordinarias no limitadas en el tiempo y en el espacio, son inconstitucionales.

Además, es el caso de entrar a examinar si el Congreso podría conceder facultades extraordinarias al Gobierno para dictar medidas de carácter legislativo, tratándose de la intervención en las industrias, conforme a lo preceptuado en el artículo 28 de la Constitución.

En numerosos artículos de la Constitución se reserva a la ley la facultad de establecer las medidas necesarias para el desarrollo de tales preceptos. Hay autores que opinan que en estos casos no pueden concederse las atribuciones que son exclusivas del Congreso, por tratarse de preceptos constitucionales rígidos. Entre estos autores figura Yvon Gouet, quien sostiene en su obra "La question constitutionnelle des pretendus Décrets-Lois" que cuando un texto constitucional rígido prevé que determinadas materias de-

ben ser regladas por las leyes, el parlamento no puede abandonar a la competencia reglamentaria el contenido material de su poder de legislación.

En Colombia no se ha seguido esa opinión y podrían citarse múltiples casos en que el Congreso ha dado al Gobierno las facultades extraordinarias necesarias para dictar decretos con fuerza de leyes sobre cuestiones reservadas por la Constitución al legislador.

Pero cuando se trata de preceptos constitucionales en que se reservan determinadas medidas para que las dicte el legislador, no por medio de leyes ordinarias, sino por leyes especiales aprobadas en determinada forma, tales facultades no pueden darse al Gobierno, porque los Decretos que dictara el Ejecutivo no quedarían sometidos a las formalidades especiales ordenadas por el constituyente y se violarían por tanto los mandatos de éste. Tal cosa ocurre con las facultades que los artículos 26 y 28 de la Constitución reservan al legislador, para decretar expropiaciones sin indemnización y para intervenir en las industrias, las cuales no pueden ejercitarse sino por medio de leyes aprobadas por el voto favorable de la mayoría absoluta de una y otra Cámara. Si se procediera en otra forma, ningún valor se daría a las exigencias especiales del constituyente y desaparecerían las garantías y precauciones de que se quiso rodear expresamente la intervención del Estado en las industrias.

### La racionalización

Establece el artículo 28 de la Constitución, como ya se ha visto, que el Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. En la demanda se plantea la cuestión previa del alcance que tiene la palabra "racionalizar", si es el que le dio la Conferencia Económica Internacional convocada por la Sociedad de las Naciones, según la constancia que dejó un Senador al discutirse el artículo respectivo, o el sentido que le dan los economistas partidarios del sistema de Taylor, u otro distinto.

El Taylorismo deriva su nombre del ingeniero americano F. W. Taylor, quien por rigurosa escala coronó su carrera hasta llegar a ser uno de los empresarios más afamados. En los talleres metalúrgicos por él dirigidos hizo la observación detallada del trabajo de los obreros y de la capacidad productora de cada uno de ellos, para llegar a conclusiones trascendentales que constituyen un sistema científico conocido generalmente con el nombre de racionalización del trabajo. Los principios dominantes de ese sistema pueden resumirse así:

I. Desarrollar para cada elemento de trabajo del obrero una ciencia que reemplace los antiguos métodos empíricos.

II. Especializar, formar y ejercitar al obrero, en lugar de dejarlo como antes, elegir su carrera y aprenderla como podía.

III. Seguir de cerca a cada hombre para asegurarse de que el trabajo está bien hecho, de acuerdo con los principios expuestos.

IV. Repartir por igual las responsabilidades y las tareas entre la dirección y los obreros, siendo de competencia de aquélla todo lo que sobrepase la de éstos.

Los principios de la reforma fueron planteados así por Taylor:

"Ciencia en lugar de empirismo; armonía en lugar de discordia; cooperación en lugar de individualismo; rendimiento máximo en lugar de producción reducida; formación de cada hombre de modo de hacerlo obtener su rendimietno y prosperidad máxima".

Como se ve por lo anterior, el taylorismo es un sistema técnico que se funda en la observación directa del obrero y que se refiere solamente a la organización científica del trabajo.

En los Estados Unidos se dio a esta ciencia el nombre de "Scientific Management" (Manejo científico), en Francia se le dio el nombre de "Organización Científica del Trabajo" (Organisation Cientifique du Travail) y en Alemania se usó la palabra "Betriebswissenschaft", cuya traducción literal es "ciencia de las empresas".

La Conferencia Económica Mundial, que organizó la Sociedad de las Naciones en Gi-

nebra, en el año de 1927, definió así la racionalización:

"Aquellos métodos técnicos y de organización que son destinados a limitar a un mínimum el desgaste del trabajo y de materiales. Pertenecen a esto la organización científica del trabajo, la standarización del material y de los productos, la simplificación de los procesos de producción y el mejoramiento de los transportes y ventas".

En el año de 1929 se dio en Alemania por la entidad oficial encargada de fomentar la racionalización, esta definición:

"Racionalizar es la concepción y la aplicación de todos los recursos que permiten, por medio de técnica u orden sistemático, aumentar el rendimiento de la economía. Su objeto es el alza de la riqueza nacional por vía de abaratamiento, aumento y mejoramiento de los productos".

Como se ve por estas definiciones, el concepto de racionalización ha ido ampliándose con el tiempo y con las necesidades crecientes de la industria y del comercio. No se justificaría darle hoy a este vocablo el significado restringido del sistema de Taylor ni el de la Conferencia de la Sociedad de las Naciones, sino que es necesario acomodarlo a las exigencias de actualidad y al proceso evolutivo que ha tenido el sistema. Hoy no es posible al hablar de racionalización restringir el concepto a la racionalización técnica, sino que es preciso extenderlo a la comercial y a la económica.

La palabra **racionalización,** es un neologismo que se deriva de racional; pero acomodado a las normas del idioma, como existen muchas palabras, tales como **juridicidad.** En literatura vocablos como **mundial** fueron también objeto de acerbas críticas en su día, y sin embargo, hoy tienen adquirida carta de naturaleza en nuestra lengua.

B. Mirkine-Guetzevitch en "Las Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional", emplea varias veces la palabra racionalización, en diversos sentidos, y dice que debe conservarse el neologismo. Habla de racionalización del poder, o sea, el sometimiento de éste al derecho. Tratando de la democracia apunta que ella es "la racionalización de la vida". Habla igualmente de racionalizar el parlamentarismo, o sea, de encauzarlo por normas de derecho.

El autor referido le da a la racionalización unas veces el sentido de democratizar; otras de penetración de una institución por el derecho; en otras la considera equivalente a socializar y en algunos pasajes le da una significación económica.

El progreso creciente de las industrias y la urgencia de fomentarlas, de metodizarlas y de defenderlas, ha impuesto la necesidad de la intervención del Estado en esta rama de la actividad humana. La intervención estatal es hoy aceptada en todos los países y sólo varían los métodos empleados para practicarla. Si no se admitiera la ingerencia del Estado para encauzar la economía nacional, no podrían tomarse por los diversos países medidas de urgencia para la defensa de las grandes industrias en los momentos de crisis. El Brasil ha sido ejemplo en estas materias en el desarrollo de su política económica sobre el café, llegando hasta a arrojar al mar las cosechas cuando las necesidades lo han exigido para evitar una superproducción. Los Estados Unidos han reglamentado ampliamente por medio del New Deal "Sugar Act" de 1934, reformado en 1937, la intervención estatal de la industria del azúcar, para el ejercicio de dos atribuciones federales: la de reglamentación del comercio entre los Estados y del comercio extranjero, y la de hacer gastos para el bienestar general. Podrían citarse numerosos casos en que se ha hecho necesaria la intervención del Estado para la defensa de las grandes industrias en los principales países del mundo.

La constitución de Colombia al autorizar en su artículo 28 la intervención del Estado para racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, abarcó en su totalidad el problema y no se refirió solamente a la racionalización técnica sino también a la comercial y a la económica. Interpretar en otra forma esa disposición sería mutilar el pensamiento del constituyente y darle a esa reforma trascendental un sentido demasiado limitado que haría ineficaz la intervención.

**La intervención por medio de leyes**

Pero si este debe ser el alcance de la reforma, también es preciso no perder de vista que ella preconizó de manera expresa que no es al Gobierno al que corresponde determinar las medidas necesarias para realizar la intervención en las industrias, sino al Congreso por medio de leyes aprobadas con un **quorum** determinado y en una forma especial.

Los cuatro puntos que contiene el artículo 1º de la Ley 125 de 1937, como desarrollo del artículo 28 de la Constitución, en relación con la industria del banano, son estos:

a) La producción de frutos adecuados para la exportación;

b) La igualdad de tratamiento comercial y jurídico que los compradores deben dar a los productores, y la equidad entre éstos y aquéllos;

c) Precios que remuneren equitativamente la producción, teniendo en cuenta los del mercado de consumo exterior;

d) Sueldos y salarios que remuneren equitativamente el trabajo de los empleados y obreros de la industria bananera.

Los anteriores postulados exponen en términos generales el propósito del legislador en relación con la industria bananera y se acomodan al concepto de racionalización de la producción que contiene el art. 28 de la Constitución, y por tanto, no pueden considerarse inexequibles. No ocurre lo mismo con el parágrafo último del mismo artículo, como ya se ha visto, porque no fue el propósito del constituyente dejar en manos del Gobierno la fijación de las medidas que deben tomarse para realizar la intervención, muchas de las cuales afectarán necesariamente derechos reconocidos por la misma Constitución y serán materia de obligaciones y de cargas para los ciudadanos que sólo puede determinar el legislador conforme a nuestro sistema constitucional.

Los cuatro puntos del artículo 1º, si bien caben dentro del concepto de racionalización de la producción de que trata el artículo 28 de la Constitución, adolecen de vaguedad y no contienen concretamente las bases sobre que debe descansar la política del Gobierno en relación con la industria bananera, las cuales correspondía fijar al legislador para regular la intervención del Organo Ejecutivo. Decir que el desarrollo de la industria de banano debe garantizar "la producción de frutos adecuados para la exportación" y "precios que remuneren equitativamente la producción, teniendo en cuenta los del mercado del consumo exterior", no es ciertamente trazar las normas legales para la intervención en una industria de suyo complicada, por la precisión de tiempo que debe haber en el corte, embarque y venta de la fruta que se exporta. Tener la expedición de esos postulados imprecisos como el cumplimiento de la función correspondiente al Organo Legislativo en relación con la industria del banano, sería lo mismo que aceptar que el Congreso en la ley comentada se hubiera limitado a reproducir el texto constitucional para dejar todo lo demás al Ejecutivo.

Tampoco puede aceptarse que la justa protección a que tiene derecho el trabajador conforme al artículo 28 de la Constitución, quede suficientemente delineada y fijada en los postulados del artículo 1º de la Ley 125, que dicen que la industria del banano debe garantizar "la igualdad de tratamiento comercial y jurídico que los compradores deben dar a los productores, y la equidad entre éstos y aquéllos" y "sueldos y salarios que remuneren equitativamente el trabajo de los empleados y obreros de la industria bananera". Estas cuestiones requieren indudablemente normas legales más explícitas, porque todo lo relativo a la legislación social ha correspondido y corresponde al Congreso, ya que se trata de limitaciones y restricciones a determinados derechos, cosas para las cuales no está facultado el Organo Ejecutivo, menos en lo referente a la intervención en las industrias, que como se ha visto requiere la expedición de leyes aprobadas en forma especial.

Puede estudiarse el conjunto de las leyes sociales expedidas en Colombia, en donde la legislación sobre esta importante materia ha alcanzado un poderoso avance, para llegar a la conclusión de que todas contienen una determinación clara y precisa de los derechos de los trabajadores y de las limitaciones impuestas a los empresarios, dejan-

do al Gobierno solamente la reglamentación para su ejecución y cumplimiento. En las ocasiones en que el Ejecutivo se ha apartado de la ley para establecer normas distintas, la Corte ha declarado la inexequibilidad de la disposición por extralimitación de la facultad reglamentaria, como ocurrió en el caso del artículo 33 del Decreto número 652 de 1935, reglamentario de la ley de empleados, declarado inexequible por la Corte en sentencia de fecha 19 de noviembre de 1937. (**Gaceta Judicial**, número 1929, página 729).

Las leyes principales que forman el conjunto del Derecho Social Colombiano son las siguientes:

Leyes 57 de 1915, 63 de 1927, 133 de 1931, sobre reparaciones por accidentes del trabajo. Estas leyes contienen una clasificación detallada de las lesiones, de las empresas que deben pagar los accidentes del trabajo, de la cuantía de las indemnizaciones y de todos los detalles relativos a esa materia.

Leyes 37 de 1921, 32 de 1922, 44 de 1929 y 133 de 1931, que reglamentan el seguro de vida colectivo obligatorio. Todas las empresas industriales, agrícolas, de comercio o de cualquier otra naturaleza, de carácter permanente, establecidas o que se establezcan en el país, y cuya nómina de sueldos y salarios sea o exceda de mil pesos ($ 1.000) mensuales, están obligadas conforme a esas leyes a efectuar a su cargo el seguro de vida de sus empleados y obreros, por una suma equivalente al sueldo o salario que devengue en el año el empleado u obrero respectivo, con un máximo de $ 2,500. La Nación, los Departamentos y los Municipios y las empresas de capital no inferior de $ 50.000, pueden asumir el carácter de aseguradores de sus empleados y obreros.

Ley 1ª de 1932, sobre jubilación de los empleados y obreros ferroviarios. Todo empleado u obrero de edad no inferior de 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 una pensión de jubilación, según la escala detallada que señala la ley.

Leyes 56 de 1926 y 72 de 1931, que establecen el descanso dominical. Declaran obligatorio un día de descanso después de seis días de trabajo o cada seis días, para todo empleado u obrero de un establecimiento industrial o comercial y sus dependencias, cualquiera que sea la naturaleza del establecimiento, público o privado. La última ley citada establece quince días de vacaciones remuneradas para todo empleado u obrero de los establecimientos, oficinas y empresas oficiales que durante un año continuo hubiere prestado sus servicios. La Ley 10 de 1934, que establece algunos derechos de los empleados particulares, como el auxilio de cesantía, fija también para éstos quince días de vacaciones remuneradas. Todas estas leyes señalan con precisión el alcance y los límites de los derechos que ellas conceden, en forma que facilite al Gobierno la reglamentación de los mandatos legales para su debida ejecución y cumplimiento.

La Ley 83 de 1931, sobre sindicatos; la 78 de 1919, sobre huelgas; la 21 de 1920, sobre conciliación y arbitraje en los conflictos colectivos del trabajo que adiciona la anterior; la 48 de 1924, sobre protección a la infancia; la 36 de 1926, por la cual se hace obligatoria la provisión de sillas en algunos establecimientos; la 9ª de 1930, sobre asistencia social y escuelas de trabajo, y todas las demás que forman nuestro Derecho Social, contienen la definición precisa de las cuestiones que tratan, de manera que la labor reglamentaria del Ejecutivo no ha encontrado inconvenientes de orden legal ni constitucional.

La legislación social colombiana es admirable y requiere todavía la expedición de textos nuevos que completen esa obra de acuerdo con nuestra realidad y con las necesidades sociales. La precisión de los textos legales para definir los derechos de todos, es de manifiesta conveniencia. No puede dejarse al Gobierno la facultad de intervenir sin ningún control en el estatuto contractual de la industria, como lo hace el último inciso del artículo primero acusado. El señor Ministro de Gobierno al hablar de la necesidad de que se dicte una ley reglamentaria del contrato colectivo de trabajo,

no pide que se deje el problema en manos del Gobierno, sino que lo afronte en toda su integridad el Congreso, porque estima que hace falta "un cauce legal", "un ordenamiento jurídico", para coordinar "los diversos intereses en juego, y que le trace un límite a la invencible tendencia al abuso de sus derechos que caracteriza a los grupos económicos".

Los únicos decretos reglamentarios dictados por el Gobierno para la ejecución de la Ley 125 de 1937 son los marcados con los números 1185 y 1391 de 1938, sobre organización de la campaña de sanidad vegetal contra la infección de la sigatoka en la Zona Bananera del Magdalena. Seguramente el Organo Ejecutivo ha encontrado deficientes las normas legales para poder desarrollar su actividad dentro de la órbita constitucional. Algunas disposiciones de los decretos mencionados, fueron suspendidas provisionalmente por el Consejo de Estado, por estimarlas injurídicas, ya que como dice el Consejo, "la función del Gobierno, ejercida por medio del reglamento, no es la de modificar ni contrariar la ley, ni tampoco la de crear normas jurídicas sobre materias reservadas a la acción legislativa".

El fallo, firmado por la Sala de Decisión del Consejo de Estado, integrada por seis Consejeros, con fecha dos de noviembre del año pasado, dice lo siguiente:

"Es indiscutible que el Gobierno, aun dentro de un régimen de intervención, no puede sino realizar aquellos actos para los cuales las normas jurídicas reguladoras de su actividad, le han otorgado la competencia necesaria.

"La intervención, como manifestación económico-jurídica del Estado colombiano, fue consagrada en el artículo 28 de la Codificación Constitucional, pero no puede ejercerse sino conforme con los principios y por los órganos que rigen la actividad estatal. Es la misma ley y sólo la ley, la que, según las palabras de la Carta, puede intervenir en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho; de donde surge que los actos concretos de intervención han de ser señalados expresamente en la ley, a fin de que la acción administrativa que tiende a la realización de los hechos previstos no vaya más allá de la órbita legislativa". **(Anales del Consejo de Estado.** Tomo XXXV, número 272 a 274, página 924).

### La inexequibilidad del inciso final del artículo 1º

Sobre el inciso final del artículo primero, el señor Procurador dice lo siguiente:

"Parece, por tanto, que, conforme a las consideraciones anteriores la segunda parte del inciso final del artículo 1º de la Ley 125 de 1937 es inoperante, pero no por contrariar el sentido del artículo 28 de la Constitución, como lo pretenden los acusadores, sino por ser susceptible de una interpretación equivocada que conduzca al quebrantamiento de los preceptos constitucionales que establecen y normalizan la separación y limitación de los Organos del Poder Público".

Y en las conclusiones finales de su estudio, el señor Procurador se expresa así:

"a) El artículo 1º de la Ley 125 de 1937, en todas sus partes y hasta la declaración, inclusive, de que "pertenecen al orden público estas finalidades", es instrumento correcto para la interpretación económica del Estado y se ajusta al mandato contenido en el artículo 28 de la Constitución Nacional.

"b) Conforme a los conceptos formulados por el señor Ministro de la Economía Nacional como vocero del Gobierno y que se han transcrito en este estudio, la última parte del inciso final del artículo 1º de la Ley 125 de 1937" "consagra el complemento indispensable para garantizar la efectividad de la intervención, sin que, en forma alguna, implique una delegación del legislador para que el Gobierno realice la intervención".

Según estas conclusiones, para el señor Procurador el artículo primero de la Ley 125 es instrumento correcto para la intervención económica del Estado, con excepción de la última parte del inciso final; respecto de esta última parte de la disposición mencionada, dicho funcionario se limita a

transcribir la opinión del señor Ministro de la Economía Nacional.

Este último manifiesta que al Organo Ejecutivo le compete en primer término realizar o ejecutar la ley dentro de las facultades que tiene el Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, conforme a los numerales segundo y tercero del artículo 115 de la Constitución. Sobre el particular no hay discrepancia. Pero no se puede aceptar la tesis que invoca el señor Ministro de la Economía Nacional, respecto de la extensión que debe dársele al poder reglamentario del Presidente de la República. Se explica que Hauriou y otros expositores franceses sostengan que un reglamento puede interpretar y completar las leyes, porque tal doctrina sí puede ser admitida dentro del derecho constitucional francés. Es bien sabido que la Constitución de Francia no es de un tipo enteramente rígido como la de Colombia. En Francia sí es posible conferir al Presidente de la República facultades para que reglamente cuestiones que en un sentido material son propias del legislador, no sólo en los casos extraordinarios de crisis o de peligro nacional, sino también en los casos normales. En aquel país no hay ninguna institución que pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley, ni puede por lo tanto, suscitarse esta cuestión. Pero aún bajo esas características del derecho constitucional francés, está admitido generalmente por los tratadistas de aquella República, como se puede citar entre ellos al Profesor Ivon Gouet, que cuando un texto rígido de la Constitución reserva determinada materia al poder legislativo, la reglamentación que dé el Gobierno no puede nunca invadir ese campo. El artículo 28 de la Constitución colombiana hace esa reserva especial cuando dice que la intervención en las industrias se efectuará por medio de leyes aprobadas en determinada forma. Esto implica, en buena lógica, una prohibición terminante al Organo Ejecutivo para que complete o interprete por medio de reglamentos asuntos de esa índole. La facultad de reglamentar que tiene el Presidente de la República conforme a la Constitución de Colombia es puramente administrativa, como se dijo en otra parte de este fallo, es decir, un poder de mera ejecución, aplicación o dirección para hacer efectivas las leyes, que no puede invadir el campo del Organo Legislativo.

El señor Bernard Serampuy, al referirse a la Ley del 19 de marzo de este año, que le dio al Gobierno francés poderes especiales, los cuales han sido censurados por la prensa de aquel país hasta el punto de que los diarios preguntan si en virtud de tales poderes el Gobierno puede nombrar Presidente de la República o declarar la guerra sin asentimiento previo del Senado, dice lo siguiente:

"Nos parece fuera de duda que tal no es el caso. Si, en efecto, la delegación de poderes es jurídicamente correcta, es en gracia de la imprecisión de las leyes constitucionales que disponen sin duda (artículo 1º de la Ley 25 de febrero de 1875) que "el poder legislativo se ejerce por dos Asambleas, la Cámara de Diputados y el Senado" pero que omite definir a qué se aplica. Resulta de esta laguna que en derecho público francés la delimitación entre el dominio del poder legislativo y el poder reglamentario no está fijada sino por la costumbre o por leyes ordinarias. En un caso como en otro, una ley puede modificarla. Esto es lo que ocurre en la hipótesis de la atribución de plenos poderes al Gobierno, que constituye una derogación temporal de esta costumbre o de esas leyes; extendiendo el dominio del reglamento hasta permitirle modificar las leyes anteriores, no se quebranta ninguna disposición precisa de las leyes constitucionales, puesto que ellas no le fijan competencia definida al poder legislativo.

"Pero es natural deducir que los poderes especiales no son ilimitados. Ellos no pueden aplicarse a ninguno de los actos de la autoridad pública para los cuales las leyes constitucionales prevén, definiéndoles estrictamente, la intervención de una o de ambas Cámaras". ("Nouveaux Cahiers", número 43, de 15 de abril de 1939).

Por todas las razones que se han expuesto en este fallo, la Corte comparte la opinión ilustrada del señor Procurador, pero no por estimar que la última parte del inciso final sea simplemente inoperante, sino porque por ser el mencionado precepto, en-

tre otros motivos, "susceptibles de una interpretación equivocada que conduzca al quebrantamiento de los preceptos constitucionales que establecen y normalizan la separación y limitación de los órganos del Poder Público", como lo dice el señor Procurador, lleva intrínsecamente un motivo de inconstitucionalidad que la Corte debe declarar.

Por las anteriores consideraciones se llega a la conclusión de que es exequible el artículo 1º de la Ley 125 de 1937, a excepción del último inciso, en cuanto establece que "el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno".

**El artículo 2º**

El artículo 2º de la Ley 125 de 1937, está concebido en estos términos:

"El Gobierno podrá fomentar la producción del banano, las obras de regadío y avenamiento de los terrenos, estimular la venta y exportación de la fruta, el aprovechamiento de la que no resulte propia para ser exportada y propender por el mejoramiento de la calidad del producto, con el objeto de obtener los fines indicados en el artículo anterior. En consecuencia el Gobierno podrá celebrar los contratos, ejecutar las obras, dictar los reglamentos y en general tomar las medidas que estime necesarias para darle cumplimiento a este artículo".

Los demandantes estiman inconstitucional este artículo, por las siguientes razones:

"Este artículo 2º es inconstitucional, porque las autorizaciones que confiere al Gobierno, son con el objeto de obtener los fines indicados en el artículo 1º; y no se puede dar autorización al Gobierno para llevar a cabo algo que es inconstitucional. Por otra parte, por medio de este artículo 2º el Congreso hace una delegación de facultades al Gobierno para que éste realice, según su propio criterio, medidas y obras que el propio legislador considera significativas de intervención; y ya se ha visto que la intervención debe ejercerse por medio de las leyes dictadas por el Organo que tiene la facultad de emitirlas, y siempre dentro de los fines de la intervención, y no por resoluciones o decretos de un órgano delegatario. Además, la potestad legislativa es indelegable. Por lo tanto, el artículo 2º de la Ley 125 de 1937, infringe los artículos 28, 52, 53, 54 y 69 de la Constitución".

El señor Procurador expone así su concepto sobre la constitucionalidad del artículo 2º:

"La argumentación de los demandantes contra el artículo 2º de la Ley 152 de 1937 puede resumirse como sigue: "Hemos demostrado que el artículo 1º es inconstitucional y como es evidente que las autorizaciones concedidas al Gobierno en el artículo 2º tienen por objeto los fines indicados en el artículo 1º, luego aquél es inconstitucional como éste". Este razonamiento silogístico sería valedero si la premisa de la inconstitucionalidad del artículo 1º estuviera probada; pero precisamente esta es cuestión que está en discusión y sometida al fallo de la H. Corte. Por manera que la acusación del artículo 2º, conforme a los fundamentos de la demanda —está subordinada a la decisión que recaiga sobre el artículo 1º, cuyo examen —tanto en la impugnación como en la sustentación— está ampliamente hecho en la acción intentada por los señores García Franco y Fuentes".

La Sala observa:

Conforme al artículo 69, numeral 17, de la Constitución, corresponde al Congreso fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo. Por consiguiente, el precepto legal que ordena el fomento de la producción de banano, las obras de regadío y avenamiento de terrenos, el estímulo de la venta y exportación de la fruta, el aprovechamiento de la que no resulte propia para ser exportada y el mejoramiento de la calidad del producto, se ciñe a los preceptos constitucionales.

El referido artículo 2º le da al Gobierno las autorizaciones necesarias para ejecutar las obras, celebrar los contratos, dictar los reglamentos y tomar las medidas que requiera el cumplimiento de dicho artículo, autorizaciones ordinarias que no se oponen a la Constitución, sino que están previstas en su texto, como ya se ha visto en otra parte de este estudio. Sin esas atribuciones es obvio que el órgano ejecutivo no podría

cumplir las finalidades de la mencionada disposición, que se ajusta según se ha expresado, a lo preceptuado en el numeral 17 del artículo 69 de la Constitución.

Por estas consideraciones, en las cuales se interpreta lógicamente el sentido del artículo 2º, tal disposición es exequible.

**El artículo 4º**

El artículo 4º de la Ley 125 de 1937, acusado por los doctores Castañeda y Meléndez, dice así:

"La ejecución de los actos y obras que el Gobierno realice de acuerdo con las facultades que se le otorgan en esta ley, constituyen graves motivos de utilidad pública e interés social, al tenor del artículo 26 de la Constitución, para decretar expropiaciones y constituír servidumbres, mediante sentencia e indemnización previa, en relación con bienes muebles o inmuebles destinados o vinculados al cultivo del banano, para los fines de esta ley".

Consideran los demandantes que este artículo es inconstitucional, porque infringe los artículos 26, 28, 52, 53, 54 y 69 de la Constitución. Según los actores, el artículo 28 de la Carta autoriza la intervención del Estado en las industrias, para racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza y para darle al trabajador la justa protección a que tiene derecho, pero no para expropiar, porque expropiando es imposible cumplir estos fines.

El señor Procurador expresa los siguientes conceptos en relación con la constitucionalidad del artículo 4º:

"Se trata aquí de una facultad 'para decretar expropiaciones y para constituír servidumbres, en relación con bienes muebles e inmuebles destinados o vinculados al cultivo del banano'.

"Puede entenderse que esa disposición legal entraña la facultad de que el Estado se subrogue en el dominio y ejercicio de la actividad privada de la industria del banano para ejercerlos exclusivamente? Para responder a esta cuestión se hacen necesarias algunas consideraciones y distinciones.

"a) La expropiación es una prerrogativa que, por el atributo de utilidad pública que la inviste, se reserva el Estado para poder realizar sus fines de seguridad y de protección social; es una institución universal de remota vigencia y que se ha consagrado bajo los regímenes del más riguroso individualismo; es una excepción de las normas reguladoras y protectoras en la adquisición y transferencia del derecho de propiedad. Por consiguiente, la expropiación ha sido y sigue siendo un procedimiento estatal distinto de la intervención jurídico-económica. La característica general y predominante de la expropiación es la de que la enajenación forzosa debe recaer sobre cosas o cuerpos ciertos o determinados, por manera que no pueden ser objeto de ella las actividades industriales, o más correctamente, las industrias. Porque esto último implicaría más bien la privación del ejercicio de una industria lícita y entrañaría por consiguiente un fenómeno jurídico distinto que se regula por normas más propiamente derivadas del artículo 27 de la Constitución.

"b) La constitución de servidumbre es una institución de derecho privado que tiende al mejor ejercicio y beneficio de la propiedad particular y que por la naturaleza de su reglamentación concilia el interés recíproco de las partes. Es materia de regulación muy clara y que no ha inquietado la preocupación de los demandantes, y que si se menciona aquí es sólo con el propósito de deducir más ampliamente el alcance del artículo 4º que se comenta.

"c) Es admisible que dentro de una ordenación legislativa de intervención económica, se provean autorizaciones de expropiación y de constitución de servidumbres en cuanto estas medidas sean indispensables para el ejercicio efectivo de esa intervención; pero es claro que tales medidas no pueden tener sino el carácter restringido que constitucional y legalmente les es propio, y como un medio coadyuvante: en manera alguna podría, consagrarse como medio —ni siquiera indirecto— de subrogarse el Estado en el dominio y ejercicio de una industria privada. Como la más amplia manifestación de la **economía dirigida**, que como se sabe mantiene el concepto de la preponderancia de la economía privada, dice Bonnard lo siguiente: "Como modo de in-

tervención y aunque la tendencia de la doctrina sea la de querer conservar un régimen de economía privada, se estima que en economía dirigida las empresas del Estado pueden ser establecidas fuera de los casos en que el liberalismo las admite. Es, en efecto, que esta estatización de actividades económicas tiende no a la transformación de la economía privada en economía pública, sino a una cierta acción de dirección sobre la economía privada. La empresa pública será así creada, menos para asegurar una producción que para ejercer una determinada influencia sobre las empresas similares privadas. Estas, en razón de la vecindad de las Empresas del Estado serán llevadas y aún constreñidas a orientar su funcionamiento de determinada manera.

"d) El artículo 4º de la Ley 125 es un desarrollo claro y directo de los artículos 2º y 3º de la misma ley, que facultan al Gobierno para 'fomentar la producción del banano, las obras de regadío y avenamiento de los terrenos, estimular la venta y exportación de la fruta, el aprovechamiento de la que no resulte propia para ser exportada y propender por el mejoramiento de la calidad del producto, con el objeto de obtener los fines indicados en el artículo anterior', y en su consecuencia, el Gobierno queda igualmente facultado para 'celebrar los contratos, ejecutar las obras, dictar los reglamentos y en general tomar las medidas que estime necesarias para darle cumplimiento a este artículo' (2º de la Ley 125). Y ya no en forma general para fomentar la producción de banano en cualquier parte del país, sino en relación directa con la industria bananera del Departamento del Magdalena, el artículo 3º inviste al Gobierno de facultades para "procurar facilidades de crédito a los productores de fruta, para que mejoren e intensifiquen la producción, y reduzcan, cancelen o noven las obligaciones que afecten las fincas de banano o las tierras destinadas a este cultivo, o la fruta misma"; y, 'si fuere necesario, el Estado podrá, dentro de la equidad comercial, sustituír a los deudores o subrogar a los acreedores siempre que dichos deudores otorguen suficientes garantías'.

"De todo lo cual podría deducirse que el estatuto legal que se estudia permite llevar la intervención en la industria bananera hasta el punto de fomentar nuevos cultivos y explotarlos comercialmente con la acción directa del Estado, o más concreta y explícitamente, de crear una empresa del Estado. Pero ni dentro de este extremo límite que la más amplia interpretación pudiera asignarle a ese estatuto, cabría la posibilidad de que con él pretendiera el Estado 'sustituír la actividad económica de los empresarios o industriales particulares' o de 'restringirles el ejercicio de su derecho', como lo temen los demandantes. Como ya se ha insinuado, esto significaría la eliminación de la actividad particular para ser absorbida y ejercida por el Estado, lo que en países de organización socialista representaría la socialización de la industria, y en Colombia, que sólo tolera un sistema intervencionista, equivaldría a un monopolio, cuyo implantamiento y ejercicio debe ajustarse a las normas del artículo 27 de la Constitución Nacional y que es institución no sólo distinta sino contraria a la naturaleza y fines de la intervención estatal en cualquiera de sus formas y grados, porque, es obvio que en las empresas de propiedad del Estado no puede haber intervención del mismo Estado.

"Por consiguiente, dentro de nuestro orden constitucional, y conforme al concepto de intervención que la doctrina de la economía dirigida permite, no cabe la posibilidad de que por el ejercicio de la facultad de expropiación que consagra el artículo 4º de la Ley 125 de 1937, llegue el Estado a eliminar la actividad particular de la industria del banano para constituírse él solo en explotador de esa industria.

"e) Lo que podría dar margen a una interpretación exagerada del comentado artículo 4º sería la inclusión que en él se hace de **bienes muebles,** pues dada la naturaleza de la industria bananera, no aparece claro a primera vista que el Estado tenga que recurrir al procedimiento de apropiación forzada de bienes que corrientemente son de posible adquisición por las vías ordinarias. Es cierto que en Colombia las disposiciones constitucionales y legales que proveen a la expropiación, no hacen di-

ferencia entre bienes inmuebles y muebles, como sí ocurre en otros países, como en Francia, donde la expropiación por causa de utilidad pública, propiamente dicha, no tiene aplicación sino respecto de la propiedad inmobiliaria y en favor de todos los servicios públicos. La apropiación de los muebles se rige por la requisición, que tiene un alcance especial y que en principio está limitada a los servicios del ejército y de la marina. Pero volviendo sobre lo que es la institución de la expropiación en Colombia, no se ve que la apropiación forzada de muebles pueda tener aplicación práctica en los fines propuestos por la Ley 125 y dentro del radio de acción en que constitucionalmente puede operar conforme a las consideraciones anteriores".

En las conclusiones se expresa así:

"c) Dentro de la interpretación y alcance de aplicación que en este estudio se da el artículo 4º de la Ley 125 de 1937, esta disposición es constitucional, en cuanto la facultad de expropiación que ella consagra no puede implicar en manera alguna, ni indirectamente, que el Estado pueda subrogar, como empresario único, a los particulares en el dominio y ejercicio de la industria bananera".

Como se ve por el concepto anterior, el señor Procurador acepta la constitucionalidad del artículo cuarto "dentro de la interpretación y alcance de aplicación, que en el estudio que hace la cuestión se le da a dicha disposición, y porque ella "no puede implicar en manera alguna, ni indirectamente, que el Estado pueda subrgoar, como empresario único, a los particulares en el dominio y ejercicio de la industria bananera". También considera que la inclusión de los bienes muebles en la facultad de expropiación, puede dar margen a una interpretación exagerada del artículo.

En primer lugar, es necesario rectificar el concepto de que en Colombia existe el régimen de la economía dirigida. Como se dijo al principio de este fallo, el sistema colombiano en materia de intervención es el de la economía compensada, o sea, un régimen intermedio entre la economía dirigida, propia de los estados socialistas y fascistas y que sustituye la iniciativa individual por la del Estado, y el régimen de la economía regimentada que existe en los Estados Unidos, por ejemplo.

Los términos en que está concebido el artículo 4º de la Ley acusada, sí permiten la sustitución de la actividad particular por la del Estado en la industria bananera, porque no contiene límites la mencionada disposición para que el Gobierno decrete las expropiaciones de los bienes muebles o inmuebles destinados o vinculados al cultivo del banano, y aquel no fue el fin que se propuso el constituyente, ya que el artículo 28 de la Constitución sólo permite la intervención del Estado en las industrias para determinados fines, entre los cuales no figura el de reemplazar la actividad privada en las industrias por la actividad estatal. Se contraría, pues, con el artículo 4º el sentido del artículo 28 de la Constitución, lo mismo que el precepto del artículo 27 anotado por el señor Procurador, referente al establecimiento de monopolios.

**La expropiación y la intervención en las industrias.**

El artículo 28 de la Constitución Nacional autoriza al Estado para intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. El artículo 26 garantiza la propiedad privada y autoriza la expropiación en determinados casos.

La facultad consignada en el artículo 28, es sólo para intervenir en la explotación de las industrias o empresas públicas o privadas. Intervenir quiere decir jurídicamente, imponer a los explotadores o dueños de las industrias ciertas normas de actividad o funcionamiento para obtener los fines indicados en el mismo artículo. Pero las industrias intervenidas, según se desprende del texto de la misma disposición constitucional, siguen conservando su carácter de públicas o privadas, y los explotadores o dueños siguen también conservando sus títulos de tales. Este artículo no autoriza ninguna medida de expropiación; supone por el contrario la explotación de parte de

los dueños, pero sujeta a determinadas modalidades. La expropiación, en la forma establecida en el artículo 4º de la Ley 125, es incompatible con la intervención que preconiza el artículo 28 de la Constitución.

El constituyente quiso, al dictar el artículo 28 referido, mantener el dominio de los explotadores cuyas industrias se han intervenido.

En la misma Ley 125, si se examina detalladamente, se verá que igual fue el propósito del legislador que la expidió.

El artículo 1º de la Ley 125 estatuye que la explotación de la industria bananera debe efectuarse en forma que garantice: a) la producción de frutos adecuados para la exportación; b) la igualdad de tratamiento comercial y jurídico que los compradores deben dar a los productores, y la equidad entre éstos y aquéllos; c) precios que remuneren equitativamente la producción teniendo en cuenta los del mercado de consumo exterior; y d) sueldos y salarios que remuneren equitativamente el trabajo de los empleados y obreros de la industria bananera. Estos incisos constituyen las finalidades fundamentales de la intervención del Estado establecidas por el artículo 28 de la Constitución. Se puede bien afirmar que son un desarrollo del citado artículo. Dichas finalidades comprenden en tesis general, toda la política de racionalización de la producción, distribución y consumo de las riquezas y la de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Por eso no se puede tachar de inexequibilidad toda esta parte del expresado artículo 1º

Pero en esas finalidades se observa que se quiere mantener el dominio de los explotadores de la industria bananera. Ese dominio es condición esencial para los propósitos de la misma ley interventora. Pues sin él no sería posible imponer, por no haber a quién, la igualdad de tratamiento comercial y jurídico, los precios equitativos en la compra-venta de la fruta, los sueldos y salarios justos que deben pagarse a los empleados y trabajadores de la industria bananera. Estos postulados reclaman la conservación de ese dominio.

El artículo 3º también implica el mantenimiento del dominio por parte de los explotadores de la industria bananera; pues al facultar al gobierno para procurar facilidades de crédito a los productores de fruta para que mejoren o intensifiquen la producción, y reduzcan, cancelen o noven las obligaciones que afecten las fincas de banano, o las tierras destinadas a este cultivo, o la fruta misma, sustituír a los deudores o subrogar a los acreedores, la facultad dicha tiene precisamente por objeto estimular ese dominio y no amenazarlo con una expropiación.

El artículo 6º estatuye que las medidas previstas en la Ley 1ª de 1937 deberán coordinarse con las de la Ley 125, y dentro de los fines de esta última. La Ley 1ª referida no habla de expropiaciones de ninguna clase. Por el contrario, todos sus artículos propugnan por el mantenimiento del dominio de los explotadores de la industria bananera. En ella se consignan disposiciones relativas a préstamos que puedan hacerse a los productores del banano; a la creación de una Inspección Nacional para controlar el pago del impuesto de exportación y la calidad y condiciones de la fruta que se exporta; a la resolución de las controversias entre los compradores de bananos para la exportación y los productores con motivo del recibo de la fruta; al uso equitativo de las aguas; a la intensificación de la campaña de saneamiento vegetal; a los servicios médicos y farmacéuticos que deben prestar los patronos a los empleados y trabajadores; a las adjudicaciones que puede hacer el Gobierno, de tierras baldías a los cultivadores del banano, etc. Todo esto indica que dicha Ley 1ª quiere consagrar la explotación del banano por medio de sus propios dueños. Así es que el artículo 6º de la Ley 125 que ordena la coordinación de dichas leyes, también está inspirado en un espíritu opuesto a la expropiación.

El artículo 7º y el 8º de la Ley 125 se refieren al informe que debe presentar el Gobierno al Congreso sobre las medidas tomadas, y a la fecha de la vigencia de la mencionada ley.

Se ve, pues, que toda la Ley 125 de 1937, con excepción del artículo 4º, supone la necesidad de mantener la propiedad particular de la industria del banano como un medio

indispensable para que se pueda ejercitar la intervención del Estado.

De todo lo dicho resulta que el referido artículo 4º está en abierta contradicción con los demás artículos enumerados. Esa disposición al aplicarse anularía por completo las otras de la citada ley, y como su contenido indica la autorización para la expropiación total, ya que no tiene limitación, el Estado se podría convertir en explotador único del banano; y este nuevo monopolio sería inconstitucional por infringir el artículo 27 de la Constitución.

Naturalmente, que el hecho de que el artículo 4º de la Ley 125 esté en contradicción con los demás artículos de la misma ley, no lo hace por sí solo, inexequible. Pero el análisis anterior hace comprender que el propio legislador de 1937 definió las finalidades de la intervención en el artículo 1º de la expresada Ley 125, fijando, si así puede decirse, el alcance o el sentido del artículo 28 del Código fundamental, alcance o sentido que queda anulado con las autorizaciones dadas en el expresado artículo 4º

Aún en el inciso final del artículo 1º que esta sentencia considera inconstitucional, se mantiene la misma tesis de la conservación de la propiedad privada en la industria bananera, pues la regulación y supervigilancia del estatuto contractual, supone como cualquiera puede comprenderlo, para que tenga efecto, la consagración de esa propiedad privada.

Por lo tanto, el mismo legislador que expidió la Ley 125, consideró en la casi totalidad de sus disposiciones, que es esencial para la intervención del Estado que la industria bananera no sea expropiada, de lo que se desprende que el artículo 4º, en los términos en que está redactado, no cabe en una ley interventora.

**Evolución del concepto de expropiación**

Mediante la expropiación se sustrae total o parcialmente una propiedad privada en beneficio del Estado o de una empresa, especialmente protegida por la Ley, mediante previa indemnización. La expropiación se diferencia de la confiscación, porque en ésta no se indemniza; de las limitaciones que regulan la propiedad privada, porque ordena su uso, pero no la sustraen; de los daños que involuntariamente puede producir la administración.

Desde los tiempos antiguos se había reconocido que la propiedad privada debía sacrificarse al interés público. En el Derecho Romano se conoció esa institución. El expositor Recaredo J. de Velasco y Calvo cita el caso del engrandecimiento de Bizancio, para el cual se utilizó la expropiación, consignándola en las Leyes 50, y 52 de **Operibus publicis** del Código Teodosiano. Con las condiciones de necesidad e indemnización, la expropiación fue iniciada en la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,** que disponía en su artículo 17: "Siendo la propiedad un derecho sagrado e inviolable, nadie puede ser privado de ella de no exigirlo evidentemente la necesidad pública legalmente comprobada y con la condición de previa y justa indemnización".

En dos leyes del Código de las Partidas también se estableció en España el principio de la expropiación. Son éstas la 2ª, título I, Parte 2ª, y la 31, título XVIII, Parte 3ª. La última dice así: "Fueras ende, si el Rey las (cosas) las oviese menester, por fazer dellas, o en ellas alguna lavor, o alguna cosa, que fuese a pro comunal del Reyno; assi como si fuesse alguna heredad, en que oviesse fazer castillo, o torre, o puente, o alguna otra cosa semejante destas, que tornasse a pro, o a amparamiento de todos o de algún lugar señaladamente. Pero esto deven fazer en una destas dos maneras: dándole cambio por ello primeramente, o comprándogelo según que valiere".

Por la sucesiva amplitud del orden social y eliminado el concepto de la preponderancia individualista, ha recibido numerosas aplicaciones la institución de la expropiación en los tiempos modernos. La mayoría de las constituciones la consagran en sus textos, con diferentes modalidades, de acuerdo con las exigencias especiales del medio y con las diversas orientaciones políticas de cada país. En algunas partes la expropiación se refiere solamente a bienes inmuebles y en otras se extiende a los muebles, especialmente en casos de guerra, para obtener alimentos, drogas, etc., y evitar su

acaparamiento, para conseguir vehículos de transporte, estaciones radioeléctricas, etc. También se extiende la expropiación en algunas legislaciones a la protección de empresas privadas consideradas de utilidad pública, como ocurre en Colombia para el fomento de la industria petrolífera: el artículo 3º de la Ley 37 de 1931 establece que podrán decretarse expropiaciones para el ejercicio y desarrollo de la industria del petróleo, declarada de utilidad pública en sus ramas de exploración, explotación, refinación, transporte y distribución. Las expropiaciones de esta última clase para beneficiar empresas privadas, o determinadas clases sociales, son las que Planiol y Ripert definen como de **utilidad socjal.**

El artículo 26 de la Constitución colombiana establece lo siguiente:

"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".

Conforme a este precepto, la expropiación debe llenar tres requisitos: 1º Que exista un motivo de utilidad pública o de interés social; 2º Que los motivos de utilidad pública o de interés social sean definidos por el legislador, y 3º Que medie una sentencia judicial y haya indemnización previa.

El fin de la institución de la expropiación en Colombia es el de favorecer el interés social y no el de convertir al Estado en subrogatorio de las actividades de la industria privada. Por eso en el desarrollo del precepto constitucional sobre intervención en las industrias no puede comprenderse la facultad de expropiación de los bienes muebles o inmuebles de las empresas, porque los fines de la intervención están claramente definidos en la Constitución y entre ellos, como se ha dicho, no figura el de expropiar para adquirir la propiedad para el Estado.

Pero si se estima que el artículo 4º de la Ley 125 de 1937 se ampara en el artículo 26 de la Constitución, que fija las reglas generales para la expropiación de la propiedad privada, y que es donde lógicamente debe situarse la cuestión, es necesario examinar si por este aspecto el artículo referido es constitucional por llenar los requisitos exigidos por aquel precepto.

**La Ley debe definir los motivos de la expropiación.**

El artículo 4º de la Ley 125, no define los motivos de expropiación de la industria de banano. Deja al Gobierno la determinación de esos motivos y establece que la ejecución de los actos y obras que realice el Gobierno sin control alguno, constituyen graves motivos de utilidad pública y de interés social para decretar expropiaciones y constituír servidumbres.

Cualquiera que sea la acepción que se le dé a la palabra "definidos" empleada por el constituyente al referirse a los motivos de la expropiación, es claro que siempre llevará comprendido el concepto de limitación o especificación para determinar con precisión las cosas que se tratan de definir. En el artículo 4º citado, no hay ninguna fijación de límites, sino que por el contrario, se da al Gobierno una facultad amplia y sin restricciones para que él defina esos motivos, siempre que juzgue que ello puede servir para cumplir los propósitos de la Ley. Contraría, por tanto, la citada disposición la letra y el espíritu del artículo 26 de la Constitución, lo mismo que los artículos 34 y 69 de la misma obra que dejan al Congreso la facultad de hacer las leyes.

La condición que establece el artículo 26 de la Constitución de que el legislador defi-

na los motivos de la expropiación, tiene por objeto evitar la inseguridad y la inestabilidad de la propiedad privada, porque en esa forma el propietario puede saber con antelación las causas que limitan su derecho, tratándose de una industria, ésta no puede prosperar ni siquiera subsistir con mediano éxito, si tiene en su contra la eventualidad de una expropiación cuyos motivos no están definidos por la ley, sino que dependen de actos y obras sometidos al arbitrio exclusivo del Gobierno.

El artículo 4º de la Ley 125, establece que los **actos** y **obras** que ejecute el Gobierno constituyen motivos de utilidad pública e interés social para las expropiaciones. Nada más indeterminado, más vago y más impreciso que esta disposición, que es totalmente opuesta al artículo constitucional que exige que los motivos expresados los determine la ley. El acto administrativo no puede servir de norma jurídica para fijar los motivos de la expropiación, porque es esencialmente revocable e inestable, ya que depende su mantenimiento de la exclusiva voluntad de los agentes del Gobierno.

En un interesante estudio sobre las expropiaciones por causa de utilidad pública, del doctor Alberto Vélez Calvo, se encuentran las siguientes apreciaciones sobre el problema en cuestión:

"En la ley sobre Hacienda expedida en Francia en abril de 1932, se introdujo una reforma al sistema de expropiación, consistente en establecer que debe ser una ley y no un mandato ejecutivo el requisito para la declaración de utilidad pública, disposición idéntica a la que existe en Colombia con el artículo constitucional número 32".

Más adelante agrega:

"La exigencia de ley para definir los casos de utilidad pública parece ser principio general de las constituciones modernas, por más que según vemos haya ocasiones en que el Poder Ejecutivo haya tenido esta facultad como en la época del segundo Imperio Napoleónico, en Francia.

"Pero es lo cierto que aunque por algunos aspectos como la premura de acometer ciertas obras en determinadas circunstancias, sería conveniente dejar la declaración susodicha en manos del poder administrativo, militan en favor de la declaración por la ley razones de más fuerza.

"En caso de darse al ejecutivo la facultad irrestricta de decretar cuáles obras revisten utilidad pública, no se tendrían seguridades en la propiedad privada que podría ser violada fácilmente por el capricho de un mandatario; y la sociedad zozobraría de esta manera ante la intranquilidad constante en que viviría el derecho de propiedad.

"Con la declaración legal previa a los actos de expropiación y con carácter general se le quitaría un carácter absolutamente personal y por lo mismo odioso y aberrante, que tendría la declaración del ejecutivo, quien muchas veces tendría que colocarse frente a frente de los propietarios de los bienes expropiados por actos e iniciativas suyas".

**La expropiación en las Constituciones extranjeras.**

Si se estudian las Constituciones de los diversos países en donde existe la institución de la expropiación de la propiedad privada por motivos de utilidad pública, se observa que en todos se exige que la ley defina los motivos de la expropiación y que esta determinación no se deja al arbitrio del Gobierno.

Fritz Fleiner opina que en la expropiación está excluída en Alemania la que persiga fines meramente fiscales. Y agrega: "La Constitución del Reich declara lícita la expropiación sólo en el caso de que sea permitida en virtud de un principio legal. Esto significa en primer término, como nota típica estatal para el derecho objetivo de la expropiación, que una ley ha de determinar las condiciones generales válidas frente a todos sobre la adminisibilidad de la expropiación, a las cuales hay que atenerse en el caso concreto. En la práctica, al aplicar la ley de carácter formal, se ha ofrecido la posibilidad de efectuar expropiaciones por leyes especiales, si bien con la reserva de que la ley observe los principios establecidos en la Constitución del Reich sobre la expropiación, y que se conceda sobre todo una indemnización adecuada".

Las pricipales Constituciones de la post-

guerra coinciden en sostener que la ley debe reglamentar lo relativo a la expropiación, como se puede ver por las transcripciones que se hacen en seguida:

Alemania. — Artículo 153. "Las expropiaciones no pueden tener lugar más que por causa de utilidad pública y en virtud de disposiciones legislativas".

Grecia. — Artículo 19. "No se podrá privar a nadie de su propiedad sino por causa de utilidad pública debidamente reconocida en los casos y condiciones previstos en la ley, siempre mediante previa indemnización fijada por los Tribunales de derecho común".

Rumania. — Artículo 17. "Nadie puede ser expropiado más que por causa de utilidad pública y mediante una justa y previa indemnización fijada en justicia. Una ley especial determinará los casos de utilidad pública, el procedimiento y las formas de la expropiación. Si la expropiación no tiene por causa el establecimiento de vías de comunicación, la salubridad pública, la defensa nacional, los trabajos de interés militar o cultural, y los exigidos por el interés general e inmediato del Estado y de las administraciones públicas, la utilidad pública deberá ser declarada por una ley votada por mayoría de dos tercios".

Bélgica. — II. "Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y forma establecidos por la ley mediante justa y previa indemnización".

Dinamarca. — Artículo 8º "La expropiación no podrá efectuarse sino en virtud de una ley y mediante completa indemnización".

Finlandia. — Artículo 6º "La expropiación, por causa de utilidad pública, previa indemnización suficiente, será reglamentada por una ley".

Estonia. — Artículo 24. "La propiedad no podrá ser expropiada sin el consentimiento del propietario, sino por las causas, con las bases y en las formas previstas por la ley, si el interés público lo requiere".

Islandia. — Artículo 65. "La expropiación no podrá tener lugar sino en virtud de una ley y mediante completa indemnización".

Turquía. — Artículo 74. "A nadie se podrá requisar los bienes ni los inmuebles expropiar, si no es por causa de utilidad pública, debidamente comprobada, y después de haber recibido previamente el precio, conforme a una ley especial".

Uruguay. — Artículo 169. "El derecho de propiedad es sagrado e inviolable. A nadie podrá privarse de él sino conforme a la ley, en los casos de necesidad o utilidad pública recibiendo del Tesoro Nacional una justa compensación".

Argentina. — Artículo 17. "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada".

Bolivia. — Artículo 13. "La propiedad es inviolable; la expropiación no podrá imponerse sino por causa de utilidad pública, calificada conforme a la ley, y previa indemnización justa".

Chile. — Artículo 10. "Nadie puede ser privado de la propiedad de su dominio, ni de una parte de ella, o de derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial o de expropiación por razón de utilidad pública, calificada por una ley. En este caso se dará previamente al dueño la indemnización que se ajuste con él o que se determine en el juicio correspondiente".

Haití. — Artículo 14. "Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, en los casos y de la manera establecidos por la ley y mediante una previa y justa indemnización".

Honduras. — Artículo 66. "Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. La expropiación de inmuebles por causas de necesidad y utilidad pública debe ser calificada por la ley o por sentencia fundada en ley, y no se verificará sin previa indemnización".

Nicaragua. — Artículo 57. "La expropiación debe ser calificada por la ley o por sentencia fundada en ella, y no se llevará a efecto sin previa indemnización".

Panamá. — Artículo 42. "Por graves motivos de utilidad pública, definidos por el legislador, podrá haber lugar a indemnización

forzosa de bienes o derechos mediante mandamiento judicial, pero el pago de su valor declarado se hará antes de desposeer de ellos al dueño".

Paraguay. — Artículo 19. "La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por la ley y previamente indemnizada".

Por estas razones, la Corte considera inexequible el artículo 4º de la Ley 125 de 1937.

En el estudio y decisión de este negocio ha intervenido el doctor Enrique A. Becerra, en su calidad de Conjuez sorteado para reemplazar al H. Magistrado doctor Francisco Vizcaíno, quien se declaró impedido para conocer por haber formado parte del Congreso que expdidió la Ley 125 de 1937.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, declara:

PRIMERO. Es exequible el artículo 1º de la Ley 125 de 1937, a excepción del último inciso, en cuanto establece que "en consecuencia el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno".

SEGUNDO. Es exequible el artículo 2º de la misma Ley.

TERCERO. Es inexequible el artículo 4º de la ley referida.

Envíese copia al señor Ministro de Gobierno.

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

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

## SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES HERNAN SALAMANCA, SALVADOR IGLESIAS, RICARDO HINESTROSA DAZA, PEDRO ALEJO RODRIGUEZ Y JUAN FRANCISCO MUJICA

Con fundamento en las siguientes breves y sintéticas consideraciones ponemos a salvo nuestro voto en las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia sobre inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley 125 de 1937, por la cual se interviene en el fomento de la industria bananera.

"Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir y castigar". Art. 4º, C C.

"Los actos del Congreso de carácter general se denominan leyes'". C. P. y M.

Ley, pues, en el sentido formal, que es el que tiene en las disposiciones de la Carta (art. 54), es toda decisión emanada del Congreso, que reúna los requisitos señalados en el Título VII de la C. N., bajo el epígrafe "De la formación de las leyes".

"El acto legislativo se caracteriza porque organiza, crea una situación jurídica general, impersonal, objetiva; crea. organiza un poder jurídico impersonal, objetivo; contiene esencialmente una regla de derecho, una norma jurídica". (Gastón Jéze).

Las leyes a que se refiere el art. 28 de la Constitución, como medio jurídico para ejercer la función intervencionista que consagra, son leyes ordinarias, de naturaleza idéntica a las demás que se producen en la función legislativa, y no tienen más especialidad que la base de sufragio mínimo a que se refiere el parágrafo.

---

Antes de la reforma del año 36 el Estado no podía intervenir en la explotación de las industrias o empresas públicas o privadas con los fines económicos y de justicia social que determinó el art. 28. Esta disposición consagró la facultad intervencionista en favor del Estado colombiano, el cual, como es obvio, la realiza a través de los órganos del poder público, dentro de la limitación de sus respectivas órbitas, pero con la cooperación o colaboración armónica indispensable para la realización de los fines del Estado (art. 52). "Por medio de leyes" aprobadas por el voto de la mayoría absoluta de una y otra cámara tiene que ejercer el Estado la facultad de intervención. Esto representa la garantía contra la arbitrariedad de los gobernantes, que no pueden intervenir en la industria **motu propio,** sino cuando la ley lo permite y dentro de las finalidades y normas que ella establece; pero esto no quiere decir en manera alguna que las leyes de intervención deben reunir requisitos esenciales distintos de los que condicionan **los otros** actos legislativos. La ley en el proceso de la intervención es simplemente la ley, esto es, la manera constitucional, el instrumento jurídico con que se pone en marcha la intervención pero no es la intervención misma, o la intervención toda.

Exactamente lo mismo que sucede con el fenómeno de la expropiación contemplado en el inciso final del art. 26 de la C. N., donde se exige igualmente que debe hacerse por medio de leyes y por motivos de equidad y se impone también la misma base de sufragio en las cámaras, y en el cual sería igualmente desacertado e injurídico decir que la ley es la que expropia cuando en realidad lo mismo que sucede con la intervención, apenas la inicia haciéndola jurídicamente posible.

No se puede decir que el Estado realiza su función intervencionista exclusivamente cuando uno de los órganos de su poder público, el legislativo, expide la ley, lo que vale, dentro de la diferencia funcional de los órganos del poder, a expresar la voluntad soberana de intervenir. Es indispensable, para la realización adecuada de la función,

la colaboración armónica del órgano ejecutivo, que dentro de la organización estatal, está destinado a convertir en actos las manifestaciones de la voluntad legislativa, a hacer su verdadera realización dentro de las normas generales. No es posible que la ley, por su naturaleza propia, lo provea ni lo prevea todo, ni se la puede exigir tan perfecta y tan completa que en ella resulten contemplados y resueltos minuciosamente todos los problemas que se desprenden de la situación jurídica que crea. "El contenido de la ley es una regla de conducta", como está escrito en la sentencia. Los mínimos y máximos detalles de su ejecución constituyen la materia de la reglamentación que compete al órgano ejecutivo como función administrativa, destinada a "procurar la recta ejecución de las leyes, llenar vacíos y deficiencias y encauzar las disposiciones a la índole legislativa". La ley y su reglamentación se integran y complementan. Sólo cuando el órgano ejecutivo, administrativamente, dentro de la pauta y objetivos trazados por el legislador, reglamenta la ley y le comunica así realidad actuante, es cuando puede hablarse sin inoportunidad de intervención. Antes de la reglamentación ejecutiva, antes de la agitación administrativa de la ley no hay intervención propiamente; sólo hay hasta ahí una posibilidad de que se intervenga, conforme a una ley intervencionista dictada en uso de la facultad que al Congreso Nacional otorga el art. 28 de la Carta.

Por medio de la Ley 125 de 1937 el Estado ha usado de su soberanía expresando su voluntad de intervenir en la industria del banano con los precisos objetivos de justicia social y bienestar económico que expresa, pero no ha intervenido aún. La sentencia desconoce todos estos principios elementales de organización constitucional que señalan funciones y órbitas a los órganos del poder público y que dan base y significado a las palabras **ley** y **reglamento,** cuando afirma que el texto constitucional "exige que la reglamentación de la intervención la dé el legislador". Ni el tenor literal de la Carta ni los principios del derecho constitucional autorizan esta afirmación. En presencia de la mera voluntad legislativa de intervención, o sea de la ley, resultan impertinentes todas las argumentaciones muy eruditas que contiene la sentencia sobre potestad reglamentaria, que en esta vez no se ha ejercitado todavía, y que todos sabemos que es un medio de administrar y no un medio de legislar, es decir, un medio de intervenir de acuerdo con la ley que autoriza la intervención. La sentencia parece que hace pie en la hipótesis arbitraria de que la Ley 125 de que se trata ya fue reglamentada y de que en su reglamentación el órgano ejecutivo traicionó su espíritu de justicia y se dedicó a quebrantar los derechos civiles y garantías individuales que consagra la Constitución, al escribir que "no fue el propósito del constituyente dejar en manos del Gobierno la fijación de las medidas que deben tomarse para realizar la intervención, muchas de las cuales afectarán necesariamente derechos reconocidos por la misma Constitución y serán materia de obligaciones y de cargas para los ciudadanos que sólo puede determinar el legislador conforme a nuestro sistema constitucional".

Esto no es argumento valedero contra la constitucionalidad de la Ley 125. Si el ejecutivo al intervenir de acuerdo con los fines de la ley y en virtud de su reglamentación quebranta derechos y viola garantías, la misma Constitución provee a su salvaguardia y defensa, no solamente con el recurso de inexequibilidad que en su hora podrá usarse contra el Decreto reglamentario por invadir zonas del legislativo, creando, por ejemplo nuevos impuestos, o jurisdicciones de excepción, sino también por las vías legales y eficaces que ofrece la justicia administrativa. No hay por qué identificar la ley y su reglamentación, y menos presumir que en ésta la Constitución va a ser indefectiblemente víctima de violaciones y quebrantos.

La ley que autoriza una intervención industrial y que constitucionalmente merezca el nombre de ley por ser la adecuada expresión de la voluntad nacional, no puede llamarse inconstitucional por el hecho de autorizar la intervención, porque la Constitución de Colombia consagra el sistema de la intervención del Estado por medio de la expedición de leyes intervencionistas. Esta

trivialidad resalta más al formular estos interrogantes: ¿Cómo puede sostenerse que la Ley 125 dictada en ejercicio de la facultad que otorga el art. 28 de la Constitución, quebranta el art. 26 de la misma, que protege la propiedad privada, por haber dicho que la producción del banano debe efectuarse en forma que garantice una exportación adecuada, y precios que remuneren equitativamente, teniendo en cuenta el mercado exterior, como se ha venido haciendo con la industria del café? ¿Cómo podría decirse que la ley acusada viola el art. 38 de la Carta, que consagra la libertad profesional, por haber dicho que quien se dedique a la industria del banano debe hacerlo en forma que garantice la igualdad comercial y jurídica y la equidad entre compradores y productores, o que se infrinja este mismo precepto amparador de la libertad de profesión, por haber exigido la ley a quien explote la industria bananera que lo haga en forma que garantice una equitativa remuneración al trabajo que emplee? ¿Y cómo decir, ya en el terreno del prejuicio arbitrario, que en desarrollo de estas normas generales, contentivas de principios cristianos y básicos de la Constitución Nacional, se va a llevar a efecto una intervención inconstitucional? Sería moral y jurídicamente absurdo decirlo, como es simplemente desacertado sostener que la ley es inconstitucional por no haber englobado su propia reglamentación.

Son los desarrollos administrativos de la ley los que pueden llegar a pugnar con las garantías constitucionales si quien la ejecuta no sabe ser fiel a sus finalidades y al texto y espíritu de la Constitución Nacional. Por ahora la jurisdicción constitucional de la Corte no podía enfocar sino la ley que es la acusada como violadora, para deducir su atemperamento a las exigencias fundamentales de la Carta. La acción gubernamental tiene su pauta obligatoria en los objetivos de la intervención concretamente señalados en la ley, lo mismo que en las condiciones, también precisamente determinadas, en que ha de cumplirse. Iniciada la vigencia de la ley, la industria bananera y sus conexas quedaron sometidas al control del Estado para ser reguladas de acuerdo con los preceptos en ella contenidos. Es completamente ilógico y expuesto a confusiones seguir considerando esta industria ya intervenida a la luz de las disposiciones solamente aplicables a las que no han sido sometidas por la voluntad nacional expresada en ley a este régimen jurídico de intervención.

El art. 1º de la Ley 125 constituye un todo armónico e indivisible, que bien considerado no da base a los reparos que en la sentencia se le formulan. En su primera parte y en desarrollo de la facultad que otorga el art. 28 de la C. N., se determinan, en la forma que corresponde a la ley, las normas generales y los objetivos precisos que deben realizarse con la intervención. En la parte final advierte que pertenecen al orden público estas finalidades, lo mismo que en el art. 4º, y añade que, en consecuencia, el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del gobierno. Los dos extremos están fuertemente ligados por vínculo de consecuencia, esto es, en relación de causa a efecto. Allí no hay ninguna extensión del poder reglamentario que normal y automáticamente corresponde al ejecutivo, ni delegación alguna de funciones primordiales del órgano legislativo. Se trata simplemente, como lo enseñan los tratadistas de derecho público, de una invitación hecha por las cámaras al gobierno para que ejerza su poder reglamentario, invitación ésta que no modifica jurídicamente la libertad del gobierno en la iniciativa reglamentaria de la administración pública, legítima dentro del cuadro del ordenamiento legal.

Se debe entender, y no hay por qué no entenderlo así, que la reglamentación y supervigilancia de que se habla, es para realizar los fines de la ley, como lo repite expresamente el art. 4º, y no para nada distinto de intervenir con finalidades diversas de las enunciadas bajo las letras a), b), c) y d). El llamado estatuto contractual está constituído indudablemente por la suma de los contratos diversos correspondientes a las distintas actividades integrantes del negocio industrial bananero de que se sirve la compañía frutera que lo explota exclusiva-

mente para imponer a los cultivadores y trabajadores a su servicio condiciones muy onerosas al margen de toda reglamentación oficial. Pública y notoria ha sido la actitud de la compañía extranjera de oponer este sistema de contratos escalonados en serie a los intentos del gobierno de tomar alguna intervención en sectores de la explotación industrial en desahogo del trabajo colombiano, y fue indudablemente con mira a remediar esta situación aberrante y anómala como el legislador resolvió intervenir en ese régimen contractual especial con fines precisos y concretos para hacer posibles de este modo legítimo los fines de la justicia y el respeto a la soberanía nacional representada en el imperio de una ley intervencionista. Elevado el motivo de la intervención a la categoría jurídica de orden público, no se ve inconstitucionalidad en que la ley haya sometido la celebración y régimen de estos contratos a su reglamentación y supervigilancia, como ya se ha hecho con otros, con el objeto inconfundiblemente declarado en ella, esto es, para que la explotación de la industria del banano se efectúe en forma que garantice las finalidades expresadas con carácter imperativo de orden público en la primera parte del art. 1º. Pero hay más; la inexequibilidad del inciso final del art. 1º que declara la sentencia, relacionada con la facultad de reglamentar y supervigilar el estatuto convencional del banano, dejando intacta y valedera la calificación de motivos de orden público para los fines previstos en esa misma disposición, no mutila en realidad el alcance y eficacia de la Ley 125, porque cualquiera estipulación contractual que pugne con esas finalidades adolecerá de la invalidez correspondiente a las estipulaciones contradictorias con el orden público. Todas las convenciones de quienes participan en este ramo especial de la explotación agrícola y en sus actividades próximas quedan de hecho y jurídicamente sometidas a la inspección de los órganos del poder público correspondientes por la naturaleza misma de la ley, que de otra manera resultaría inoperante. En estas circunstancias los contratos a que se alude deben satisfacer no únicamente el interés privado de los que en ellos intervienen, sino cumplir también el propósito de carácter social perseguido por el legislador, para lo cual es preciso tener como modificadas las reglas del derecho común que gobernaban estas especiales relaciones contractuales dentro del régimen de la libertad absoluta, restringiendo y limitando el interés privado, como ya ha sucedido con otra clase de actividades, en la medida necesaria para alcanzar el fin social de la ley.

Es obvio que los preceptos constitucionales no operan aislada o separadamente los unos de los otros, sino por virtud de una lógica e indispensable concatenación entre ellos. Si el sistema intervencionista establecido en la reforma de 1936 exige para su efectividad que alguno o algunos de los derechos protegidos por el Estado ceda, en límites y circunstancias determinados, la restricción que de ello resulte no es más que una consecuencia natural, lógica y jurídica del régimen establecido que fatalmente tiene que operar por medio de actos del poder público en el campo de las relaciones privadas. Si los derechos de los particulares, garantizados en la Constitución, no se considerasen como susceptibles de ser afectados en algún modo por obra de la intervención, resultaría ésta ilusoria e imposible en muchos casos, produciéndose así la absurda situación inaceptable de que el Constituyente hubiese consagrado una institución sin posible acomodo en la Carta, irrealizable por los órganos estatales por considerar que con ella se pueden vulnerar derechos del ciudadano que el propio constituyente quiere proteger. Toda reforma institucional requiere su interpretación adecuada para que no resulte absurda o mútila; mucho más si la innovación, como acontece con el sistema intervencionista, trae implícita una idea de iniciativa y movimiento que puede hacerse chocar fácilmente con muchos textos constitucionales si se la interpreta con el criterio estático y pasivo que en relación con las garantías industriales podía usarse para hacer correctamente la guarda de la Constitución antes de que a ella llegara la facultad de intervención, esencialmente activa y dinámica. Las normas fundamentales, la que autoriza la intervención y las que tutelan ciertos derechos, deben aplicarse al mismo

tiempo, con criterio de armonización jurídica, coordinando su imperio, porque es irrazonable aceptar jerarquías preferenciales que conduzcan a que unas de estas normas se cumplan y otras no.

Artificiosa es la interpretación que quiere ver en este inciso final del artículo 1º no solamente una extensión de la potestad reglamentaria que normalmente corresponde al gobierno, sino una facultad que es inconstitucional porque no es de las que se conceden por el artículo 117 de la Constitución en caso de guerra exterior o de conmoción interior, ni de las precisas y temporales a que se refiere el artículo 69 de la misma obra en su numeral 9º. Se desplaza en esta forma la consideración del problema hacia preceptos de la Carta que no tienen ninguna conexión ni oportunidad de cita en relación con el punto que debió ser materia de estudio de la Sala Plena. El vocablo **facultad,** usado en el artículo 4º de la Ley 125, sobre el cual se edifica el razonamiento inconsistente del fallo, no tiene el significado ni el alcance que le dan los arts. 117 y 69 de la Constitución Nacional, impertinentemente citados. Más bien equivale a derecho, actitud de hacer alguna cosa, y se refiere indudablemente a las diversas autorizaciones, como celebrar contratos, ejecutar obras, etc., a que en distintos artículos de la ley acusada se hace referencia. Siempre y todo, **para los fines de esta ley,** como se repite en el artículo 4º, al final. Es en esta misma obvia acepción como el propio artículo 28 de la codificación constitucional emplea la palabra facultad al hacer referencia a las leyes que se dicten en ejercicio de la de intervenir que al Estado concede esa disposición. Nadie podría decir que en este caso se conceden al congreso nacional las facultades a que inconfundiblemente aluden los precitados artículos 117 y 69 de la Carta.

El señor Procurador dice en su concepto que el inciso final de que se trata es inoperante "por ser susceptible de una interpretación equivocada que conduzca al quebrantamiento de los preceptos constitucionales que establecen y normalizan la separación y limitación de los órganos del poder público", y la sentencia acepta que es inoperante por este motivo, añadiendo que es, además, y por esta misma razón, inconstitucional. En esto hay un evidente error, porque la encomillada razón del señor Procurador, traducida a buen romance dice: es inconstitucional, porque aunque no lo es, puede llegar a serlo si se interpreta equivocadamente. Ni más ni menos. Para el ejercicio legítimo de la función jurisdiccional de control constitucional de las leyes que corresponde a la Corte no basta una situación legal equívoca, es indispensable una equivocación, pero no una equivocación cualquiera, sino una que haga la ley o alguna de sus partes incompatible con algún precepto de la Constitución Nacional. Se disloca y desvía, por otra parte, esta función fundamental y de delicado ejercicio aprovechando pretendidas ambigüedades en que no aparece clara y evidente la infracción del Estatuto para destruír el imperio de la ley. Se coloca así la Corte en un plano jerárquico institucional que no le corresponde y en el que resulta mermada la soberanía legislativa a la que no se le reconoce siquiera presunción de acierto, y de esta manera aparece esta corporación ejercitando una función de control ideológico de la legislación, visiblemente abusivo por antidemocrático.

* * *

Con respecto al artículo 4º de la ley acusada acogemos, por condenar nuestra opinión los conceptos expresados por el doctor Aníbal Cardoso Gaitán al sostener como ponente su proyecto, en cuya defensa coincidimos doctrinariamente los suscritos magistrados y en el cual se sostenía integralmente la exequibilidad de la Ley 125.

Se afirma en la sentencia que la expropiación no cabe dentro de la intervención por ser incompatible con ella, ya que sobre los bienes expropiados no es posible intervenir y porque además la expropiación de una empresa equivaldría a la socialización de las industrias. El art. 4º dice que la ejecución de los actos y obras que el gobierno realice de acuerdo con las facultades que le otorga la ley, constituyen graves motivos de utilidad pública e interés social para decretar expropiaciones, mediante sentencia judicial e indemnización previa. El artículo 2º de la Ley 125 faculta al gobierno para

fomentar la producción del banano, las obras de regadío y avenamiento de los terrenos, para estimular la venta y exportación de la fruta, el aprovechamiento de la que no resulte propia para ser exportada y para mejorar la calidad del producto, y agrega que el gobierno podrá en consecuencia celebrar los contratos, ejecutar las obras, dictar los reglamentos y en general tomar las medidas que estime necesario para dar cumplimiento a la disposición, y el artículo 3º autoriza al gobierno para que, en relación con la industria bananera del departamento del Magdalena, procure facilidades de crédito a los productores.

Como se ve, la ley tiene facultades generales de intervención, señaladas en el art. 1º, y facultades especiales para el apoyo a la industria mediante la acción directa del gobierno y que concurren también, como expresamente lo dice respecto de las del artículo 2º, a obtener y realizar los fines indicados en el artículo 1º de ella. Si para alcanzar tales finalidades el órgano ejecutivo necesitare hacer expropiaciones, el artículo 4º lo autoriza para decretarlas. La definición de los graves motivos de utilidad pública e interés social que exige el artículo 26 de la Constitución está hecha incuestionablemente en el texto de la ley cuando hace referencia a las obras que realice el gobierno en uso de las facultades expresas y determinadas que en ella se conceden y expresan.

Ningún elemento de arbitrariedad consigna esta disposición en la cual aparecen cabalmente satisfechas las exigencias constitucionales para la expropiación legítima, que ha de hacerse, como en ella se manda, por los amplios cauces jurídicos, mediante sentencia judicial e indemnización previa. Estos requisitos son la plena garantía del derecho de los particulares. No hay para qué salirse de la realidad colocándose en la hipótesis improcedente de la expropiación total y la estatización de la industria bananera. Es claro que las expropiaciones a que se hace referencia no podían cobijar sino los elementos considerados como necesarios para el logro de la intervención por parte del Estado, bien sea en el orden de actividades contempladas en el artículo 1º de la ley, o bien para las de que trata el artículo 2º. Las expropiaciones acomodadas a esas finalidades están autorizadas legalmente y caben holgadamente dentro del molde constitucional, precisamente por ajustarse a los objetivos concretos que la intervención se propone.

---

El intervencionismo de Estado, que en el fondo no es más que la realidad actuante del derecho al servicio del bien común, es una teoría político-económica discutible académicamente en su contenido y alcance. Tiene sus detractores y sus panegiristas. Para los suscritos magistrados de la Corte en función de guardianes de la Constitución de Colombia, el intervencionismo estatal es un hecho cristalizado en un texto perentorio de la Carta y no simplemente una teoría. El deber que a la Corte compete de confrontar la ley con la "ley de las leyes" no otorga a los magistrados jurisdicción de polemistas políticos para poder anchar o angostar el concepto doctrinal consignado en el texto del constituyente y concluír en consecuencia si la ley es chica o grande, porque ante la Corte no se acusa ni se puede acusar la Constitución Nacional, ni las doctrinas consagradas en sus reformas. La intervención como doctrina o como teoría puede ser más o menos conveniente en el campo de la economía y más o menos defensable en su alcance según el criterio de las escuelas que la analizan y estudian. Para la Corte es uno de los preceptos de la Carta Fundamental de la República a cuya defensa integral debe proveer con el mismo cuidado que merecen los demás textos del Estatuto, y que se traduce en la facultad o poder que tiene el congreso para expedir leyes con objetivos previstos y determinados de intervención en las industrias, con la base numérica de sufragio exigida como garantía de reflexión y seguridad de disposición.

Si no se acepta la reforma del año 36 en esta parte con el alcance y significado que debe tener y que lógicamente le corresponde, puede resultarse declarando inexplicablemente inconstitucional el Acto Legislativo de ese año a la luz de los preceptos de la Constitución de 1886.

Bogotá, septiembre 13 de 1939.

## LEY 125 DE 1937, SOBRE INTERVENCION EN EL FOMENTO DE LA INDUSTRIA BANANERA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Los señores Pablo García Franco y Enrique Antonio Fuentes, vecinos de Santa Marta, en demanda presentada en Cartagena y dirigida a la Corte, acusan como inexequibles por violatorios de la Constitución Nacional, los artículos 1º y 4º de la Ley 125 de 1937 (3 de diciembre), "por la cual se interviene en el fomento de la industria bananera". La demanda fue coadyuvada por el señor Nicolás Dávila, de conformidad con el artículo 233 del C. J.

De la demanda se corrió traslado al señor Procurador General de la Nación, quien rindió su concepto de fecha 14 de febrero de este año. Terminada la tramitación que ordena la ley, se pasa a dictar sobre el negocio mencionado la decisión correspondiente, previas las siguientes consideraciones:

Los doctores Roberto Castañeda y Fernando Meléndez acusaron como inconstitucionales los artículos 1º, 2º y 4º de la Ley 125 de 1937. El estudio de las dos demandas se hizo simultáneamente por la Corte, ya que no era posible legalmente decretar la acumulación. En sentencia de esta fecha, la Corte decidió la demanda de los doctores Castañeda y Meléndez y declaró lo siguiente:

"**Primero.** Es exequible el artículo 1º de la Ley 125 de 1937, a excepción del último inciso, en cuanto establece que "en consecuencia el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno.

"**Segundo.** Es exequible el artículo 2º de la misma ley.

"**Tercero.** Es inexequible el artículo 4º de la ley referida".

Conforme a la anterior decisión, la materia a que se contrae la demanda de los señores García Franco y Fuentes está ya juzgada y no le corresponde a la Corte otra cosa que ordenar que se esté a lo resuelto en la sentencia de esta misma fecha que se ha mencionado.

En el estudio y decisión de este negocio ha intervenido el doctor Enrique A. Becerra, en su calidad de Conjuez sorteado para reemplazar al H. Magistrado doctor Francisco Vizcaíno, quien se declaró impedido para conocer por haber formado parte del Congreso que expidió la Ley 125 de 1937.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 149 de la Constitución Nacional, declara:

En relación con la acusación de los arts. 1º y 4º de la Ley 125 de 1937, propuesta en estas diligencias por los señores Pablo García Franco y Enrique Antonio Fuentes, estése a lo resuelto en la sentencia de esta misma fecha, dictada en la demanda de inexequibilidad de las mismas disposiciones, iniciada por los doctores Roberto Castañeda y Fernando Meléndez.

Cópiese, notifíquese, publíquese, envíese copia al señor Ministro de Gobierno, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

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

DECRETO NUMEDO 475 DE 11 DE MARZO DE 1938, "POR EL CUAL SE REORGANIZA Y REFORMA LA CAJA DE AUXILIOS DE LA POLICIA NACIONAL, QUE EN LO SUCESIVO SE DENOMINARA CAJA DE PROTECCION SOCIAL DE LA POLICIA NACIONAL", ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL. — POTESTAD REGLAMENTARIA DEL ORGANO EJECUTIVO.—FACULTADES EXTRAORDINARIAS

1.—No pudiendo la ley regularizar todos los casos de su aplicación, el reglamento es su norma complementaria. El ejercicio de esa potestad de reglamentar la ley viene a ser en su origen y en su esencia una facultad constitucional conferida al ejecutivo con el fin de complementar la ley. Por este aspecto, es una competencia constitucional que se le otorga al gobierno por el Estatuto para alcanzar esa finalidad. En nuestro derecho político corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, entre otras funciones constitucionales, la de ejercer la potestad reglamentaria, lo que se justifica porque la experiencia ha glosado el principio rígido de la separación de los poderes enunciado por Montesquieu. — 2.—La Corte ha sostenido de manera invariable que cuando el reglamento extralimita la ley, extravasa la competencia constitucional del Ejecutivo y equivale entonces a una nueva ley, lo cual es contrario a nuestros principios constitucionales sobre limitación de los poderes públicos. — 3.—El Jefe del Estado carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en gneral. — 4.—Conforme al artículo 69 de la Constitución Nacional, el Congreso puede revestir "pro tempore" al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. Esas facultades se otorgan en casos especiales y en épocas anormales. Cuando el jefe del ejecutivo hace uso de esas autorizaciones y actúa con delegación extraordinaria del legislador, no dicta precisamente un reglamento administrativo, sino que como delegado del soberano expide decretos de carácter legislativo o decretos-leyes, que regulan dentro de un tiempo fijo una materia determinada. La facultad extraordinaria otorgada o delegada ha de quedar ubicada dentro de las precisas dimensiones de la materia y el término señalado, y fuera de ellas no hay facultad delegada. Se diferencian estas dos atribuciones de la administración en que la potestad reglamentaria requiere la existencia de una ley que exprese de manera incompleta la voluntad del Estado, para ser completada por el reglamento administrativo; mientras que el decreto legislativo no tiene como misión complementar la ley, porque su misión es regular con categoría de ley aquellas materias sobre las cuales versa la delegación del legislador. El Presidente de la República ejerce facultades extraordinarias en los tres casos detallados en los artículos 69 y 117 de la Constitución. — 5.—La atribución conferida al Ejecutivo por el artículo 21 de la Ley 41 de 1915 es especial y "sui géneris". Y habiendo sido expedido el Decreto número 475 de 1938 en ejercicio de esa autorización especial y "sui géneris", es de rigor concluír que al dictarlo el Gobierno hizo buen uso de la atribución que de manera exclusiva se le confirió por el legislador para reglamentar la vida de la Caja, su funcionamiento, la inversión de los fondos en beneficio de la institución y el personal que debía gobernarla en su actividad interna. 6.—La Ley 51 de 1925, al otorgar facultades extraordinarias para adoptar un plan general reorgánico de la policía nacional, no quiso ni pretendió hacerlo extensivo a la Caja de Protección de ese cuerpo. Quedaba en todo su vigor la atribución especial e imperativa otorgada por la Ley 41 de 1915, para la reglamentación de esta dependencia económica. — 7.—El Gobierno, al dictar el Decreo número 475 y al derogar en el artículo 75 los demás decretos dictados con idéntico fin, ni extralimitó la atribución especial que le confirió el legislador para reglamentar las funciones del organismo, ni violó precepto constitucional alguno al derogar los anteriores decretos, que no tenían una condición superior al tachado de inexequible; ni desconoció facultad extraordinaria o normas reglamentarias conferidas en leyes posteriores. Obró dentro de los precisos límites de la potestad de que estaba investido.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, octubre cinco de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

En ejercicio de la acción consagrada en el

artículo 149 de la Constitución, el doctor Manuel Vicente Jiménez, mayor de edad y vecino de Bogotá, solicita de la Corte declare inexequible el decreto número 475, expedido el 11 de marzo de 1938 por el Organo Ejecutivo, "por el cual se reorganiza y reforma la "Caja de Auxilios de la Policía Nacional", que en lo sucesivo se denominará "Caja de Protección Social de la Policía Nacional".

No señala ni determina de manera especial las disposiciones del decreto que acusa de inconstitucionales, pero como quiera que en el cuerpo del libelo indica que "el reconocimiento de la inconstitucionalidad ha de referirse a todo el decreto o por lo menos a aquellas disposiciones que son violatorias de la Ley Fundamental", se considera que es el caso de hacer un estudio pormenorizado de todo el cuerpo del decreto ejecutivo acusado, sin que se requiera para proceder a ello que el demandante determine los textos cuya inexequibilidad solicita, según así lo exige el artículo 1º de la Ley 96 de 1936.

**Fundamentos de la demanda**

Apoya su demanda en los motivos siguientes:

I. La Constitución de la República atribuye al Congreso la potestad de expedir las leyes y precisa la materia de éstas. De todas esas materias se ocupa el Decreto número 475. En efecto:

"a) En su artículo 75 se derogan el Decreto Legislativo número 1988 de 1927, expedido en uso de facultades extraordinarias delegadas por el Congreso, y los Decretos Legislativos números 825 y 2274, de 1931, y 1310, de 1932, expedidos también en ejercicios de idénticas autorizaciones; y en los artículos 1º, 3º, 5º, 6º y otros concordantes con ellos o consecuenciales; se reforman indirectamente las Leyes 18 y 124 de 1928, en cuanto éstas fijaban regímenes para la caja de auxilios y le señalaban una subvención especial, reconociendo su personería, preceptos que resultan modificados por el Decreto Ejecutivo.

"b) Los artículos 8 a 13 crean varios empleos, especialmente el de gerente, cajero contador, auxiliar del cajero, abogado y mecanógrafo, y fijan dotaciones, asumiendo así el Gobierno facultades propias del Congreso.

"c) Los artículos 6º, 19, 21, 22, 31, 32, 33 y 38, regulan derechos por la prestación de servicios públicos, determinando condiciones para la jubilación de los empleados de la policía y para el otorgamiento de pensiones, auxilios, recompensas, indemnizaciones, aseguros y préstamos en favor de los mismos, todo lo cual invade la órbita de las atribuciones del Congreso.

"d) Los artículos 14, ordinal f., 20, 28, y 30 establecen que el consejo directivo de la caja de protección contratará con el Gobierno la forma de pago de los inmuebles de la Caja de Auxilios; que la Nación debe adquirir la propiedad de los edificios y locales de la misma Caja de Auxilios; que la Caja de Protección Social, oficial según el artículo 2º, contratará con una compañía el seguro de vida de los empleados; y que se destinará una parte de los ingresos de la Caja (arbitrios fiscales del Estado), para adquirir o construír casas, destinadas a su vez a ser vendidas a los empleados, todo lo cual no es otra cosa que una doble autorización al Gobierno y a los empleados públicos que dirigen la Caja de Protección para celebrar contratos que obligarán al Estado, y el ejercicio de facultades atribuídas a otro de los Poderes públicos.

"e) Los artículos 2º, 4º, 6º, 9º, 11, 12, 13, 14, 15, 71, 72 y el capítulo VI fijan gastos de la administración y determinan el modo de satisfacerlos con prescindencia del Congreso. Siendo oficial la Caja de Protección, emanando sus ingresos del erario público como lo prueba la lectura de los ordinales d), e), f), g), h), j) y l) del artículo 5º del Decreto 475, y aplicándose estos caudales a pagar sueldos, a verificar préstamos, a adquirir inmuebles, a otorgar jubilaciones, a recompensar servicios, a dar auxilios, a indemnizar daños, a pagar gastos de entierro y funerales, a establecer cooperativas de consumo, a costear becas, a sufragar la edición de una revista periódica, a comprar víveres y mercancías, y a otros egresos, es claro que el Decreto se mezcla en las esferas del poder privativo del Congreso, única en-

tidad que puede proveer a tales fines por medio de leyes.

"f) La adquisición de casas para venderlas a los empleados, como lo prevén los artículos 4º, 6º y 14, y la adquisición por el Estado de los inmuebles que han pertenecido a la Caja de Auxilios, según se manda en el ordinal f) del artículo 15, constituye, sin duda alguna, una determinación de obras públicas que deben emprenderse con los recursos del erario, señalados en el artículo 5º, y esa función no le pertenece al Gobierno".

"g) De empresas útiles o benéficas se pueden calificar las cajas de préstamo, la construcción de habitaciones para empleados, y las cooperativas de consumo, indicadas en los artículos 4º, 6º, 14, 26 a 30 del Decreto. Crearlas como instituciones oficiales y fomentarlas como dignas de apoyo es labor también reservada por la Constitución al Congreso Nacional y asumida por el Ejecutivo al expedir el decreto acusado.

"h) Los artículos 43 y 44 que reglamentan recompensas extraordinarias a los empleados que han ejecutado una acción meritoria, sea de heroísmo, de inteligencia o de pericia, implican concesión de honores públicos, porque más cuenta tiene el reconocimiento del mérito que la dádiva monetaria pública, y desde este punto de vista el Decreto merma la facultad otorgada al Congreso por la Constitución. Por consiguiente, el Poder Ejecutivo, al expedir el mentado Decreto número 475, violó los artículos 76, 62, 203 y 207 de la Constitución.

"II. De conformidad con el artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936, o 26 de la codificación, se garantizan la propiedad y los demás derechos adquiridos por personas jurídicas con arreglo a las leyes, y no pueden éstas ser privadas de tales bienes sino por sentencia judicial.

"Empero, el Decreto Ejecutivo número 475, priva a la Caja de Auxilios de la Policía, 1º de los bienes inmuebles que adquirió por medio de contratos particulares, cuyo dominio han confirmado varios actos legales; 2º de su misma vida y personería jurídica; y 3º de los bienes y rentas con que la dotó la ley y que hacían parte del erario público. Ese patrimonio de la Caja de Auxilios fue señalado en los Decretos Legislativos 1988 de 1927, 825 y 2274 de 1931 y 1310 de 1932; y no solamente se transfirieron esos bienes a la nueva Caja de Protección Social, sino que los inmuebles, según los artículos 7º y 14, ordinal f), se transmiten a la Nación.

"Al verificar todo esto, el Decreto Ejecutivo quebranta el citado mandamiento constitucional.

"III. Exceptuado el caso de la delegación legislativa, previsto en el artículo 76, ordinal 10, de la Constitución, el Presidente de la República no puede dictar decretos que tengan fuerza legislativa, sino de acuerdo con los artículos 118, ordinal 8º, y 121 de la Carta de 1886 (113 y 117 de la codificación). Al contrario, está obligado a obedecer las leyes y velar por su exacto cumplimiento, expidiendo los reglamentos encaminados a ese fin, conforme al artículo 120, ordinales 2º y 3º, del estatuto nacional (115 de la codificación).

"1º Por medio del decreto acusado, el Gobierno ha usado de la función legislativa sin expresar ni que obra con la delegación **pro tempore** ni que obedece a una conmoción exterior, y en tal concepto violó los citados cánones fundamentales.

"2º Además, el Decreto-ley número 1988 de 1927, pronunciado, como en el mismo se expresa, en ejercicio de las autorizaciones extraordinarias delegadas al Gobierno por las leyes 51 y 88 de 1925, facultades reconocidas por la Sala Plena y la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado en sentencia de fechas 12 de abril y 8 de octubre de 1926, creó la Caja de Auxilios de la Policía, le confirió personería jurídica para que pudiera ser sujeto de derechos y obligaciones sin comprometer la responsabilidad del Estado, y determinó sus haberes y cargas, haciéndole merced de recursos que habían pertenecido al Tesoro Nacional, cosas que sólo un acto legislativo como ese podía estatuír.

"El carácter legal del Decreto 1988 fue reconocido, además, por el Gobierno y el Congreso de 1928, año en el cual, ya vencido el término de las facultades extraordinarias, se presentó a éste por aquél un proyecto que se cristalizó en la Ley 18, cuyo

artículo 7º versó sobre pensiones de jubilación y cuyo artículo 9º derogó el artículo 4º del Decreto número 1988 de 1927.

"La Ley 124 del mismo año, en su art. 18, dispuso: "Las jubilaciones de la Policía Nacional serán costeadas por la Caja de Auxilios de esa institución. El Tesoro Público sólo concurrirá en la parte que dicha Caja no alcanzare a servir tales obligaciones.

"Ahora bien: todo ese ordenamiento legislativo lo echa por tierra el Decreto Ejecutivo número 475 que suprime la Caja de Auxilios, se incauta de sus bienes y la trueca en institución oficial, de donde resulta que el Gobierno, lejos de acatar los mandatos legislativos, de velar por su exacto cumplimiento y de expedir los reglamentos encaminados a esos nobles fines, los desobedece e infringe contra lo dispuesto en el art. 120 de la Constitución.

"IV. Nuestro supremo estatuto conserva con especial cuidado el principio de la separación de los Poderes Públicos que va perdiendo su eficacia tutelar en los estados totalitarios. A nuestros constituyentes no les ha pasado por la mente el sueño de suprimirla, y antes bien, en el artículo 21 del Acto Legislativo de 1936 (52 de la codificación), acentúa la limitación de los órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, consecuencia de las instituciones republicanas y salvaguardia de la democracia, comprendiendo que la absorción por el Ejecutivo de las funciones legislativas y judiciales, conduce irremisiblemente a la dictadura. Por esto mismo a la Corte Suprema se le ha confiado la guarda de la integridad de la Constitución y el examen de las leyes y decretos que puedan mermar las normas fundamentales de la República.

"Y este es uno de los casos en que conviene examinar si el Gobierno tiene permanentemente facultades para legislar en materia tan importante y delicada como la pertinente a la Policía Nacional.

"Desde cualquier posición que se contemple el Decreto Ejecutivo número 475 aparece irradiando preceptos que tienen cariz legal o que sólo pueden proceder del Congreso. Y si esto es así, la limitación de los Poderes Públicos se ha sobrepasado y el acto es inexequible.

"V. En el decreto acusado se emplea esta fórmula: "El Presidente de la República de Colombia, en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 21 de la Ley 41 de 1915, decreta:....."

"Ese artículo dice: 'El Gobierno reglamentará la presente ley y llenará los vacíos que puedan ocurrir sobre reorganización de la Policía Nacional, aumentando o disminuyendo el personal de ésta, según las necesidades del servicio. Parágrafo. Corresponde igualmente al Poder Ejecutivo la organización y reglamentación de la Caja de Gratificaciones y Recompensas y la de fondos especiales de la misma policía, establecidas por decretos del Gobierno.

"Es notorio que allí no se hizo la delegación legislativa determinada en el artículo 76 de la Constitución, y que la Ley 41 no da al Gobierno potestad para legislar permanentemente en los asuntos de la Policía, para considerar esta ley, la Corte Suprema observó: "La facultad de que se trata debe entenderse conferida al Gobierno para ser ejercida dentro del orden normal constitucional, una vez que no reviste el carácter de autorización extraordinaria. No se puede, por ende, considerar que ella puso al Gobierno en capacidad para derogar o reformar las leyes vigentes a la fecha de entrar a regir la nombrada Ley 41 o las que posteriormente fueron expedidas.

"VI. Además de lo expuesto, el Decreto número 475 contiene la anomalía de darle a la Caja de Protección el carácter doble y antitético de entidad oficial y de persona jurídica. Como institución oficial, se confunde con la persona del Estado, quien asume los derechos y las obligaciones atribuídas a la Caja y cuyos intereses quedan así muy seriamente comprometidos.

"Ese régimen anómalo habrá de aparejar graves conflictos y controversias en el orden práctico y en el orden jurídico; pero sobre todo es de notar que la adquisición o disposición de bienes por parte de la Nación, y la administración de los que componen el Tesoro Público, le corresponde cumplirlas al Poder Ejecutivo, con arreglo a las leyes fis-

cales y de acuerdo con las prescripciones del artículo 120 de la Constitución, ordinales 2º, 3º, 14 y 15. Pero como el Decreto número 475 implica la sustitución de esos poderes administrativos al gerente y al consejo directivo de la Caja, según lo previsto en el capítulo V, cosa que no autoriza la ley, y permite, además, disponer y administrar bienes del Tesoro Nacional sin sujeción alguna a las normas fiscales legislativas, se sigue que el expresado precepto constitucional ha sido infringido".

**Vista del Procurador**

El señor Procurador General de la Nación, al emitir concepto en este negocio, sostiene la tesis de que el acto acusado no tiene ni podría tener el carácter de reglamento general de la administración pública, ni está expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria, sino en virtud de autorización legal expresa para organizar y reglamentar el funcionamiento de una persona moral que tiene un patrimonio propio, distinto del Tesoro Público, pero en el cual tiene interés el Gobierno por referirse a la institución encargada de velar de día y de noche por la seguridad social. A su decir, el Decreto 475 no contiene cosas distintas de los estatutos de una persona jurídica, cuya personería está reconocida en resoluciones ejecutivas y cuyo patrimonio se deriva principalmente de las cuotas aportadas por los individuos del cuerpo, estableciéndose así el ahorro obligatorio para todos los miembros de la Policía Nacional, por medio de un sistema educativo y saludable. Como consecuencia de lo expuesto, conceptúa que no es el caso de ejercer la atribución conferida por el artículo 149 del Estatuto y se debe declarar improcedente la demanda presentada, por tratarse de los reglamentos de una persona jurídica que, aunque expedidos en forma de decreto ejecutivo, no contienen normas generales de administración pública ni han sido dictados en ejercicio de la potestad constitucional reglamentaria.

Son igualmente del señor Procurador los siguientes conceptos:

"Alega el doctor Jiménez que el Decreto regula derechos por la prestación de servicios públicos, determinando condiciones de jubilación para los empleados de la Policía, para el otorgamiento de pensiones, auxilios, recompensas, indemnizaciones, aseguros y préstamos en favor de los mismos; crea varios empleos, fija gastos de administración y determina el modo de satisfacerlos, todo lo cual diz que invade la órbita de las atribuciones del Congreso. Magno error, señores magistrados, porque el Decreto no se refiere al servicio público de la nación, ni a las rentas nacionales, ni a los gastos de la administración. Se trata, repito, de reglamentar la recaudación, manejo e inversión de fondos que pertenecen a una persona jurídica, cuya existencia reconoció el legislador al hablar de ella en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 41 de 1915, para determinar a quién correspondía elaborar los estatutos por los cuales debe regirse esa persona moral que en aquel año se llamaba **Caja de Gratificaciones y Recompensas** y que hoy se denomina **Caja de Protección Social de la Policía Nacional.** Lejos de invadir el ámbito legislativo para disponer arbitrariamente de fondos del tesoro público, el Decreto descarga al Estado de la obligación de pagar las pensiones, auxilios y recompensas que se deben a los servidores públicos que han envejecido al servicio del Estado, después de determinados años de servicios. Esa obligación la asume, respecto de los empleados y agentes de la institución, la Caja de Protección Social de la Policía Nacional, cuya principal fuente de entrada la constituye el aporte del dos por ciento de los sueldos de los miembros del cuerpo".

**Historia de la Caja de Protección Social de la Policía Nacional**

La historia de esta entidad se halla compilada en la relación pormenorizada que hizo el jefe de la Sección Primera del Ministerio de Gobierno, en informe rendido al Ministro y que corre publicado en la Memoria presentada al Congreso en sus sesiones de 1930. De tal documento se extractan los siguientes datos:

I. Preocupado el Gobierno por el porvenir de las familias de los servidores públicos que integraban el cuerpo de la Policía Nacional, ideó la creación de un fondo especial

que en un principio se llamó "Caja de Gratificaciones", destinada a pagar recompensas por servicio a la institución durante doce o más años, a socorrer a los agentes y empleados en casos de enfermedad y a premiar la buena conducta y las acciones distinguidas de civismo. Conservó este nombre hasta el año de 1912, en que por decreto de primero de agosto de dicho año se le varió por el de "Caja de Recompensas"; en este decreto se fijaron las normas precisas para la recaudación, manejo e inversión de los fondos que integraban la Caja, y se derogaron todas las disposiciones dictadas con anterioridad, con lo que quiere decirse que se dictó una nueva y completa reglamentación sobre la materia. En desarrollo de tal decreto, el Poder Ejecutivo le reconoció personería jurídica a la Caja, por resolución de 28 de diciembre de 1912 (D. O. Nº 14,812), personería que más tarde le fue ratificada por resolución de primero de junio de 1917 (D. O. Nº 16,117).

Más tarde, la Ley 41 de 1915, actualmente vigente, organizó en su totalidad la Policía Nacional y le señaló atribuciones, autorizando al Ejecutivo para reorganizar y reglamentar la "Caja de Recompensas", en su artículo 21, que a la letra dice: "El Gobierno reglamentará la presente ley y llenará los vacíos que puedan ocurrir con la reorganización de la Policía Nacional, aumentando o disminuyendo el personal de ésta, según las necesidades del servicio". "Parágrafo. Corresponde igualmente al Ejecutivo la organización y reglamentación de la Caja de Gratificaciones y Recompensas y la de Fondos Especiales de la misma Policía, establecidas por decretos del Gobierno".

II. La Ley 51 de 1925 otorgó al Gobierno amplias autorizaciones para poner en ejecución un plan completo de reorganización del ejército, y en artículo único de dicha ley hizo extensivas las anteriores facultades extraordinarias a todo lo que concierne a la institución de la Policía Nacional. Tales autorizaciones extraordinarias debían cesar el 31 de diciembre de 1927, según lo preceptuado en el artículo 9º de la Ley 88 de 1925.

III. Preocupado el Organo Ejecutivo por mejorar las condiciones del personal de la Policía Nacional, resolvió reorganizar de manera total la "Caja de Recompensas", e inspirándose en un sentimiento de verdadera justicia, expidió el decreto legislativo número 1988 de 1927, en el cual usó de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 51 de 1925, todavía vigente, y mejoró las condiciones de los agentes del cuerpo respecto de las recompensas y pensiones que se pagaban por la Caja. Ese decreto de carácter legal, con excepción de su artículo 4º, que fue derogado por la Ley 18 de 1928, ha venido rigiendo la vida y marcha de esa entidad hasta el momento en que se dictó el decreto ejecutivo número 475 de 1938, que viene a ser el acusado en su totalidad en esta demanda y que derogó de manera expresa el 1988, antes citado, en su artículo 75.

IV. Posteriormente dictó el Gobierno el decreto número 825 de 1931, en ejercicio de la facultad extraordinaria que le otorgó la Ley 3 de 1930, en el cual reglamentó lo relacionado con los ingresos y egresos de la Caja de Auxilios del mismo cuerpo, pero dejando en plena vigencia el decreto 1988, con excepción del ordinal g) del artículo 4º, que fue expresamente derogado. En ejercicio de las mismas facultades extraordinarias dictó el decreto número 2274 de 1931, en el cual ratificaba lo dispuesto en el decreto anterior, con algunas modificaciones en cuanto a la forma de manejo de la referida Caja.

También estos dos decretos de carácter legislativo, que desarrollaban facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso, fueron expresamente derogados por el decreto ejecutivo número 475, que sirve de materia a esta demanda.

V. Fue promulgado después el decreto número 1310 de 1932, regulador de la misma materia y expedido por el Gobierno en uso de autorizaciones extraordinarias de que fue investido por las leyes 99 y 119 de 1931. Este decreto legislativo fue igualmente derogado por el 475 que se estudia.

**Fundamentos de la Corte**

—I—

Los decretos legislativos anteriormente citados, números 1988 de 1927, 825 y 2274

de 1931 y 1310 de 1932, se repite que fueron expedidos por entender el Gobierno que para reorganizar esta Caja había recibido también delegación extraordinaria del legislador, por medio de las leyes 51 de 1925, 3 de 1930, 99 y 119 de 1931. Comprendían todo lo concerniente a la organización y reglamentación de la entidad con personería jurídica denominada "Caja de Auxilios de la Policía Nacional", regulando tanto el manejo de los fondos especiales de esa institución como todo lo referente al pago de los auxilios, pensiones y recompensas para los empleados del cuerpo. En forma tal que esos decretos venían a ser el ordenamiento definitivo que reglamentaba la vida y marcha de la Caja de Auxilios de la Policía Nacional.

Recientemente el Organo Ejecutivo expidió el decreto número 475 de 1938, en el cual hace uso de las atribuciones que le confiere el artículo 21 de la Ley 41 de 1915. Es procedente, por lo tanto, dilucidar con toda claridad qué clase de atribuciones eran las conferidas en la referida Ley 41 de 1915, que han dado origen al decreto ejecutivo acusado, y si tales atribuciones podían tener el carácter de extraordinarias y precisas que reconoce el ordinal 8º del artículo 69 de la codificación constitucional, suficiente por lo tanto para revestir, **pro tempore**, al Presidente de la República de la delegación suficiente para expedir reglamentos ejecutivos que tuvieran valor y fuerza de leyes.

El parágrafo del artículo 21 de la Ley 41 de 1915, que sirve de basamento legal al decreto cuya exequibilidad se estudia, dice textualmente que "corresponde al Poder Ejecutivo la organización y reglamentación de la **Caja de Gratificaciones y Recompensas** y la de Fondos Especiales de la misma Policía". Para fijar el alcance de la atribución conferida al Gobierno en tal precepto, es procedente hacer un breve análisis teórico sobre la potestad reglamentaria del Organo Ejecutivo y sobre la delegación extraordinaria de funciones, que en determinados casos y circunstancias, definidas con precisión, y con carácter temporal, pueda hacer en éste el Organo Legislativo.

---

Establecido el régimen constitucional y el Estado de derecho, en la pasada centuria todas las constituciones confieren al jefe del Estado, cualquiera que sea su forma de gobierno, la facultad de expedir decretos o reglamentos que miren a la cumplida ejecución de la ley. Esto se justifica porque la función primordial del órgano ejecutivo es la ejecución de las normas del legislador, por lo cual los funcionarios del gobierno concurren también, de manera excepcional, a la expresión de la ley misma.

Es indudable que la ley, al servir de regla general obligatoria, no comprende todos los casos ni todas las circunstancias en que pueda recibir una recta y oportuna aplicación. Es indispensable concertarla a las diversas circunstancias de su aplicación práctica y esa labor ulterior la llena el órgano ejecutivo por medio del reglamento y la orden administrativa, que son los instrumentos jurídicos adecuados para tal fin. De allí que el reglamento sea norma complementaria de la ley, por la imposibilidad para ésta de regularizar todos los casos de su aplicación, individualmente considerados.

Convienen todos los tratadistas antiguos y modernos en aceptar el reglamento administrativo como una necesidad indispensable para complementar la ley y velar por su estricto cumplimiento. En esto consiste el ejercicio de la potestad reglamentaria, que viene a ser en su origen y en su esencia una facultad constitucional conferida al ejecutivo con el fin de complementar la ley. Por este aspecto, es una competencia constitucional que se le otorga al gobierno por el Estatuto para alcanzar esa finalidad.

En nuestro derecho político corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, entre otras funciones constitucionales, la de ejercer la potestad reglamentaria, expidiendo las órdenes, resoluciones y decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes (artículo 115 de la codificación constitucional).

Se justifica esta atribución especial, porque la experiencia ha glosado el principio rígido de la separación de los poderes enunciado por Montesquieu. "No hay colegio legislativo, dice Goodnow, de inteligencia tan

extensa o penetrante que pueda regular todos los pormenores del derecho administrativo, o poner en forma de mandatos incondicionales, dirigidos al público en general, reglas que expresen de una manera completa o suficiente en todos los casos la voluntad del Estado". Pero es oportuno recordar que esta Corte ha sostenido la doctrina invariable de que cuando el reglamento extralimita la ley, extravasa la competencia constitucional del Ejecutivo y equivale entonces a una nueva ley, lo cual es contrario a nuestros principios constitucionales sobre limitación de los poderes públicos.

Al precisar esta tesis sobre ejercicio normal y regular de la potestad reglamentaria, conviene afirmar que el jefe del Estado carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en general. Se justifican estas excepciones en el ejercicio de la potestad reglamentaria, porque las relaciones jurídicas que origina el derecho privado contractual, la institución de la propiedad, las acciones civiles para ejercitar los derechos en juicio, el derecho de castigar y las formas de proceder, no pueden ser del resorte del poder administrativo, sino de competencia privativa de la ley.

En Colombia el Congreso puede revestir **pro tempore** al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen (artículo 69, inciso 9º, C. N.). Tales autorizaciones, por su carácter de extraordinarias, sólo se otorgan en casos especiales y en épocas anormales, impuestas las más de las veces por crisis fiscales o exigencias colectivas inaplazables, en que es necesario que funcione un mecanismo más sencillo y menos complicado que el órgano legislativo.

Cuando el jefe del ejecutivo hace uso de esas autorizaciones y actúa con delegación extraordinaria del legislador, no dicta precisamente un reglamento administrativo, sino que como delegado del soberano expide decretos de carácter legislativo o Decretos-leyes, que regulan dentro de un tiempo fijo una materia determinada. La facultad extraordinaria otorgada o delegada ha de quedar ubicada dentro de las precisas dimensiones de la materia y el término señalados, y fuera de ellas no hay facultad delegada.

Se diferencian estas dos atribuciones de la administración en que la potestad reglamentaria requiere la existencia de una ley que exprese de manera incompleta la voluntad del Estado, para ser completada por el reglamento administrativo; mientras que el decreto legislativo no tiene como misión complementar la ley, porque su misión es regular con categoría de ley aquellas materias sobre las cuales versa la delegación del legislador.

El Presidente de la República ejerce facultades extraordinarias en tres casos, a saber: en caso de guerra exterior o de conmoción interna, al tenor del artículo 117 de la codificación constitucional; cuando el Congreso se las otorga de manera precisa y **pro tempore**, en una época cualquiera, según el numeral 9º del artículo 69 de la C. N.; y cuando el Congreso le otorga autorizaciones ordinarias para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional, según lo estatuye el ordinal 8º del mismo artículo 69 de la C. N. Es entendido que estas últimas autorizaciones se refieren exclusivamente a tales gestiones administrativas, y sobre ellas ya dijo la Corte que en ningún caso pueden traspasar la órbita en que se mueve cada uno de los órganos del Poder Público, ni podría el Congreso, en ejercicio de esa atribución, facultar al Gobierno para ejercer funciones propias del Legislativo.

Bien estudiada la atribución conferida al Ejecutivo por el artículo 21 de la Ley 41 de 1915, fácil es apreciar que no se está en presencia de una facultad extraordinaria, precisa y **pro tempore**, otorgada de conformidad con el artículo 69 de la Codificación Constitucional. Tampoco se trata de una simple invitación del legislador a la Administración para que ejercite en este caso la potestad reglamentaria común y ordinaria que compete al Organo Ejecutivo. Es indudable, en consecuencia, que se trata de

una autorización especial y sui géneris concedida al Gobierno para que tome a su cargo todo lo relativo a la organización y reglamentación de la Caja, por reconocer el legislador que se trata de una función que, por su índole y la constante atención que requiere en su marcha y actividad, debe estar adscrita a la Administración.

— II —

Estudiados en toda su elástica interpretación los principios a que acaba de aludirse, reguladores del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración y de la delegación de facultades a ésta, fácil es colegir que cuando el Organo Ejecutivo ha dictado los decretos que desde su fundación han venido gobernando la vida, marcha y organización interna de la Caja de la Policía, no expedía propiamente un reglamento general de administración, ni menos un acto administrativo derivado del normal y constitucional ejercicio de la potestad reglamentaria. Es claro que la actividad de ese modo desarrollada estaba revestida de las fórmulas exteriores de un decreto ejecutivo, dictado y promulgado en la forma señalada por las normas legales a esta clase de actos. Pero en realidad de verdad tales decretos no contienen en ninguno de sus artículos normas generales de administración, propiamente dichas, sino en puridad y en esencia las normas orgánicas y reguladoras de la vida de una persona jurídica, cuya personería está reconocida en dos resoluciones ejecutivas; normas que dicta el Gobierno a tal organismo en virtud de autorización legal expresa y especial que para organizar y reglamentar el funcionamiento de esa persona jurídica le ha otorgado el artículo 21 de la Ley 41 de 1915.

Como quiera que el Decreto número 475 de 1938, que es materia de esta acción de inexequibilidad, se expidió por el Gobierno en ejercicio de la autorización especial y sui géneris contenida en el precepto legal antes mencionado, es de rigor concluír que al dictarlo hizó el Gobierno buen uso de la atribución que de manera exclusiva se le confirió por el legislador para reglamentar la vida de la Caja, su funcionamiento, la inversión de fondos en beneficio de la institución y el personal que debía gobernarla en su actividad interna.

Se alega por el demandante que la Ley 51 de 1925 confirió al Gobierno una autorización extraordinaria y **pro tempore** para reglamentar "todo lo que concierna a la institución de la policía nacional". Deduce de tal premisa dos hechos que sirven de soporte a su acusación, a saber: a) que esta nueva ley abrogó la anterior (41 de 1915), por ser posterior y otorgar facultades de orden superior para la reorganización de la policía, y b) que los decretos expedidos en ejercicio de esta facultad extraordinaria delegada tienen carácter legislativo y no pueden ser derogados, como en efecto lo fueron, por el Decreto número 475 de 1938.

No comparte la Corte esas conclusiones y se funda en la simple lectura y recta interpretación de los respectivos preceptos legales. Al efecto, la Ley 51 de 1925 concedió autorización al Gobierno para extender a la institución de la policía el plan de reorganización del ejército, pero tal facultad debe entenderse concedida para lo relacionado con la organización técnica de los servicios de vigilancia y represión del cuerpo armado policivo, y de las diversas dependencias de que éste consta, como salvaguardia del orden social. No podría extenderse tal facultad reorganizadora a una entidad que, si bien adscrita a esa institución, tiene un origen y finalidades distintas de la función social del cuerpo, ya que la Caja de Gratificaciones y Recompensas está destinada a desarrollar un programa de protección social de naturaleza mutuaria, y como persona jurídica, con vida propia y regulación adecuada a esas finalidades, no podía quedar involucrada dentro de un plan de reorganización de mero espíritu castrense, destinado a normalizar los servicios y la actividad de una fuerza armada; plan que necesariamente debía obedecer a consideraciones de orden técnico y científico, muy diversas de las aconsejadas para reglar los servicios de carácter cooperativo que son de la índole de la Caja mencionada.

Dedúcese de lo expuesto que la Ley 51 de 1925, al otorgar facultades extraordinarias para adoptar un plan general reorgánico de

la policía nacional, no quiso ni pretendió hacerlo extensivo a la Caja de Protección de ese cuerpo. Quedaba en todo su vigor la atribución especial e imperativa otorgada por la Ley 41 de 1915, para la reglamentación de esta dependencia económica. Lo ocurrido fue que el Gobierno, por lo visto, sufrió una confusión con las facultades extraordinarais que le fueron otorgadas por leyes como la 51 mencionada, 3 de 1930, 99 y 119 de 1931, que lo condujeron a ejercerlas, no sólo en la organización técnica de los servicios inherentes a la Policía Nacional, sino también en la regulación estatutaria de la Caja de Gratificaciones del cuerpo. Lo evidente, dentro de una sana hermenéutica, era que ninguno de esos últimos estatutos legales le confería facultades nuevas y más excelentes que las ya otorgadas por la ley anterior, para reglamentar la vida de tal entidad; y por tanto, los decretos dictados en ejercicio de las nuevas facultades **pro tempore**, no tenían el carácter de Decretos Legislativos, como lo pretende el demandante. Venían a ser simples reglamentos estatutarios reguladores de la vida de la Caja, que el Gobierno sí podía dictar para esos fines, pero que no era necesario que tuviera que basamentarlos en las leyes que otorgaban facultades extraordinarias al Gobierno ya que tenían suficiente base legal en el artículo 21 de la Ley 41 de 1915, precepto que conserva toda su vigencia.

Sostiene igualmente el demandante que los artículos 1º, 3º, 5º, 6º y concordantes del Decreto acusado reforman directamente las leyes 18 y 124 de 1928, en cuanto éstas fijaban regímenes para la Caja de Auxilio y señalaban una subvención especial. Bien estudiados los preceptos mencionados, no aparece demostrada en forma alguna esta aseveración, ni menos las violaciones de que se hace mérito, dado que las leyes citadas, en sus artículos 7º y 18, disponen que el tiempo de servicio para obtener la jubilación los miembros de la policía será de 20 años y el valor de la pensión mensual vitalicia será del 50 por 100 del mayor sueldo devengado; y que tales jubilaciones serán costeadas por la Caja, y el Tesoro Público concurrirá sólo en la parte que dicha institución no alcanzare a servir tales obligaciones.

Pues bien, idénticas previsiones son las contenidas en el Decreto 475 cuando en su artículo 5º señala como uno de los elementos constitutivos del caudal de la Caja la cantidad con que el Tesoro Público contribuye a su sostenimiento, con destino especial a las jubilaciones; y cuando en el art. 31 del acto acusado dispone que el auxilio de jubilación, de conformidad con los arts. 7º de la Ley 18 de 1928 y 18 de la Ley 124 del mismo año, se concederá a los empleados que hayan servido en el cuerpo durante veinte años y consistirá en una pensión mensual vitalicia equivalente al cincuenta por ciento (50%) del mayor sueldo mensual. El Decreto 475, por estos aspectos de la cuestión, se limitó a copiar casi textualmente los preceptos de las leyes mencionadas y a consagrarlos como fórmulas reglamentarias de la Caja.

Si esto es así, forzoso es convenir que el Gobierno, al dictar el Decreto número 475, que es materia de esta acusación, y al derogar en el artículo 75 los demás decretos dictados con idéntica finalidad, ni extralimitó la atribución especial que le confirió el legislador para reglamentar las funciones del organismo; ni violó precepto constitucional alguno al derogar los anteriores decretos que no tenían una condición superior al tachado de inexequible; ni desconoció facultades extraordinarias o normas reglamentarias conferidas en leyes posteriores. Obró dentro de los precisos límites de la potestad de que estaba investido.

Pero se aduce por el demandante que el Decreto también contiene, dentro de sus cláusulas, no sólo preceptos estatutarios relativos a la personalidad de la Caja, sino que además consagra numerosas prerrogativas que en su fondo vienen a constituír derechos efectivos a favor del personal del cuerpo, derechos que, como tales, se incorporan al patrimonio privado de sus miembros.

Considera la Corte que alguna razón asistiría al demandante si esas prerrogativas o facultades estatuídas en el artículo 4º del Decreto acusado constituyeran en verdad y en esencia derechos privados, de naturaleza civil, en cuya regulación no pueda intervenir el poder reglamentario, ni dictarse por

el Gobierno estatutos unilaterales que rijan la vida y marcha del organismo. "La materia de la ley —sostiene Gascón y Marín— son los derechos civiles y las grandes instituciones públicas que los garantizan; la del reglamento son los derechos administrativos que pueden también aprovechar a los individuos, pero que no están asentados como los derechos de la vida civil, dependiendo más o menos de necesidades de la administración".

Pero conviene recordar en esta parte que la Caja es de creación exclusivamente administrativa, nacida de la iniciativa del Gobierno, en desarrollo de la Ley 23 de 1890, que ordenó la fundación de la Policía Nacional. En sucesivos decretos ejecutivos se fueron determinando tanto los recursos con que debía formarse el patrimonio colectivo del organismo, como las distintas necesidades que éste debía tomar a su cargo, en beneficio del personal del cuerpo. Tales decretos han venido a ser, por esa razón, el **status** reglamentario de la entidad, y por eso en ellos se señalan los objetivos primordiales del instituto, que no son otros que los de propender a la protección, bienestar y mejoramiento del personal que ha compuesto la Policía Nacional.

Si, pues, sólo pueden gozar de esos beneficios los individuos incorporados a dicho cuerpo por iniciativa del Gobierno; si el organismo tiene estricta fuente oficial surgida de los poderes del Estado; si sus únicas finalidades son las de prestar asistencia cooperativa al personal, auxiliándolo en sus numerosas necesidades de orden privado; si la Nación contribuye a la formación del patrimonio social y común, hay que aceptar que se está en presencia de una entidad de estructura rígidamente estatal, cuya vida y gobierno, por esa circunstancia, debe estar sometida a las determinaciones del Poder Público. Y convenido en que esa es indudablemente la fisonomía característica de la institución, forzoso es aceptar que corresponde al poder administrativo velar por su marcha y por el fiel cumplimiento de sus finalidades colectivas. Esta misión de organización y de gobierno la ha tomado a su cargo el poder administrativo y con esa exclusiva finalidad ha dictado los decretos sucesivos que contienen tales normas.

Para fundamentar su tesis aduce también el demandante que el caudal de la Caja está formado, entre otros bienes, por el dos por ciento de los sueldos del personal de la Policía. Se ajusta a la realidad esa observación, pero de ella no puede deducirse que el patrimonio de la entidad esté formado exclusivamente por ingresos particulares y constituye un derecho privado patrimonial, de naturaleza civil, a favor de sus miembros. Además, el caudal de la Caja está igualmente constituído por otros valores que el Estado renuncia en beneficio de la institución o los cede a ésta, lo mismo que por aportes complementarios pagados por el Tesoro Nacional.

Agrégase a lo dicho que tal porcentaje que el personal entrega a la Caja, desde el momento en que se hace la deducción e ingresa al aservo común, no puede seguirse considerando como un derecho privado adscrito al patrimonio individual, sino que viene a convertirse en un aporte que se hace para alcanzar fines colectivos, de naturaleza mutuaria y de carácter cooperativo. Una vez realizado el aporte mensual, la persona jurídica adquiere la propiedad del fondo comunal, con la única obligación de invertirlo en los diversos objetivos sociales señalados en los reglamentos señalados por el Gobierno. Puede decirse que la asignación o sueldo fijado al funcionario de policía está condicionado a la aceptación de esa deducción a favor de la Caja, requisito sin el cual no podría desempeñar esa función pública. En forma tal que ese aporte no puede estimarse, según lo pretende el demandante como un capital de libre inversión en una empresa mutuaria, de origen privado, sino como un aporte que se impone al personal del Cuerpo para atender a finalidades de protección, bienestar y mejoramiento de sus miembros.

**Fallo:**

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia constituída en Sala Plena, declara exequible el Decreto Ejecutivo número 475 de 1938, por el cual se reorganiza y reforma la Caja de Auxilio

de la Policía Nacional, que en lo sucesivo se denominará Caja de Protección Social de la Policía Nacional, dictado por el Gobierno en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 21 de la Ley 41 de 1915.

Comuníquese al señor Ministro de Gobierno y al señor Director de la Policía Nacional.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

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

## DECRETO NUMERO 1283 DE 1932, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL. — REQUISITOS QUE DEBE TENER LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD ANTE LA CORTE

**La demanda con que se inicie la acción de inexequibilidad debe determinar indispensablemente y con toda claridad la disposición o disposiciones que se acusan como violadoras de la Carta, lo mismo que los preceptos de ésta que se consideran infringidos, y la correspondiente exposición de los motivos fundamentales de la acción. Sólo la pugna o la contradicción de la ley o del decreto con alguna de las normas de la Constitución Nacional puede dar base y motivo para el ejercicio de esta jurisdicción especial de la Corte; la incongruencia u oposición que se advierta o pueda ocurrir entre leyes y decretos y otros actos de la misma naturaleza y categoría, lo mismo que los problemas que se planteen con el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, son cuestiones de interpretación legal o motivos de querellas cuya decisión corresponde a otras jurisdicciones determinadas por las leyes normativas de la organización judicial.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 24 de julio del año que corre, solicita a la Corte Suprema el doctor Jorge Anzola Cásseres, como apoderado sustituto de Roberto Sánchez y en ejercicio de la acción pública concedida en el artículo 149 de la Constitución Nacional, que declare inexequible, por inconstitucional, el artículo 1º del Decreto número 1283 del 28 de julio de 1932, expedido por el órgano ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias conferidas por las leyes 99 y 119 del año de 1931.

Surtido el traslado legal al señor Procurador General de la Nación y conocido su concepto, se procede a decidir sobre el pedimento de inexequibilidad.

El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910 —149 de la actual codificación constitucional— confía a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y le da la atribución de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los actos legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por la misma causa, por cualquier ciudadano. La demanda con que se inicie esta acción popular para que la Corte ejercite la facultad excepcional que le corresponde de controlar jurisdiccionalmente la constitucionalidad de las leyes y decretos debe determinar indispensablemente y con toda claridad la disposición o disposiciones que se acusan como violadoras de la Carta, lo mismo que los preceptos de ésta que se consideran infringidos, y la correspondiente exposición de los motivos fundamentales de la acción. Sólo la pugna o contradicción de la ley o del decreto con alguna de las normas de la Constitución Nacional es lo que puede dar base y motivo para el ejercicio de esta jurisdicción especial de la Corte; la incongruencia u oposición que se advierta o pueda ocurrir entre leyes y decretos y otros actos de la misma naturaleza y categoría, lo mismo que los problemas que se planteen con el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, son cuestiones de interpretación legal o motivos de querellas cuya decisión corresponde a otras jurisdicciones determinadas por las leyes normativas de la organización judicial.

En el caso propuesto a la Corte por el demandante Anzola Cásseres no se reúnen los elementos indispensables para dar adecuado ejercicio a la acción pública que consagra el artículo 149 de la Carta, en que funda su demanda. La acusación que formula contra el decreto ejecutivo no la hace consistir en contradicción alguna de sus disposiciones

con ninguno de los preceptos de la Constitución Nacional; el único fundamento que expresa es que el artículo acusado —1º del Decreto Ejecutivo número 1283 de 28 de julio de 1932— "es contrario a la disposición contenida en el Decreto Legislativo número 2194 de 1931". Esta pretendida contradicción de disposiciones entre dos decretos, uno en que se fijó el impuesto aduanero para algunos artículos de importación y otro en que se modificó por el Gobierno el arancel en uso de una facultad extraordinaria del órgano legislativo, no constituye materia adecuada para el ejercicio de la función de control constitucional que se ha incoado ante la Corte improcedentemente.

Con apoyo en lo brevemente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, resuelve que no hay lugar a decidir sobre la inexequibilidad impetrada en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

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

# SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE PERJUICIOS. — JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y JURISDICCION ORDINARIA.— RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO POR PERJUICIOS CAUSADOS POR ELLAS.— CULPA "IN ELIGENDO" Y CULPA "IN VIGILANDO" POR PARTE DE ESTAS ENTIDADES.— REVALUACION DE LA ANTIGUA DOCTRINA POR LA DEL DERECHO MODERNO EN ESTE PUNTO

1.—Entre nosotros rige el sistema de pluralidad de jurisdicción para la decisión de los diversos asuntos: administrativos y judiciales. Aún no se ha realizado la tendencia del derecho moderno que quiere asignar de manera exclusiva a la jurisdicción contecioso-administrativa el estudio y decisión de todos los casos originados en actos de administración ejecutados por las entidades de derecho público, por los Gobernantes, "como gerentes de los servicios públicos". En el caso de autos no se trata de una acción reservada, conforme a la Ley 130 de 1913, a los Tribunales administrativos o contencioso-administrativos, sino de una inconfundiblemente civil en que se busca determinar el derecho de un particular que afirma haber sufrido perjuicios causados por faltas y errores cometidos por el Municipio en la construcción de una obra de alcantarillado. — 2. Superfluo por trivial resultaría exponer citas legales conducentes a demostrar el error que implica la suposición de que el Personero de un Municipio, en su condición de tal, pueda intervenir como mandatario y representante de particulares en la contratación de una obra de servicio público de propiedad, control y responsabilidad del Municipio, cuya representación le corresponde legalmente. — 3.—Las entidades de derecho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de faltas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos, con fundamento en el principio esencial que domina la materia, consignado en la norma objetiva de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta (artículo 2356 del C. C.), y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado (artículo 2341 ibid.) — 4.—Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de las personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación y a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnización de perjuicios. Esta teoría basada en la culpa "in eligendo" y en la "in vigilando" ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia o cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 del C. C.), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión. Esta teoría está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los cuidadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta imputable a los agentes encargados legalmente

**de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la administración, salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado. No es falta en la selección del personal (culpa "in eligendo"), la base de la responsabilidad estatal, que más bien debe buscarse en la de previsión hacia los ciudadanos.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 6º de este Circuito por medio de apoderado y en libelo de fecha 14 de junio de 1935, Carlos Crane demandó al Municipio de Bogotá, en acción de indemnización de perjuicios causados en edificaciones de su propiedad, para que se le condene a pagarle las siguientes cantidades:

a) La suma de $ 45,000.00 moneda corriente, por el valor total de las edificaciones destruídas por las inundaciones ocasionadas con las aguas provenientes del colector del río San Francisco, suma ésta que equivale al daño emergente sufrido;

b) El valor del lucro cesante, producto de los arrendamientos de las casas a razón de $ 200.00 moneda corriente mensuales por todas ellas, desde el 19 de noviembre de 1932, fecha en que fueron destruídas por las inundaciones, hasta el 19 de junio de 1935, o sea la cantidad de $ 6,200.00;

c) La cantidad equivalente a los arrendamientos que hubiere devengado el actor desde el 19 de junio de 1935 hasta la fecha en que se verifique el pago de los perjuicios reclamados.

Reposa la acción en los siguientes hechos fundamentales:

1º El actor compró las edificaciones materia de esta demanda, marcadas en sus puertas de entrada con los Nos. 143-A, 145, 147-A, 147-B, 147-C, 149, 149-A, 151, 151-A, 153, 155, 157, 157-A, de la antigua nomenclatura, que corresponden respectivamente a los números 9-03, 9-11, 9-17, 9-21, 9-25, 9-29, 9-33, 9-39, 9-43, 9-47, 9-51, 9-57, 9-61 y 9-63 de la nueva nomenclatura, por los linderos que reza la escritura de compra, a Abel Lozada por instrumento número 1921 del 6 de diciembre de 1927, de la Notaría 5ª de este Circutio de Bogotá.

2º El 14 de octubre de 1932, al caer un aguacero bastante fuerte se hizo imposible seguir habitando las casas porque las aguas provenientes del colector del Río San Francisco, que brotaban por los sifones y cañerías subieron a una altura mayor de 40 centímetros sobre sus pisos y entablados;

3º Después de constatar prácticamente que las aguas provenían del colector del Río San Francisco, el actor en asocio de los vecinos de las fincas riveranas, dieron aviso por distintos medios a los representantes de la entidad municipal, sin conseguir que las autoridades respectivas, a pesar del conocimiento de las inundaciones y de sus causas, se preocuparan por evitar los daños que ocasionaba la obra del colector, ya que a ellos correspondía por ser ésta obra del Municipio;

4º En condiciones tan agravantes para las fincas porque a causa de las inundaciones que se produjeron se había comprometido la estabilidad de las edificaciones, además de los miasmas o efluvios que se desprendían de las aguas corrompidas hacían completamente inhabitables las fincas y porque hasta entonces el Municipio o sus representantes no hicieron ningún intento por reparar su obra, los inquilinos se vieron en la necesidad de desocuparlas;

5º El 19 de noviembre de 1932 cayó un aguacero que duró algún tiempo y como en ocasiones pasadas comenzaron a entrar las aguas provenientes del colector en grandes cantidades por los sifones y cañerías de las fincas citadas, de tal modo que los sifones de los patios, en lugar de servir para dar salida a las aguas lluvias hacían el oficio de inyectores de aguas sucias, porque como el colector se encontraba lleno, en vez de desaguar producía un flujo inverso.

Como los muros o paredes de las casas ya estaban reblandecidos con las anteriores inundaciones, las edificaciones se encontraban naturalmente muy débiles en su base y al producirse esta nueva y grande inundación, se desplomaron necesariamente quedando totalmente destruídas;

6º Tan pronto como quedó construída la obra del colector del Río San Francisco, en el trayecto comprendido entre las carreras 9ª y 13, Avenida Jiménez de Quesada, comenzaron las inundaciones en todas las fincas riveranas. Además se pudo constatar prácticamente que el colector se represaba entre otras causas por la de que todos los materiales de acarreo que arrastran las aguas se depositaban en la boca terminal, y teniendo el Municipio conocimiento de esto no hizo ningún caso de las reclamaciones y peticiones que sobre el cuidado de la obra le hicieron los propietarios de las fincas riveranas, incurriendo en esta forma en un descuido o negligencia y haciéndose por consiguiente responsable de todos los daños o perjuicios que su obra iba ocasionando;

7º En la época en que no estaba construído el colector y el río corría por su cauce abierto nunca se sucedieron inundaciones en las fincas de que se trata, y éstas solamente principiaron a sucederse después de la construcción del colector en el trayecto citado;

8º Siendo el colector obra del Municipio y estando demostrado que al verificar esta construcción hubo una notoria negligencia o descuido o imprudencia en lo relativo a los cálculos que debía hacer para llevar a cabo una obra de tan vital importancia construyéndola de la manera eficiente y provechosa y no en la forma deficiente en que ha quedado, es claro que a esto se debe la destrucción de las fincas riveranas;

9º Todas estas edificaciones se encontraban en magníficas condiciones de estabilidad y solidez y al no haber sido perjudicadas según lo ya visto, estaba asegurada su duración en buenas condiciones por un período no menor de veinte años.

---

El Personero Municipal de Bogotá evacuó el traslado de la demanda afirmando que los perjuicios de que se queja el demandante no son imputables al Municipio por diversas razones que expuso, y negando los hechos en que se funda la demanda. Finalizó el primer grado del juicio, surtido por los trámites de ley con la sentencia de fecha 9 de junio de 1936, totalmente absolutoria del Municipio demandado.

Recurrido este fallo por el apoderado del demandante y surtida la segunda instancia del juicio, fue revocado por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial en sentencia de 4 de octubre de 1938, que decidió:

"1º Condénase al Municipio de Bogotá a pagar al señor Carlos Crane, por concepto de daño emergente, la suma de $ 45,000.00 moneda corriente, valor de las edificaciones de propiedad del demandante que fueron destruídas por culpa del Municipio el día 19 de noviembre de 1932; 2º Condénase al Municipio de Bogotá a pagar al señor Carlos Crane el lucro cesante o sea lo que dejó de percibir a causa de la destrucción de las edificaciones de que es responsable el Municipio, desde el día 19 de noviembre de 1932 hasta que se verifique el pago de la suma a que se refiere el numeral anterior. La apreciación de la cuantía de este lucro cesante se hará en la forma que determina el art. 553 del C. J.; y 3º Declárase no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada. No hay condenación en costas".

Contra esta sentencia del Tribunal interpuso, oportunamente, recurso de casación el Personero del Municipio de Bogotá, recurso que, fundado en debida forma por medio de apoderado y legalmente tramitado, se procede a decidir.

## El recurso

Por diferentes causales de casación y en diversos conceptos que analiza en siete capítulos de su demanda acusa el recurrente la sentencia del Tribunal para fundar su solicitud de infirmación. Separadamente los considera la Corte, pero principiando por el segundo cargo que requiere precedencia lógica de estudio por versar sobre la competencia de las autoridades que han sentenciado en este pleito, o poder de decisión.

1º Se refiere este cargo al sexto de los motivos de casación enumerados en el artículo 520 del C. J., "por haberse incurrido en una de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del C. J., o sea, la contemplada en el numeral primero, denominada incompetencia de jurisdicción, porque tratándose de averiguar la responsabilidad que pueda caberle a la entidad municipal

por daños ocasionados en el funcionamiento de un servicio público creado por providencias administrativas, esta situación jurídica no puede sujetarse a la justicia ordinaria que dirime las querellas entre particulares, sino a la justicia administrativa que es la que corresponde por la naturaleza del acto generador del daño. La construcción del alcantarillado que el Municipio realizó por medio de contratos constituye una providencia administrativa de la cual reportó visible provecho la entidad distrital, luego los daños causados en propiedad ajena comisionados por el servicio público están sometidos a las disposiciones de la Ley 38 de 1918, artículos 1º y 7º, y por consiguiente, las autoridades competentes para conocer de este asunto en primera instancia no eran los Jueces del Circuito de Bogotá sino el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y para la segunda, no el Tribunal Superior del Distrito sino el Consejo de Estado.

**Se considera:**

Aunque nuestra organización jurisdiccional está estructurada sobre el sistema de la pluralidad de jurisdicciones, como la francesa, de donde se tomó, y en donde unos litigios son decididos por los Tribunales Administrativos y otros por las autoridades judiciales, a diferencia del sistema de unidad de jurisdicción en que todos los procesos cualesquiera que sean se juzgan por unos mismos Tribunales, sin embargo la ley que ha determinado especialmente las competencias no ha realizado todavía plenamente la tendencia del derecho moderno que quiere asignar de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa el estudio y decisión de todos los casos originados en actos de administración ejecutados por las entidades de derecho público, por los Gobernantes, "como gerentes de los servicios públicos". "Nuestra legislación sobre jurisdicción contencioso-administrativa —como ya lo dijo la Corte— no responde exactamente a esos principios, pues, por una parte sustrae del conocimiento de los Tribunales administrativos los litigios y conflictos originados en contratos admnistrativos celebrados en nombre del Estado, y, por otra parte, somete al conocimiento de tales Tribunales cuestiones que no se relacionan con la noción considerada hoy fundamental y decisiva de servicio público".

Las leyes especiales que regulan nuestro régimen administrativo no dan lugar a las teorías que sobre incompetencia de jurisdicción en casos como éste expone el recurrente, con fundamento y citas jurisprudenciales del Consejo de Estado de Francia, en donde se han delimitado, en consideración a la naturaleza jurídica diversa de los asuntos, los campos de la competencia de la justicia ordinaria y de la contencioso-administrativa, reservando privativamente para ésta todas las controversias que se originan en el funcionamiento, mal funcionamiento o falta de funcionamiento de los servicios públicos, o relativas a éstos. No encaja la índole de este pleito dentro de la jurisdicción organizada por la Ley 130 de 1913, cuyo objeto es la revisión de los actos de las corporaciones o empleados públicos administrativos en el ejercio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, ni da objeto para ninguna de sus acciones principales, la pública o popular encaminada a preservar el orden legal y constitucional abstractamente, ni la privada procedente sólo para la revisión de actos administrativos inconstitucionales o ilegales en el concepto de ser lesivos de derechos civiles en los casos y dentro de los límites que señala la ley orgánica correspondiente. No se trata en el caso de estudio del control de legalidad de un acto administrativo por desvío en la acción gestora de los negocios públicos, sino de una acción privada de orden inconfundiblemente civil en que se busca determinar el derecho de un particular que afirma haber sufrido perjuicios causados por faltas y errores cometidos por el Municipio en la construcción de una obra de alcantarillado, y en el ejercicio del derecho general y común que tiene todo el que ha sufrido un daño para pedir que se lo repare quien lo haya causado, y cuya competencia se halla determinada en el numeral 1º del artículo 109 del C. de O. J. que establece que los jueces de Circuito entienden de los asuntos contenciosos de carácter civil en que sea parte un Municipio y en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado.

Notoria es la impertinencia de la cita de

la Ley 38 de 1918 sobre cuya violación asienta el recurrente su tesis de incompetencia de jurisdicción, porque ni su título —"Sobre la manera de hacer efectivo el derecho de indemnización por expropiaciones ejecutadas por autoridades administrativas"— ni el texto de sus disposiciones, tienen conexión ni aplicabilidad al caso que se ha agitado en este pleito, que nada tiene que ver con expropiaciones ni daños con aprovechamientos de propiedad particular que es la materia especialmente gobernada en ese estatuto legal.

Dice el artículo 1º: "De las expropiaciones así como de los daños en propiedad ajena, por órdenes o providencias administrativas nacionales, fuera del caso previsto en el artículo 33 de la Constitución, será responsable la Nación cuando haya redundado en provecho suyo".

Y el 7º, sobre el cual se apoya especialmente la demanda: "Las disposiciones de la presente ley se harán extensivas a los Departamentos y a los Municipios cuando sean ellos los que se hayan aprovechado de la propiedad particular. La jurisdicción en estos casos corresponde en primera instancia a los Tribunales seccionales de lo contencioso-administrativo y en segunda al Consejo de Estado".

Carece, por lo visto, de razón el cargo.

2º Se acusa la sentencia por violación directa de la ley sustantiva; porque se acepta que el Municipio es el autor de la obra del colector y en esta condición fue demandado, cuando según el contrato de construcción de esta obra celebrado por el Personero Municipal con el ingeniero Joaquín Emilio Cardoso el 27 de junio de 1924, aquel funcionario obró como mandatario de la Junta de propietarios, en cuyo nombre estipuló y se comprometió: "Obraba, en consecuencia el Municipo por cuenta y riesgo de la Junta de propietarios, y siendo eso así, el Tribunal violó en la sentencia recurrida el artículo 2186 del C. C. según el cual es el demandante quien debe sufrir las consecuencias de los actos y contratos llevados a cabo en su nombre, y lo mismo que en el caso anterior violó directamente el artículo 2142 del mismo código porque según ese artículo los actos ejecutados por el mandatario dentro de sus funciones no lo obligan a él personalmente".

**Se observa:**

El Municipio de Bogotá llevó a cabo la construcción del colector del río San Francisco y alcantarillas laterales en el trayecto comprendido entre las carreras 9ª y 10ª de esta ciudad, en que están ubicadas las casas a que se refiere este pleito, por medio de contrato celebrado con el ingeniero Joaquín Emilio Cardoso en el mes de junio de 1924 (folios 29 a 32, cuad. 5). La acusación que el recurrente hace consistir en mala dirección de la demanda por haberse pedido contra el Municipio en vez de hacerlo contra la Junta de propietarios, cuya falta de fundamento es visible con solo enunciarla, busca apoyo en la cláusula 8ª del contrato, copiada en la demanda de casación, que reza:

"Este contrato se celebra con el doctor Joaquín Emilio Cardoso en virtud de la autorización que ha dado el señor Carlos Paredes, designado presidente de la Junta de propietarios de la cuadra que se trata, autorización que dice: "Señor Personero Municipal: Como presidente de la junta de propietarios de las fincas comprendidas entre las carreras novena y décima, he convenido con el doctor Joaquín Emilio Cardoso en las condiciones generales para la obra de canalización del río San Francisco en la expresada cuadra de acuerdo en un todo con el proyecto de contrato firmado por él y por mí, que tengo el honor de acompañar a usted con esta nota, a fin de que se sirva hacer el contrato definitivo con el doctor Cardoso. De usted atto y s. s. y amigo, **Carlos Paredes**".

Superfluo por trivial resultaría la exposición y citas legales conducentes a demostrar el error que implica la suposición de que el Personero de un Municipio en su condición de tal, pueda intervenir como mandatario y representante de particulares en la contratación de una obra de servicio público de propiedad, control y responsabilidad del Municipio, cuya representación le corresponde legalmente. La sola lectura del contrato, de cuyo texto se ha desglosado una cláusula para formular este cargo rebuscado, pone de manifiesto que fue el Municipio de Bogotá, como no podía dejar de serlo, quien

contrató, sobre especificaciones técnicas dadas por su órgano adecuado —la dirección de Obras Públicas Municipales— a cuya satisfacción debía hacerse la entrega de la obra, la construcción del colector y alcantarillas en referencia.

"Los suscritos, á saber: Bernardo Rueda Vargas, Personero Municipal de Bogotá, por una parte, y Joaquín Emilio Cardoso, mayor de edad y vecino de esta ciudad, en su propio nombre, y como gerente de la sociedad industrial de ingenieros.....", dice el encabezamiento del contrato en el cual sólo circunstancialmente se hizo referencia en su cláusula octava a la Junta de propietarios, cuya intervención está circunscrita, como es obvio, a la parte fiscal de la obra por la contribución forzosa impuesta por la ley a los propietarios de los sectores urbanos beneficiados por la obra de canalización y desagües.

"Los consejos, además de las atribuciones enumeradas en el artículo 169 de la Ley 4ª de 1913, podrán obligar a las personas naturales o jurídicas a que contribuyan proporcionalmente al costo que ocasionen encauzar y cubrir hasta fuera de las poblaciones los cauces naturales o artificiales por los cuales se dé curso a aguas sucias procedentes de sus casas, fábricas, establecimientos, etc. Las sumas con que debe contribuír cada persona podrá hacerlas efectivas el Tesoro Municipal como si se tratara de una acreencia del Municipio, pero en ningún caso podrá dárseles aplicación distinta. El Tesorero se hará responsable directamente de esta infracción". (Artículo 17, Ley 99 de 1922).

La creación de las juntas de propietarios, por sectores urbanos, fue hecha por medio de los Acuerdos con que el Concejo de Bogotá proveyó a la efectividad de la nueva atribución concedida por este texto legal a fin de realizar con la contribución de los propietarios beneficiados directamente una obra de servicio público, de interés general, indispensable para la salubridad ciudadana. Su intervención apenas se justifica y explica desde el punto de vista del costo de las obras, pero en manera alguna como portadoras de personería propia en la celebración de los contratos administrativos para la construcción de las obras públicas municipales. Para los efectos de localizar la responsabilidad civil de la entidad municipal en relación con el mal funcionamiento de la obra costeada por los particulares y destinada a la prestación de un servico público urbano, lo mismo significa que tal obra haya sido hecha por los funcionarios municipales directamente o por medio de contratos de construcción intervenidos por los ingenieros oficiales. Siempre es el Municipio el autor y responsable directo del funcionamiento eficiente e innocuo del servicio.

Con más realismo jurídico que el apoderado del Municipio ante la Corte ha afrontado este pleito su Personero oficial, a quien no se le ocurrió la peregrina idea de que no estaba representando a su Distrito cuando celebraba el contrato referido sino que intervenía como mandatario de unos particulares. "Este despacho estima —dijo la Personería al contestar la demanda— que los perjuicios de que se queja el demandante no le son imputables al Municipio por las siguientes razones: Porque el Municipio al construír el colector del Río San Francisco en aquella parte ejecutó los estudios preliminares de la obra, los llevó a cabo por conducto de técnicos especializados en la materia. Porque la ejecución de esa misma obra fue contratada con ingenieros competentes que desarrollaron sus labores teniendo en cuenta los estudios previos que se habían hecho y las indicaciones de los ingenieros de las Obras Públicas Municipales, quienes inspeccionaron en todo tiempo aquella construcción".

Carece por tanto de todo fundamento esta acusación por quebranto de disposiciones legales referentes al contrato de mandato, ajenas por completo a las cuestiones fundamentales del litigio.

3º Se acusa la sentencia por violación directa de la ley sustantiva consistente en la aplicación indebida de los artículos 2341 y 2356 del C. C. y en falta de aplicación de los artículos 639, 640 y 2347 del mismo código y 80 de la Ley 153 de 1887.

Las razones en que se pretende apoyar estas violaciones legales se hacen provenir de la afirmación contenida en la sentencia de que fue el Municipio el que llevó a cabo

la construcción del colector del río San Francisco y de que en su ejecución incurrió en negligencia y descuido que fueron la causa del perjuicio y la base de la responsabilidad que declara. Considera el recurrente que en estas conclusiones del Tribunal hay un visible error puesto que el Municipio no obró directamente en la ejecución de la obra que no fue hecha por los funcionarios oficiales "sino por concesionarios a los cuales la entidad había delegado esas funciones", de donde deduce que no se puede tratar este caso como uno ordinario de responsabilidad por el hecho propio, como se hace en la sentencia, sino que es preciso contemplar la responsabilidad por culpa proveniente de un hecho ajeno, con aplicación de las reglas legales especiales para este fenómeno, según las cuales es indispensable demostrar la existencia de sus tres elementos constitutivos: acto culposo del mandatario o comisionado; posibilidad de evitarlo por parte de la persona jurídica, y actividad del mandatario o comisionado dentro de los límites de su mandato. El Municipio de Bogotá es una persona jurídica y su Personero como representante legal no puede comprometer su responsabilidad sino mientras obra dentro de los límites de su mandato, fuera del cual no obliga a la persona moral como lo dispone el artículo 640 del C. C., y en la ocurrencia de autos el Personero Municipal de Bogotá no obró en representación del Municipio sino de la Junta de propietarios de la cuadra, ni su actuación puede considerarse culposa en la celebración de los contratos de proyección y construcción del alcantarillado.

Se considera:

En la parte enfocada por este cargo bajo el epígrafe Culpa, estudia la sentencia este elemento jurídico de la responsabilidad civil a la luz de la definición dada por Gény y completada por los hermanos Mazeaud en su tratado sobre la materia, como el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas condiciones o circunstancias externas. Se enumeran allí los contratos celebrados por el Municipio de Bogotá, el de 23 de octubre de 1923 con los ingenieros García y González sobre proyección de la canalización del río San Francisco entre su confluencia con el río San Agustín y el puente Colón en la calle 18, y el de junio de 1924 con el ingeniero Joaquín Emilio Cardoso para la construcción del colector y alcantarillas laterales en el sector que ya se ha visto, y en el cual el Municipio determinó precisamente con el contratista las condiciones de secciones, pendientes, clase de materiales que debían emplearse en la construcción según dibujos que debía suministrarle, y todas las especificaciones técnicas del caso. Analiza en seguida el Tribunal la prueba pericial de ingenieros producida en la segunda instancia en que se concluyó que la obra del colector no fue hecha de acuerdo con las exigencias de la técnica, y luégo de aceptar como fundado este experticio y corroborado por otras pruebas que menciona, concluye: "Queda así demostrado que el Municipio de Bogotá llevó a cabo la construcción del colector del río San Francisco y de los desagües de las casas a que se refiere la demanda, adyacentes al colector y que en la ejecución de esas obras el Municipio obró con negligencia y descuido con que en circunstancias análogas no hubiera procedido persona prudente y diligente, pues, como se desprende de los elementos probatorios atrás ameritados, esa obra no llena las condiciones técnicas de las de su clase, a causa de deficiencia en los estudios preliminares sobre los regímenes de las aguas, deficiencias en los materiales empleados, que según el contrato respectivo debían haber sido controlados por el Municipio y deficiencia en la capacidad del colector para contener las aguas que está destinado a recibir".

En concepto de la Sala ha sido tratado el aspecto culposo de este caso de responsabilidad extracontractual en forma clara y precisa en que no se ve en manera alguna ambigüedad ni tergiversación en la interpretación ni en la aplicación de la ley sustantiva en los textos y en el concepto a que se refiere el recurrente.

No es cuestión que se discuta todavía la responsabilidad civil del Estado, comprendiendo en este vocablo todas las entidades de derecho público como personas jurídicas, por los daños ocurridos como consecuencia

de faltas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos, con fundamento en el principio esencial que domina la materia, consignado en la norma objetiva de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado (art. 2356 C. C.) y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado (art. 2341 ib.). Secundaria importancia reviste la discriminación jurídica del mecanismo de la culpa en referencia con la obligatoria situación de representadas que corresponde siempre a las personas jurídicas en su condición de personas ficticias. Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación y a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría basada en la culpa **in-eligendo** y en la **in-vigilando** ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 C. C.), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión. Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños como gerente de los servicios públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios. No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la administración, salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado que lo compromete individualmente por actividades ajenas a las funciones del servicio mismo o independientes de él. No es falta en la selección del personal (culpa **in-eligendo**) la base de la responsabilidad estatal, que más bien debe buscarse en la falta de previsión hacia los ciudadanos que va implícita en el mal uso del poder de control y dirección que corresponde a los gestores municipales en las actividades de servicios adscritos al distrito.

Por ningún lado pugna la sentencia recurrida con ninguno de estos principios de derecho. El Tribunal acepta y da por probada en su sentencia no solamente la culpa del Municipio por impericia en la construcción del colector y alcantarillas laterales en el sector urbano conocido, sino también por negligencia y descuido deducidos de los hechos a que se hace relación bajo los números 2, 3 y 5 de los fundamentales de la demanda y consistente en la omisión del Municipio de tomar las medidas necesarias para evitar mayores perjuicios con ocasión del aviso que sobre los inconvenientes y deficiencias de la obra del colector, revelados

por las inundaciones producidas por el primer aguacero (14 de octubre de 1932), le dieron a los representantes oficiales del Municipio el actor y demás dueños perjudicados, omisión que permitió la culminación del daño de las edificaciones por los efectos del aguacero del 19 de noviembre del mismo año. Esta negligencia o descuido, como la impericia técnica original en que se incurrió según apreciación probatoria de la sentencia, en la obra del colector, culpas en que reposa la responsabilidad declarada, son hechos del Municipio, no importa el funcionario distrital a cuya gestión pública corresponda la imputación dañosa.

Ya se consideró atrás la alegación infundada de que el Personero no llevó la representación del Municipio en la celebración de los aludidos contratos de proyección y construcción de la obra del colector y alcantarillado, obra esencialmente municipal de utilidad pública construída por los ingenieros oficiales o por constructores contratados, como ya se dijo. Inválidos son los esfuerzos que hace el recurrente por demostrar que el Municipio demandado no incurrió en culpa con el hecho de la celebración de los referidos contratos, porque de este modo se desplaza el problema de su verdadero campo de consideración puesto que la culpa que se ha alegado en este caso como fundamento de la responsabilidad no consiste en la celebración de esas convenciones sino en la realidad misma de la obra, en sus condiciones inadecuadas para la cabal prestación del servicio a que estaba destinada.

Por lo que hace al cargo de violación por no aplicación de los artículos 639 y 640 del C. C., referentes a la representación de las corporaciones y al límite y condiciones en que sus representantes las obligan, conviene repetir lo que dijo la Corte con ocasión de un caso de notoria analogía con el actual: "Se refiere exclusivamente a las Corporaciones, especie de personas jurídicas distinta de la a que pertenecen los municipios. Los artículos 633 del Código Civil y 80 de la Ley 153 de 1887 no dejan duda alguna sobre el particular, aparte de que los municipios son siempre personas de derecho público, al paso que las corporaciones lo son siempre de derecho privado. Y exclusivamente mira a actos y contratos, para repetir el principio, varias veces consignado en el código, de que el representado contrae obligaciones por voluntad del representante en cuanto el ejercicio de la representación no rebase las facultades anexas a ésta". La aplicabilidad y pertinencia del texto legal es condición esencial para que pueda formularse correctamente el cargo por su no aplicación en la sentencia acusada. (G. J. Tomo XLIII, página 584).

Tampoco, pues, es procedente este cargo.

IV. Se acusa el fallo recurrido por violación directa de los artículos 2341, 2347, 2357 del C. C., 1º de la Ley 105 de 1890 y 329 del C. J. Para formular esta acusación acepta el recurrente que los estragos producidos en las casas del demandante Crane fueron los efectos de las condiciones de insuficiencia en que fue construído el colector municipal, y sobre esta base plantea a la Corte el problema de la concurrencia de culpas y de la existencia de una fuerza mayor o caso fortuito, para sostener que apareciendo demostradas en el proceso estas circunstancias, el Tribunal debió descartar la responsabilidad del Municipio, si no en su totalidad, por lo menos en gran parte.

En lo tocante al primer aspecto, a la pretendida participación del actor Carlos Crane en la producción del daño de que se queja, alega el recurrente que si no se acepta que en el contrato de construcción obró el Personero Municipal de Bogotá en representación de la Junta de propietarios sino del Municipio "tiene que admitirse la participación del señor Carlos Crane en la celebración de dicho contrato por cuanto que el Personero obró en virtud de una autorización que le fue conferida por el Presidente de dicha Junta, que era un mandante de los propietarios y entre éstos estaba el señor Crane. Si admitimos que hubo culpa del Municipio de Bogotá en la construcción del alcantarillado, tenemos que admitir que también hubo culpa de parte de los propietarios de las fincas de la cuadra porque también ellos intervinieron en la celebración de un acto que en concepto del demandante fue culposo. Si la proyección era insuficiente, si la alcantarilla se iba a construír sin tener en cuenta los dictados de la

ciencia y de la técnica, los propietarios no han debido autorizar a la entidad municipal para la celebración del contrato de construcción".

Se considera este primer aspecto del cargo.

Esta argumentación de la demanda de casación está montada sobre una ostensible equivocación de lo que fue en significación y alcance la intervención de la Junta de propietarios, de su Presidente, en la celebración del contrato con el ingeniero Cardoso para la construcción de la obra pública municipal del colector del río San Francisco y alcantarillado lateral, a que ya se hizo referencia al considerar el segundo de los cargos formulados en casación. Para la ejecución de esta obra en que está comprometido el interés general y la salubridad colectiva, destinada por su propia naturaleza a la prestación de uno de los más primordiales servicios públicos, no necesitaba el Municipio autorización de los propietarios de la cuadra ni de nadie. Por el contrario, fueron los propietarios los que intervinieron, reducida su intervención al aspecto fiscal de la obra, forzados legalmente por el Municipio en uso de la facultad que le confirió la Ley 99 de 1922 en su artículo 17, a cuya efectividad proveyó la municipalidad de Bogotá por medio de acuerdos y reglamentaciones destinados a hacer real la cooperación particular en el costo de la obra de interés público y general. Apenas hay necesidad de decir que obras de esta clase y trascendencia no pueden subordinarse en las especificaciones de su construcción y resultados y consecuencias de su funcionamiento a otro interés que no sea el social de la salubridad urbana, y que como toda obra de urbanización que se vincule al bienestar social público, no puede hacerse sino bajo el control técnico de las autoridades competentes y consecuencialmente bajo la responsabilidad jurídica de la entidad municipal. La participación del demandante como la de los demás dueños de fincas en el sector aludido, en la medida que le impuso la ley, fue una cooperación de dinero, desligada completamente de todo aspecto técnico de la obra, la que estuvo como tenía que estarlo bajo la vigilancia y el control de los ingenieros municipales, la Junta de Obras Públicas y la Dirección Municipal de éstas, como consta del contrato mismo. Resultaría en estas condiciones aberrante que el hecho de la contribución forzada de dinero de un particular en la ejecución de una obra pública fuera a considerarse, a título de colaborador en ella, como una culpa de negligencia y descuido suyos, para justificar una compensación parcial o repartición de los perjuicios causados por errores en que incurrió su empresario y constructor oficial, único responsable técnica y jurídicamente de su eficacia y buen funcionamiento.

No tiene razón por lo visto el apoderado judicial del municipio demandado y condenado en su acusación de quebrantamiento directo del artículo 2357 del C. C. que autoriza una reducción en la cuantía del daño cuando a él se haya expuesto imprudentemente la víctima, y que el Tribunal se abstuvo de aplicar porque en el proceso no hay base para su aplicación.

Respecto del otro motivo de exoneración de la responsabilidad a que se refiere el cargo que se estudia, o sea, a la fuerza mayor o caso fortuito, propuesto como excepción en la contestación de la demanda y consistente en que el aguacero que cayó sobre la ciudad el 19 de noviembre de 1932, que ocasionó los perjuicios de que se queja el demandante, fue de tal magnitud que arrastró piedras y despojos en cantidad y en forma superiores al funcionamiento normal del colector que así resultó insuficiente, lo cual constituye un caso imposible de prever, no son menos infundadas las razones que expone el recurrente para demostrar que el Tribunal se equivocó e incurrió en violación legal al no dar por establecida y demostrada esta excepción perentoria.

No consideró el sentenciador que con los elementos probatorios del juicio se podía configurar la situación de fuerza mayor o caso fortuito propuesto por el demandado por haber llegado a la conclusión sobre el mérito de las pruebas, como ya se vio, de que las inundaciones que causaron el estrago en los bienes del actor fueron debidas a errores técnicos de cálculo en el planeamiento de la obra del colector y alcantarillado y a defectos en su construcción según conceptos periciales acogidos por el Tribu-

nal, de modo que ni aun aceptando la existencia de la fuerza mayor, en el caso de que pudiera considerarse como irresistible e imprevisible la abundancia del aguacero y el acarreo de piedras y despojos del exterior hacia la boca del colector, podría aceptarse como establecido el motivo de exculpación alegada, porque en estas circunstancias resultaría que tal acontecimiento fue apenas una de las causas que concurrieron a producir la destrucción de las casas del demandante en asocio de la culpa por negligencia o descuido del Municipio, no sólo por equivocaciones en la proyección y construcción de la obra de acueducto, sino por no haber utilizado previsivamente las oportunas advertencias que le hicieron los dueños de las edificaciones perjudicadas con el primer aguacero (octubre), en forma que hubiera evitado la ruina que se consumó con el segundo, el memorado 19 de noviembre.

Estas conclusiones del fallo, notoriamente legales y fundadas en la teoría de la causalidad ocasional, no aparecen combatidas con razones valederas en la demanda de casación, que se limita a afirmar en este particular que, "si el sentenciador hubiera analizado con sereno criterio este aspecto y no obsesionado por la idea de la culpa, hubiera declarado probada la excepción propuesta y entonces habría declarado que el Municipio no era responsable o hubiera disminuído la indemnización".

No puede decirse en realidad, tratándose de una obra como la planeada y construída por el Municipio, dentro de los principios jurídicos que definen y condicionan la fuerza mayor y el caso fortuito, que los aguaceros fuertes, los más copiosos, constituyan un factor de imposible previsión en el planeamiento y proyección de las obras de desagües urbanos, en los que equivalen al cálculo del régimen máximo de aguas en el estudio de toda obra de hidráulica. Esto equivaldría a dar carta blanca de irresponsabilidad a las equivocaciones de los técnicos que intervengan en la construcción de obras de esta naturaleza destinadas a la prestación de servicios públicos.

Conviene recordar en este punto lo que dijo esta Sala en sentencia de 26 de mayo de 1936 al analizar y calificar el mismo suceso de que hoy se trata y al rechazar la misma alegación que hoy se rechaza, en pleito seguido al municipio de Bogotá por otro de los perjudicados por las mismas obras y sucesos de que da noticia este proceso. "Cuando al reo de culpa se le demanda en juicio para que indemnice el daño que causó con su conducta imputable aunque no maliciosa, suele defenderse excepcionando de fuerza mayor o caso fortuito. Es esta en multitud de casos su reacción natural. Apenas habrá concepto jurídico de que se abuse tanto como se abusa del que consiste en el accidente imprevisto e irresistible. Menudea su alegación así para desviar el efecto de los contratos como para eximirse de cumplir las obligaciones que tienen por fuente una conducta culpada.

"El artículo 64 del C. C. definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto o que no es posible resistir. Con la conjunción **o**, que en esta vez no separa sino que denota equivalencia, se identificaba en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1º de la Ley 95 de ese año cambió la conjunción **o**, en donde se leía 'es lo mismo', por la preposición **a**, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de 'el imprevisto o que no es posible resistir', dijo 'el imprevisto a que no es posible resistir'. Cambiada la conjunción por la preposición, surgieron con toda nitidez los dos caracteres de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber: imprevisto e irresistible.

"**Prever**, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona, jurídica o natural, no evita el daño evitable, se dice que no lo previó ni lo previno, lo cual la inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado toda la inteligencia y pericia necesarias para evitar los efectos de la fuerza irresistible.

"Si no se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito. Ejem-

plo: cualquiera fuerza física o moral sin suficiente violencia para ser irresistible, aunque no se haya pensado en ella.

"Si el accidente es irresistible pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito. Ejemplo: cualquiera fuerza física o moral, a que no puede resistirse pero que pudo evitarse en sus consecuencias". (G. J. citada, página 584).

Y lo dicho basta para concluír que el cargo que se estudia no tiene fundamento.

V, VI y VII. Los tres últimos capítulos de la demanda de casación, el 5º, 6º y el 7º, se dedican al ataque del fallo recurrido por el aspecto probatorio. Por la identidad de materia la Corte los reúne para considerarlos globalmente. Acusa el recurrente la sentencia por violación indirecta de los artículos 1494, 2341 y 2356 del C. C. como consecuencia de errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de las pruebas, errores relacionados con la existencia de la culpa de donde se hace nacer la responsabilidad y con la demostración del vínculo de causalidad entre la culpa imputada y el perjuicio sufrido, y que, en resumen, se hacen consistir en lo siguiente:

Error de hecho al apreciar el dictamen pericial de los ingenieros Martínez y Monsalve por haber estos peritos "tomado como elemento de corroboración del dictamen un informe que se refería a una obra distinta de la que pudo ser causa del daño y a una época muy anterior a la inundación, y por haber tomado como otro elemento de corroboración el estudio presentado por el ingeniero Ortiz, no obstante que en la copia que obra en autos no figuran los capítulos relacionados con el estudio de régimen de lluvias y con la capacidad del colector";

Error de derecho al apreciar esta prueba pericial por cuanto el auto en que se dio traslado de él le fue notificado al fiscal del Tribunal haciendo constar que se le corrió el traslado, pero sin expresar que los autos quedaban a su disposición en la Secretaría;

Error de derecho en la apreciación de la prueba testimonial relacionada con las inundaciones de las fincas del demandante Crane porque "se extravía el sentenciador al pensar que es con prueba testimonial como debe probarse la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio, puesto que esa relación es fruto de la aplicación de los principios científicos a la realidad de los hechos concretos". Inapreciables al efecto estas declaraciones de testigos, se incurrió en nuevo error de derecho al prestar mérito a la prueba indicial, usada en la sentencia como prueba corroborante, y que, como tal, es insuficiente y debe caer.

Se considera:

La convicción del Tribunal para declarar la responsabilidad municipal sobre la existencia de una culpa consistente en que el municipio de Bogotá obró con negligencia y descuido en la proyección y ejecución de las obras públicas en referencia, por lo cual se causaron los perjuicios cuya reparación demanda el actor Carlos Crane, se funda en pruebas de diversa especie y categoría, de las cuales la central, por su naturaleza técnica y sus afirmaciones indudables, la constituye el dictamen pericial uniformemente rendido en la segunda instancia por los ingenieros Carlos Martínez y Ernesto Monsalve, nombrados por las partes y cuyo dictamen no fue objetado por ninguna de ellas en la oportunidad correspondiente. Estos peritos, después de advertir en el encabezamiento de su dictamen escrito que han hecho un estudio detallado del colector, que han hecho varias visitas y observaciones a los sitios comprendidos en su peritazgo, que han analizado los planos de la obra y han leído y estudiado el informe titulado "Estudios de corrección del Río San Francisco", presentado por el ingeniero Pedro Ortiz a la Secretaría de Obras Públicas Municipales, en colaboración de eminentes ingenieros, a solicitud de esa Secretaría en julio de 1933, y luégo de advertir también que han hecho encuestas entre profesionales sobre el punto sometido a su dictamen, concluyen afirmando uniformemente y sin la menor duda "Que el colector no fue construído conforme a las condiciones que la técnica exige para esta clase de obras". Entre las razones que expresan para fundar su concepto perentorio figuran la falta de estudios anteriores al proyecto, sobre regímenes de aguas y características particulares de los aguaceros; falta de previsión so-

bre el régimen mayor de aguas, ocasionado por las canteras y desmontes en los costados de los cerros adyacentes a la boca del colector; la mala calidad de los materiales empleados en la obra; la falta de obediencia de las secciones del colector a normas precisas sobre el volumen de aguas que deben contener en momentos desfavorables, y la capacidad en la zona final del colector inferior a la que debiera tener en relación con la zona alta o boca del colector, dada su pendiente y sección.

Sobre las conclusiones de este dictamen, fruto de una debida fundamentación en concepto del Tribunal, reposa la resolución de la sentencia acusada. Los ataques que contra ella endereza el recurrente no la afectan en el mérito que le corresponde y en que fue apreciada, porque apenas se relacionan con el hecho incidental a que se alude en el dictamen escrito de haber complementado su ilustración los peritos con documentos e informaciones extrañas no producidas con ocasión del caso concreto sometido a su concepto, aunque sí relacionadas generalmente con la obra del colector del río San Francisco y motivadas con las irregularidades y deficiencias que la obra reveló al comenzar su servicio. Si el dictamen pericial es irreprochable en cuanto a la capacidad de los técnicos y a las fuentes directas y personales de estudio y análisis que utilizaron, y si contra sus conclusiones no se alega ninguna equivocación incompatible con la realidad que fluye del proceso, resulta inválido e ineficaz el cargo dirigido a descalificar "elementos de corroboración del dictamen", cuyo empleo y enunciación revelan esfuerzo de ilustración y acierto en los peritos que más abona y hace respetable su concepto. Ninguna errada aplicación de las reglas legales de evaluación de esta especie de prueba, constitutiva de un error de derecho en su apreciación, puede imputarse al Tribunal, como tampoco error de hecho al asentar sobre ella la verdad del error o descuido técnico en la construcción de la obra pública referida —fuente de la responsabilidad civil— porque no hay de dónde deducir la verdad contraria, que debería aparecer con manifiesta evidencia en los autos si la sentencia se hubiera equivocado en la determinación del hecho culposo. Por lo demás, la sentencia acusada utilizó también como pruebas corroborantes separadas del dictamen pericial en que aparecen como fuentes accesorias de información, el estudio de corrección del río San Francisco presentado por el ingeniero Jefe del Departamento de Obras de Alcantarillados del Municipio y el informe que a solicitud del Alcalde rindió una comisión de la Sociedad Colombiana de Ingenieros sobre las obras de canalización de los ríos San Francisco y San Agustín. Ningún resultado práctico puede producir en casación este ataque fragmentario a una prueba que es apenas uno de los varios elementos que nutren la certidumbre del fallo.

Más infundado es aún el cargo que quiere hacerse consistir en irregularidad procedimental en la manera como se dio traslado a las partes del dictamen pericial, porque no existe la pretendida informalidad y porque aun existiendo no daría por su propia entidad base legal para un cargo de casación. Lo que la ley dispone (artículo 719 del C. J.) es poner en conocimiento de las partes el dictamen por tres días para que, dentro de ese término, puedan pedir que los peritos lo expliquen, amplíen o lo rindan con mayor claridad, o lo objeten por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción, y eso fue precisamente lo que en este caso se hizo, sin que ninguna de las partes formulara reparo alguno a las conclusiones periciales.

En lo referente a la relación o vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio, elemento esencial para la existencia de la responsabilidad civil a que la sentencia dedica un cuidadoso capítulo, la base probatoria para su aceptación la constituyen especialmente las declaraciones testimoniales, legalmente producidas, de Sebastián Carrasquilla, Abraham Fagua, Luis Romero, Jorge Melo y Germán García Ferro, quienes afirman por conocimiento personal adquirido por presencia, que el 14 de octubre de 1932 se inundaron las casas del demandante con aguas provenientes del colector del río San Francisco, y que el 19 de noviembre de ese año, debido a la misma causa se volvieron a inundar, destruyéndose las edificaciones casi totalmente; que los propietarios de las fincas de ese sector urbano afectadas por

estas inundaciones, al darse cuenta del perjuicio que producía la construcción de la obra del colector, se quejaron al Municipio previniéndole las funestas consecuencias que tendría esa obra al continuar su construcción de las mismas condiciones, y que no obstante estos reclamos y advertencias la obra de la canalización se continuó "construyendo un colector que cuando llueve fuerte produce un flujo inverso en todas las edificaciones de las cañerías y los sifones de las casas". Afirman finalmente los testigos el hecho de que antes de que el Municipio de Bogotá construyera el mencionado colector nunca se produjeron inundaciones en las casas del actor Crane.

"Estas declaraciones—dice la sentencia—prueban plenamente los hechos que los testigos relatan por haber sido presenciados por ellos y unidas a las otras pruebas completas atrás analizadas y a los indicios que se desprenden de las inspecciones oculares practicadas fuera de este juicio y de los conceptos sobre la obra del colector del río San Francisco que figuran a los folios 32 a 39, 46 a 53 del cuaderno 2, y 11 a 13 del cuaderno 5, llevan al Tribunal a la conclusión de que si el Municipio hubiera puesto mayor atención en los cálculos, proyectos y construcción del colector y desagües laterales, no hubiera ocurrido la inundación que destruyó las casas del demandante".

Contra esta conclusión, que se expresa como resultado de un análisis de correlación de pruebas distintas de mérito convergente, el recurrente sólo esgrime su alegación de inconducencia de la prueba testifical para establecerse la relación de causa entre la culpa y el daño sólo susceptible de establecerse, en su concepto, por aplicación de principios científicos a los hechos concretos. Sin detenerse la Sala en la circunstancia irregular en que en este punto incurre nuevamente la demanda, suficiente para rechazar el cargo, de desintegrar el haz probatorio que respalda la convicción judicial para hacer reparos parciales a una sola prueba, advierte que en la conclusión que se estudia el Tribunal no procedió contra ningún principio de derecho probatorio al deducir lógicamente la relación consecuencial que liga visiblemente a hechos establecidos plenamente con declaraciones testimoniales no atacadas en sí mismas, y en las cuales la Sala no echa de menos, para los efectos que se consideran, que los testigos no hagan la exposición científica de las leyes físicas en virtud de las cuales se produjo el fenómeno. Es precisamente la realidad de los hechos concretos a que alude el recurrente, superior en su lógica evidente a las teorías meramente conceptuales aunque sean conceptuosas, la que le da admisibilidad y respaldo a la convicción judicial que ha decidido este proceso, y que no se puede desconocer ni destruír en este recurso extraordinario sino a través de la demostración de errores de hecho o de derecho en la evaluación de los elementos de prueba en que se apoya.

La última parte de la demanda de casación está destinada al ataque del dictamen pericial rendido uniformemente en 1ª instancia por los peritos Manuel Cubides Romero, por parte del Municipio demandado, y Domingo Arturo, por parte del demandante, no objetado tampoco en ninguna forma por los interesados en el juicio, y con el cual se produjo la prueba del valor del daño emergente en la indemnización demandada, esto es, el valor de las edificaciones de propiedad del actor Crane, destruídas en la forma y por las causas ya dichas. El Tribunal expresa en su sentencia que acoge el avalúo de $ 45,000 como valor de las cuatro casas dado por los peritos por considerar que su dictamen está debidamente fundamentado y merece la fe de plena prueba al tenor de las reglas legales.

Afirma el recurrente que al acoger el Tribunal esta prueba incurrió en los siguientes errores:

De hecho, al aceptar un avalúo de construcciones deslindadas, al decir de los peritos, conforme a la escritura número 1921 de diciembre de 1927, porque dentro de esos linderos hay edificaciones que no son materia de reclamo por parte del señor Crane;

En error evidente al tener por fundado una avalúo de daño emergente causado en 1932 a pesar de que se dice que el precio fijado se ha señalado teniendo en cuenta los valores del día del justiprecio;

En error de hecho al tomar como avalúo

del daño emergente el valor íntegro de una casa que según los mismos peritos no sufrió daños muy graves, puesto que pudiéndose aprovechar el material no fue gravemente perjudicado, el valor del perjuicio debió ser menor.

Se considera.

Los citados peritos rindieron en su condición de tales dos dictámenes ambos uniformes en sus fundamentos y conclusiones: uno en la diligencia de inspección ocular practicada a pedimento del actor en el cual se expresa minuciosamente, casa por casa, la clase de construcción, el número de piezas, sus dimensiones y todas las circunstancias que sirven para determinar la comodidad de sus habitaciones; el estado de completas ruinas en que quedaron a consecuencia de las inundaciones, en forma que la única solución era su demolición total "porque no hay reparación posible donde fueron destruídos muchos muros y los demás vencidos y agrietados y los materiales dañados por la misma causa". El segundo dictamen versa sobre el avalúo de los daños decretado por el juez, y en él se advierte que se ha tenido como base el rendido con oportunidad de la inspección ocular en que se examinaron las casas y su estrago detalladamente. La atenta lectura y consideración de esta prueba pericial revela que el Tribunal no se equivocó al acogerla como base de su certidumbre en el punto que estaba destinada a establecer, porque sus conclusiones no chocan contradictoriamente con ninguna otra verdad procesal, ni sus fundamentos, calificados como satisfactorios y bastanteados en la sentencia, adolecen en realidad de los defectos que les achaca el recurrente. En efecto; nada significa el reparo sobre disimilitud de alinderaciones a que se refiere la demanda, por que dándola por establecida y no simplemente afirmada, no mengua el acierto pericial vinculado exclusivamente al avalúo de determinadas edificaciones en que ningún papel jugó su suelo. En relación con la época en que se colocaron los peritos para su justiprecio, el texto de sus dictámenes no da base al cargo que se le hace, porque el perito nombrado por el Municipio, Cubides Romero, sólo dice que ha tenido como base el dictamen rendido con motivo de la inspección ocular y que en él ha procedido conforme a los conocimientos técnicos que tiene sobre la materia, y sólo el otro perito, Domingo Arturo, al finalizar su dictamen advierte que ha cumplido su encargo "en el cual he tenido en cuenta los valores actuales para unas construcciones de la misma naturaleza que me ha tocado conocer". No hay en verdad fundamento para afirmar indudablemente que los peritos tuvieran en cuenta tal año y no otro, circunstancia ésta que de por sí no revela equivocación, ni es bastante para negarle fe a una prueba calificada por el sentenciador como fuente adecuada de su convicción. Para rechazar el reparo mal fundado en que se avaluaron casas que no existían, basta pensar que ese era precisamente el objeto de la prueba, por que en la destrucción de esas casas consistió el daño; y el reparo final, referente a que el deterioro de una de las casas no fue completo y que ha debido rebajarse el valor de los materiales utilizables, fuera de que hubiera sido más oportuno alegarlo en el traslado que se surtió de la prueba pericial, resulta contradicho por el dictamen mismo y no respaldado por ninguna otra prueba del proceso. Ambos peritos aseveran que la ruina de los edificios es completa, porque aunque hay sectores de muros y de techos en pie, su estado excluye toda habitabilidad y no hay otro remedio que su demolición, como en realidad sucedió por orden policiva, según hay noticia en el proceso.

No da base, en resumen, el ataque del recurrente a esta prueba para rectificar las conclusiones que el sentenciador apoyó en ella, en uso de su facultad primordial de apreciación probatoria, respetable para la Corte mientras no se demuestre que en ella se quebrantó la ley que fija y determina su valor de convicción, o que se acogió contra la evidencia contraria que aparece de manifiesto en los autos.

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de

fecha 4 de octubre de 1938, que ha sido materia de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

ACCIONES DE REIVINDICACION Y DE SERVIDUMBRE NEGATORIA. — VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. — CONCEPTO DE SERVIDUMBRE. — URBANIZACION.

**1.—La ley admite actos jurídicos unilaterales creadores de obligaciones. La utilidad social hace admisible como obligatoria la promesa unilateral de verificar un contrato allí donde la aceptación del antecontrato contenido en ella en germen, aunque no establecida, sea probable. La seguridad lo exige. — 2.—El concepto de servidumbre requiere como elemento básico dos predios relacionados entre sí en forma tal que el uno soporte un gravamen en beneficio del otro. — 3.—La urbanización es un negocio consistente en convertir en suelo cotizable por metros o varas cuadradas para habitaciones, una extensión de terreno más o menos considerable que se vendería por hectáreas o fanegadas si a esto se procediese en relación con su cabida. El negocio lo espera lucrativo su empresario en razón del consiguiente aumento de precio. Su interés está en la rápida realización de los lotes que permita pronta liquidación, y a la vez en cierta lentitud que dé campo a aprovechar la valorización creciente producida por la construcción de habitaciones en los lotes vendidos y demás mejoras en éstos y la repercusión de estos pasos sobre el valor de los lotes restantes.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Tramitado debidamente, debe decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia en que el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, reformando la de primera instancia, decidió en segunda el juicio ordinario de Carlos Uribe Brigard contra el Municipio de Bogotá.

La demanda pide estas declaraciones separadas en dos grupos: 1º que el actor es dueño de las zonas de terreno deslindadas en ella y que el Municipio debe entregárselas y pagarle sus frutos y las demás prestaciones concomitantes desde que las ocupó hasta que se las devuelva; 2º que esas zonas no están sujetas a servidumbre de tránsito en favor de la vía pública municipal; que consecuencialmente el Municipio no puede establecer el tránsito de los vecinos por ellas en calidad de servidumbre relativa al uso público; que tampoco puede impedirle al actor que para evitar ese tránsito construya las obras necesarias según estimaciones de éste, con la sola limitación de las disposiciones administrativas sobre edificaciones y reparaciones, y que el Municipio le indemnice los perjuicios que le ha causado por haber establecido esa servidumbre.

Son hechos fundamentales: el dominio del actor sobre esas zonas está vigente, por no haberse cancelado su respectivo título; no se ha constituído servidumbre de tránsito sobre ellas y a favor de la vía pública por el actor ni por sus antecesores; el Municipio carece de título para ejercitar esa servidumbre y se ha venido sirviendo de las zonas como prolongación de las calles 2ª y 3ª, hoy 3ª y 3ª-A, al occidente de la carrera 13; actualmente se efectúa por esas zonas, destinadas por el Municipio para calles públicas, el tránsito del vecindario; figuran ellas como tales calles en el plano y nomenclatura de la ciudad, y el Municipio, no obstante haberle reconocido tácita y expresamente al actor sus aludidos derechos, ha hecho desaparecer toda solución de continuidad entre esas zonas y los predios que las limitan por el occidente, a fin de continuar la vía pública que hoy hay allí y de prolongar esas calles, constituyendo con ello un gravamen en favor de la vía pública sobre ese terreno del demandante.

Así se resume la demanda tal como quedó

al enmendar en abril de 1934 la originariamente formulada en octubre anterior. La primera instancia cursó en el Juzgado 6º de este Circuito y terminó con sentencia absolutoria. Apelada ésta por el actor, cursó la segunda instancia y el Tribunal la desató insistiendo en la absolución en lo tocante a las súplicas reivindicatorias y accediendo a las del referido grupo restante, o sea, el relativo a servidumbre, salvo en la petición final de éste sobre perjuicios, en que también absolvió.

Siendo único recurrente en casación el Municipio, quedan descartados los puntos y súplicas en que está absuelto, y concretado el problema ante la Corte a los restantes que son, como efectivamente sucede y desde luego era de suponerse o es de comprenderse, a aquello en que le es adverso el fallo del Tribunal, cuya parte resolutiva, después de negar las referidas peticiones sobre acción reivindicatoria en su numeral 1º, en sus siguientes numerales decide así:

"2º Declárase que las zonas de terreno materia de la demanda no están sujetas a servidumbre de tránsito en favor de la vía pública municipal, esto es que el público no puede transitar libremente por sobre dichas zonas hacia las calles municipales adyacentes.

3º El Municipio de Bogotá no tiene derecho a establecer con el carácter de servidumbre relativa al uso público el tránsito de los vecinos por las mismas zonas.

4º Sin perjuicio de los derechos que puedan tener los propietarios aledaños, por virtud de destinación de las mismas zonas para calles privadas, el Municipio de Bogotá no puede impedir que dentro de las limitaciones a que están sujetos los propietarios urbanos, el demandante construya las obras que estimare necesarias para evitar el tránsito del público por sobre las zonas de terreno a que se refiere la demanda".

Esta transcripción señala en forma precisa lo que es materia del presente recurso, es decir, lo que se halla **sub judice** ante la Corte.

---

El Tribunal razona al respecto comenzando por citar el título del actor y el certificado de registro complementario y por poner de presente que en lo tocante a servidumbre ese título y los de los antecesores no indican sobre destinación sino que ésta se hacía para calles privadas, la que no indica dejación efectiva del dominio sino mero propósito de imponer tránsito en favor de los predios colindantes, de suerte que no habiéndose dado a ese propósito la solemnidad de rigor, no puede decirse que el título anterior esté cancelado, de donde deduce que aquella destinación informal no se opone a la vigencia del título de dominio del demandante.

Completa y cierra estas reflexiones así: "Hállase acreditado con la inspección ocular y el dictamen pericial ya relacionados que por sobre las zonas de terreno a que se refiere la demanda transita libremente el público hacia las calles municipales adyacentes. Y como tal situación de hecho no tiene base en una relación de derecho, es procedente hacer tal declaración en la sentencia, sin perjuicio de los derechos que puedan haber adquirido los propietarios aledaños en virtud de la antigua destinación para calles privadas atribuída a uno de los antecesores del demandante en el dominio de las zonas de terreno materia de la demanda".

El apoderado del Municipio ante la Corte relata los respectivos antecedentes con toda claridad en esta forma:

"En el año de 1895 el señor don Carlos Uribe adquirió de don Ignacio de la Torre dos lotes que formaron un solo globo de tierra, situado en el Barrio de Santa Bárbara de Bogotá, y lindante por su costado oriental con la carrera 13 de la misma ciudad. En los años de 1896, 1897 y 1898 el señor Carlos Uribe vendió lotes de dicho globo a diferentes personas, con el propósito evidente de urbanizar. En el año de 1899 el señor Carlos Uribe vendió al señor Alvaro Uribe los mismos terrenos que en 1895 había adquirido de don Ignacio de la Torre, excluyendo, naturalmente, aquellos lotes ya vendidos. El adquirente Alvaro Uribe continuó la urbanización y en el año de 1918 transmitió al señor Carlos Uribe Brigard, por virtud de una dación en pago en un arreglo de cuentas, 'las fajas o zonas de terreno de su propiedad, destinadas para calles privadas' —dice la escritura respecti-

va— en los terrenos urbanizados por su cuenta, fajas o zonas que eran en aquella época prolongaciones de las calles 2ª y 3ª de la ciudad de Bogotá, y que son parte integrante del terreno de mayor extensión que había adquirido por compra hecha al señor Carlos Uribe. En la escritura se dejó constancia de 'que en esta venta quedan comprendidos el alcantarillado y demás mejoras hechas a costa del señor Carlos Uribe en dichas zonas o fajas destinadas para calles privadas'. Tales zonas o fajas de terreno, cuyas dimensiones se hacen constar allí, lindan por sus costados norte y sur con terrenos que fueron del antiguo propietario don Carlos Uribe, en parte ya edificados; por el costado occidental con terrenos del señor Ignacio Sanz de Santamaría; y por su extremo o costado oriental, que tiene una longitud aproximada de 12 metros, con la carrera 13 de Bogotá.

El adquirente, señor Carlos Uribe Brigard, hizo reclamaciones al Municipio de Bogotá, a fin de que éste le pagase tanto las zonas o terrenos mencionados como las mejoras allí existentes. Tales reclamaciones no llegaron a buen éxito para el señor Uribe Brigard.

En el año de 1923 dicho señor Carlos Uribe Brigard vendió al señor Arturo Pardo Morales las ya mencionadas zonas o fajas de tierra, junto con su alcantarillado y demás mejoras, cediéndole igualmente al comprador sus derechos en la reclamación pendiente, reclamación que tampoco tuvo éxito mientras el señor Pardo Morales fue titular de esas zonas o fajas y mejoras.

En el año de 1926 el señor Pardo Morales vendió al señor José Jesús Angel las zonas o fajas y mejoras que había adquirido del señor Uribe Brigard, cediéndole igualmente sus derechos en la reclamación pendiente con el Municipio. No aparece que esa reclamación tuviera éxito mientras el señor Angel fue titular de esas zonas o fajas y mejoras.

En el año de 1928 el señor José Jesús Angel vendió al antiguo adquirente y tradente señor Carlos Uribe las zonas o fajas y mejoras tantas veces mencionadas, cediéndole igualmente sus derechos en la reclamación para que el Municipio de Bogotá le pague tales zonas o fajas de tierra y las mejoras. Tampoco aparece que aquella reclamación hubiera tenido éxito.

Aquella urbanización comenzada por el señor Carlos Uribe y seguida por su sucesor particular don Alvaro Uribe, quedó completa desde tiempo anterior a la nueva adquisición".

Atando con esos antecedentes y como subsiguiente paso del actor, aduce el alegato de casación la cita en lo pertinente de la demanda y de la sentencia recurrida, citas ambas hechas ya en la presente.

Formula la acusación el abogado del Municipio separando sus cargos en varios capítulos, y estudiándolos detenidamente en cada uno. La manera de exponerlos y la disyuntiva que presenta, según se verá adelante, determina que antes de precisar si se aceptan o no y, caso afirmativo, cuál o cuáles prosperan y cabalmente con el fin de llegar a este resultado de modo más claro y adecuado, se expongan las pertinentes reflexiones.

---

Se considera:

A más de las categóricas e insistentes afirmaciones del actor, obran en el proceso diversos elementos probatorios, aducidos los más por él, en el sentido de que don Carlos Uribe, que emprendió la urbanización aquí referida, vendió lotes de ella con expresa declaración de tener frente sobre la calle respectiva abierta por él con este preciso fin, y que otro tanto hizo don Alvaro Uribe al comprarle la aludida finca total con descuento de los lotes ya vendidos, por medio de la escritura número 1107 otorgada ante el Notario 3º de Bogotá el 26 de julio de 1899 (Cdno. 3º, fols. 1 a 6). Igualmente consta que del propio modo continuó don Alvaro la realización de lotes allí. En copias traídas en oportunidad figuran las reclamaciones al Municipio y en esa copia se encuentra la afirmación de los antecesores del actual demandante sobre que aquéllos abrieron las calles con esa destinación, construyeron las alcantarillas e hicieron otras mejoras con antigüedad que se remonta a las referidas fechas de adquisición. El actor mismo concurre a estas aseveraciones a todo lo largo del pleito, de que son ejemplo sus

memoriales de pruebas, como solicitud de declaraciones de testigos a quienes interroga, a más de otros puntos, sobre que desde que don Carlos Uribe emprendió aquel negocio realizó a sus expensas tales obras y abrió las calles.

Como se ve, aunque se descartaran las alegaciones y probanzas del demandado, con las del demandante bastaría para reconocer que están debidamente acreditados en el proceso esos hechos.

El urbanizador, cuyo negocio le impone como punto de partida o base **sine qua non** la apertura de calles sobre las cuales tengan frente los lotes que sólo así puede aspirar a vender, al ofrecer así su empresa formula una promesa que tiene a la vez dos destinatarios: el uno inmediato, formado por los compradores; mediato el otro, constituído por el público, de quien habrá de ser el uso de las calles en cuanto sean calles.

A este respecto conviene anticipar otra reflexión, porque el demandante con marcada insistencia advierte que las calles abiertas por el señor Uribe y con frente a las cuales se vendieron los lotes, no se abrieron sino con la calidad de **privadas**, de donde quiere deducir una circunstancia confirmativa de sus pretensiones sobre conservación de su dominio sobre ese suelo y también de lo que solicita en su acción negatoria de la servidumbre de tránsito.

El calificativo de **privadas**, que para la época de aquella urbanización se empleaba con frecuencia, se exigía por el Municipio como indicativo de que quien abría las calles así no le imponía desde luego las atenciones y gastos de las que a la sazón ya estaban abiertas o, más aún, que apenas las toleraba, que consentía en que se abriesen; pero en manera alguna se daba con ello a entender que dejase de destinarse calle alguna a lo que por su naturaleza ineludiblemente tienen que destinarse las calles, que es a tránsito, y no simplemente de los habitantes de los edificios que sobre sus frentes se erijan, sino del público en general, ya que, de un lado, no puede entenderse cada uno de esos habitantes sometidos a llevar un distintivo como indicación de derecho personal a transitar, cuanto porque en los actos de la vida cuotidiana en lo social y comercial y aun en lo familiar el hombre ha de comunicarse con los demás, lo que no puede suponerse sea en forma que precisamente obligue a él a ir con ellos y que excluya que ellos vayan a él; ni tampoco aquel calificativo puede imaginarse que limita el tránsito a la comunicación entre sí de los habitantes del respectivo sector y dentro de éste, a la manera de los corredores de una casa para la familia que la ocupa.

Valga recordar que el diccionario de la Academia define la palabra **calle**, del latín **callis**, senda o camino, diciendo: "Camino público entre dos filas de casas"; y al decir calle pública, la define... "Cada una de las principales y más concurridas".

Se anticipa también, en relación con aquellos hechos, que la destinación en referencia fue un acto deliberado y expreso del urbanizador sostenido del propio modo por sus sucesores prenombrados; de suerte que aquella no es obra del Municipio como asevera el actor.

Por su pertinencia al caso, ocurre citar el **Traité des Obligations en général** del renombrado autor Demogue, en los capítulos en que estudia entre las fuentes de ellas la voluntad unilateral (Tomo I, págs. 51 y siguientes). Se toman, parte transcribiéndolos y parte extractándolos en obsequio de la brevedad, los siguientes conceptos de esa obra:

"Un punto de los más delicados es saber en qué medida una voluntad única es suficiente para un acto jurídico y sobre todo para un acto jurídico creador de obligaciones.

La ley admite actos jurídicos unilaterales que tienen por resultado adquirir la propiedad: la accesión artificial a muebles o a inmuebles. Puede añadirse la ocupación, reconocida por todos los autores.

La ley admite además que la voluntad unilateral basta para romper un vínculo jurídico. El Código Civil lo establece así expresamente para la revocación del mandato y para la renuncia del mandatario, para ciertos contratos de duración indeterminada, como el trabajo, o perpetuos, como el de sociedad, el de renta. Admite las ofertas reales.

Admite también que la voluntad unilate-

ral puede bastar para la renuncia a un derecho, por ejemplo la repudiación de una asignación.

El Código admite con menos frecuencia los actos jurídicos unilaterales creadores de obligaciones personales. Sin embargo, pueden citarse el testamento, la aceptación de una asignación, la gestión de negocios ajenos. Pero como uno no puede preguntarse si el testamento seguido de la aceptación del asignatario tenga más de un contrato en que los consentimientos no son simultáneos, quedaría sólo la aceptación de asignación en sucesión intestada y la gestión de negocios ajenos".

Entra el autor en seguida a examinar si la voluntad unilateral puede constituír un acto jurídico generador de obligación, y adelante agrega:

"El carácter obligatorio de la promesa permite explicar por sí solo el carácter obligatorio del contrato, el cual no es sino el efecto de las dos promesas en que el contrato reposa.

Si el carácter obligatorio del contrato tiene por antecedente necesario el de la promesa, se pregunta porqué ésta es obligatoria".

Citando a Siegel, advierte la necesidad de distinguir en la promesa entre sostenerla y cumplirla, aunque de ordinario estas dos cosas se confunden. La obligación de sostener la palabra, esto es, la imposibilidad de retirarla, es la consecuencia necesaria de la promesa, porque ésta es una decisión.

Luégo dice:

"Emitida o lanzada una promesa, que es distinta de las vagas intenciones en que las personas hábiles o habilidosas son tan pródigas, tiene forma bastante neta para encajar dentro de la armadura del derecho. La sola circunstancia de haber sido formulada no basta para hacerla socialmente obligatoria; pero, lanzada en el medio social, los destinatarios determinados o indeterminados que obran por el conocimiento que de ella han tenido y fiándose en ella, sufrirían perjuicio si no fuese sostenida. Si se me propone un negocio ventajoso, en seguida rechazaré propuestas menos favorables. Hay, pues, grave interés en que sea mantenida".

"Cuando se trata de promesa indeterminada en cuanto a la persona a quien se dirige, se puede decir que el promitente lo es doblemente, así: sostendrá su propuesta y se vinculará por contrato. Del destinatario que llega se presume que tácitamente ha aceptado lo primero, de suerte que hay un antecontrato tácito cuyo objeto es el sostenimiento de la oferta, y así quedamos dentro de la teoría clásica del concurso de voluntades; pero si no hay contacto directo del promitente con el futuro destinatario o acreedor, como oferta al público, promesa de recompensa, fundación de un premio, o si un tercero, determinado o no, es quien ha de beneficiarse de la promesa dirigida a persona innominada, como en los títulos de crédito o en la estipulación por otro, las cosas cambian de aspecto, porque entonces no puede hablarse de declaración recibida ni consiguientemente de antecontrato tácito. Entonces, el caso se contempla en esta forma: es probable que en el público haya personas que hayan conocido la promesa; pero se ignora si las hay y quiénes sean. Y sin embargo, ella debe sostenerse, aunque la aceptación sea incierta".

Concluye esta parte de su disquisición en estos términos:

"De aquí se deduce la utilidad social de admitir como obligatoria la promesa unilateral allí donde la aceptación del antecontrato contenido en ella en germen, aunque no establecida, sea probable. La seguridad lo exige".

En estos conceptos abundan otros autores cuya cita se hace innecesaria para la claridad de los que acaban de resumirse y transcribirse.

Y ocurre reflexionar que si en guarda del interés social y de la vida de los negocios es preciso reconocer a la palabra empeñada toda firmeza y exigírsela con carácter de obligatorio, en cuanto se reúnan las circunstancias expuestas, al punto de tener la promesa carácter de obligatoria aun como mero acto unilateral no recogido o aceptado aún o no realizado, toda duda al respecto desaparece cuando los hechos han venido a refrendarla con la fuerza de lo consumado ya.

Espontáneamente y no por exigencia ni por obra del Municipio, el urbanizador procedió a abrir las calles, destinando para ta-

les ciertas zonas. Convertidas éstas en calles, quedaron en esta virtud y por decirlo así automáticamente, de uso público, según se vio ya al recordar lo que el vocablo **calle** implica y significa. Al emprenderse la urbanización formuló el empresario la promesa de calles a los compradores futuros que así atraía y que sólo así podía esperar, y como ya se vio, esa promesa, dada la naturaleza y servicio de las calles, tenía otro destinatario a más de esos compradores, cual era el público.

Lanzada y cumplida la promesa de destinar esas zonas para calle e implicando ineludiblemente esta destinación todo lo que en sí lleva el uso público, no cabe que con esa situación coincida la conservación del dominio de las mismas zonas, esto es, de tales calles, en manos de quien a esto las aplicó.

Y por los mismos motivos y en conexión con la situación de que se está hablando, no cabe pensar en que lo que había sido terreno del dominio privado, a lado y lado del cual quedó su dueño despojado de todo dominio por la enajenación de todo esto en lotes, siguiera siendo no obstante esto un predio particular, de suerte que el tránsito ejercido sobre él o a través de él pudiera tenerse por servidumbre. El concepto de servidumbre requiere como elemento básico dos predios relacionados entre sí en forma tal que el uno soporte un gravamen en beneficio del otro. Aquí el señor Uribe, por virtud de la venta de lotes, dejó de ser dueño de lo que, dentro de su tesis, sería predio sirviente. Se coloca, como bien se ve en su libelo y alegatos, en la misma situación en que no podría hallarse sino en cuanto, por ejemplo, conservando la finca primitiva su antigua situación, por los potreros que la formaban se estuviese transitando para comunicación con predio distinto.

Como bien se comprende y adelante se concretará, estas reflexiones miran hacia el concepto de bienes de uso público y de servidumbre, que son tratados en primer lugar por el recurrente.

De otro lado, precisa reflexionar también sobre la destinación en referencia desde este otro punto de vista: la urbanización es un negocio consistente, en suma, en convertir en suelo cotizable por metros o varas cuadradas para habitaciones, una extensión de terreno más o menos considerable que se vendería por hectáreas o fanegadas si a esto se procediese en relación con su cabida. El negocio lo espera lucrativo su empresario en razón del consiguiente aumento de precio. Su interés está en la rápida realización de los lotes que permita pronta liquidación, y a la vez en cierta lentitud que dé campo a aprovechar la valorización creciente producida por la construcción de habitaciones en los lotes vendidos y demás mejoras en éstos y la repercusión de estos pasos sobre el valor de los lotes restantes. Como en todo negocio, esa utilidad no puede pretenderse sin esfuerzo y sin costo. El planeamiento, los anuncios, las obras preparatorias implican trabajo y gastos, y como elemento inicial precisamente ha de figurar la prescindencia del terreno necesario para un elemento indispensable sin el cual la idea misma de esa operación, empresa o negocio sería imposible, que son las calles sobre las cuales tengan frente esas habitaciones futuras a que se invita al público comprador.

La ciudad se beneficia de ese adelanto; pero en reclamaciones y pleitos contra ella por motivos de esa procedencia, no es ese beneficio la materia u objeto de los reclamos. Con observar que no lo es en el presente pleito ,basta para no insistir a este respecto en el presente fallo.

Salvo en los contratos de los **allieni juris** en que, en su caso, hay lugar a responsabilidad de sus respectivos curadores u otros representantes legales, no es posible demandar a un tercero extraño al contrato para obtener de él la devolución, el reembolso o, en general, el pago de lo que el interesado invirtió en la mira de poner en marcha su negocio y en lograrlo. La posibilidad de semejante exigencia a cargo del terreno significaría la autorización de un enriquecimiento sin causa.

Esa faz de negocio privado no es la única ni tal vez la más importante de una urbanización, la que debe mirarse también en su conexión con los concomitantes servicios públicos y, por ende, con las responsabilidades y deberes del Municipio como entidad encargada de atenderlos según leyes, orde-

nanzas, acuerdos que proveen tanto al tránsito público cuanto a algo de tánta trascendencia e importancia para la salud y vida de los pobladores de cada localidad como es el desagüe. Así, al propio tiempo que la urbanización requiere imprescindiblemente calles sobre las cuales tengan frente sus viviendas y por donde las gentes se comuniquen y circulen y cañerías que reciban y conduzcan las aguas de cada vivienda, sin lo cual ésta no se construiría o al menos no sería salubre e higiénicamente habitable, el Municipio precisamente ha de atender a la higiene de la población y a su tránsito, esto es, cabalmente a esos servicios. Por donde se ve que si el interés y lucro del empresario le imponen establecerlos, el Municipio como entidad pública en manera alguna puede considerarse extraño a ellos o desatenderlos o dejarlos indefensos.

Erróneo sería por tanto pasar por alto esta última faz de la cuestión prescindiendo de ella a pretexto, por ejemplo, de haberse originado las calles y alcantarillas en un negocio privado y haberse consagrado la verdad de las respectivas promesas en escrituras públicas entre particulares. Los casos de esta índole no tienen la que pudiera decirse sencillez que correspondería a la simple controversia por compraventas con estipulaciones entre particulares atañederas sólo a comprador y vendedor. Al lado de los efectos que para los contratantes como tales hayan de tener esas estipulaciones, así como para quienes les sucedan o hayan sucedido, ellas de suyo y por los hechos respectivos y situación creada en virtud de ellas han producido otra clase de efectos de singular importancia, que son los correspondientes a la calidad de servicios públicos que tienen algunos de aquellos, entre los cuales se destacan las calles y las alcantarillas, para concretar a lo que en el presente pleito se discute en lo relativo a la urbanización de que aquí se trata en singular.

Para la época de ésta, la ciudad no estaba aún instruída ni prevenida sobre las operaciones de esta clase, a la sazón apenas esporádicamente intentadas, por lo cual no es extraño que no estuviesen reglamentadas, ya en ese entonces. Con el desarrollo de la ciudad, creciente más y más cada día, ha corrido parejas el de aquellas operaciones; éstas y aquél han sido entre sí concausas en razón de su influencia recíproca. De ahí que actualmente sí exista una reglamentación hasta cierto punto completa formada por acuerdos, decretos y resoluciones, a que no deja de agregarse lo que pudiéramos entender por derecho consuetudinario. Hoy no puede emprenderse urbanización no autorizada oficialmente ni puede autorizarse sin estudio previo de los funcionarios respectivos, y la autorización implica obligaciones del empresario muy categóricas sobre desagües, así como la cesión o abandono por escritura pública del terreno correspondiente a calles y también a plazas, en su caso.

Claro es que las disposiciones a que se está aludiendo no pueden ser la regla o molde a que se ajuste la decisión de controversia sobre sucesos anteriores a ellas; pero de aquí no se deduce que el juzgador deje de observar el criterio que las ha dictado y la tendencia que revelan en la mira de conciliar el interés privado y el interés público sin olvido del deber institucional en que aquél se halla y ha hallado siempre de ceder ante éste en la sempiterna busca de la armonía social.

---

Según se dijo, la manera en que viene formulada la demanda de casación y el dilema que en ella plantea el recurrente, determinaron la exposición anterior como modo de aprehender mejor la acusación y de considerar más netamente el problema que ante sí tiene la Corte.

Ese dilema se condensa así: la apertura de calles y construcción de alcantarillas en ellas a que procedió don Carlos Uribe a fines del siglo pasado en la finca de él de que tomó el suelo necesario para aquéllas; la destinación antedicha para calles; la circunstancia de proceder así con el fin de que a lado y lado de esas calles se levantaran habitaciones para cuyos desagües hizo las alcantarillas y para cuyo servicio de tránsito abrió las calles aun para la posibilidad misma de que las habitaciones se erigiesen sobre los lotes cuya venta era el negocio y no se haría sin tener los lotes frente, el haber adelantado esta labor de enajenación su

iniciador y haberse seguido en ella el señor Alvaro Uribe sucesor inmediato; el haberse sostenido continuamente así las cosas hasta ahora, son hechos que, en fuerza de la finalidad expresada constituyen uso público con las consecuencias obligadas de éste ante la ley. Y de otro lado, esa misma destinación es título para la servidumbre correspondiente, si acaso puede pensarse en servidumbre, lo que el recurrente niega.

De ahí que en un capítulo acuse de violación, entre otras disposiciones, sustantivas, del artículo 674 del C. C., y en otro capítulo acuse de violación de los artículos 938 y 940 del mismo, no sin acusar también de error en la apreciación de las pruebas que acreditan aquellos hechos, en cuanto de este error se deriva el quebrantamiento de aquellas normas.

Reclama porque el Tribunal se funde cardinalmente en la falta de un título inscrito conferido por el dueño, fuese don Carlos Uribe o alguno de sus sucesores prenombrados, y de ahí deduce el recurrente indebida aplicación del artículo 756 de aquel Código.

Efectivamente la destinación anterior conformada como lo hace dicho artículo 938, sirve de título, por declaración expresa del artículo 940 también citado. De suerte que si se pudiera conceptuar como el Tribunal lo hizo, que se trata de servidumbre, una exacta apreciación de los hechos mencionados y, por tanto, de los elementos probatorios que tan satisfactoriamente los acreditan, obligada habría sido la aplicación de estas disposiciones e indebida la del artículo 756.

Pero, dada la definición de servidumbre que trae el artículo 879 del C. C., bien se ve que no cabe pensar que la haya, porque, como el recurrente lo observa al formular el cargo de violación de esta disposición legal por indebidamente aplicada, no hay los dos predios de distinto dueño ni el gravamen mismo allí requeridos. A lado y lado de la vía están las edificaciones levantadas sobre los lotes antedichos y pertenecientes a personas distintas del actor, y la calle no puede entenderse que siga siendo de él por la simple circunstancia de no mediar el referido título inscrito, dado el citado artículo 674, según el cual aquellos bienes cuyo "uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio".

El actor sostiene, sobre la base de conservar su dominio sobre el suelo de lo que llama zonas y es calle pública, por no haber otorgado escritura pública que lo cancele transfiriendo ese dominio a otra persona, que ese suelo es el predio sirviente en la servidumbre de tránsito y que el predio dominante es la vía pública, carrera 13, con la cual se comunica. Como ésta no es del Municipio sino de la Nación, se ha opuesto la excepción correspondiente por estar mal dirigida la demanda, de la cual dentro de ese concepto habría de responder la Nación y no el Municipio. Y a esto objeta en su alegato de oposición en este recurso el apoderado del demandante que las dichas zonas no se comunican con aquella vía pública solamente, sino también con otras que son del Municipio por la cesión que le han hecho a éste los empresarios de urbanizaciones contiguas.

Pero, por lo dicho, el problema, que es de fondo, no está en establecer cuál es o cuáles son las entidades públicas respectivas, sino en que las zonas en cuestión no pueden considerarse como un suelo del dominio privado que esté soportando un gravamen o, en otras palabras, un predio particular sometido de hecho a un servicio público, sino que, por el conjunto de hechos ya relatados, entre ellos la destinación de ese suelo al uso público, es inadmisible, así no fuese sino por incompatibilidad, el concepto de conservación de aquel dominio privado que no se compadece con lo que legalmente ese uso público significa.

Así, pues, se acoge el cargo que el recurrente formula al rededor de esta última consideración y que condensa en el de violación de los citados artículos 674, 756 y 879 del C. C., con lo que basta para romper la sentencia recurrida; y al propio tiempo se añade que se halla lógica su acusación de violación de los artículos 938 y 940 que formula al situarse en la hipótesis de que efectivamente se trate de servidumbre, conclusión ésta a que se habría llegado si no hu-

biese prosperado lo que acaba de condensarse en relación con el uso público.

Lo hasta aquí dicho, a más de indicar que la sentencia del Tribunal se casa, es la motivación de la que ha de reemplazarla en cumplimiento del artículo 538 del C. J. **in fine.**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida, o sea la pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintisiete de octubre de mil novecientos treinta y ocho, y en su lugar confirma la sentencia absolutoria dictada por el Juzgado 6º de este Circuito el siete de abril de mil novecientos treinta y siete.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

**Hernán Salamanca — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica—Arturo Tapias Pilonieta.** El Conjuez, **Antonio José Montoya — Pedro León Rincón,** Srio. en ppdad.

## ACCION DE SIMULACION Y OTRAS

**1.—En la simulación hay dos contratos, uno aparente o ficticio y otro oculto, real y verdadero. Esos dos contratos deben coexistir, celebrarse simultáneamente, teniendo por fin el oculto destruír, modificar o alterar los efectos del contrato aparente. De ahí que la simulación pueda ser total o parcial. En los casos de simulación el problema se reduce a investigar la existencia del contrato oculto, puesto que establecida ésta, surge la simulación. En los contratos simulados, algunas veces, escasas por cierto, queda un rastro y hasta una prueba de ésta por donde se llega a establecer el contrato verdadero y real, teniendo en cuenta las diversas pruebas complementarias, los diversos elementos probatorios, entre los cuales puede figurar la aplicación práctica de que trata el artículo 1618 del C. C. En ese estudio no puede pasarse por alto lo que preceptúa la Ley 153 de 1887 en sus artículos 90 a 92. En otros casos la simulación no deja huella visible y entonces es necesario estudiar el modo como las partes han entendido y ejecutado el pacto, juntamente con las demás pruebas que se aduzcan para demostrar la simulación y teniendo en cuenta, cuando es el caso, lo dispuesto en aquellos artículos. — 2.—En las acciones sobre simulación es forzoso desentrañar la verdadera voluntad e intención de las partes al celebrar el pacto acusado de simulado, para llegar a una de estas dos conclusiones: o el pacto acusado encubre otro real y verdadero, o no lo encubre. En el primer caso la acción prospera, En el 2º es negada. No se ve cómo pudiera estudiarse y fallarse un litigio sobre simulación si el fallador no tuviera poder para hacer, de acuerdo con las pruebas aducidas al debate, la indagación del caso sobre la voluntad e intención de las partes al contratar y el modo como han ejecutado el contrato. Si tuviera que atenerse al pacto ostensible, y si no fuera permitido hacer ninguna indagación al respecto se concluiría que la acción de simulación sería imposible. El fallador se atiene a un pacto, cuando las partes disputan sobre las prestaciones o consecuencias de él, partiendo de la real existencia de la convención; pero no puede seguir ese mismo criterio cuando una de las partes, lejos de estar de acuerdo con la realidad del contrato, lo ataca por simulado. — 3.—Es la ejecución de un contrato la norma más adecuada para establecer la voluntad e intención de las partes y en los litigios sobre simulación desempeña un papel de mucha importancia. 4.—La finalidad de la acción de simulación es la de que prevalezca el acto secreto sobre el acto ostensible; por más que este último acto sea lícito, no por eso puede primar sobre el oculto, cuando se demuestra la existencia de éste. Y prevalece el acto oculto sobre el secreto, cuando la acción prospera, precisamente para hacer primar la voluntad e intención de las partes.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

Por escritura 241 de 12 de octubre de 1928, otorgada ante el Notario de Corozal, se celebró un contrato de venta, con pacto de retroventa entre José de Jesús Pérez en su calidad de representante de la casa comercial de J. de J. Pérez & Co., con domicilio en Corozal, y Manuel del Cristo Torres. En virtud de ese pacto, Torres dio en venta con ese pacto a la expresada sociedad la finca de su propiedad situada en jurisdicción de los distritos de Palmito y Purísima, denominada Petaca o San José de la Montaña. El precio de la venta fue el de once mil doscientos cincuenta y cinco pesos con nueve centavos ($ 11,255.09), oro americano, y el plazo del retracto fue el de trescientos sesenta días (360). La cláusula estipulada al respecto dice así: "El término de este contrato es el de trescientos sesenta días contados desde la fecha de hoy doce de octubre del año en curso".

El 22 de febrero de 1936, Manuel del Cristo Torres demandó a la sociedad de J. de J. Pérez & C., ante el Juez de Corozal, para que se declarara que está extinguida, por pago efectivo, la obligación que el vendedor tenía para con la sociedad de comercio demandada al tenor de la escritura 241 ya mencionada y que como consecuencia está extin-

guida la obligación subsidiaria de garantía y por consiguiente debe decretarse la cancelación de las inscripciones de la mencionada escritura.

Los hechos fundamentales de la demanda se hacen consistir en que, si por una parte el demandante pagó a la compañía demandada el valor de la obligación contraída para con ella, por la otra, el pacto de que da cuenta la escritura 241, no es en realidad de venta con derecho de retroventa sino un contrato de mutuo.

A su turno la parte demandada contrademandó a Manuel del Cristo Torres para que se declarara que éste está obligado a entregar a la sociedad de J. de J. Pérez la finca delimitada en la escritura 241 y que está obligado a indemnizar a dicha sociedad los perjuicios que le ha causado por la no entrega.

Trabada esta doble litis, los esfuerzos probatorios de Torres se han encaminado a demostrar que el pacto de que trata la escritura 241, es simulado, puesto que lo que sí celebró realmente con la casa demandada fue un contrato de mutuo. Torres propuso al ser contrademandado la excepción de simulación de dicho contrato. Por su parte la sociedad demandada y contrademandante ha sostenido que el contrato de que da cuenta la escritura 241 es real y niega por lo tanto la simulación.

En sentencia de 14 de diciembre del año próximo pasado el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena reformó la sentencia del Juez **a quo**, el de Circuito de Corozal, de fecha 12 de mayo de 1937 que declaró sin validez el contrato de que da cuenta la escritura 241 y ordenó cancelar su inscripción en el registro, declaró que el contrato celebrado entre Manuel del C. Torres y J. de J. Pérez & C° de que trata la escritura 241, es de mutuo o préstamo con interés y no de venta con pacto de retroventa; declaró también que Manuel del Cristo Torres canceló la obligación de mutuo pactada en esa escritura y como consecuencia que no hay lugar a decretar la entrega de la finca pedida en la demanda de reconvención.

El apoderado de la sociedad J. de J. Pérez & C° interpuso recurso de casación contra dicho fallo, recurso que pasa hoy a decidirse.

El Tribunal estimó que dadas la demanda y la contrademanda debían estudiarse conjuntamente ambas acciones, así como la excepción de simulación, y sobre esa base procedió a analizar las pruebas que obran en autos, y de ese estudio dedujo que el pacto a que se refiere la escritura 241 es simulado, no es de venta con pacto de retroventa, sino de mutuo con interés, y concluyó también que la obligación procedente del mutuo estaba pagada por Manuel del Cristo Torres.

Se expresó así el fallador de segunda instancia: "De las pruebas que obran en autos puede apreciarse en lo que mira a la aplicación práctica que se dio a las cláusulas de aquel contrato, que no obstante haberse expresado que se celebraba un contrato de compraventa, se dejó en el uso y goce del inmueble al vendedor señor Manuel del Cristo Torres. Por otra parte, al vencerse el término de 360 días para la retroventa, los señores J. de J. Pérez & C° lejos de exigir la entrega del inmueble, ya que no lo recibieron al otorgarse aquel instrumento,, se limitaron a enviarle al señor Manuel del Cristo Torres una nota de cargos de intereses".

El Tribunal tuvo en cuenta y consideró las diversas cartas dirigidas por J. de J. Pérez & C° al demandado Torres en que principalmente se le cobran los intereses de su obligación.

Además, consideró la prueba de inspección ocular verificada en los libros de contabilidad de la compañía mencionada, inspección en la cual se tomó nota de los asientos referentes a la operación celebrada entre el demandante y la compañía demandada y especialmente en lo atañedero a la ejecución de tal operación. El Tribunal, en vista de esa prueba dijo lo que sigue: "Además, la operación celebrada el día doce de octubre de mil novecientos veintiocho entre el señor Manuel del Cristo Torres y la sociedad J. de J. Pérez & C° fue descrita en los libros de comercio de esta sociedad no como una compraventa sino como una operación de mutuo. Así se desprende de la diligencia de inspección ocular practicada por el juez de la causa en asocio de peritos. En efecto, en la fecha indicada se hicieron en el libro Diario de la sociedad de J. de J. Pérez

& Cº los asientos que en seguida se anotan: En el libro Diario, número dos, al folio ciento cincuenta (150) se encuentra el asiento número 300, que dice lo siguiente: "Octubre 12 de 1928. Créditos oro americano a Depósito, M. del C. Torres. Le cargamos con abono al Banco Nacional de Sabanas de Sincelejo, valor nuestro cheque número 1222 a su favor que recibió hoy al uno por ciento mensual, según escritura número ..... de venta con retro otorgada a nuestro favor hoy, $ 10,212.92". En el mismo libro, el asiento siguiente, distinguido con el número 301 fechado también el doce de octubre citado dice: "Cambio a Crédito oro americano. Cargamos a la primera de estas cuentas, como abono a Manuel del C. Torres el 102,75%, sobre diez mil pesos legales, $ 275.00".

"Consta también en el proceso, dice el Tribunal, que el señor Manuel del Cristo Torres entregó a los señores J. de J. Pérez & Cº, en la fecha últimamente indicada (25 de junio de 1934) la cantidad de $ 11,564.60 oro legal para cancelar la obligación de $ 10,000 oro americano y la suma de $ 1,255.09 por razón de intereses atrasados, para ajustarse a la cantidad que expresaba la escritura 241....."

En síntesis: El Tribunal, apoyándose en el artículo 1,618 del C. C., o sea que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras, siguiendo la doctrina que sobre simulación ha sentado la Corte y teniendo en cuenta los elementos probatorios que obran en el proceso, a saber: las cartas dirigidas por la sociedad demandada al demandante, los asientos de contabilidad en los libros de la casa demandada y en los cuales se describe una operación de mutuo respecto del negocio o pacto de que da cuenta la escritura 241 y el hecho, comprobado en autos, de que la casa demandada llegó a un acuerdo con el demandante, para rebajarle los intereses pendientes si cancelaba la obligación principal el 25 de junio de 1934, concluyó que se trataba de un contrato de mutuo y no de una venta con pacto de retroventa. Y concluyó así mismo en vista del asiento respectivo en los libros de comercio de la casa demandada, que Torres le pagó a ésta el principal de la obligación el día convenido entre él y la casa prestamista.

Acusa la sentencia el recurrente por incidir en la primera de las causales contempladas en el artículo 520 del C. C. y desarrolla su demanda en tres capítulos. La demanda y como es obvio la oposición, están enfocadas sobre el aspecto de la simulación, que como se dijo arriba es sobre el cual ha girado y se ha desarrollado este litigio. Como lo dice el recurrente y lo acepta el opositor, siguiendo la doctrina de la Corte, en la simulación hay dos contratos, uno aparente o ficticio y otro oculto, real y verdadero. Estos dos contratos deben coexistir, celebrarse simultáneamente, teniendo por fin el oculto destruír, modificar o alterar los efectos del contrato aparente. De ahí que la simulación puede ser total o parcial.

En los casos de simulación el problema se reduce a investigar la existencia del contrato oculto, puesto que establecida ésta, surge la simulación. En los contratos simulados, algunas veces, escasas por cierto, queda un rastro y hasta una prueba de ésta por donde se llega a establecer el contrato verdadero y real, teniendo en cuenta las diversas pruebas complementarias, los diversos elementos probatorios, entre los cuales puede figurar la aplicación práctica de que trata el artículo 1,618 del C. C. En ese estudio no puede pasarse por alto lo que preceptúa la Ley 153 de 1887 en sus artículos 90 a 92. En otros casos la simulación no deja huella alguna visible y entonces es necesario estudiar el modo como las partes han entendido y ejecutado el pacto, juntamente con las demás pruebas que se aduzcan para demostrar la simulación y teniendo en cuenta, repite la Corte, cuando es el caso, lo dispuesto en los artículos 90 a 92 que acaban de citarse.

Previo lo anterior, la Corte entra a estudiar cada uno de los cargos de la demanda.

El primero lo funda el recurrente en errónea interpretación del artículo 1,766 del C. C. e indebida aplicación al caso del pleito de los artículos 1,618 y 1,622 del mismo Código.

Sostiene el recurrente que "el Tribunal lo que hizo fue escarbar el contrato de compraventa con retroventa que aparece en la escritura 241 de 12 de octubre de 1928; in-

terpretar ese contrato que no admite interpletación alguna, porque él es clarísimo como la luz del día, que debía ser intangible para el Tribunal, mientras no apareciera el contrato oculto, para buscar si la intención de las partes al otorgar la escritura 241 fue celebrar un contrato de compraventa o de mutuo con interés".

La Corte considera:

En las acciones sobre simulación, es forzoso desentrañar la verdadera voluntad e intención de las partes al celebrar el pacto acusado de simulado, para llegar a una de estas dos conclusiones: o el pacto acusado encubre otro real y verdadero, o nó lo encubre. En el primer caso, la acción prospera, en el segundo, es negada. No se ve, pues, como pudiera estudiarse y fallarse un litigio sobre simulación si el fallador no tuviera poder para hacer, de acuerdo con las pruebas aducidas al debate, la indagación del caso sobre la voluntad e intención de las partes al contratar y el modo como han ejecutado el contrato. Si tuviera que atenerse al pacto ostensible, y si no fuera permitido hacer ninguna indagación al respecto, se concluiría que la acción de simulación sería imposible. El fallador se atiene a un pacto, cuando las partes disputan sobre las prestaciones o consecuencias de él, partiendo de la real existencia de la convención; pero no puede seguir ese mismo criterio cuando una de las partes, lejos de estar de acuerdo sobre la realidad del contrato, lo ataca por simulado.

Por eso, en la sentencia de 11 de septiembre de 1935, Gaceta Judicial número 1901-1902, páginas 496 y siguientes dijo: "Rastrear los móviles, establecer cuáles iniciaron y acompañaron el proceso evolutivo que culminó en la celebración de un contrato e indagar las finalidades con que éste se propuso o de él esperó cada una de las partes, es labor indispensable las más de las veces para captar y decidir problemas relativos a un contrato como el de su validez por ejemplo. Pero en el caso presente, en el que el problema se concreta con toda nitidez en el antedicho dilema de si lo contemplado en este pleito es una compraventa o un mutuo, y en que, por tanto, es el contrato en sí lo que debe estudiarse, no para establecer si una y otra parte tuvieran voluntad de contratar, sino simplemente para saber qué fue lo que contrataron, la atención debe de preferencia dirigirse hacia ese móvil preciso, llamado intrínseco por unos tratadistas, orgánico por otros y aun intencional, en atención a que llega a confundirse con la intención misma y que es lo reputado como causa del contrato, desde el punto de vista de la teoría clásica de la causa".

Si pues el Tribunal indagó el móvil, y las finalidades del pacto que aparece en la escritura 241; si hizo esa indagación de acuerco con las pruebas aducidas al proceso, y si era deber hacerla porque, el debate, como se ha dicho, rodó sobre el extremo de la simulación de dicho pacto, es preciso concluír que el cargo que se estudia no puede prosperar.

En el segundo motivo acusa el recurrente la sentencia como violadora de los artículos 1759 y 1766 del C. C. y 91 de la Ley 153 de 1887. Esta violación, a juicio del recurrente depende de que el Tribunal halló establecido el contrato de mutuo en virtud de la estimación de las pruebas aducidas por el demandante y que según el recurrente no tienen la eficacia legal para establecer esa conclusión.

Ya se vio, al referirse la Corte a los fundamentos de la sentencia, que el fallador de segunda instancia tuvo en cuenta los siguientes elementos probatorios, elementos que brillan en autos y por eso dice el recurrente que están establecidos y que sobre ellos no cabe hacer sino varias observaciones: a) La contabilización del negocio de que trata la escritura 241 en los libros de la sociedad demandada como operación de mutuo; b) El haber seguido el demandante en la posesión material y usufructo del predio que dijo vender; c) La correspondencia entre Torres y la sociedad de J. J. Pérez & Cº y los distintos cortes de la cuenta en los cuales se hacen y se pasan éstos sobre la base de intereses; y d) La contabilización de intereses en los libros de la compañía, por los cuales giraba contra Torres en las cuentas que le pasaba, es decir la ejecución misma del negocio, que de acuerdo con los mismos libros de la sociedad demandada aparecía como de mutuo con interés.

Ahora bien: Esta convicción del Tribu-

nal, no está infirmada por otros elementos del proceso que el Tribunal hubiera dejado de tener en cuenta ni tampoco aparece que los dichos elementos probatorios los hubiera apreciado erróneamente. Siendo esto así, no se ve el error manifiesto del Tribunal en la apreciación de la prueba ni violación, por lo tanto, de los textos citados en el capítulo que se estudia. No fue violado el artículo 1,759 del C. C. porque en la acción sobre simulación que compete a cualquiera de las partes que hayan suscrito el instrumento público, precisamente de lo que se trata es de que el pacto secreto prevalezca sobre el ostensible que generalmente es un instrumento público. No pudo ser violado el artículo 1,766, como tampoco el 91 de la Ley 153 de 1887, porque respecto del primer texto que se acaba de citar no se trata en este debate de hacer prevalecer una escritura privada, en contra de una pública contra terceros, y en lo que atañe a la disposición de la Ley 153, en el caso de autos no sólo existe el principio de prueba por escrito, sino la plena prueba, los asientos en los libros de contabilidad de la casa demandada, de que se trataba de una operación de mutuo y no de una venta con pacto de retroventa. El Tribunal, por otra parte, no tuvo para nada en cuenta la prueba testimonial sino la escrita.

Es la ejecución de un contrato la norma más adecuada para establecer la voluntad e intención de las partes y en los litigios sobre simulación desempeña un papel de mucha importancia. La ejecución del pacto contenido en la escritura 241, desde su principio hasta su solución, fue la de un verdadero contrato de mutuo con interés, y en esa ejecución, antes de este pleito no hubo discrepancia entre las partes.

Se ve por esto y de acuerdo con el haz probatorio que el Tribunal no erró en la apreciación de las pruebas sobre la simulación y por eso no violó los textos acusados en el capítulo segundo.

Se rechaza pues el cargo.

En el tercero y último capítulo acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 1,602, 1,502, 1,523, 1,524 y 1,943 del C. C. La acusación consiste en síntesis en lo que sigue: Que dentro de la hipótesis de la simulación se tendría que las partes celebraron un contrato de mutuo y también ocultamente convinieron la garantía del mutuo, pero que en vez de asegurarle por medio de una caución personal o real, acudieron a una vía que consideraron más expedita para llenar esa formalidad o sea estipular la venta con pacto de retroventa. Que siendo la simulación lícita, debe estarse al pacto ostensible que llene mejor sus finalidades y contempla el mismo fenómeno económico, por ser correcto, útil y además lícito.

La Corte considera:

La finalidad de la acción de simulación es la de que prevalezca el acto secreto sobre el acto ostensible; por más que este último acto sea lícito, no por eso puede primar sobre el oculto, cuando se demuestra la existencia de éste. Y prevalece el acto oculto sobre el secreto, cuando la acción prospera, precisamente para hacer primar la voluntad e intención de las partes, y para que así primen y se apliquen precisamente los artículos 1,602, 1,502 y 1,524 del C. C. que el recurrente señala como violados.

Si, pues, se demostró que el pacto a que se refiere la escritura 241 era simulado, que encubría un mutuo, el Tribunal debía atenerse a la realidad de las cosas, a la intención de las partes al contratar y no podía por lo tanto dar prevalencia al pacto acusado.

Por lo mismo que no se la dio, y que no podía dársela, no pudo infringir el artículo 1,943 del C. C. porque no se trata en el presente caso de un verdadero contrato de venta con pacto de retroventa.

El mutuario, en el caso presente, como en otro análogo a que se refiere la sentencia ya citada de 1,935, debe pagar como deudor y no perder la propiedad como vendedor, pues de lo contrario se sacrificarían disposiciones legales tutelares del dominio y demás derechos del deudor.

De ahí que demostrada la simulación en este caso, y destacado el verdadero contrato, que fue el de mutuo, celebrado entre el demandante y la sociedad demandada, las relaciones contractuales entre las dos partes derivadas de ese pacto, se rijan por el contrato de mutuo y que no pueda prevale-

cer un pacto muy distinto cual es el ostensible de que ya se ha hecho mérito.

El cargo comprendido en este capítulo no puede por lo tanto prosperar.

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, NO CASA la sentencia recurrida. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

## ACCION DE NULIDAD DE UN DESLINDE Y OTRAS

**1.—Cuando la violación de ley sustantiva se hace provenir de equivocada estimación de los elementos probatorios, hay que señalar cuáles son las pruebas que originan el error de hecho o de derecho en que incidiera el sentenciador y la manera como ha llegado a ese error, que, en el primer caso, debe ser MANIFIESTO. — 2.—El que un juez crea conducentes argumentos expuestos en otro fallo para decidir determinado negocio, no es hecho que viole el art. 17 del Código Civil, porque en este caso no está proveyendo de modo general, sino prohijando razonamientos que estima legales y fundados para resolver una situación especial. Es lo que ocurre generalmente cuando el juzgador, con miras a reforzar su convicción, acude a la doctrina de los autores o de la jurisprudencia.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación civil.—Bogotá, septiebre veintiseis de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta).

El señor Vicente López Gómez formuló las siguientes súplicas ante el juez segundo civil del circuito de Cali:

"Que el demandante, López G., tiene mejor derecho que el demandado Mosquera, para continuar en la misma posesión y dominio material que fue trasmitido por el señor Ramón Quintero a sus legítimas herederas, doña Mercedes Helena Quintero de Borrero y señorita Ana Luisa Quintero Z. y por éstas al demandante, López G., sobre el lote de terreno que las expresadas herederas vendieron al citado actor, por escritura número 482, otorgada en la Notaría 1ª de Cali el 1º de julio de 1935; en el punto de La Floresta, cercanías de esta ciudad, comprendido entre cuatro mojones de piedra y los siguientes linderos: Norte, con terreno de Heliodoro Mosquera; Sur, con propiedad de Joaquín Rizo; Oriente, con propiedad de Abraham Domínguez, y Occidente, con propiedad de dichas vendedoras.

"II. Que en consecuencia es nula y que no produce efecto ninguno contra el demandante la diligencia de deslinde y amojonamiento verificada por el señor juez segundo de este circuito en fecha posterior al registro del expresado título del demandante, en el juicio especial de deslinde seguido por el demandado, Mosquera, contra las vendedoras del actor, López G., por no haberse dado anuencia a éste, y porque en dicha diligencia se causó despojo.

"III. Que el demandado debe pagar al demandante los materiales de construcción y combustible que ha tomado de dicho terreno; así como también el valor de las demás mejoras de que ha disfrutado, y demás frutos civiles que ha aprovechado de dicho predio desde la fecha del expresado despojo hasta que restituya dicho valor con sus respectivos intereses al actor, López G.; más las costas y costos de este juicio".

La parte demandada se opuso a estas solicitudes.

El juez falló el pleito absolviendo al demandado.

El tribunal superior del distrito judicial de Cali confirmó la absolución del demandado impartida por el juez.

El demandante López Gómez interpuso entonces el recurso de casación ante la Corte, el que preparado y debidamente sustanciado pasa a decidirse.

---

a) En primer lugar dice la demanda de casación que la sentencia es violatoria de los artículos 2º, 518, 2,531 y 2,532 del Código Civil porque consta en autos que "tanto mis vendedores como yo poseímos el terreno expresado durante mucho más del tiempo suficiente para sanear cualquier vicio del respectivo título".

Se contesta:

De las citas hechas de los preceptos del Código Civil se colige que el recurrente ha querido decir que él adquirió la propiedad del inmueble que reclama por prescripción extraordinaria, suficiente para sanear cualquier vicio en los títulos.

Pero fuera de que el aspecto de la prescripción no lo planteó expresamente el actor en la demanda, la que se funda en los títulos traslaticios de propiedad que en ella misma se mencionan y en que a López no lo perjudica la sentencia dictada en un juicio de deslinde promovido por Heliodoro Mosquera respecto del lote que ahora le disputa aquél, y de la cual más adelante se hablará; el recurrente tampoco demuestra el error de derecho o el error de hecho manifiesto en que incurriera el tribunal, ya apreciando equivocadamente las determinadas pruebas con que cree acreditada la prescripción, o dejándolas de apreciar.

El recurso de casación es exigente en cuanto a su técnica, más todavía cuando la violación de ley sustantiva se hace provenir de equivocada estimación de los elementos probatorios, porque entonces hay que señalar cuáles son las pruebas que originan el error de hecho o de derecho en que incidiera el sentenciador y la manera como ha llegado a ese error, que en el primer caso debe ser **manifiesto.**

Se rechaza el cargo.

**b)** El segundo cargo dice que la sentencia es violatoria del artículo 1,873 del Código Civil, "porque consta en autos que el terreno materia de este juicio fue vendido primero al señor Ramón Quintero, padre de mis vendedores; y posteriormente fue vendido al doctor Carlos Delgado", antecesor en el dominio que alega el demandado Mosquera, quien fue vencido en un juicio reivindicatorio entablado por las herederas de Ramón Quintero respecto del mismo lote. Ello demuestra, según el recurrente, la violación acusada; "puesto que aun en el caso de que el demandado, señor Mosquera, también fuera dueño del mismo terreno que en ese mismo lugar compró y poseyó tranquilamente el padre de mis vendedoras (Ramón Quintero), éste entró primero en posesión y lo ampara la siguiente parte de la citada ley sustantiva: el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro".

Se contesta:

Es difícil encontrar acusación tan inconducente como la apuntada. En el pleito no ha habido discusión sobre la situación contemplada en el artículo 1,873 que se dice violado, sencillamente porque el fenómeno de venta doble por una misma persona del mismo predio a dos personas diferentes no se ha presentado en ninguno de los títulos en que se apoyan las partes. Las personas de Carlos Delgado y Ramón Quintero fueron distintas. El primero hizo donación de un terreno en el año de 1907 a su madre Dolores Zawadzky v. de Delgado, quien después se lo vendió a Heliodoro Mosquera en el mismo año, siendo estos dos títulos los principales en que se apoya Mosquera. Y el segundo parece que fue —porque no se presentaron las adjudicaciones— quien trasmitió a las tradentes de Vicente López, según éste lo asegura en la demanda, el globo de tierra que ahora reclama de Mosquera.

Nada tiene que ver pues el artículo 1,873, que se invoca como violado, con la cuestión fundamental del pleito.

Se rechaza el cargo.

**c)** La sentencia es violatoria, según el recurrente, del artículo 1,857 del Código Civil. Ello obedece a que el tribunal sostiene que el juicio de deslinde y amojonamiento se llevó a cago con anuencia de las señoras Mercedes Helena Quintero y Ana Luisa Quintero, antecesoras de Vicente López en el dominio del predio que reivindica. Con lo que se demuestra la infracción anotada, "puesto que la venta de bienes raíces se reputa perfecta desde que se otorga escritura pública, no desde el registro; y además consta en autos que mi título fue registrado en el año de 1935 y la citada diligencia de deslinde se verificó en el año de 1936, lo cual demuestra un grave error de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos".

Se contesta:

Basta la enunciación de esta causal para ver el divorcio completo que existe entre la premisa y la conclusión. Es absurdo pensar que el razonamiento del tribunal basado en que al demandante le perjudica la sentencia de deslinde, por haber sido partes en

ese juicio las tradentes de López, pueda en alguna manera comprometer el principio estatuído en el artículo 1,857 acerca del modo como queda perfeccionado el contrato de compraventa, ya se trate de bienes raíces o de otra clase de bienes.

Lo que ocuriór fue lo siguiente: Heliodoro Mosquera siguió contra Francisco Flórez, Abraham Domínguez, Joaquín Rizo, Ana Luisa Quintero y Helena Quintero de Borrero, un juicio de deslinde que tuvo por objeto el predio que ahora le reclama López Gómez. Los únicos linderos dudosos, que eran los de la colindancia con las señoras Quintero, fueron señalados en la diligencia de apeo, contra la cual ellas nada reclamaron, por cuyo motivo el deslinde se aprobó. El juicio se inició formalmente en noviembre de 1934; el deslinde efectuóse el 17 de junio de 1936. El primero de julio de 1935 las señoras Quintero enajenaron a Vicente López Gómez el mismo lote de tierra que en la diligencia de deslinde con las señoras Quintero y los demás colindantes le fue demarcado a Heliodoro Mosquera. De aquí es de donde saca pie López para decir —tratando de traducir su pensamiento— que puesto que la compraventa con las señoras Quintero se perfeccionó antes de hacer el deslinde, él tiene el derecho de propiedad sobre lo comprado, por aplicación del art. 1,857.

Lo descabellado del razonamiento salta a la vista. El tribunal bien dijo que el deslinde afectó los derechos del causahabiente de las señoras Quinteros, que fueron partes en el juicio, por haberse hecho la enajenación con posterioridad al registro de la demanda de deslinde.

Esta afirmación del tribunal está en pie. El recurrente no ha intentado siquiera destruírla. Además de que ello habría sido en todo caso vano esfuerzo por tratarse de una verdad incontrovertible.

**d)** Se acusa de violado el artículo 2,512 del Código Civil, porque al tenor de esta disposición "el terreno materia de este juicio tanto por haberlo comprado legalmente mis antecesores y el suscrito, es mío por dos títulos traslaticios de dominio, como lo son mis citadas escrituras registradas, y la prescripción extraordinaria, que extinguió los derechos que pudiera alegar el demandado".

Se contesta:

Esta clase de afirmaciones generales no son de recibo en casación. Si el recurrente cree que sus títulos fueron mal apreciados por el sentenciador, o éste no los tuvo en cuenta, o prescindió de las demás pruebas favorables al derecho reclamado, debe plantear la respectiva acusación, por error de derecho, o de hecho que aparezca de manifiesto en los autos, pero señalando el factor probatorio origen del error y la manera como en él se incidió.

Se rechaza el cargo.

**e)** La última disposición que se acusa como violada es el artículo 17 del Código Civil. Porque en el fallo que es materia de casación el tribunal reprodujo las mismas razones legales de otra sentencia del juez de primera instancia pronunciada en un juicio ordinario de reivindicación promovido por el actual demandado Mosquera en el año de 1909, el cual finalizó con la sentencia de casación de esta Corte de fecha 22 de abril de 1913, juicio que perdió Mosquera y en que tuvo por contraparte a las Quinteros representadas entonces por su madre la señora Georgina Zamorano v. de Quintero y por objeto, se dice, el mismo terreno que lo es de este juicio.

Se observa:

El artículo 17 del Código Civil dispone que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas, y que es por lo tanto prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria.

Pues bien; el que un juez crea conducentes argumentos expuestos en otro fallo, para decidir determinado negocio, no es hecho que viole el artículo 17, porque en ese caso no está proveyendo de modo general, sino prohijando razonamientos que estima legales y fundados en orden a resolver una situación especial. Es lo que ocurre generalmente cuando el juzgador con miras de reforzar su convicción acude a la doctrina de los autores o de la jurisprudencia.

En medio de la confusión de ideas del recurrente y con auxilio de las alegaciones

que formuló en las instancias se alcanza a advertir la importancia que él le da en pro de su causa a la sentencia absolutoria del juicio ordinario, fallado definitivamente en el año de 1913, y de que ya se habló. Pero la Corte no puede abordar el problema que de esa sentencia se deriva ,en razón de que la consiguiente acusación por quebrantamiento de la cosa juzgada no está planteada en forma, ni el desconocimiento total del recurso de casación con que está redactado el cargo permite hacerle una interpretación que diera margen para avocar su estudio. En consecuencia, los motivos que indujeron al tribunal a desestimar la referida sentencia, están en pie.

---

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 materia del presente recurso, pronunciada en este juicio por el tribunal superior de Cali el 20 de octubre del año próximo pasado.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la Gaceta Judicial.

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

REIVINDICACION. — ESTIPULACION A FAVOR DE UN TERCERO. — ESTIPULACION DE LA MADRE NATURAL POR SUS MENORES HIJOS SANEADA BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 45 DE 1936.

**1.—El principio general de que los contratos no afectan a los terceros extraños a él viene a tener una excepción en casos especiales en que una persona celebra ESTIPULACIONES A FAVOR DE UN TERCERO. En este último evento, la estipulación es diversa por todos sus aspectos del mandato, porque en éste el mandatario actúa como representante del contratante y tiene facultad para obligarlo, mientras que en la estipulación a favor de otro no existe representación alguna, directa ni indirecta, del beneficiario. En la estipulación por otro se producen estas importantes consecuencias: a) el tercero beneficiario adquiere por el solo hecho de la estipulación el derecho de exigir el cumplimiento de lo estipulado, sin otro requisito que su aceptación expresa o tácita; b) el contrato queda en incertidumbre mientras no interviene la aceptación del tercero, y pueden en ese lapso de tiempo revocarlo el estipulante y el promitente; pero producida la aceptación del tercero, se consolida el contrato; y c) los contratantes no pueden exigir el cumplimiento a favor del tercero, pero si se ha señalado cláusula penal vale tal pena y puede exigirla el estipulante, aunque la estipulación principal no tenga efecto, por falta de aceptación del tercero (artículo 1596 del C. C.). — 2.—La estipulación hecha por la madre natural para sus menores hijos cuando no tenía la representación legal de éstos vino a validarse y a hacer cesar la incertidumbre de la estipulación para éstos desde que adquirió la patria potestad bajo el imperio de la Ley 45 de 1936 y desde que, en ejercicio de ésta, continuó el juicio que antes había instaurado. Desde entonces realizó un acto de aceptación tácita del contrato, dado que el ejercicio de esa acción judicial constituye un acto que sólo puede ejecutarse en virtud del contrato. (Art. 1506 del C. C.)**

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

## Antecedentes

1.—Por sentencia de la Curia Primada de fecha 8 de julio de 1931, se decretó el divorcio católico o separación de cuerpos del matrimonio celebrado por Basilio Torres O. Ballén con Visitación Montaño.

2.—Por medio de la escritura número 418, de 24 de febrero de 1921, otorgada ante el notario primero de Bogotá, se procedió a la liquidación de la sociedad conyugal habida entre Torres O. Ballén y Visitación Montaño, en cumplimiento de la sentencia anterior, y en ésta se adjudicó al marido Torres O. Ballén un terreno denominado "El Bosque", jurisdicción del municipio de Pacho, con sus casas de habitación de adobe y teja de barro, cercas medianeras y demás anexidades, por los linderos en dicho instrumento determinados.

3.—Por escritura número 669, de 10 de septiembre de 1928, otorgada en la Notaría de Pacho, Basilio Torres O. Ballén vendió a Alicia Báez, para ésta y sus menores hijos naturales Arturo, Elvira y Elena Báez, el mismo terreno de "El Bosque", con las alinderaciones a que se hizo referencia en la escritura de liquidación número 418 de 1921.

4.—Con las copias de las partidas de origen eclesiástico, expedidas por los curas párrocos de Pacho y Zipaquirá, se acredita que los menores Arturo, Ana Elvira y Elena son hijos naturales de Alicia Báez.

5.—En la escritura número 669 de 1928, donde consta la venta que hizo Torres O. Ballén de la finca que es materia de este litigio, se incorporó esta cláusula que determina el carácter y la condición con que comparecía al otorgamiento Alicia Báez: "Que esta compra la hace a nombre y representación de sus menores hijos Arturo, Elvira y María Elena Báez, con dinero de la exclu-

siva propiedad de éstos, y que tan pronto como lleguen a su mayor edad les haré entrega material de este contrato y que hoy les compra en la proporción correspondiente, por haber contribuído éstos con igual cantidad de dinero para la compra".

### Juicio ordinario

El día 7 de marzo de 1934 Alicia Báez, obrando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Arturo, Elvira y Elena Báez, presentó demanda ordinaria reivindicatoria contra Visitación Montaña de Torres, María Dolores Torres de Báez, Rafael Báez y Víctor Zenón Torres, solicitando que se hicieran estas declaraciones: 1ª) que el terreno llamado "El Bosque", con sus anexidades y por los linderos determinados en el libelo, es de propiedad exclusiva de la peticionaria y de sus menores hijos, por haberlo comprado a Basilio Torres O. Ballén por escritura 669 de 1928; 2º) que el terreno así determinado debe ser entregado por los demandados a la peticionaria y a sus menores hijos; 3º) que dicho terreno no ha pertenecido ni pertenece a la sucesión de Basilio Torres O. Ballén, por haberlo vendido él a la peticionaria y a sus menores hijos, y 4º) que los demandados deben entregar a la peticionaria y a sus menores hijos el valor de los frutos naturales y civiles de dicho terreno, desde la época en que murió Basilio Torres hasta el día en que se verifique la entrega, y a pagar las costas procesales.

La demandada Visitación Montaño propuso la excepción perentoria de simulación del contrato. Los demás opositores presentaron demanda de reconvención, en la cual pidieron se declarara que el contrato de compraventa de dicho bien raíz es simulado; que como consecuencia de tal declaración el bien vendido no salió del patrimonio del vendedor Torres O. Ballén; que tal contrato es nulo de nulidad absoluta, y que los herederos de Basilio Torres no están obligados a entregar ese terreno a Alicia Báez.

Agotada la primera instancia, el Juez del Circuito de Pacho la decidió en sentencia de 9 de octubre de 1936, en la cual declaró probada la excepción perentoria de simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura 669 de 1928, y como consecuencia de esa declaración absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda principal.

### La sentencia acusada

Del fallo de primera instancia apeló la actora Alicia Báez ante el Tribunal Superior de Bogotá, quien le puso fin en sentencia de 27 de agosto de 1938, en la cual reformó la providencia de primer grado, declarando no probada la excepción de simulación propuesta por los demandados, y en su lugar dispuso lo siguiente: a) Que pertenece a Arturo, Ana Elvira y Elena Báez el lote de terreno de "El Bosque", con sus casas de habitación y cercas medianeres; b) Que los demandados están obligados a restituír dicho lote de terreno dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo; c) Que los mismos opositores pagarán a los menores mencionados los frutos naturales y civiles del citado inmueble, no sólo los percibidos, sino los que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y cuidado. Se negó la petición tercera de la demanda y se condenó en las costas del juicio a la parte opositora.

Comienza la sentencia del Tribunal por estudiar lo relativo a la personería sustantiva de la actora y concluye que aunque Alicia Báez demanda en su propio nombre y en el de sus menores hijos, a quienes dice representar legalmente, lo cierto es que según lo declarado en la escritura de compra número 669, el terreno materia de esta demanda reivindicatoria fue adquirido exclusivamente para sus hijos naturales y con dinero de éstos, así, pues, la adquisición de la finca se hizo a nombre de los menores, y en consecuencia, Alicia Báez carece de derecho para iniciar en su propio nombre y como dueña del terreno este proceso.

A continuación entra el Tribunal a examinar y precisar la personería de los menores demandantes, y al rededor de tal presupuesto procesal hace estas consideraciones: Que cuando se instauró la demanda (marzo 7 de 1934) la madre natural no tenía la patria potestad sobre sus hijos menores, ya

que la Ley 153 de 1887 sólo permitía el ejercicio de la patria potestad al padre legítimo sobre sus hijos nó emancipados, derechos que, muerto el padre, ejercía la madre legítima mientras guardara buenas costumbres y no pasara a otras nupcias.

Vino a ser el artículo 15 de la Ley 45 de 1936 el que otorgó a la madre natural el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores. En vista de tales circunstancias y por estimar que la actora carecía a la fecha de la demanda de la representación legal de sus hijos, dispuso el Tribunal poner en conocimiento de las partes la nulidad procesal existente, y ésta fue allanada como aparece de autos.

Dilucidada en esa forma la cuestión de la personería, se sostiene en la sentencia que se han demostrado en los autos, con toda evidencia, los requisitos que son necesarios para decretar la reivindicación del inmueble litigioso, ya que de los elementos probatorios allegados al proceso, aparece probado el dominio de los menores sobre el terreno disputado, su identidad e individualidad, y la posesión material que tienen los demandados, requisitos indispensables para que prospere la acción reivindicatoria.

---

Rechaza la sentencia acusada que el contrato sea simulado — hecho que se propusó por los demandados como excepción perentoria y como súplica de la demanda de reconvención—, en las consideraciones que para su debido estudio en casación pasan a a transcribirse textualmente:

"Para acreditar que el contrato que reza la tantas veces citada escritura 669, de 10 de septiembre de 1928, es simulado, se hicieron valer varios elementos probatorios y principalmente dos cuadros de posiciones absueltas por Alicia Báez, una vez en el término probatorio de este juicio y la otra en el juicio ordinario sobre exclusión de bienes que la misma Alicia Báez inició contra Visitación Montaño, María Dolores Torres de Báez y Víctor Zenón Torres, en el Juzgado del Circuito de Pacho".

"No debe perderse de vista, por la suma importancia que tiene, que cuando Alicia Báez confesó los hechos relatados en las posiciones (12 de mayo de 1932 y 24 de abril de 1936), de conformidad con nuestras leyes civiles no tenía la patria potestad sobre sus hijos naturales, y como de otro lado no se ha demostrado que tenía la representación legal de sus hijos (artículo 458 del C. C.), síguese de lo expuesto, que la confesión de Alicia Báez hecha en las posiciones, y en las cuales declara que el contrato que consta en la escritura pública número 669 de 10 de septiembre de 1928, de la notaría de Pacho, es simulado, o sea, que en dicha venta no hubo intención de comprar ni de vender, ni hubo entrega del precio, no tiene por qué perjudicar a los menores, pues cuando tales hechos confesó, como consta de autos, aún no era representante legal de sus hijos. De suerte, pues, que la prueba resultante de la confesión de un tercero, como lo era la Báez en relación a los dueños de la finca materia de la reivindicación, no los puede perjudicar".

---

**Recurso de casación**

Contra las decisiones de la sentencia del Tribunal, que acaban de expresarse, se alzan en casación los demandados, alegando los motivos señalados en los ordinales 1º, 2º y 6º del artículo 520 del C. J. Exponen las causales en capítulos separados, y estiman que la sentencia del Tribunal viola disposiciones legales sustantivas por aplicación indebida, por infracción directa y por haberse incurrido en la causal de nulidad enumerada en la regla segunda del artículo 448 del C. J., sin que se haya saneado dicha nulidad de conformidad con la ley. Así se resumen las alegaciones de la parte demandada y recurrente:

PRIMERA CAUSAL. — Ser la sentencia violatoria del artículo 946 del C. C., que fue aplicado indebidamente por errónea interpretación. Argumenta el recurrente que para poder reivindicar es condición esencial la de que quien ejercita la acción acredite ser el dueño de la cosa. Ahora bien, en el contrato de compraventa se hizo constar que la Báez compró los bienes a nombre y

representación de sus menores hijos, con dinero de la exclusiva propiedad de éstos. Esto quiere decir que la Báez estipuló la compra de los bienes en favor de terceras personas, y como en las fechas de la compraventa y de la demanda no tenía la patria potestad sobre sus hijos naturales ni la representación legal de éstos, concluye el recurrente que los menores demandantes no han adquirido el dominio del bien raíz reivindicado, por no haber mediado la aceptación expresa o tácita de éstos, al tenor del artículo 1,506 del C. C., que por esa circunstancia estima también violado.

De lo dicho concluye el recurrente que no habiendo adquirido los menores el dominio del inmueble reivindicado, no tienen la acción reivindicatoria contra los demandados, y se han violado los preceptos legales mencionados.

SEGUNDA CAUSAL. — Ser la sentencia violatoria de los artículos 329 y 543 del C. J. Sostiene el recurrente que si de acuerdo con el artículo 946 del C. C. sólo el dueño de una cosa singular de que no está en posesión puede reivindicarla; y que según lo estatuído en el artículo 1,506 del mismo código, el tercero a cuyo favor estipula el comprador no adquiere el dominio mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita— aceptación que no ha ocurrido por parte de los menores hijos de Alicia Báez, — es claro que tales menores carecen de personería sustantiva para promover la acción reivindicatoria, toda vez que los presupuestos procesales no se cumplen. Salta a la vista, según lo considera el recurrente, la existencia de la excepción perentoria de falta de personería sustantiva en los demandantes, la cual ha debido declarar probada el Tribunal; y como no lo hizo, violó los artículos 329 y 343 del C. J.

TERCERA CAUSAL. — La hace consistir el recurrente en que, habiéndose incurrido en el proceso en la causal de nulidad expresada en el ordinal segundo del artículo 448 del C. J., el Tribunal dio por allanada dicha nulidad sin haberse saneado de conformidad con la ley. La funda el recurrente en que el propio apoderado judicial de Alicia Báez manifestó que en nombre de su poderdante allanaba la causal de nulidad, y tal apoderado en ningún caso podía revalidar en esa forma la mala representación que él y su poderdante venían ejerciendo indebidamente, porque esto equivalía "a colocar albarda sobre albarda".

---

**Estudio de los cargos**

Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y origina para éstos derechos y obligaciones. No es necesario que el contratante comparezca personalmente, sino que puede hacerlo por intermedio de un mandatario o de su representante legal. Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando autorizada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo (artículo 1,505 del C. C.)

A contrario sensu, el contrato no es ley y no daña ni beneficia a terceros extraños a él, en virtud de la vieja máxima "res inter alios acta, aliis neque nacere neque prodesse potest". Pero este principio general de que un contrato no afecta a terceros absolutamente extraños viene a tener una excepción en casos especiales en que una persona celebra **estipulaciones a favor de un tercero.** En este último evento, la estipulación a favor de un tercero es diversa por todos sus aspectos del mandato, porque en éste el mandatario actúa como representante del contratante y tiene facultad para obligarlo, mientras que en la estipulación a favor de otro no existe representación alguna, directa ni indirecta, del beneficiario.

Es indudable que cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esa tercera persona podrá demandar lo estipulado, y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él (artículo 1,506 del C. C.)

Se deduce de lo expuesto que toda estipulación a favor de un tercero produce estas importantes consecuencias:

a) El tercero beneficiario adquiere por el

solo hecho de la estipulación el derecho de exigir el cumplimiento de lo estipulado, sin otro requisito que su aceptación expresa o tácita; b) El contrato queda en incertidumbre mientras no interviene la aceptación del tercero, y pueden en ese lapso revocarlo el estipulante y el promitente; pero producida la aceptación del tercero, se consolida el contrato; y c) Los contratantes no pueden exigir el cumplimiento a favor del tercero, pero si se ha señalado cláusula penal vale tal pena y puede exigirla el estipulante, aunque la estipulación principal no tenga efecto, por falta de aceptación del tercero (artículo 1,596 del C. C.)

---

Resalta con toda evidencia de los autos que cuando la actora Alicia Báez compró la finca de "El Bosque" para sus hijos naturales y con dinero de éstos, no tenía la patria potestad sobre ellos, ya que el artículo 53 de la Ley 153 de 1887 sólo otorgaba este conjunto de derechos y prerrogativas a los padres legítimos sobre sus hijos menores no emancipados, al padre mientras viviera y a la madre mientras observara buenas costumbres y no pasara a otras nupcias. De manera que cuando compareció para adquirir a nombre de sus menores hijos naturales no tenía la representación legal de éstos y estipulaba a favor de terceras personas.

Cuando presentó libelo de demanda contra los opositores, el 7 de marzo de 1924, tampoco tenía la representación legal de sus menores hijos naturales, porque aun cuando existía a su favor la presunción de reconocimiento que consagraba el artículo 7º de la Ley 95 de 1890, no tuvo cuidado de solicitar se le discerniera la guarda legítima que le otorga ampliamente el artículo 458 del C. C.

Pero durante la secuela de este proceso se promulgó la Ley 45 de 1936, que confirió la patria potestad a los padres naturales y por ende la representación legal de sus menores hijos. El artículo 15 de ese nuevo estatuto regulador de la filiación ilegítima dispone que al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales se aplican las reglas del Título 12, Libro 1º del C. C., a excepción de las contenidas en los artículos 252 y 260 y en cuanto las demás no pugnen con las disposiciones de la mencionada Ley 45.

Como quiera que ese nuevo ordenamiento legal de la Ley 45 produjo la plenitud de sus efectos **ipso jure**, es decir, que por ministerio de esa misma ley vino a establecerse un nuevo sistema regulador de estado civil, en lo atañedero a la filiación ilegítima y a las relaciones entre padres e hijos naturales, resulta de toda evidencia que desde que entró a regir en virtud de su promulgación otorgó a la actora Alicia Báez la patria potestad de sus menores hijos.

Aceptado tal principio incuestionable, es de rigor concluír que desde esa fecha tuvo la actora la personería suficiente para actuar en juicio a nombre de sus menores hijos no emancipados. En forma tal, que si pudo ser cierto que antes carecía de esa facultad y era ilegítima su personería en este juicio, desde ese momento adquirió la plenitud de la patria potestad, como madre natural, y el derecho incontrovertible para asumir su representación ante la justicia, para la defensa de sus derechos patrimoniales; y así fue como ratificó lo actuado, haciendo desaparecer todo vicio de personería.

Otra consecuencia importante se desprende de la vigencia de la Ley 45 y que tiene íntima relación con uno de los cargos esgrimidos en casación contra la sentencia, y es la que pasa a esbozarse: si bien es verdad que la Báez, al adquirir de Torres O. Ballén la finca disputada, estipulaba a nombre de terceros, y si los menores compradores no habían podido, antes de promulgarse ese nuevo estatuto, hacer cesar la incertidumbre de la estipulación a su favor y radicar en su patrimonio el bien comprado, desde que la madre natural y actora adquirió la patria potestad y en ejercicio de ésta continuó el juicio, adelantando su secuela hasta ponerlo en estado de casación, realizó un acto de aceptación tácita del contrato y de la compra en él realizada a favor de sus hijos, dado que el ejercicio de esa acción judicial constituye un acto que sólo puede ejecutarse en virtud del contrato (art. 1506 del C. C.).

Se deduce de lo expuesto que desde la promulgación de la Ley 45 de 1936 la actora Alicia Báez tiene la patria potestad de

sus menores hijos naturales; que por el hecho de continuar este proceso, desde esa fecha, ha realizado un acto de aceptación tácita de lo estipulado a favor de tales menores. Luego éstos están investidos del dominio del bien litigioso y pueden suplicar la reivindicación, y la madre ostenta la personería de sus hijos menores demandantes.

No existe violación de los artículos 946 y 1506 del C. C., ni tampoco se ha infringido los artículos 329 y 243 del C. J., en que funda el recurrente las dos primeras causales o motivos de tacha de la sentencia acusada. Por esta razón, es de rigor rechazarlos, por inoperantes.

Funda el recurrente la tercera tacha en que se incurrió en la causal de nulidad que estatuye el ordinal segundo del artículo 448 del C. J., por carecer la actora de personería para representar en juicio a sus menores hijos, y el Tribunal procedió de manera irregular al permitir que el apoderado judicial de la actora misma diera por allanada la referida causal.

Se considera:

Siendo los demandantes menores de edad e incapaces para comparecer en juicio, la ilegitimidad de la personería tenía que ser allanada necesariamente por quien ostentara la representación legal de éstos. A la fecha en que se surtió el incidente procesal abierto por el Tribunal, tenía Alicia Báez la patria potestad de sus hijos, en virtud de la vigencia de la Ley 45 de 1936. Luego a ésta correspondía allanar la causal de nulidad y, una vez allanada, permitir la continuación de la secuela. De manera que cuando su apoderado judicial hizo el allanamiento y saneó la personería con que actuaba en juicio a nombre de los menores, ejercitaba en ese momento una facultad que la ley otorgaba a su poderdante, y quedó subsanada en debida forma la nulidad existente.

No se ha perpetrado violación del artículo 448 del C. J. y es inoperante este tercer cargo para quebrar la sentencia

**Fallo:**

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, en Sala de Casación en lo Civil, **no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el día veintisiete de agosto de 1938 (mil novecientos treinta y ocho), que ha sido materia de este recurso.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

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



## ACCIONES DE RESOLUCION DE UN CONTRATO, DE REIVINDICACION Y DE PERJUICIOS

**Aunque el demandante no haya pedido expresamente la condenación del demandado al pago de PERJUICIOS debe entenderse que ha ejercitado esa acción al suplicar la condenación por frutos y deterioros, como quiera que éstos son elementos de esa indemnización, de suyo, sin necesidad de pronunciar la palabra PERJUICIO.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por Antonio León M. contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali de 6 de febrero último, confirmatoria de la del Juzgado 2º de ese Circuito de 11 de julio de 1938 que condenó a Manuel Salvador Arteaga y absolvió a los demandados restantes de los cargos de la demanda ordinaria incoada por León con los fines que adelante se expresarán.

Los antecedentes se resumen en esto: el 13 de abril de 1932 entregó León por cinco años a Arteaga la finca que el documento de ese día y la demanda de este juicio determinan detalladamente, ubicada en el Municipio de Restrepo, hoy Conto, junto con un trapiche y otros elementos de labor, para que la mejorara y explotara en la forma detallada en el aludido documento. El 12 de agosto de 1934 Arteaga entregó esa finca a Nicanor Grisales por el resto de dicho quinquenio, por haberle vendido o cedido, según palabras de ambos, aquel contrato. Y Grisales se la vendió a los consortes Carlos Antonio Grisales y Virginia Calle el 22 de junio de 1935.

León demandó a estos últimos sobre restitución de la finca, a Arteaga sobre resolución del contrato de 1932 y a éstos tres y a Nicanor Grisales por pago de frutos y deterioros en sus respectivas épocas de tenencia, a más de la acción de perjuicios contra Arteaga por la resolución antedicha.

El Juzgado decretó ésta e hizo a cargo de Arteaga todas las condenaciones pedidas por el demandante, inclusive la de restitución del inmueble, y absolvió a los restantes demandados, así: a Nicanor por no habérsele pedido expresamente los perjuicios provenientes de su dolo, y a los poseedores actuales, por no estar demostrado el dominio del demandante.

El Tribunal conceptuó en forma análoga y acogió también la interpretación que el Juzgado dio a la demanda en el sentido de hallar en ésta el ejercicio simultáneo de dos acciones distintas, cuales son la de resolución del contrato de 1932 y la reivindicatoria del aludido inmueble. Ambas sentencias de instancia negaron la última y acogieron en su totalidad la primera, de donde se dedujo que Arteaga respondiese de todas las prestaciones correspondientes a la restitución de las partes al estado en que se hallarían si no hubiesen celebrado el contrato resuelto, por aplicarse por analogía a la resolución la disposición pertinente de la nulidad, o sea, el artículo 1746 del C. C.

Sin perjuicio de las modificaciones que obligadamente ocurran al pronunciarse fallo de instancia que reemplace el del Tribunal, es de advertirse que la condena a cargo de Arteaga no se halla dentro de la casación, porque es recurrente único el demandante.

Al ordenar la Corte los cargos como manda el C. J. en su artículo 537, encontrando fundada la causal que se analiza en seguida, a ella se concreta, de conformidad con el artículo 538 de esa obra y casando por lo mismo la sentencia recurrida, procederá en seguida a dictar la que ha de reemplazarla.

La causal que encuentra fundada es la de

violación de los artículos 946 y 950 del C. C., en relación con el 961 y siguientes del mismo, disposiciones que el recurrente afirma fueron violadas por el Tribunal en razón de haber dejado de aplicarlas, por virtud del error de apreciación de varias pruebas que detalla y en seguida se estudian aquí.

Obran en autos en debida forma la resolución ejecutiva de 6 de diciembre de 1929 en que se adjudicó a Manuel S. Serna como cultivador el baldío en ella determinado, y la escritura Nº 139 de 9 de los mismos mes y año, otorgada en la Notaría de Restrepo, hoy Conto, por medio de la cual Serna, invocando su calidad de cultivador y refiriéndose a esa resolución, vende a Antonio León M. el inmueble que allí se precisa. Y obra también certificado del Registrador en que consta la vigencia de este título.

Las alinderaciones a que acaba de aludirse y la de la demanda, así como la del documento de 13 de abril de 1932, coinciden. Hay expreso acuerdo entre el actor y cada uno de los demandados sobre la identidad de lo que León entregó a Arteaga el 13 de abril de 1932, con lo que éste entregó a Nicanor Grisales el 12 de agosto de 1934, con lo que éste vendió a su hijo y nuera prenombrados el 22 de junio de 1935 y con el fundo determinado en el libelo. En otras palabras, no hay contienda alguna ni duda sobre identidad entre lo que se demanda y lo que poseen Carlos A. Grisales y señora.

Si éstos han de ser condenados a restituír ese inmueble, no hay razón derivable en contrario o nacida de que en el documento contentivo del contrato entre León y Arteaga se hable de una cabida aproximada de treinta y cinco plazas, en contraste con la adjudicación ya citada de 1929 hecha con cabida de 17 hectáreas 9,820 metros cuadrados. La diferencia entre las dos cifras no puede ser óbice al decreto de restitución, entre otras razones porque él se pronuncia sobre lo que los actuales poseedores ocupan, sin relación a determinada cabida, la que puede ser mayor o menor de cierta extensión, puesto que todos los litigantes están acordes, como ya se dijo, respecto de la identidad de la finca en forma de hallarse plenamente establecido en el proceso con las respectivas probanzas, entre ellas ante todo las explícitas afirmaciones de todos ellos, que lo que León demanda es lo mismo que entregó a Arteaga, éste a Nicanor Grisales y éste a Carlos A. Grisales y esposa.

En el cuaderno 3º figuran las posiciones que a solicitud de León absolvieron uno a uno los cuatro demandados en mayo de 1937, según diligencias del día 13 Arteaga (fols. 11 a 14); del día 14 Carlos A. Grisales (fols. 23 a 25); del mismo día Virginia Calle (fols. 27 a 29) y del día 29 Nicanor Grisales (fol. 35). En todas estas diligencias se lee respuesta afirmativa categórica sobre esa identidad.

Se ha hablado ya de restitución, porque los títulos aducidos por el demandante justifican su calidad de dueño, la que respalda su acción de dominio. La adjudicación a Serna se acompañó a la demanda (Cdno. 1º, fols. 3 y 4); la venta de Serna a León en la citada escritura de 9 de diciembre forma los folios 40 a 42 del cuaderno 3º, en el cual a folios 45 y 46 se halla el certificado del Registrador de que ya se habló también. Y por su lado los actuales ocupantes se limitaron a todo lo largo del pleito a presentar su escritura de compra a Nicanor Grisales, otorgada en la Notaría de Restrepo, hoy Conto, con el número 118, el 22 de junio de 1935 (Cdno. 1º, fols. 45 y 46).

Nicanor dice allí al vender que es dueño por compra a Pedro M. y Rosendo García en escritura número 259 de 18 de diciembre de 1934 en la Notaría de Alcalá; pero ni esta escritura, si es que existe, ni ningún otro título que acreditara dominio de él o de antecesores de él, figura en autos.

Ni hay lugar, pues, a indagar siquiera si hubo una interversión de título que cambiara en Nicanor su mera tenencia inicial en una posesión que lo habilitara para vender.

Los actuales ocupantes, como bien se ve, se atuvieron a la presunción de ser dueños por proclamarse poseedores (C. C., artículo 762, inc. 2º); y esta presunción cae ante la justificación que León hace de ser el dueño él.

Lo dicho hasta aquí impone la casación del fallo recurrido en razón de prosperar el cargo ya expuesto, y a la vez adelanta la motivación del que ha de reemplazar a

aquél. Para completarla se agregan estas consideraciones:

Si León desde su libelo inicial reconoce que son ocupantes del inmueble suyo personas distintas de Arteaga, si a estas personas demanda sobre ese punto preciso de la restitución de la finca y si aquel hecho está plenamente comprobado, no es aceptable que por un mero ajustamiento conceptual al citado artículo 1746 del C. C., se olvide la realidad del caso. Esto significa que no puede, así las cosas, mantenerse la condenación de restituír pronunciada contra Arteaga, la que no se compaginaría tampoco con la que se pronuncia a cargo de esos otros ocupantes actuales, Grisales y señora.

No puede acogerse el concepto de que, a pesar de ser dolosa la conducta de Nicanor, no se le condena por no haberse demandado de él los perjuicios provenientes del dolo, porque esta petición no falta. En efecto, la demanda suplica condenación a cargo de él por frutos y deterioros (peticiones 5ª y 6ª), y éstos son elementos de esa indemnización, de suyo, sin necesidad de pronunciar la palabra, **perjuicios.**

Nicanor Grisales en sus posiciones ya citadas formula confesión categórica sobre haber recibido la finca por el traspaso que del citado contrato con León de abril de 1932 le hizo Arteaga en agosto de 1934, y sobre haber procedido a vender eso mismo a su hijo y nuera, diciéndose dueño, en junio de 1935. Estos hechos determinan su situación legal en lo que hace al dolo en que lo declaró el Juzgado en la parte resolutiva de su fallo confirmado por el Tribunal. Vuelve a advertirse que la sentencia de éste no fue recurrida sino por el demandante.

Aunque la confesión de los ocupantes actuales a ese respecto no es la categórica que hizo Nicanor, no por ello deja de estar acreditado en el expediente el conocimiento de ellos de la calidad de mero tenedor con que Nicanor había recibido y ocupado la finca. Las evasivas de ellos al responder al respecto en posiciones más se refieren al hecho material de haber ellos tenido a la vista o en sus manos el documento tántas veces citado aquí de abril de 1932. Además, si no con las actas correspondientes que habrían sido indispensables en juicio sobre estado civil, sí con la afirmación explícita de los tres, está acreditado que Nicanor es padre de Carlos Antonio y éste es marido de Virginia. Esta vinculación familiar y el pie de sus relaciones demostrado con los hechos de ellos de que da cuenta el proceso, en especial en las posiciones antedichas, son grave indicio concurrente a demostrar que no sólo Nicanor sino su hijo y nuera, procedieron a sabiendas cuando entregaron su escritura de 22 de junio de 1935.

Por tanto, los ocupantes actuales no pueden reputarse de buena fe ni extraños al referido dolo.

Es de recordarse que se limitaron a aducir esta escritura como único eslabón de lo que pudo y debió ser cadena de títulos.

No se ha comprobado nada en este litigio sobre valor de los frutos ni sobre las expensas invertidas en producirlos, ni sobre deterioros, ni sobre mejoras, en una palabra, sobre ninguno de los diversos factores que han de tenerse en cuenta para las prestaciones mutuas de que hablan los artículos 962 y siguientes del C. C. ya citados. Para todo ello se habrá de remitir a las partes a la actuación prevista por el artículo 553 del C. J., ya que, por la falta de pruebas de que se acaba de hablar, no es posible fijar el importe o siquiera establecer las bases de que habla el artículo 480 de la misma obra.

---

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia dictada en este juicio en su segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el seis de febrero del presente año, y reformando la de primera instancia dictada por el Juzgado 2º del Circuito de Cali el once de julio de mil novecientos treinta y ocho, falla este pleito así:

1º Declárase resuelto por incumplimiento de Manuel Salvador Arteaga el contrato que éste y Antonio León M. celebraron al tenor del documento privado suscrito por ambos en Cali el trece de abril de mil novecientos treinta y dos, y en consecuencia se condena a Arteaga a pagar a León el valor de los perjuicios provenientes de ese incumplimien-

to, entre ellos los frutos y deterioros desde esa fecha, de la finca determinada en ese documento y en el presente fallo; y a entregarle el trapiche Chattanooga, de acero, número 111, y los cinco fondos de cobre nuevos, grandes que recibió de León el mismo día en que se celebró dicho contrato.

2º Condénase a Carlos Antonio Grisales y Virginia Calle de Grisales a entregar a Antonio León M. la finca agrícola ubicada en el Municipio de Restrepo, hoy Conto, fracción de Santa Helena, con sus cultivos de café, plátano y pastos y demás accesorios, deslindada: al oriente, con finca de Julio Fernández; al norte, con finca de Liborio Rendón; río Ilama de por medio; al occidente, con finca de Jesús Loaiza; y al sur, con propiedades de Nicasio Velásquez, Tobías Marulanda y Matías Vásquez.

3º Condénase a los mismos consortes Grisales y Calle de Grisales a pagar al demandante León los deterioros y los frutos de esa finca desde el veintidós de junio de mil novecientos treinta y cinco hasta que se la restituyan, como poseedores de mala fe.

4º Condénase a Nicanor Grisales a pagar al mismo León los frutos y deterioros de dicha finca mientras la tuvo, o sea, del doce de agosto de mil novecientos treinta y cuatro al veintidós de junio de mil novecientos treinta y cinco.

5º Las prestaciones referidas se precisarán en la ejecución de esta sentencia por los trámites del artículo 553 del C. Judicial, teniendo en cuenta las expensas a que haya habido lugar por la producción de frutos y por mejoras, en sú caso, y todo lo demás que indican los artículos 963 a 970 del C. Civil.

6º No hay condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—MANDATO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.—DIFERENCIAS ENTRE ESTOS DOS CONTRATOS.—LEGISLACION FRANCESA SOBRE EL MANDATO.—ADMINISTRADORES O MAYORDOMOS DE HACIENDAS.—SU CONDICION LEGAL DE MANDATARIOS EN CIERTOS CASOS

**1.—En la legislación francesa el contrato de mandato es esencialmente representativo, a diferencia de la colombiana que tiene sobre el punto una concepción más amplia y generosa al diferenciarlo de la procuración y del arrendamiento de servicios. La legislación colombiana, en vez de actos, alude a negocios encomendados a otra persona. En el mandato civil el apoderado actúa por cuenta y riesgo de su mandante, que le ha confiado la gestión de uno o más negocios, y viene a ser, por esa circunstancia, un simple intermediario u órgano de la voluntad del mandante, pero no parte contratante. En el derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo, como en el francés, y dentro de su configuración caben tanto el mandato ostensible como el oculto, celebrado por interposición de personas, en todas sus formas lícitas (artículo 2177, C. C.). — 2.—Hay diferencias esenciales entre el mandato y el arrendamiento de servicios. El mandatario, en cualquier forma que actúe, obra por cuenta y riesgo de su comitente, lo representa de manera ostensible u oculta y para éste son los beneficios derivados de los contratos o negocios que realice; en una palabra, obra jurídicamente en lugar del mandante y contrata para él, como si éste directamente realizara los actos jurídicos o negocios celebrados a su nombre. El mandatario obra con su voluntad, contribuye con ella y vincula al mandante. En el arrendamiento de servicios quien los presta no realiza ningún acto jurídico a favor del patrono, ni tiene facultad legal para representarlo y obligarlo. Se limita a ejercer un oficio o profesión, o a ejecutar un trabajo en su propio nombre, aunque todo el resultado de su labor se traduzca en exclusivo beneficio de su patrono. Estas dos clases de convenciones se distinguen en lo tocante a la formación del contrato, a los deberes del que presta el servicio o gestión, a la calidad del honorario o sueldo y a su reglamentación legal. Además, el mandato puede ser en ocasiones gratuito, en tanto que el arrendamiento de servicios es oneroso. — 3.—No siempre son idénticas las funciones que desempeña en esta región un administrador o mayordomo de una hacienda destinada a la explotación industrial o agrícola. Es muy posible que en algunos casos tales mayordomos tengan sus atribuciones y su labor estrictamente limitadas a los menesteres secundarios y a funciones constantemente subordinadas a las instrucciones y a las órdenes del propietario, en cuyo caso es indudable que no podrían ser considerados como apoderados o mandatarios de los dueños, sino como empleados contratados para determinadas labores o para trabajos que deben ejecutar en su propio nombre, pero sin facultad legal para representarlos o para celebrar negocios por su cuenta y riesgo. Pero hay casos muy numerosos en que el mayordomo o administrador de una hacienda no tiene limitado a tan subordinadas actividades su trabajo, sino que éstas se dirigen a la supervigilancia constante de la producción industrial o agrícola de la finca, a la conservación de ésta; a la organización de los trabajos mediante el enganche y pago de trabajadores, a la ordenación y selección de las siembras, reparación y adquisición de implementos de labor, cuidado y compra de animales, venta de los frutos, etc., etc. En este segundo caso hay que convenir en que el mayordomo o administrador no es simplemente un empleado o factor de empresa comercial o agrícola, sino un verdadero mandatario.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

## Antecedentes

1.—El señor José del Carmen Aldana alega haber prestado servicios como administrador de una finca de campo denominada "Hacienda de "El Rosario" ubicada en jurisdicción del Municipio de Tena, inmueble que fue primero de doña Lastenia Maldonado de Rodríguez, y que, a la muerte de esta señora, pasó a poder de su heredero don Carlos Rodríguez Maldonado.

2.—Afirma Aldana que tales servicios,

prestados en la mencionada finca, comprenden dos períodos distintos, a saber: uno del año de 1918 al de 1925, inclusive, cuyo valor aprecia en siete mil pesos ($ 7,000.00); y otro, de primero de enero de 1926 a 31 de julio de 1929, cuya suma total fija en cuatro mil seiscientos cincuenta pesos ($ 4,650.00), de los cuales confiesa haber recibido dos mil trescientos cincuenta ($ 2,350.00). Además de las remuneraciones que acaban de expresarse, sostiene Aldana que Rodríguez Maldonado le prometió una participación del dos y medio por ciento (2½%) sobre las utilidades líquidas que produjera la finca durante el último período indicado, o sea, del primero de enero de 1926 al 31 de julio de 1929.

3.—Alega Aldana que estos servicios no le han sido pagados, y que para atender los del primer período se hizo una destinación en dinero al liquidar la mortuoria de doña Lastenia Maldonado de Rodríguez; y así consta en la escritura número 1371, de 18 de octubre de 1926, Notaría 5ª de Bogotá, por medio de la cual se protocolizó la sucesión de la mencionada señora, incorporándose en tal instrumento la hijuela primera para deudas y gastos, en la que se adjudicó al único heredero, señor Rodríguez Maldonado, la cantidad de siete mil pesos ($ 7.000.00) en dinero líquido, para atender al pago de esta deuda hereditaria.

**Juicio ordinario**

Ante el Juez segundo del Circuito en lo Civil de Bogotá presentó demanda ordinaria José del Carmen Aldana contra Carlos Rodríguez Maldonado, fecha el día 25 de julio de 1934, en la cual suplica se hagan estas declaraciones: a) Que se condene al demandado a pagarle la cantidad de siete mil pesos ($ 7,000.00), valor de sueldos devengados en un período de ocho años (1918 a 1925); b) Que se le condene a pagarle dos mil trescientos pesos ($ 2,300.00), saldo de los sueldos como administrador de la misma hacienda, de enero de 1926 a julio de 1929, inclusive; y c) El dos y medio por ciento de las utilidades líquidas producidas por la mencionada hacienda desde el 1º de enero de 1926 hasta julio, inclusive, de 1929. Remata sus pretensiones el actor pidiendo una triple condenación: a perjuicios compensatorios, por el no pago de las sumas principales; a intereses comerciales de demora, y a las costas del juicio.

Surtido el trámite de la primera instancia, sin que el opositor contestara la demanda ni presentara prueba alguna, lo que equivale a decir que se abstuvo de asumir su defensa, el señor Juez **a quo** le puso término en sentencia fechada el 14 de junio de 1935, en la cual condenó a Rodríguez Maldonado a pagar tanto las dos cantidades que le reclamaba el actor como el dos y medio por ciento de las utilidades líquidas, durante el último período de la administración de la finca; más los intereses legales devengados por la primera de las cantidades suplicadas en la demanda. Lo absolvió del pago de perjuicios compensatorios y de las costas del proceso.

Fundamenta esta decisión el Juez de primer grado en las circunstancias de que se ha establecido sin lugar a réplica, con el haz probatorio del actor, que Aldana prestó servicios de administrador de la finca "El Rosario", es decir, de mandatario, tanto de doña Lastenia como de su hijo don Carlos; y que las cantidades reclamadas por tales servicios no le han sido pagadas, a pesar de que para la cancelación de la primera de esas deudas se hizo una destinación en dinero al liquidarse la mortuoria de doña Lastenia.

Cómo fundamento **in jure** para considerar al actor como mandatario del demandado—tanto en su carácter de heredero de doña Lastenia como en el suyo personal—, presenta el Juez en la mencionada sentencia los argumentos que pasan a transcribirse:

"En la calificación sintética de la causa **(demostracio)**, interpretamos la acción del demandante como derivada de un negocio de mandato y basada en el artículo 2,148 del C. C.: la razón que nos asiste para ello es la de que, quien se dice administrador de una hacienda de campo, implícitamente está invocando la celebración de un contrato con el dueño o poseedor, o arrendatario de la finca, contrato cuyo objeto es el manejo de intereses ajenos, con facultad de repre-

sentación para actos jurídicos y económicos que importan al "dominus negotii". No hace falta especificar la clase de aquellos actos: basta que se dirijan a la conservación de la finca manejada, a la supervigilancia inmediata y constante de su producción industrial, a fin de hacerla lo más fecunda y provechosa para su dueño, de acuerdo con la destinación natural del inmueble, destinación que resulta, por regla general, de la clase de trabajo con que se explota. Organizar dichos trabajos siguiendo las instrucciones expresas o tácitas del dueño, conseguir y pagar la obra de mano y las materias primas indispensables o necesarias, ordenar las siembras, cosechas y obras de limpieza, proveer a la reparación o reposición de las herramientas de labor, cuidar de los animales, comprarlos y venderlos, etc. — todo como se trate de inversiones agrícolas o pecuarias—; percibir los valores de producción y entregarlos al dueño o destinarlos en armonía con sus instrucciones, y rendir cuentas de la administración: hé ahí otros tantos ejemplos de lo de las actividades en que suele prestar sus servicios lo que entre nosotros se entiende por "administrador de una hacienda".

"La confianza que se le dispensa, la facultad de representar y el manejo de intereses ajenos con obligación de rendir cuentas, coloca a quien presta sus servicios en tales condiciones y circunstancias, en la categoría de un verdadero mandatario civil con los derechos y obligaciones que la voluntad de las partes, o en su defecto la ley, determinan en cada hipótesis".

---

**La sentencia acusada**

La segunda instancia se inició en virtud de apelación de ambas partes litigantes, y en ella se surtieron las pruebas que tuvieron a bien solicitar. La actividad de la parte demandada, en lo que respecta a pruebas, se dirigió principalmente a establecer que el señor Carlos Rodríguez Maldonado era incapaz, por haber sido puesto en interdicción judicial por causa de demencia; y que aun cuando por auto de 21 de febrero de 1934 el Juzgado Sexto de este circuito resolvió levantar la interdicción provisoria que se decretó por auto de 14 de octubre de 1932, dicha providencia de levantamiento, considera el apoderado del demandado, no produjo la plenitud de sus efectos legales, por no haberse hecho las notificaciones y publicaciones de que trata el artículo 536 del C. C.

El Tribunal de Bogotá, que conoció de la segunda instancia, profirió sentencia el día 26 de enero de 1939, en la cual confirma la sentencia condenatoria que fue materia de su estudio, confirmación que hace fijando como monto de del dos y medio por ciento a que se refiere la segunda declaración condenatoria de la sentencia en la suma de dos mil quinientos ochenta y ocho pesos ($ 2,588.00) moneda corriente. Como en esta segunda instancia la parte demandada alegó la excepción de prescripción, fundándose en el artículo 2,542 del C. C., el Tribunal la estudió y consideró que no estaba demostrado este medio defensivo, por estimar que no se estaba en presencia de un arrendamiento de servicios, sino de un mandato.

En la sentencia acusada en casación, rechaza el Tribunal la causal de nulidad alegada por la parte demandada y que se hace consistir en que Rodríguez Maldonado era todavía incapaz cuando se le hizo la notificación personal de la demanda, por no haberse publicado en forma legal y por medio de carteles el decreto judicial que levantaba la interdicción provisoria decretada antes en beneficio del demandado (artículo 536 del C. C.) Se funda el Tribunal en la consideración de que la fijación del aviso por medio de carteles sólo tiene por objeto dar una mayor publicidad tanto al decreto de interdicción como el de levantamiento de la misma, a efecto de que ambos actos sean mejor conocidos por terceros. Pero en concepto del Tribunal tanto el decreto de interdicción como el de levantamiento producen todos sus efectos desde que se causa la ejecutoria de ellos. En forma tal que en el presente caso, como quiera que el decreto de levantamiento de la interdicción recibió la ejecutoria, se hizo figurar en el registro, cancelando la inscripción del interdicto anterior y se publicó en el Diario Oficial, el cumplimiento de tales requisitos es suficiente para reconocerle efectos jurídicos respecto de terceros de buena fe, sin que tales ter-

ceros puedan alegar que no tuvieron entre los medios de información los carteles en que apareciera publicado el aviso respectivo.

En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, o sea, si Aldana celebró con doña Lastenia y con su heredero Rodríguez Maldonado, un contrato de arrendamiento de servicios o de mandato, la sentencia acusada acoge en su integridad la tesis del Juez de primer grado y sostiene que se está en presencia de un mandato, fundándose tanto en la prueba testifical y documental que obra en autos, como en la circunstancia de que tales elementos probatorios "comprueban por parte de Aldana la realización de negocios, como son la compra y venta de productos, por cuenta y riesgo de doña Lastenia y de don Carlos, atendiendo a sus indicaciones o instrucciones, actividades éstas características del contrato de mandato"; considera el Tribunal que no se "encuentra prueba alguna que establezca que el demandante Aldana realizaba únicamente actos puramente materiales, o que prestó servicios inmateriales por cuenta y riesgo propio, que son características del arrendamiento de servicios".

Como consecuencia de tal tesis, rechazó la sentencia la excepción de prescripción alegada por el opositor, dado que el término excepcional de dos años fijado por el artículo 2543 del C. C. se refiere al arrendamiento de servicios y a los dependientes o criados, pero nó a los mandatarios, cuya acción por pago de servicios queda sujeta a los términos generales de prescripción.

---

**Recurso de casación**

Contra la sentencia del Tribunal se alza en casación el apoderado de la parte demandada, y alega la causal de que trata el ordinal primero del artículo 520 del C. J., por estimar que la sentencia es violatoria de ley sustantiva, tanto por infracción directa como por aplicación indebida e interpretación errónea. Son éstos los motivos que alega el recurrente:

- A -

Violación directa del artículo 2543 del C. C., que establece un término excepcional de dos años para la acción de los dependientes y criados, por su salario.

Sostiene el recurrente que el actor Aldana ejercía el cargo que en Cundinamarca se conoce con el nombre de **"mayordomo"** de una hacienda, y a este empleado impropiamente se le designa, en el lenguaje vulgar de la comarca con el nombre de **"administrador"**; agrega que al empleado que ejerce el cargo de mayordomo o administrador nunca se le ha considerado como apoderado del propietario, porque este personaje distribuye las labores del campo, ordena las quemas y las rozas de los potreros, indica dónde se desyerba, y organiza las tareas del trabajo, llevando las planillas de los trabajadores, para controlar los jornales de los peones; pero ni siquiera contrata a éstos, quienes son tradicionalmente arrendatarios de la misma finca. También sostiene el recurrente que en autos se ha demostrado plenamente que el verdadera mandatario de doña Lastenia era el doctor Luis Carlos Corral y que el actor Aldana era un simple empleado. Considera el recurrente que toda esta argumentación se ha querido destruír con la declaración de dos testigos, quienes afirman que Aldana a veces vendía miel y en otras compraba ganado; pero que tales operaciones son hechas y dirigidas siempre por los dueños de la finca. Afirma rotundamente que en Cundinamarca los mayordomos o administradores de haciendas son empleados subalternos y jamás mandatarios de sus patronos.

- B -

Violación indirecta de los artículos 2,148, 2,149, 2,143, y 2,158 del C. C., referentes al mandato, que han sido materia de una aplicación indebida al caso del pleito.

Insiste el recurrente en que no se trata de contrato de mandato, sino de arrendamiento de servicios, dado que las pruebas en que se funda el Tribunal son muy vagas e imprecisas. Hace presente que también los

empleados de un almacén venden artículos y hacen a los clientes por mayor facturas a plazos; pero tales hechos no los constituyen en mandatarios ni les otorgan la representación del mandante, que es una de las formas esenciales de ese contrato.

Cita en apoyo de su tesis las opiniones de Planiol y de Josserand, en las cuales hacen un estudio de estas dos convenciones y señalan los elementos constitutivos de cada una.

- C -

Violación directa de los artículos 536 y 544 del C. C.

Sustenta el recurrente este motivo de tacha en que el demandado Rodríguez Maldonado fue puesto en interdicción judicial por causa de demencia. Con posterioridad fue rehabilitado, pero el decreto judicial que le levantó la interdicción no fue publicado por carteles, ni se dejó constancia de su fijación en los sitios que ordena la ley, de conformidad con lo ordenado en los artículos 536 y 544 del C. C. Por esa circunstancia el decreto que debía restaurar a don Carlos en su capacidad civil no ha producido efecto alguno. Está aún en interdicción, y la demanda ha debido seguirse con representación y audiencia de la curadora, que es su esposa. Tal solemnidad es indispensable y sin ella no produce efecto alguno el respectivo acto judicial, por lo cual el Tribunal ha violado en su fallo los mencionados artículos del C. C., que reglamentan la materia como debe publicarse el decreto de levantamiento de la interdicción.

---

**Estudio de los cargos**

**Motivos A y B**

Resumidos los dos primeros cargos de la demanda de casación, puede decirse que ataca la sentencia porque ésta se funda en la consideración jurídica de que lo celebrado entre las partes fue un contrato de mandato, y el recurrente sostiene que en autos se está en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios. Tiene excepcional importancia esta definición de la naturaleza jurídica del contrato celebrado, porque si realmente fue un arrendamiento de servicios lo estipulado, quiere esto decir que el actor Aldana era un simple dependiente de los opositores y su acción judicial para el pago de servicios está prescrita, al tenor del término excepcional de prescripción estatuído en el artículo 2543 del C. C. Esto en cuanto al segundo período antedicho, porque lo correspondiente al primero fue reconocido en la causa mortuoria citada.

Para dilucidar tan importante materia la Corte considera:

Según el Código Civil francés, el mandato es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre (artículo 1,984, Cod. Napoleón). La mayoría de los tratadistas franceses hallan defectuosa y deficiente tal definición, porque trata de ver siempre en la procuración una actividad rígidamente representativa y no hace la debida separación entre los actos materiales y los jurídicos.

De ahí que el mandato, según la concepción francesa, viene a ser esencialmente representativo, ya que, como lo observa con razón Josserand, es imposible ver en el no representativo un verdadero mandato y, expurgado de su característica natural, no es más que la sombra de sí mismo.

Es indudable que el Código colombiano tuvo una concepción más amplia y generosa cuando lo define como 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 (artículo 2,142 del C. C.).

De tal definición se desprende, ante todo, que no se confunde el mandato con la procuración, y así mismo lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos alude a negocios encomendados a otra persona. En el mandato civil el apoderado actúa por cuenta y riesgo de su mandante, que le ha confiado la gestión de uno o más negocios y viene a ser, por esa circunstancia, un simple intermediario u órgano de la voluntad del mandante, pero no parte contratante.

Es claro que el mandatario, en ejercicio de su encargo, puede contratar en su propio nombre, ocultando el nombre de su mandante, porque en el derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo como en el francés. Dentro de su configuración caben tanto el mandante ostensible como el oculto, celebrado por interposición de personas, en todas sus formas lícitas (artículo 2,177 del C. C.) En tal caso se radica en la persona del apoderado todos los efectos legales del contrato, tanto activa como pasivamente, sin perjuicio de los vínculos jurídicos que lo ligan a su comitente y que se originan del mandato, tales como la rendición de cuentas y entrega de los beneficios obtenidos, ya que el derecho colombiano distingue la representación del interés, al no exigir que obre a nombre del mandante, pero sí por cuenta y riesgo de este último.

A pesar de la confusión que de ellos se suele hacer en el común sentir de las gentes, hay diferencias esenciales entre el mandato y el arrendamiento de servicios. El mandatario, en cualquiera forma que actúe, obra por cuenta y riesgo de su comitente, lo representa de manera ostensible u oculta y para él son los beneficios derivados de los contratos o negocios que realice; en una palabra, obra jurídicamente en lugar del mandante y contrata para él, como si éste directamente realizara los actos jurídicos o negocios celebrados a su nombre. El mandatario obra con su voluntad, contribuye con ella, y vincula al mandante.

En el arrendamiento de servicios, quien los presta no realiza ningún acto jurídico a favor del patrono, ni tiene facultad legal para representarlo y obligarlo. Se limita a ejercer un oficio o profesión, o a ejecutar un trabajo en su propio nombre, aunque todo el resultado de su labor se traduzca en exclusivo beneficio de su patrono. En forma tal que estas dos clases de convenciones se distinguen en lo tocante a la formación del contrato, a los deberes del que presta el servicio o gestión, a la calidad del honorario o sueldo y a su reglamentación legal.

Agréguese a todo lo dicho que el mandato puede ser en ocasiones gratuito, en tanto que el arrendamiento de servicios siempre es oneroso.

---

Alega el recurrente que el actor Aldana fue un empleado de doña Lastenia y después de don Carlos, porque ejercía el cargo que en Cundinamarca se conoce con el nombre de **mayordomo** de una hacienda, e impropiamente se designa a este empleado, en el lenguaje vulgar de la comarca, con el nombre de **administrador.** Agrega el apoderado del recurrente, para robustecer su aserto, que en esta región el mayordomo o administrador generalmente es un buen chalán, muchas veces analfabeto; le dice patrón al dueño y nunca se le ha considerado como **apoderado** del propietario; ordena dónde se hacen las quemas y se rozan los potreros, dónde se desyerba, y organiza las tareas del trabajo; sirve de control respecto de los jornales de los peones, pero ni siquiera contrata a éstos, quienes son generalmente arrendatarios de la misma finca.

A estas observaciones contesta la Corte que no son siempre idénticas las funciones que desempeña en esta región un administrador o mayordomo de una hacienda destinada a la explotación industrial y agrícola. Es muy posible que en algunos casos tales mayordomos tengan sus atribuciones y su labor estrictamente limitadas a los menesteres secundarios y a funciones constantemente subordinadas a las instrucciones y a las órdenes del propietario, en cuyo caso es indudable que no podrían ser considerados como apoderados o mandatarios de los dueños, sino como empleados contratados para determinadas labores o para trabajos que deben ejecutar en su propio nombre, pero sin facultad legal para representarlos o para celebrar negocios por su cuenta y riesgo.

Pero hay casos muy numerosos en que el mayordomo o administrador de una hacienda — la designación no interesa para fijar la naturaleza del contrato — no tiene limitado a tan subordinadas actividades su trabajo, sino que éstas se dirigen a la supervigilancia constante de la producción industrial o agrícola de la finca, a la conservación

de ésta; a la organización de los trabajos mediante el enganche y pago de trabajadores, a la ordenación y selección de las siembras, reparación y adquisición de implementos de labor, cuidado y compra de animales, venta de los frutos, etc., etc.

En este segundo caso, de fácil y frecuente ocurrencia en el país, hay que convenir en que el mayordomo o administrador no es simplemente un empleado o factor de empresa comercial o agrícola, que debe ofrendar su trabajo inmaterial, si se trata de servicios de esta índole, o su colaboración física específicamente determinada, si se está en presencia de oficios regidos por conocimientos de alguna ciencia o arte. La confianza que se le dispensa, la facultad de obrar por cuenta del dueño y el manejo de ajenos intereses con obligación de rendir cuentas, coloca a quien presta tal colaboración en la categoría de verdadero mandatario, con los derechos y deberes inherentes a éste.

Y si esto es así en el campo meramente objetivo y general, resulta de una evidencia incuestionable cuando se aprecian las relaciones habidas entre Aldana y los propietarios de la hacienda de "El Rosario", que aparecen demostradas en el haz probatorio del proceso, en especial en las pruebas testifical y documental.

Al efecto, los dos testigos Luis e Ignacio Maldonado declaran que Aldana compraba y vendía ganado, café, caña y demás productos de la hacienda; que dirigía los trabajos de la finca y, con el carácter de administrador, vendía la miel que ésta producía. Todos estos actos ejecutados por Aldana, al decir de los testigos presenciales, evidencian que estaba investido de facultades suficientes para celebrar toda clase de negocios inherentes a la explotación de la hacienda y para realizar actos jurídicos en representación de los dueños, factores constitutivos del contrato de mandato.

Pero hay algo más: en la carta fechada el 12 de abril de 1929 y dirigida por Rodríguez Maldonado al actor Aldana, que figura al folio 9º del primer cuaderno, dice textualmente el demandado: "El administrador seguirá siendo usted, el mayordomo, Abraham Ramírez"..... "pudiendo ausentarse como sería el caso de usted, para atender sus cosas de Manta, con mucha más tranquilidad"..... "Agradezco la aclaración sobre la molida de Benavides que apareció en los libros, noté también que una partida de madera de la señora Moncada, no tenía suma alguna y estaba en blanco"..... "Las remesas no se precisa que se hagan sino cuando tenga usted dinero sobrante y éste para atender al pago de las mulas del señor Amaya, que se vence el 16 de los corrientes"..... "Todas las observaciones que usted me hace sobre los trabajos de la hacienda son muy acertadas y tienen mi confianza y aceptación....."

Las manifestaciones contenidas en la carta mencionada, que acaban de transcribirse, están evidenciando que Rodríguez Maldonado consideraba a Aldana como un apoderado para manejar y administrar los negocios industriales y agrícolas de la finca y que éste, como tál, celebraba los negocios y gestiones tendientes a su debida explotación económica, por cuenta y riesgo del dueño y atendiendo, naturalmente, a las instrucciones de éste.

Si esto es así, no se han violado los textos legales indicados, ya que la acción del demandante no ha prescrito ni se ha hecho indebida aplicación de los textos que regulan el contrato de mandato. Se impone, por esa circunstancia, la desestimación de las dos primeras tachas alegadas en casación, que no resultan operantes para quebrar la sentencia.

---

**Motivo C.**

Señala el recurrente como fundamento de esta tercera tacha la circunstancia de que, a su juicio, Rodríguez Maldonado está todavía en interdicción judicial, por no existir constancia en el expediente de que se hubieran fijado los carteles que anunciaban el levantamiento del interdicto, en la forma ordenada por el artículo 536 del C. C.

Se observa:

El levantamiento de la interdicción judicial fue decretado en auto de 21 de febrero de 1934 y esa providencia quedó ejecutoriada el 28 de ese mismo mes, como lo certifi-

ca el Juez del conocimiento. Se notificó personalmente al apoderado de la curadora, esposa legítima del ex-interdicto, y fue consentido por éste. Se publicó en el "Diario Oficial" (fol. 6, cuad. 4), y se inscribió en la Oficina de Registro, haciéndose la cancelación del anterior decreto de interdicción.

Acepta la Corte que una vez ejecutoriada la providencia que levantaba la interdicción, surtió la plenitud de sus efectos jurídicos y restituyó al ex-interdicto la total capacidad para realizar los actos de la vida civil. Esta conclusión se robustece con la consideración de que es la orden judicial la que, en sí misma, y por ministerio de su propio imperio, debe producir ese importante efecto, haciendo cesar el estado anormal de interdicción decretado por el órgano judicial para proteger los intereses del demente o disipador; por sí misma tiene la virtualidad de devolverle el libre ejercicio de sus derechos civiles, dentro del marco de las restricciones impuestas por el derecho positivo por razones de orden público.

Agréguese a lo dicho que las demás solemnidades señaladas por la ley, tales como la publicación del decreto judicial en el período oficial y por medio de carteles fijados en lugares públicos, no tiene otro objetivo que darle una extensa publicidad a la medida judicial restauradora de la capacidad del intervenido, a efecto de evitar posibles perjuicios a terceros que llegaran a ignorar el regreso del ex-interdicto a la plenitud de la vida civil. Por ese aspecto, se justifica esta previsión legal que ordena la fijación de los avisos por medio de carteles, y es conveniente que el Juez del conocimiento disponga su debido cumplimiento. Pero la ausencia de tales avisos, por sí sola, no puede acarrear las graves consecuencias que indica el recurrente, porque si se acepta que el levantamiento de la interdicción no comienza a surtir la plenitud de sus efectos jurídicos sino después de la fijación de los carteles y sólo mediante ella, hecho que en realidad de verdad sólo depende de la voluntad del interesado, sería dejar la condición civil de la persona que estuvo en interdicción en la más completa incertidumbre, situación injurídica que contraría elementales principios de equidad. Además de esto, sería también dejar al arbitrio exclusivo del ex-interdicto la regulación caprichosa de su capacidad, colocándose en estado de plena capacidad para los actos que le convinieran y de incapacidad para los que le fueran desfavorables.

No incide el motivo alegado en casación y se rechaza por esa circunstancia.

---

## Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el día veintiséis de enero de mil novecientos treinta y nueve, que ha sido materia de este recurso.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

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

## APELACION DE UN AUTO

**El recurso de casación es distinto de los que pueden intentarse en las instancias y tiene su reglamentación peculiar, dentro de la cual en manera alguna podría hallarse una apelación como la que el recurrente intentó.**

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

(Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

El Tribunal Superior de Popayán decidió en segunda instancia el juicio ordinario de Fabio Grueso contra Manuel José Maya, Sixto Rebolledo y Carmen Dulcey de Idrobo en sentencia de 15 de diciembre de 1938, contra la cual se interpuso y concedió casación.

Por su lado el actor pidió el cumplimiento de la sentencia invocando el artículo 525 del C. J., de suerte que se le exigió la caución del caso y se le señaló para prestarla un término que venció sin que lo hiciese, por lo cual en auto de 6 de mayo último se ordenó remitir el proceso a la Corte para lo atañedero a la casación.

Pero el actor solicitó y obtuvo la reposición de ese término autorizada por el artículo 372, ibídem. Así proveyó la respectiva Sala del Tribunal en auto de 10 de julio, de que apeló el demandado Maya, y como se le negara este recurso por improcedente en auto de 21 del mismo mes, pidió él reposición de esta providencia y ciertas copias. Negada la reposición y ordenadas las copias, se presenta con éstas ante la Corte en recurso de hecho con el fin de que se le conceda la apelación que el Tribunal le negó contra el citado auto de 10 de julio. En apoyo de su pretensión razona, en suma, así: por regla general los autos son apelables, pues el artículo 484 del C. J. establece este recurso; como el auto referido lo pronunció el Tribunal en Sala, no hay otro superior distinto de la Corte que conozca de la apelación, y por lo mismo que él es de Sala debe conocer de este recurso la Corte, de conformidad con el artículo 87 de esa obra.

Se considera:

Es verdad que esta disposición ordena que los Tribunales pronuncien en Sala las providencias de que ha de conocer la Corte, y así lo ha exigido ésta; pero esto es algo muy distinto de lo que el recurrente pretende, porque lo que él deduce de ese artículo 87 es que todo auto pronunciado por los Tribunales en Sala es apelable ante la Corte. Bien se ve lo inadmisible de semejante interpretación.

También es verdad que el artículo 484 habla de la existencia del recurso de apelación, como habla del de reposición y como enumera igualmente los de casación, revisión y súplica; pero de que se establezca o reconozca la existencia de estos recursos no puede deducirse que todos ellos quepan y sean procedentes a ciegas. Por el contrario, la ley procedimental discrimina lo tocante a cada uno, sin confundirlos ni entremezclarlos, sino diciendo de cada cual cómo, cuándo y por quién y ante quién se interponen. Así, por ejemplo, concretando al de apelación, sabido es que en muchos casos no es posible, ya por prohibición expresa, ya por otras circunstancias igualmente eficaces a impedirlo.

Tal el caso presente, en que la Corte no halla disposición que la faculte para lo que el recurrente desea, y en que, por otra parte, se trata de un juicio ordinario cuya segunda instancia se decidió por el Tribunal en fallo contra el cual se recurrió en casación y este recurso no ha empezado siquiera a sustanciarse. Este recurso, inconfundible con las instancias, tiene su reglamentación peculiar, dentro de la cual en mane-

ra alguna podría hallarse una apelación como la que el recurrente aspira a obtener.

Por disposición especial (C. J., artículo 527) hay lugar a recurso de hecho contra la providencia en que un Tribunal niega el de casación. Bien se ve que de ello no se trata aquí, puesto que, a más de versar el auto de 10 de julio sobre materia distinta, la casación quedó concedida en otra providencia de que informa la copia ahora acompañada.

---

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, estima bien denegada la apelación que el recurrente interpuso contra el auto de diez de julio último del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en cuyo conocimiento se pondrá la presente providencia para los fines del artículo 414 del C. J.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR VIOLENCIA EN EL CONSENTIMIENTO. CONCEPTO JURIDICO DEL CONSENTIMIEN TO EN LOS ACTOS JURIDICOS.—VIOLENCIA EN EL CONSENTIMIENTO — USO ABUSIVO DEL DERECHO.—CUANDO EL USO ABUSIVO DEL DERECHO OBLIGA A INDEMNIZACION — NOCION MODERNA DEL ABUSO DEL DERECHO EN CUANTO A LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1.—El consentimiento no designa sino la intención eficaz de vincularse considerada aisladamente en cada una de las partes contratantes de un negocio jurídico. — 2.—Conduce a un concepto inexacto de la noción jurídica del vicio del consentimiento por violencia aceptar que es ésta y no el temor que ella determina lo que constituye aquel vicio. La rescisión no tiene como objeto infligir una pena al autor de la violencia, sino devolver la voluntad de decisión a la parte cuyo consentimiento ha sido inyungido. Así, pues, la nulidad del acto jurídico realizado en virtud de la violencia la estatuye nuestro derecho civil en razón del temor experimentado por la víctima. Proviene del vicio del consentimiento de la persona que sufrió la coacción, sin consideración a que la violencia sea obra de la parte contratante, haya sido practicada por un tercero, o provenga, en ciertos casos, de acontecimientos no imputables a una persona determinada. El concepto de pena no podría acomodarse a esta solución. La violencia moral debe implicar una amenaza contraria a derecho en virtud de la cual uno haya sido determinado a prestar su consentimiento. En el concepto mismo de fuerza se halla implícito el que el temor bajo cuyo imperio consentimos resulte de hechos cumplidos con la intención de provocar un acto jurídico. Esto último es condición necesaria para la existencia de este vicio de la voluntad. En efecto, puesto que la ley exige que el consentimiento sea arrancado por la fuerza, no procede aplicar la teoría cuando el hecho constitutivo de la violencia no ha tenido por objeto imponer la celebración de un negocio jurídico. De ahí que para que exista vicio del consentimiento por violencia moral se requiera, además del nexo causal y no ocasional entre la amenaza y el consentimiento, que el mal futuro en cuyo anuncio, aun cuando sea embozado, estriba aquélla, se represente, para su realización, como dependiendo en algún modo del que amenaza. No es indispensable que esta voluntad de violentar aparezca inicialmente. En muchos casos, siempre que surta su efecto determinante sobre el consentimiento del intimidado, esa voluntad puede presentarse después de que hayan surgido las circunstancias mismas aprovechadas para la intimidación. Nada de lo cual obsta a la exigencia legal de que la amenaza sea bastante para producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. El que la violencia para que exista deba ante todo ser injusta, no significa que con ausencia total de derecho se haya determinado a la víctima a consentir ni que precisamente medie culpa en el intimidante, sino que es suficiente, aun cuando se amenace para obtener una cosa permitida en sí, que el influjo o inflexión de la voluntad de violentar sobre el intimidado por la amenaza sea ilícito. De ahí que la violencia se pueda producir también mediante el ejercicio abusivo de un derecho. Cuando se utiliza un derecho como instrumento de amenaza a fin de provocar la realización de un acto jurídico, para que proceda contra éste la sanción rescisoria cuyo objetivo es el de desvirtuar la eficacia que pudiera tener la intimidación sobre el consentimiento, no es jurídico limitar la investigación a averiguar si el intimidante no tenía derecho para determinar al otro por la amenaza o si carecía del derecho a la declaración de voluntad del amenazado, sino que además es necesario inquirir la presencia de uno de estos dos extremos: si la coacción fue empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral, o si fue aplicado cierto medio de presión que a la luz de la buena fe aparezca como excesivo, injusto o intolerable, con la mira de conseguir determinado resultado, aun cuando se haya tenido derecho para producir éste. — 3.—No constituye vicio del consentimiento por violencia emplear la coacción para hacer cumplir un deber jurídico, realizar un derecho o alcanzar la satisfacción de un interés legítimo. (Artículo 1513, inciso 2º, C. C.). Habría lugar a la configuración de la noción del vicio del consentimiento por violencia si sólo se tuviera en cuenta la circunstancia misma de recurrirse a ese medio de amenaza que por sí envuelva la fuerza, para arrancar el consentimiento de la víctima. El simple ejercicio de una acción o de una vía de derecho empleado como amenaza no conlleva por sí solo fuerza suficiente para viciar el consentimiento

sino cuando su autor ha procedido a sabiendas de que no tenía esa acción o ese derecho. — 4.— En el supuesto del ejercicio abusivo de un derecho ya no debe el juzgador, con predominante criterio subjetivo, examinar la gravedad de la amenaza ni la importancia de la acción procesal empleada, ni si ese medio de intimidación fue bastante para causar impresión fuerte en el deudor, dado que todo ello fatalmente envuelve la fuerza, sin que haya, por otra parte, lugar a sorpresa de éste, porque desde que se obliga afronta esa contingencia. Lo que entonces procede para establecer la existencia del vicio del consentimiento causado por la violencia es indagar, con un criterio predominantemente objetivo, los fines logrados con la amenaza. En el caso de autos, lo que ha debido investigar el sentenciador era si la prestación cuyo cumplimiento se buscaba era injusta o intolerable, de acuerdo con los principios de la buena fe, o si no era el pago adecuado de la obligación, o si se trataba, con tal procedimiento de arrancar al deudor ventajas excesivas. En todas estas hipótesis y en los casos en que el apuro de la parte amenazada con el ejercicio de una vía de derecho ha sido explotado para lograr la remisión o la solución sin causa de la deuda, o el pago de lo que se había prometido no reclamar, o un enriquecimiento torticero, es cuando las acciones procesales empleadas son susceptibles de convertirse, por virtud de las combinaciones artificiosas del actor, a espaldas de los jueces y contra la voluntad de éstos, en instrumentos de intimidación que pesan sobre el intimidado, desde el punto de vista de su libertad comprometida, o cuando el uso abusivo de una vía de derecho permite la rescisión del acto jurídico logrado, por vicio del consentimiento. — 5.—Las cuatro modalidades de que es susceptible el ejercicio de un derecho, a saber: a) el disfrute de hecho de su contenido; b) el hacerlo valer frente a los demás; c) el de disponer de él; y d) el de hacerlo efectivo por medio de la acción procesal, pueden ocasionar el abuso, en cuyo caso y en principio, ese ejercicio, que no tiene por fin estricto el adecuado para que fue creado el respectivo derecho, constituye un acto injurídico que obliga a indemnización. — 6.— Dentro de la noción de abuso la opinión dominante de la jurisprudencia y de los autores, sólo reconoce a la parte presionada el derecho a la indemnización de perjuicios. No a impugnar el acto jurídico para que se rescinda, porque ésta es una acción generada en causa diferente, aunque puedan coincidir, y porque la rescisión iría contra la equidad, desde luego que procuraría ventajas injustificadas a una u otra de las partes litigantes, aun respecto del autor del abuso de la vía de derecho.

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

(Magistrado ponente: Doctor Juan Francisco Mújica)

## Síntesis de la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá

Luis Carlos Corral y su mujer, Julia Maldonado de Corral, demandaron a la sociedad anónima Corporación Colombiana de Crédito, con la acción procesal constitutiva, para impetrar la rescisión, por el vicio de violencia en el consentimiento: a) del contrato de compraventa de cuatro mil seiscientas veintitrés (4,623) acciones de establecimientos bancarios y sociedades anónimas que caucionaban, a título de prenda, junto con unas cédulas hipotecarias por valor nominal de ocho mil pesos ($ 8,000), préstamos de dinero concedidos al actor por los Bancos de Bogotá, Hipotecario de Colombia e Hipotecario de Bogotá y que sumaban por capital alrededor de trescientos veintiocho mil pesos ($ 328,000); b) de la dación en pago que el demandante realizó a favor de la demandada de las tres fincas urbanas ubicadas en esta ciudad, según consta en la escritura número 398 del 27 de febrero de 1933, pasada ante el Notario 2º de Bogotá; c) la nulidad de la escritura dicha y su registro "en cuanto por medio de éstos se hizo la transferencia del dominio". Suplicaron también la restitución de las cosas al estado primitivo, como consecuencia de la rescisión.

Ejercitaron igualmente la acción procesal de condena para obtener el reintegro de unos saldos provenientes de la administración por parte de la demandada de algunas de las fincas de los actores. Así se resumen las peticiones formuladas en la demanda.

En 98 hechos apoyó el actor sus pretensiones. El Tribunal, después de un detenido estudio revelador del más saludable y loable empeño de acertar y fallar concienzudamente un asunto que exigía esa atención especial por su trascendencia y la complejidad de los difíciles temas jurídicos debatidos, comenzó su notable sentencia haciendo el siguiente relato acerca de los an-

tecedentes del negocio, con base en las afirmaciones probadas de una y otra partes.

"Luis Carlos Corral debía a los Bancos de Bogotá, Hipotecario de Bogotá, de Colombia e Hipotecario de Colombia sumas de capital que globalmente ascendían a la cantidad aproximada de trescientos treinta mil pesos ($ 330,000), cuyo pago había sido garantizado con prenda constituída sobre acciones bancarias y de sociedades anónimas, cédulas hipotecarias e hipotecas que gravaban fincas raíces situadas en esta ciudad, también de propiedad de Corral".

"La crisis económica que se inició en los años anteriores a 1932 afectó a Corral y le hizo difícil atender al pago de intereses de amortización progresiva de su deuda, por lo cual, llegado el año de 1932, las obligaciones a su cargo constituían para los bancos acreedores una cartera que requería para su liquidación facilidades, arreglos o transacciones de índole especial, según la expresión empleada por el artículo 1º del Decreto número 234 de 1932.

"Dicho decreto acababa de dar origen a la Corporación Colombiana de Crédito precisamente con el fin de que negociara con los bancos nacionales y extranjeros la parte de sus carteras que se encontraba en las condiciones anotadas y por eso el demandante acudió a dicha entidad, la cual efectivamente adquirió los créditos a cargo de Corral y a favor de los Bancos de Bogotá e Hipotecario de Colombia con descuento del 23 y 47 por 100 respectivamente, y fueron pagados, no en dinero, sino en bonos emitidos por la Corporación por la cantidad total de ciento tres mil cuatrocientos ochenta y ocho pesos sesenta y un centavo ($ 103,488.61).

"Durante los meses subsiguientes se celebraron entre Corral y el representante de la entidad demandada varias conferencias verbales y se cruzaron algunas cartas con el fin de resolver la situación del deudor pero no se llegó a ningún resultado práctico. Al mismo tiempo Corral trataba de vender sus bienes y de conseguir préstamos en otras entidades para pagar a sus acreedores y propuso a la Corporación que recibiera bonos externos en pago de parte de su deuda, pero tal propuesta fue rechazada, y a continuación, en carta del 19 de septiembre de 1932, participó a Corral que había resuelto enviar al martillo para su remate los efectos de comercio dados en prenda y a los cuales se refiere la primera petición de la demanda.

"Corral, por carta y verbalmente, se opuso a que se llevara a cabo ese remate y aun solicitó su aplazamiento, pero el gerente de la Corporación no accedió a ello por haber recibido instrucciones terminantes de la directiva de la institución, encaminadas a obtener el remate o la venta de los papeles de Corral por los precios fijados por la Corporación.

"En tal virtud, el gerente de la entidad demandada ordenó al martillo de la Bolsa llevar a cabo la subasta de esos papeles en un solo bloque y por los precios que la misma entidad fijó como base del remate.

"Los avisos respectivos fueron publicados por la prensa y en carteles fijados en lugares públicos, lo cual, como era natural, causó sorpresa en los elementos de la Bolsa, dado el hecho de anunciarse la venta en un solo bloque de tres mil quinientas acciones bancarias, mil ciento veintitrés acciones de compañías anónimas y cédulas hipotecarias por valor nominal de ocho mil pesos, y esto en momentos en que la crisis económica que había traído como consecuencia una baja continua y creciente de los valores, se hacía más aguda con las noticias relativas al conflicto colombo-peruano que estalló cerca de mes y medio antes de anunciarse la subasta.

"Así las cosas, el gerente de la Corporación informó a Corral que si quería evitar el remate de sus bienes en la forma anunciada y ahorrar el pago de la suma de mil pesos ($ 1,000) a que ascenderían los gastos de la subasta por concepto de comisión de la Bolsa, debía proceder a vender sus papeles de crédito a la misma Corporación, advirtiéndole el gerente que no se le escapaba la trascendencia que tenía para Corral esa medida tomada por la Directiva de la institución y comunicada a él con instrucciones de hacerla cumplir estrictamente y sin aceptar modificación alguna.

"En esas condiciones el demandante efectuó la venta de sus valores al acreedor y firmó el contrato que éste le exigió, el cual le daba la administración de las fincas raí-

ces del deudor con autorización de imputar los productos que recaudara al servicio de las hipotecas y el resto para imputar al crédito de la Corporación que sólo quedó reducido en una tercera parte, después de abonarle el producto íntegro de la venta de las prendas que lo garantizaban.

"Meses más tarde, Corral dio en pago del saldo de su deuda a la Corporación dos de sus casas, reservándose la en que vive, que a la sazón estaba hipotecada al Banco Hipotecario de Bogotá por cerca de veinticuatro mil pesos ($ 24,000) que él pagó en cédulas compradas con un préstamo que con garantía de la misma finca y por quince mil pesos ($ 15,000) le otorgó la Corporación. Esta entidad, a su turno, asumió la responsabilidad de las hipotecas que gravaban las casas recibidas en pago".

"El préstamo a favor del Banco de Colombia, por diez mil pesos de capital, no fue negociado por la Corporación, porque dicha entidad exigía un descuento del cuarenta por ciento que se negó a concederlo el banco acreedor. Pero Corral logró obtener su cancelación a cambio de bonos externos y dinero.

"Sostiene el demandante que bajo la presión de la Corporación Colombiana de Crédito y a fin de evitarse los perjuicios irreparables que para él tendría la subasta de esos bienes, ordenada por su acreedor, en época de crisis, se vio obligado a transferirlos a dicha entidad en venta por los precios que ella fijó y en momentos en que su salud estaba quebrantada por una enfermedad".

Consideró el Tribunal que la violencia es un poder determinante de la voluntad, en forma tal que quien la padece; aun cuando consiente en el acto o contrato lo hace de manera imperfecta, que es lo que constituye el vicio que determina la nulidad relativa del negocio jurídico. Este sistema, propio del derecho romano, se consagró por las legislaciones contemporáneas con sus consecuencias fundamentales en el sentido de que la violencia en su calidad de determinante del acto jurídico, para que la haya, debe estar en relación de causa a efecto entre aquélla y éste y debe ser apreciada en función del temor que la intimidación cause a la víctima. De ahí que los elementos constitutivos de ellas sean dos: 1º el del grado de la gravedad que debe revestir. Su intensidad se mide, no en forma objetiva, con un patrón abstracto, sino de manera subjetiva e individual, conforme a las condiciones de la persona, su edad y sexo.

El segundo exige que la violencia no sea justificada. Este factor es elaborado ante todo por la doctrina, y, para el caso de autos, su hallazgo depende del criterio que se adopte en relación con el concepto que se tenga sobre la relatividad del derecho y su abuso.

Aparece de autos que la Corporación Colombiana de Crédito hizo uso de la vía legal del remate de la prenda en la Bolsa, el cual se hubiera realizado si Corral no efectúa, momentos antes de la hora fijada para ello, la operación a que lo constriñó la demandada. Subjetivamente estimada la coacción moral, acontece que Corral, a la sazón, estaba quebrantado en su salud por una enfermedad que había hecho indispensable someterlo a determinado régimen. Además, las condiciones de depresión en ese entonces del mercado de valores, por motivo de la crisis económica y el hallarse abocado el país a un conflicto internacional, son circunstancias que inhiben la libertad a cualquier persona, aun en el pleno goce de su salud y de sus facultades mentales, ante la amenaza de llevar al martillo una parte considerable de sus bienes.

La amenaza y los actos que la acompañaron no pueden ser considerados como el ejercicio de un derecho inobjetable conferido por la ley a la Corporación Colombiana de Crédito, porque ésta vino, en realidad, a arrogarse un derecho que entonces no tenía, ejecutando ásí un acto ilegal. En efecto. La entidad demandada tiene su origen en el Decreto 234 de 1932, dictado para "facilitar la liquidación de una parte de las carteras de los bancos comerciales y para mejorar en lo posible la situación de los deudores". Allí mismo se concedió a la Corporación Colombiana de Crédito el derecho reconocido por el artículo 102 de la Ley 45 de 1923 a los bancos para "subastar en un martillo público las prendas de sus deudores". Con posterioridad a ese Decreto, se promulgó el número 280 del mismo año, cuyo art.

7º suspende la actuación, a petición de los ejecutados, en los procesos ejecutivos o con acción real o personal y en los de venta de los bienes dados en hipoteca o en prenda que actualmente cursan en los juzgados y tribunales y en los que se promuevan antes del 1º de agosto del corriente año. Esta disposición debe entenderse aplicable "a todo remate no voluntario para cuya celebración se hubiere fijado fecha dentro del año de 1932 y en el cual se persiga por el acreedor la realización de los bienes de su deudor con el fin de liquidar el crédito". Esta disposición tenía por objeto "contener en parte la depreciación de los bienes de los deudores y, por consiguiente, conservar en lo posible el nivel de las garantías de los acreedores".

Interpretar el citado texto legal en el sentido de mantener el privilegio para los bancos acreedores de subastar en la Bolsa la prenda de sus deudores, al mismo tiempo que se les prohibía hacerlo por la vía judicial "vendría a establecer una diferencia injustificada e irritante en contra de una determinada clase de deudores, lo que en manera alguna se compadece con los principios de conveniencia y de equilibrio social que informan las disposiciones de emergencia". De otro lado, conduciría, semejante exégesis del texto, a fomentar el fraude a la ley y a hacer nugatorios los efectos de ese precepto.

Ante la presencia, pues, de ese acto ilegal, se hace innecesario investigar los móviles de la conducta del agente y queda establecida la evidencia de "el último de los requisitos necesarios" en orden a la existencia de un vicio del consentimiento por causa de violencia.

Hace en seguida el Tribunal una síntesis muy completa de la teoría del abuso del derecho y de los criterios seguidos para calificarlo, ciñéndose expresamente a la exposición del profesor Luis Josserand.

Con esos materiales normativos tomados adecuadamente como integrantes no formulados de nuestro sistema de derecho positivo, procede el Tribunal a establecer la jurisprudencia del caso, enfocándolo en función de la dogmática jurídica.

Del análisis de algunas de las posiciones absueltas por el gerente de la Corporación Colombiana de Crédito concluye el Tribunal que ésta tenía plena consciencia del perjuicio que se causaba al deudor con el envío de sus prendas al martillo de la Bolsa, que con ello se aumentaba el actor la carga con una crecida comisión, y, lejos de mejorar la situación de sus acreedores, la empeoraba, de donde deduce que, probada esa clara noción del daño causado, debe presumirse la intención nociva por parte de la demandada.

Estudia después otras de las posiciones absueltas por el mismo gerente, para concluír en esto: "Esas posiciones dejan la sensación nítida de que el procedimiento empleado por la compañía y la amenaza de rematar las prendas, en caso de que el deudor no accediera a suscribir los contratos de administración de bienes y de venta de las mismas prendas a la Corporación, constituyen evidentemente maniobras caracterizadas para constreñir la voluntad del deudor y en esa forma el empleo de la vía legal viene a tomar cuerpo con la noción de violencia, lo que como vimos atrás, al estudiar el criterio intencional, da al acto en cuestión el carácter de un abuso del derecho".

Para el Tribunal, la circunstancia de que la Corporación hubiera ordenado sacar al martillo en bloque las prendas de Corral, en contradicción con el proceder seguido por ella cuando se hizo dueña de esos efectos de comercio, de venderlos sucesivamente por lotes relativamente pequeños para no afectar el mercado, se colige su propósito de perjudicar a Corral, sin interés apreciable para sí. Y añade: "siendo esto así, se pregunta: Qué interés legítimo podía perseguir la Corporación Colombiana de Crédito al ofrecer en la Bolsa en un momento dado y en un solo bloque tres mil quinientas acciones de los bancos del país y mil ciento veintitrés acciones de sociedades anónimas, en época en que a causa de la crisis y del conflicto internacional, el mercado venía sufriendo diariamente acentuada contracción? Por qué razón esa entidad, al mismo tiempo que en tales condiciones anunciaba por carteles y por medio de la prensa el aludido remate, proponía a su deudor comprarle esos valores? Y por qué motivo cuando se hizo dueña de ellos no adoptó el procedimiento que empleó con su deudor sino que, por el

contrario, esperó algún tiempo para ofrecerlos al mercado, distribuídos en lotes pequeños? La mayoría de la Sala no encuentra una respuesta satisfactoria a estas preguntas. Considera que si en gracia de benevolencia calificara de imprudente esa conducta de la entidad demandada —imprudencia tanto menos explicable y excusable cuanto que sus órganos directivos están integrados por banqueros— se llega a la conclusión de que ese medio particular de ejercer un derecho que podía evitarse y que no reporta ventaja alguna al que así procede, es económicamente perjudicial y censurable, por tanto, bajo este otro criterio constitutivo de abuso del derecho".

Desde otro punto de vista, para el Tribunal la conducta de la Corporación Colombiana de Crédito constituye también abuso del derecho, debido a que con ella se desviaron y traicionaron los fines primordiales para que fue creada aquella entidad.

"No quiere esto decir que, como lo insinúa el apoderado de la entidad demandada, por la mente del Tribunal pueda pasar la idea de que la Corporación Colombiana no tenía derecho a hacer efectivos los créditos a su favor. Por el contrario, es evidente que podía cobrar esas obligaciones, y aun estaba en la obligación de hacerlo; pero por la índole especial y por las consideraciones que hicieron necesaria su creación, tal entidad no podía proceder al cobro de su cartera en la forma más onerosa para los deudores y que al mismo tiempo pudiera producir evidentes trastornos en el mercado económico, ya que entre los diferentes medios que las leyes han puesto al alcance de los acreedores para liquidar sus carteras, con dificultad puede concebirse otro más perjudicial y expuesto a producir pánico en el mercado de valores como el adoptado por la entidad demandada en el caso que es materia de estudio y dada la situación internacional y la crisis que entonces afrontaba el país".

Para el Tribunal, aun en el supuesto de tratarse de la posición corriente ocupada por cualquier acreedor, habría abuso del derecho de las vías legales por haber sido elegida la más perjudicial a los intereses del deudor, sin motivo aparente que justificara la escogencia.

"Considera la mayoría de la Sala que cuando el abuso del derecho sirve de fundamento a la acción de indemnización de perjuicios ,es indispensable demostrar en primer lugar que el acto acusado constituye una violación de los fines propios del derecho y en segundo lugar, que por esa causa se produjo un perjuicio determinado; pero cuando se trata, en el caso de autos, de nulidad de un contrato por violencia o vicio en el consentimiento, por razón de uso abusivo de medios legales coercitivos, la misión del juzgador queda limitada al análisis subjetivo del acto tachado como abusivo y no es necesario ni tendría objeto alguno estudiar si tal acto produjo un perjuicio material, pues la acción no está encaminada a conseguir una reparación compensatoria del perjuicio sino a obtener el restablecimiento de la normalidad jurídica, quebrantada desde cuando la víctima del abuso fue constreñida a contratar. En estos casos en que el acto abusivo sólo sirve como medio de intimidación para arrancar el consentimiento de la víctima, es claro que una vez conseguido ese fin, el efecto causado por el acto abusivo es netamente moral y para la víctima consiste en haber sido constreñida su voluntad para contratar".

El Tribunal desestima la excepción de ratificación propuesta por la parte demandada. Para ello considera que la Corporación Colombiana de Crédito se valió de un solo medio, la orden de subastar las prendas del deudor, para conseguir dos fines distintos: el de adquirir la propiedad de esos efectos de comercio y el de administrar las fincas urbanas de Corral. De ahí que, aun cuando el demandante presenta la administración de las fincas como la condición sine qua non para la compra de la prenda, se trata de dos contratos distintos celebrados "por medio de actos diferentes". Así, pues, la validez que en todo tiempo ha reconocido Corral al contrato de administración, no conlleva la ratificación tácita del convenio de venta de las acciones. De lo contrario, la pérdida, por ejemplo, de los bienes raíces dados en administración, implicaría que se afectara la convención de venta de los valores de bolsa,

le cual sería absurdo.

El reconocimiento por parte de Corral del saldo en la liquidación final de la deuda, saldo deducido previo descuento del precio de venta de los valores de bolsa, no implica ratificación de este último negocio jurídico, porque éste se consumó el mismo día de su celebración y no era susceptible de ejecución posterior.

Al tener en cuenta Corral el abono efectuado del precio de compraventa dicha, evitó pagar dos veces una misma deuda, sin que con ello en manera alguna viniese "a ejecutar el contrato de venta, cuyas consecuencias jurídicas ya habían sido agotadas desde que entregó los valores y se dio por recibido del precio".

El Tribunal desestima las súplicas encaminadas a obtener la rescisión por violencia en el consentimiento del contrato consignado en la escritura número 398, pasada el 27 de febrero de 1933 ante el Notario 2º de Bogotá, según el cual el demandante y su mujer transfirieron a la Corporación Colombiana de Crédito, a título de dación en pago, su derecho de dominio sobre unas fincas urbanas. Ninguna de las condiciones presentes cuando se realizó la compraventa de los efectos de comercio dados en prenda subsistía en la fecha de esta segunda convención.

Además, fue Corral quien propuso a la Corporación celebrar este segundo negocio jurídico, y ella observó una conducta favorable a los intereses del actor, hasta el punto de prestar a éste quince mil pesos ($ 15,000) para que pudiera conservar la propiedad de la casa que habitaba.

La sentencia hasta aquí extractada fue acordada por el Tribunal con un voto disidente en el sentido de que el contrato de venta de los efectos de comercio "no está afectado de nulidad por falta de consentimiento en el actor, ni menos que el demandado hubiese abusado de su derecho, según los términos de la sentencia".

La Sala de decisión del Tribunal, unánimemente, estimó las súplicas encaminadas a la restitución de unas cantidades de arrendamientos "producidos con anterioridad a la dación y percibidos por la entidad demandada después de consumada aquélla y cancelado el contrato de administración".

Consideró el Tribunal que de acuerdo con el texto del contrato de administración de las fincas urbanas de Corral, consignado en la escritura 2150 del 22 de octubre de 1932, con los productos de ellas se amortizarían los créditos hipotecarios, y el remanente sería aplicado a abonar la parte insoluta de los créditos cuya cesionaria era la Corporación. Mensualmente la demandada presentaría los correspondientes extractos de cuentas al actor con el fin de obtener su aprobación o rechazo.

Consta en la escritura 398 del 27 de febrero de 1933 que Corral, a título de dación en pago, transfirió a la Corporación su derecho de dominio sobre varios inmuebles. En esa escritura se relatan las obligaciones que se solucionan y su cuantía.

El Tribunal no halló reserva de ninguna clase por parte de la demandada "en relación con los frutos producidos por las fincas de propiedad de Corral antes de la dación y percibidos después".

Corral y su mujer, en el referido documento finiquitaron las cuentas de administración de la Corporación Colombiana de Crédito. Para el Tribunal, el finiquito, de acuerdo con los términos mismos de la cláusula respectiva, se extienden hasta la fecha de la terminación del contrato de administración, pero no abarca los actos administrativos efectuados con posterioridad a la fecha del finiquito. Y la Corporación percibió los frutos que ahora exige Corral cuando ya no tenía la administración de los bienes que los habían producido. Para mayor claridad se advierte que al otorgarse el finiquito estaban sin pagarse por terceros algunos cánones de arrendamiento de esas fincas, y que éstos los recibió la Corporación después y no se los entregó a Corral.

En consecuencia el Tribunal decretó la rescisión del contrato celebrado entre la Corporación Colombiana de Crédito y Luis Carlos Corral el 22 de octubre de 1932, "por virtud del cual éste transfirió" a aquélla varias acciones de establecimientos bancarios y de compañías anónimas en las cantidades y por los precios que en el fallo se indican.

Como corolario de la rescisión "y para restituír las cosas al estado anterior a la

venta", condenó a la demandada a devolver al demandante, con un plazo de seis días las referidas acciones en la cantidad, calidad y demás especificaciones anotadas", junto con los frutos que hayan producido dichos papeles desde el 22 de octubre de 1932 y los que produzcan hasta que se verifique la entrega ordenada".

Luis Carlos Corral restituirá al mismo tiempo a la Corporación Colombiana de Crédito treinta y tres mil doscientos noventa y tres pesos ($ 33,293) precio de la venta, junto con los intereses legales de esa suma, a partir de la fecha anteriormente dicha.

La prestación de la demandada es de género y facultativa, porque puede pagarla en dinero al precio corriente de los efectos de comercio el día en que la cumpla.

Condenó igualmente a la Corporación Colombiana de Crédito a pagar a Luis Carlos Corral, con un plazo de seis días, "cuatrocientos dos pesos ($ 402) por saldo a favor de Corral que figura en la cuenta de administración de bienes raíces del mismo en la cuenta pasada por la Corporación Colombiana de Crédito correspondiente al mes de febrero de 1933; cincuenta y dos pesos cuarenta y siete ($ 52.47), saldo del producto de arrendamientos de fincas urbanas de propiedad de Corral y que figura en la cuenta pasada a la Corporación Colombiana de Crédito por Bruno D. Melo e Hijos, correspondiente al mes de febrero de 1933; quinientos cuarenta y un peso ($ 541) valor de cánones de arrendamientos devengados con anterioridad al 27 de febrero de 1933 y que la Corporación Colombiana de Crédito percibió o cobró con posterioridad a dicha fecha, sin tener derecho a ellos; ochenta pesos ($ 80), valor del crédito a cargo de Eduardo Matéus Lizárralde por razón de arrendamientos del local número 314 de la carrera séptima de esta ciudad, crédito que quedó extinguido en virtud de sustitución por un pagaré de amortización gradual por suma inferior; y trescientos cincuenta y tres pesos ($ 353), valor de arrendamientos atrasados, anteriores al 27 de febrero de 1933 que adeudaba Daniel H. Ortega y que perteneció al demandante Corral.

Por último, condenó a la demandada a pagar al actor los intereses legales de las sumas dichas computados desde las fechas en que fueron recibidos, desestimó las excepciones propuestas y absolvió a la Corporación Colombiana de Crédito de los demás cargos de la demanda.

### El recurso de casación

La parte demandada interpuso recurso de casación con apoyo en la causal 1ª del art. 520 del Código Judicial, acusando la sentencia "por violación de ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea y como consecuencia de apreciación errónea de las pruebas".

Dividió su demanda de casación en siete capítulos y dos apéndices, de los cuales, en virtud del artículo 538 del C. J., se acogen las causales cuyo resumen es el siguiente:

El Tribunal consagró un absurdo jurídico al confundir las consecuencias de la fuerza o violencia con las del abuso del derecho.

La doctrina más autorizada en lo tocante a la violencia moral exige, para que vicie el acto, que haya sido la causa determinante de éste y, además, sea injusta y grave. Débese ello a la índole misma de la coacción moral. En efecto, "la coacción o fuerza es el estado del espíritu en que la voluntad de la persona se enflaquece por el recelo de que al practicar cierto acto le sobrevenga grave mal. Este es el efecto que la violencia produce en el ánimo del agente llevándolo a consentir en lo que él no quería consentir. Pero como en las decisiones y deliberaciones de la voluntad humana colabora siempre un factor de recelo, de temor por las consecuencias de la decisión a tomar, el derecho se haría antisocial si se hiciera anulable el acto de voluntad sólo porque en él hubiese influído el recelo, en cualquier grado o naturaleza".

La violencia es injusta cuando resulta de amenazas indebidas. Las provenientes del ejercicio de un derecho no pueden considerarse como tales.

El Tribunal no tuvo en cuenta que "el acto realizado con abuso del derecho o con coacción moral (vis compulsiva), es el acto ilícito que obliga a reparación de daños y perjuicios, mientras que el verificado por violencia absoluta es anulable".

"En el parecer de Giorgi, cuando la coacción no es la causa determinante del contrato (vis absoluta), sino que apenas contribuye para hacer más onerosas las condiciones en que se realiza el acto (vis compulsiva), el perjudicado, en lugar de pedir la anulación del acto, lo que debe es reclamar la indemnización de las pérdidas y daños resultantes del acto ilícito. La razón es que la coacción en este caso no fue principal, sino apenas accidental; y en esa hipótesis es razonable aplicar el mismo criterio aplicable al acto viciado por el dolo, en idénticas circunstancias, es decir, cuando el dolo no es principal, sino incidente o accidental (inciso 2º del artículo 1515 del C. C.)".

Nuestro código preceptúa que sólo cuando la violencia es causa determinante del acto, o sea principal, produce la rescisión. "La violencia incidental, o vis compulsiva, que no habría impedido que el acto se realizase de otro modo, debe obligar apenas a la indemnización de las pérdidas y daños".

Se explica, según Giorgi, el que la ley, al normar lo concerniente a la fuerza no hubiera procedido en forma similar a lo que dispuso para el dolo accidental, por la circunstancia de ser muy raros los casos en que la fuerza accidental puede ocurrir.

"Siendo, por lo tanto, indudable que la violencia invocada por el demandante en este juicio, no fue principal, sino accidental, si es que la hubo, no podía invocar el actor que el acto fuese anulado, sino únicamente aplicando analógicamente el inciso 2º del mencionado artículo 1515, reclamar pérdidas y daños.

"En cuanto al abuso del derecho, no fue invocado por el actor para el ejercicio de su acción. Por eso considero que el estudio que de ese elemento técnico, o construcción jurídica, realizó el sentenciador, es inútil, aunque pretenda enseñar cosas admirables. La erudición así resulta vana y hasta inelegante, porque siempre queda como en el vacío lo que a nada conduce".

En consecuencia, el Tribunal, al estimar que cualquier fuerza es bastante para anular un acto jurídico, violó el artículo 1513 del C. C.

Violó también el inciso 2º del artículo 1515 ibídem, porque dejó de aplicarlo, siendo esta disposición la única que por analogía era susceptible de ello.

Violó por falta de aplicación el artículo 2356 ibídem, debido a que decretó la nulidad del acto ilícito en vez de reconocer que la acción pertinente es la de indemnización de perjuicios.

Violó los artículos 1740 y 1741 ibídem, por indebida aplicación, desde luego que consideró que al acto le faltaban algunos de los requisitos legales para su validez y que éste se realizó con un vicio capaz de rescindirlo.

---

En cuanto a la estimación que hizo el Tribunal de las súplicas sexta y séptima de la demanda, acusó el recurrente la sentencia "por violación de los artículos 1502 y 1602 del C. C. como consecuencia de errores manifiestos de hecho y errores de derecho en la apreciación de las pruebas".

El Tribunal interpretó injurídicamente la cláusula 3ª de la escritura de administración de las fincas, porque allí se estipuló que los productos que resultaran de ella se destinarían al servicio de las deudas especificadas en el contrato. El Tribunal desconoce el efecto de esa cláusula, porque esos frutos podían ser pendientes o percibidos indiferentemente y la Corporación descontó ambas calidades para el efecto de determinar el saldo por el cual recibió en pago las fincas del deudor en febrero de 1933.

Violó también el Tribunal el artículo 2458 del C. C., porque lo celebrado entre la Corporación y Corral fue un contrato de anticresis y no de simple administración, y según aquel texto legal "el pago se hace con frutos en general, no con frutos percibidos simplemente sino hasta con frutos pendientes".

Incurrió en error de hecho el Tribunal al decir que la Corporación en sus extractos de cuentas había imputado los saldos al haber de Corral. En esas cuentas apenas se indica que la demandada recibió los productos e hizo los gastos que en ellas se especifican. La circunstancia de llevar al haber de Corral determinadas sumas "no significa que se hubiera aniquilado en cualquier minuto anterior al 27 de febrero de 1933 el convenio de abonar los productos a la deu-

da. Se le lleva al haber y se abona a su deuda, porque no de otro modo se puede anotar en una cuenta lo que se recibe por los bienes administrados para abonarlo a una deuda". Además, el Tribunal no advierte que las cuentas se refieren a frutos liquidados antes del 27 de febrero de 1933 y se limita a guiarse por las fechas de las cartas remisorias de las cuentas.

El Tribunal violó el artículo 2862 del C. C. porque omitió aplicar su inciso final. Se debe tal violación a que el sentenciador desconoce a la Corporación su facultad contractual de aplicar a sus créditos los frutos anteriores al 27 de febrero de 1933, sean pendientes o percibidos.

## Motivos

El consentimiento de que trata el artículo 1514 en relación con el 1502 de nuestro Código Civil, no designa sino la intención eficaz de vincularse considerada aisladamente en cada una de las partes contratantes de un negocio jurídico. Ello se patentiza si se piensa que ,para que el consentimiento vincule, configure la convención, sea que se trate de una oferta o de una aceptación, se requiere haberlo dado con intención de obligarse y no con otra distinta.

Conduce a un concepto inexacto de la acción jurídica del vicio del consentimiento por violencia, aceptar que es ésta y no el temor que ella determina lo que constituye aquel vicio. Semejante criterio haría ininteligible el conjunto de reglas al respecto de nuestro Código Civil. Porque la rescisión no tiene como objetivo infligir una pena al autor de la violencia, sistema represivo éste que únicamente concierne al derecho penal, sino devolver la voluntad de decisión a la parte cuyo consentimiento ha sido inyungido. Así, pues, la nulidad del acto jurídico realizado en virtud de la violencia la estatuye nuestro derecho civil en razón del temor experimentado por la víctima. Proviene del vicio del consentimiento de la persona que sufrió la coacción, sin consideración a que la violencia sea obra de la otra parte contratante, haya sido practicada por un tercero, o provenga, en ciertos casos, de acontecimientos no imputables a una persona determinada. El concepto de pena no podría acomodarse a esta solución.

La definición descriptiva y casuística de los artículos 1,513 y 1,514 no es obstáculo para que se estime que la intimidación, esto es, la violencia moral, debe implicar una amenaza contraria a derecho en virtud de la cual úno haya sido determinado a prestar su consentimiento. En el concepto mismo de fuerza se halla implícito el que el temor bajo cuyo imperio consentimos resulte de hechos cumplidos con la intención de provocar un acto jurídico. Esto último es condición necesaria para la existencia de este vicio de la voluntad. En efecto, puesto que la ley exige que el consentimiento sea arrancado por la fuerza, no procede aplicar la teoría cuando el hecho constitutivo de la violencia no ha tenido por objeto imponer la celebración de un negocio jurídico. De ahí que para que exista vicio del consentimiento por violencia moral se requiera, además del nexo causal y no ocasional entre la amenaza y el consentimiento, que el mal futuro en cuyo anuncio, aun cuando sea embozado, estriba aquélla, se represente, para su realización, como dependiendo en algún modo del poder del que amenaza. No es indispensable que esta voluntad de violentar aparezca inicialmente. En muchos casos, siempre que surta su efecto determinante sobre el consentimiento del intimidado, esa voluntad puede presentarse después de que hayan surgido las circunstancias mismas aprovechadas para la intimidación. Nada de lo cual obsta a la exigencia legal de que la amenaza sea bastante para producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

El que la violencia para que exista debe ante todo ser injusta, no significa que con ausencia total de derecho se haya determinado a la víctima a consentir ni que precisamente medie culpa en el intimidado, sino que es suficiente, aun cuando se amenace para obtener una cosa permitida en sí, que el influjo o inflexión de la voluntad de violentar sobre el intimidado por la amenaza sea ilícito. De ahí que la violencia se pueda producir también mediante el ejercicio abusivo de un derecho.

Cuando se utiliza un derecho como instrumento de amenaza a fin de provocar la realización de un acto jurídico, para que proceda contra ésta la sanción rescisoria cuyo objetivo es, se repite, el de desvirtuar la eficacia que pudiera tener la intimidación sobre el consentimeinto, no es jurídico limitar la investigación a averiguar si el intimidante no tenía derecho para determinar al otro por la amenaza o si carecía del derecho a la declaración de voluntad del amenazado, sino que además es necesario inquirir la presencia de uno de estos dos extremos: si la coación fue empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral, o si fue aplicado cierto medio de presión que a la luz de la buena fe aparezca como excesivo, injusto o intolerable, con la mira de conseguir determinado resultado, aun cuando se haya tenido derecho para producir éste.

De acuerdo con lo dicho y en virtud de que se considera inmanente a toda obligación civil su exigibilidad, aun por medio de la fuerza si fuere necesario, no constituye, en principio, vicio del consentimiento por violencia, emplear la coacción para hacer cumplir un deber jurídico, realizar un derecho o alcanzar la satisfacción de un interés legítimo. El inciso 2º del artículo 1513 es una ilustración práctica de esta noción.

En el empleo sin derecho de un medio procedimental o en el uso abusivo de una vía de derecho habría siempre lugar a la configuración de la noción del vicio del consentimiento por violencia si sólo se tuviera en cuenta, como lo hizo el Tribunal, la circunstancia misma de recurrirse a ese medio de amenaza que por sí envuelve la fuerza, para arrancar el consentimiento de la víctima.

Por dos aspectos estimó el Tribunal la violencia proveniente del empleo abusivo de una vía de derecho.

El primero se basa en la circunstancia de que la Corporación Colombiana de Crédito carecía de atribución legal para llevar al martillo de la Bolsa las prendas de su deudor, y, por lo tanto, al hacer uso en tales condiciones de esa vía procesal, presionó el consentimiento de Corral en el sentido de obtener de éste el endoso a título de venta de sus acciones a los precios fijados por aquélla.

Según el Tribunal, la demandada, en virtud del Decreto 234 de 1932, gozaba del privilegio concedido a los establecimientos bancarios por el artículo 102 de la Ley 45 de 1923 para subastar en un martillo público las prendas de sus deudores. Mas como ese privilegio cesó en virtud del artículo 7º del Decreto 280 del mismo año que, en concepto del Tribunal, debía entenderse aplicable a todo remate no voluntario, la Corporación Colombiana de Crédito realizó un acto ilegal, al arrogarse un derecho de que entonces carecía.

No es necesario indagar la legalidad o ilegalidad, juridicidad o antijuridicidad de esta opinión del Tribunal, pues para el presente estudio basta considerar que ese concepto que el Tribunal formula ahora, no puede reputarse como de la Corporación, menos retrospectivamente, al punto de entender que ella procedió a sabiendas de carecer de la vía de derecho a que acudió, único supuesto dentro del cual cabría hallar violencia en el uso abusivo de esa vía, sin más examen.

En todos aquellos negocios jurídicos en donde se oponen los intereses de las partes, se dan medios coercitivos, cuyo sólo uso no genera violencias. Así, cuando un acreedor ejercita las procedentes acciones (persecuciones judiciales, secuestros, etc.) contra su deudor, empleándolas como medio de amenaza, para constreñir a éste a pagarle y, en ciertos casos, para conducirlo a modificar el contrato o a celebrar uno nuevo, el consentimiento así obtenido no adolece del vicio de fuerza, por regla general.

El simple ejercicio de una acción o de una vía de derecho empleado como amenaza no conlleva por sí solo fuerza suficiente para viciar el consentimiento sino cuando su autor ha procedido a sabiendas de que no le asistía esa acción o ese derecho.

El segundo aspecto por el cual enfocó el Tribunal la violencia consistió en el ejercicio abusivo por parte de la Corporación Colombiana de Crédito de su derecho para ordenar la subasta en un solo bloque en el martillo de la Bolsa de las prendas de su

deudor y, mediante esa amenaza, hacérselas endosar a los precios que ella quiso.

En este supuesto, el juzgador ya no debe, con predominante criterio subjetivo, examinar la gravedad de la amenaza ni la importancia de la acción procesal, ni si ese medio de intimidación fue bastante para causar impresión fuerte en el deudor, dado que todo ello fatalmente envuelve la fuerza; sin que haya, por otra parte, lugar a sorpresa de éste, porque desde que se obliga afronta esa contingencia.

Lo que entonces procede para establecer la existencia del vicio del consentimiento causado por la violencia es indagar, con un criterio predominantemente objetivo, los fines logrados con la amenaza. Y, por lo tanto, lo que ha debido considerar el Tribunal, en ese segundo aspecto, es si la prestación cuyo cumplimiento se buscaba era injusta o intolerable, de acuerdo con los principios de la buena fe, o si no era el pago adecuado de la obligación, o si se trataba, con tal procedimiento de arrancar al deudor ventajas excesivas, entendiendo por esto prestaciones que superaban en mucho a lo que al autor de la amenaza se le debía. En todas estas hipótesis y en los casos en que el apuro de la parte amenazada con el ejercicio de una vía de derecho ha sido explotado para lograr la remisión o la solución sin causa de la deuda, o el pago de lo que se había prometido no reclamar, o un enriquecimiento tortícero, es cuando las acciones procesales empleadas son susceptibles de convertirse, por virtud de las combinaciones artificiosas del actor, a espaldas de los jueces y contra la voluntad de éstos, en instrumentos de intimidación que pesan sobre el intimidado, desde el punto de vista de su libertad comprometida, o cuando el uso abusivo de una vía de derecho permite la rescisión del acto jurídico logrado, por vicio del consentimiento.

De la misma motivación en que se apoya el Tribunal se desprende que el abuso del derecho cometido por la Corporación Colombiana de Crédito condujo a Corral a celebrar un acto jurídico que no adolece de ninguna de las condiciones anotadas para inducir su rescisión por violencia.

No estableció el Tribunal cuáles fueran las ventajas excesivas obtenidas por la Corporación Colombiana de Crédito. No aparece la diferencia entre los precios corrientes del mercado de valores en esa época y los fijados a las prendas de Corral por aquélla en la compraventa. La Corporación tomó al actor las tres mil quinientas acciones bancarias a razón de diez y ocho pesos, aumentando así en seis pesos el valor fijado por ella a cada una para el remate. Con el negocio de compraventa liberó al deudor del pago de una cantidad por concepto de comisión de bolsa.

Corrobora lo anterior la circunstancia de que, habiendo ascendido los precios de las acciones en el mercado de valores de la Bolsa, según lo establece la curva respectiva, la sociedad demandada, de acuerdo con la confesión indivisible de su gerente, cuando ya las acciones bancarias eran de ellas, las vendió por lotes pequeños a precios inferiores de los estipulados en la compraventa con Corral, no obstante buscar las mejores oportunidades del mercado. Esto excluye la idea de aprovechamiento injusto por la Corporación.

Las cuatro modalidades de que es susceptible el ejercicio de un derecho, a saber: a) el disfrute de hecho de su contenido; b) el hacerlo valer frente a los demás; c) el de disponer de él; y d) el de hacerlo efectivo por medio de la acción procesal, pueden ocasionar el abuso, en cuyo caso y en principio, ese ejercicio, que no tiene por fin estricto el adecuado para que fue creado el respectivo derecho, constituye un acto jurídico que obliga a indemnización.

Los considerandos del Tribunal para establecer el abuso que de su derecho hizo la Corporación Colombiana de Crédito son improcedentes, porque el actor no ha ejercitado ninguna acción de responsabilidad civil por el uso abusivo de la vía de derecho que tenía la demandada.

Dentro de la noción de abuso, destacada por el Tribunal, la opinión dominante de la jurisprudencia y de los autores, sólo reconoce a la parte presionada el derecho a la indemnización de perjuicios. No a impugnar el acto jurídico para que se rescinda, porque esta es una acción distinta generada en cáusa diferente, aunque puedan coin-

cidir, y porque la rescisión iría contra la equidad, desde luego que procuraría ventajas injustificadas a una u otra de las partes litigantes, aun respecto del autor del abuso de la vía de derecho. Por ejemplo, en el presente caso, la rescisión determinaría a cargo de la Corporación Colombiana de Crédito prestaciones que excederían en mucho el monto del crédito primitivo en su favor a cuyo pago se atendió con el negocio jurídico atacado aquí por Corral.

De las súplicas de la demanda, en conexión con las afirmaciones del libelo, no es dable desentrañar la acción para lograr el resarcimiento. La demanda se ciñó, en lo pertinente, a la impugnación del acto jurídico por violencia. Y no queda duda, teniendo en cuenta tanto la redacción inequívoca de aquélla como el hecho invocado por su autor en las audiencias, de haber sido durante muchos años profesor de derecho civil, de que el demandante se abstuvo, conscientemente, de instaurar la acción de responsabilidad civil por el ejercicio abusivo del derecho de la demandada, acción que, por lo tanto, no está **sub judice** ni la actual sentencia la agota.

Por tales considerandos se casará en lo conducente el fallo del Tribunal.

No es procedente la acusación formulada contra la estimación verificada por el sentenciador de las súplicas sexta y séptima de la demanda.

El Tribunal observó que en la escritura 398 de 27 de febrero de 1933 se enumeraron con sus saldos las obligaciones a cargo de Corral y que no se hizo allí reserva alguna en relación con los frutos de las fincas del deudor producidos antes de la dación en pago y recibidos después, motivo por el cual aplicó jurídicamente el inciso 2º del artículo 1872 del C. C. Correspondía a la demandada la carga de la prueba respecto de que los saldos dichos habían sido deducidos previa imputación de los frutos producidos pero no percibidos todavía. Esa prueba brilla por su ausencia.

Tampoco violó el Tribunal por no haberlo aplicado el artículo 2458 ibídem, por la sencilla razón de que el contrato celebrado entre la Corporación Colombiana de Crédito y Corral no fue de anticresis sino de simple administración remunerada.

Finalmente, no existe el error de hecho consistente en que el Tribunal prescindiera de las verdaderas fechas en que se produjeron los frutos civiles para tomar en su lugar aquellas en que se comunicaron al deudor.

**Resolución**

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa en parte la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Bogotá en este juicio ordinario con fecha 19 de julio de 1938, y en su lugar resuelve:

1º Los numerales primero y segundo de la parte resolutiva de la sentencia y el numeral primero de la aclaración de la misma, quedan reemplazados por el siguiente:

Absuélvese a la corporación Colombiana de Crédito de los cargos de la demanda referentes a la rescisión por vicio del consentimiento, proveniente de la violencia, del negocio jurídico celebrado entre la demandada y el demandante que ha sido materia de este pleito.

2º Quedan en firme los numerales cuarto, quinto, sexto y séptimo de la misma sentencia y segundo de su aclaración.

3º Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese e insértese en la **Gaceta Judicial** copia del presente fallo.

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

## ACCION DE NULIDAD RELATIVA DE UN CONTRATO

**1.—Para establecer la identidad de la persona que ha cambiado de apellido la prueba testimonial es la más adecuada. — 2.—Cuando la convicción del Tribunal sentenciador se ha formado previo el estudio del conjunto de pruebas del proceso y aplicando el artículo 702 del C. J., el Tribunal obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica. Para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. — 3.—La afirmación que haga una persona de ser mayor de edad, o de tener cierta edad, nunca es plena prueba, porque ese extremo está regido por otra clase de reglas probatorias: partidas de origen eclesiástico o civil, declaraciones de testigos, o examen médico. Porque en un instrumento auténtico, en una escritura pública, en una demanda se afirme que una persona es mayor de edad, cuando se controvierte sobre ese extremo, esa afirmación no puede tener el carácter de confesión para establecer tal hecho. — 4.—Si la ley protege al incapaz, por cuanto en virtud de ciertas circunstancias, edad, demencia, sordomudez, le impiden tener noción de las cosas o darse cuenta exacta de ellas, no puede ir en su sistema de protección tan lejos, que el dolo o la mala fe un relativamente incapaz venga a aprovecharle y hasta enriquecerlo. El principio "dolus omnia corrumpit" es general y, por lo mismo, se aplica al relativamente incapaz que por una maquinación dolosa, como sería por ejemplo, la presentación de una partida de nacimiento adulterada, para comprobar su mayor edad, indujera o engañara a una persona a fin de que contratara con él sobre esa base. Por lo mismo, el numeral 2º del artículo 1744 del C. C. excluye de sus sanciones para los menores la simple y llana afirmación de mayor edad. Por lo tanto, para que el menor no quede amparado por dicho numeral, se requiere que su acción dolosa haya sido ejecutada de manera determinante para celebrar el contrato y cuando esto sucede, y ha inducido por esa acción o maniobra a la otra parte a contratar, ésta queda amparada por su buena fe.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

En la sucesión de Lucrecia Rodríguez Mariño de Cañón, protocolizada en la Notaría cuarta de esta ciudad, bajo el número 1,365 de 22 de junio de 1933, le fue adjudicada a Beatriz Pacheco la mitad de la casa número 694 de la carrera 7ª de esta ciudad, con las tiendas accesorias marcadas entonces con los números 692 y 696 de la carrera 7ª y 110 de la calle 18.

La causante legó la mitad de esta casa a la expresada Beatriz, con el cargo de que pagara la mitad del valor de la hipoteca que pesaba o pesa sobre ella, imponiéndole la testadora a su heredera Isabel Rodríguez de Albarracín la obligación de pagar la otra mitad de ese gravamen más seiscientos cincuenta pesos ($ 650) con que debía contribuír para ayudar a Beatriz al pago de la mitad de la hipoteca.

Por escritura 2,177 de 30 de septiembre de 1933, corrida ante el Notario cuarto de Bogotá, Beatriz Pacheco vendió a Isabel Rodríguez Mariño de Albarracín, la mitad de la casa que le había sido adjudicada en la sucesión de Lucrecia Rodríguez Mariño de Cañón. El precio de la venta fue el de veinte mil pesos que la compradora dijo pagar en esta forma: $ 4,500 en la mitad proindiviso de una casa baja situada en la calle 18 de esta ciudad, marcada en su puerta de entrada antes con el número 106 y luégo con el número 6-34; en $ 7,250 que la compradora se obligó a pagar a Ismael López para cancelar los dos gravámenes que afectan la finca comprada por Isabel Rodríguez Mariño de Albarracín; en $ 3,250 que la vendedora adeuda a la compradora y a su esposo Ezequiel Albarracín Tolosa y en $ 5,000 que

la compradora se obligó a pagar a la vendedora dentro del año siguiente a la fecha de la escritura.

La ya nombrada Beatriz Pacheco, quien después se casó con Juan José Van Meek Uribe, autorizada por él, confirió poder para toda clase de pleitos al doctor Jorge Giraldo Urdaneta y al mismo tiempo le transfirió, a título de venta, el cincuenta por ciento (50%) de las acciones que la otorgante tenga o puedan corresponderle, en el derecho litigioso por causa de la nulidad, resolución o rescisión del contrato de compraventa a que se refiere la escritura 2,177 ya mencionada. Consta lo anterior en la escritura 379 de 22 de febrero de 1935 otorgada ante el Notario 2º de Bogotá.

Jorge Giraldo Urdaneta en nombre propio y como apoderado de Beatriz Pacheco de Van Meek instauró ante el Juez del Circuito de Bogotá juicio ordinario contra Isabel Rodríguez de Albarracín, para que se declarara nulo el contrato de compraventa contenido en el número primero de la escritura 2,177 de 30 de septiembre de 1933 de la Notaría 4ª de Bogotá, contrato referente a la venta de la mitad de una casa y sus locales anexos, situada en la esquina que forma la calle 18 con la carrera 7ª, distinguida ahora con el número 18-06 y los locales con los números 18-02 y 18-10 de esa carrera y 6-48, 6-54 y 6-66 de esa calle.

Subsidiariamente pidió se declarara rescindido el contrato por lesión enorme.

Los hechos fundamentales de la demanda son estos: que la vendedora Pacheco era menor de edad el día treinta de septiembre de mil novecientos treinta y tres, fecha de la celebración del contrato de compraventa y que ésta se hizo sin licencia judicial y por lo tanto sin pública subasta.

El Juez de primera instancia, 5ª del Circuito de Bogotá, negó las declaraciones solicitadas en la demanda porque consideró improcedente la acción por ilegitimidad sustantiva de la personería del actor. Este fallo que lleva fecha 4 de noviembre de 1935 fue apelado por ambas partes y en virtud de tal recurso el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de 29 de octubre de 1937 revocó la del inferior y en su lugar declaró nulo el contrato de que da cuenta la escritura 2,177 de 30 de septiembre de 1933; declaró que la demandada está obligada a restituír a la demandante y a su cesionario los bienes a que se refiere el contrato anulado y que está obligada la demandada a pagar a la parte actora los frutos que el mismo Tribunal determina en el numeral 3º de su sentencia. Finalmente ordenó la cancelación de la escritura que contiene el contrato anulado y de la inscripción correspondiente.

Ambas partes recurrieron del fallo en casación y la Corte entra hoy a resolver el recurso.

Todo este debate ha rodado sobre la fecha del nacimiento de Beatriz Rodríguez o Pacheco, pues la parte actora sostiene que Beatriz, la hija de Cleofe Rodríguez o Pacheco nació en mil novecientos diez y seis, al paso que la parte demandada impugna esa aserción y las pruebas en que se respalda y sostiene que nació en mil novecientos doce.

El Tribunal partió de la base de que está demostrado el nacimiento de Beatriz el día diez y seis de enero de mil novecientos diez y seis con las siguientes pruebas: con la partida de bautismo que corre al folio 8 vto. del cuaderno número 2º y que dice así: "El suscrito Párroco del Hospital de San Juan de Dios de Bogotá certifica que en el libro de bautismos número 7, en la página 489 y bajo el número de orden 22 se encuentra la siguiente partida: Hospital de Bogotá, enero diez y seis de mil novecientos diez y seis. Bauticé a Beatriz; de cuatro días, hija de María Cleofe Rodríguez; abuela materna Emperatriz Rodríguez; madrina María Elena Portilla. El Capellán, Luis Adriano Díaz, Pbro." Con el certificado del Jefe de Estadística del Hospital de San Juan de Dios, Sala de Maternidad, del cual aparece que el quince de enero de mil novecientos diez y seis María Cleofe Rodríguez, hija de Emperatriz Rodríguez, de veinticuatro años de edad, soltera y de profesión sirvienta tomó la cama número quinientos veinticuatro y que examinados los libros que se llevan en el Hospital no aparece que María Cleofe Rodríguez o Pacheco haya ingresado a dicho hospital, fuera de la vez a que se refiere la boleta; que de acuerdo con la boleta María Cleofe dio a luz pero en ella no se dice nada

respecto de si fuera varón o hembra, ni si hubiera sido bautizada, cosa que corresponde al Capellán del Hospital (fols. 9 y 10 del cuaderno número 2). Con las declaraciones de Antonio Gómez, José y Carlos Sabogal (fols. 12 a 15 del mismo cuaderno número 2), quienes aseguran que conocieron a Beatriz, hija de Cleofe Rodríguez desde cuando estaba pequeña; que Cleofe y Beatriz vivían en casa de Lucrecia Rodríguez, de quien era sirvienta la primera y que sin saberse por qué motivo cambió su apellido por el de Pacheco lo mismo que el de su hija. Antonio Gómez declara que por el año de mil novecientos trece conoció a Cleofe y que entonces no tenía ningún hijo, que unos dos años más tarde la llevaron al Hospital de San Juan de Dios y allí dio a luz a Beatriz. Carlos Sabogal en mil novecientos treinta y cinco declaró que había conocido diez y siete años antes a Cleofe Rodríguez o Pacheco y a su hija Beatriz, quien tendría cuando la conoció dos años, con quien jugaba y de quien más tarde se enamoró. José Sabogal declara que conoció a Cleofe Rodríguez y a su hija Beatriz en mil novecientos diez y siete y que Beatriz contaba en esa época de veinte a 24 meses de edad. Con la confesión ficta de la demandada, de la cual aparece que ésta vivió con su hermana Lucrecia Rodríguez de Cañón, con Cleofe Pacheco y su hija Beatriz, en una casa situada en el barrio de Las Cruces y que ese hecho tuvo lugar cuando Beatriz apenas contaba unos tres o cuatro años de edad, es decir, aproximadamente quince o diez y seis años después del día que se le pidió absolviera posiciones.

Teniendo en cuenta todas estas pruebas y dándole a la partida de bautizo el valor legal del caso, el de plena prueba, el Tribunal concluyó que el día de la celebración del contrato acusado de nulo, Beatriz Rodríguez o Pacheco era menor de edad y por lo tanto aplicando los artículos 1,502, 1,740 y 1,741 del C. C. dedujo la nulidad relativa de tal acto.

El Tribunal estudió las pruebas de la parte demandada tendientes a impugnar la declaración contenida en la partida de bautizo mencionada y a establecer que era otra la fecha del nacimiento de Beatriz y de ese estudio llegó a la conclusión de que las pruebas de la parte demandada no desvirtuaban el valor probatorio de las aducidas por la parte demandante ni podían primar sobre ellas.

**Recurso del demandante**

El apoderado de la recurrente acusa la sentencia por la causal primera del artículo 520 del C. J. y señala como violados directamente los artículos 1,502, 1,849, 1,870, 1,968, 1,970 del C. C. y 15 de la Ley 95 de 1890. También acusa el fallo por violación de la ley, en cuanto, en concepto del recurrente, fueron aplicados indebidamente los artículos 1,502, 1,849, 1,870, 1,968 y 1,970 del C. C.

Toda la acusación va encaminada a atacar el contrato de cesión de derechos litigiosos celebrado entre Beatriz Pacheco y Jorge Giraldo Urdaneta y de que da cuenta la escritura 379 de 22 de febrero de 1935 corrida ante el Notario segundo de esta ciudad.

Este recurrente ataca el fallo únicamente en cuanto se dispone en él que deben restituírse al expresado Giraldo Urdaneta en la mitad, los bienes que fueron objeto del contrato declarado nulo y la mitad de los frutos de dichos bienes. El recurrente sostiene que todos esos bienes y frutos se le deben devolver exclusivamente a su mandante Beatriz Pacheco de Van Meek.

La Corte considera: Como ya se vio atrás, Giraldo Urdaneta inició el presente pleito en nombre propio, como cesionario del cincuenta por ciento de los derechos litigiosos de Beatriz y representante o apoderado de ésta. La calidad de cesionario le fue reconocida a Giraldo cuando se admitió la demanda y teniendo en cuenta la escritura 379 ya citada. Durante todo el curso de este pleito se partió de la base de que Giraldo Urdaneta litigaba en nombre propio y como representante de Beatriz. Sobre este extremo no hubo disputa entre las partes durante las instancias. Aún más, notificada la sentencia del Tribunal, en que se le reconoció el derecho a Giraldo Urdaneta, la expresada Beatriz en memorial de primero de diciembre de mil novecientos treinta y siete, diri-

gido al Tribunal, dijo: "Yo Beatriz Pacheco de Van Meek refiriéndome al juicio civil ordinario que inició el doctor Jorge Giraldo Urdaneta, como apoderado mío, ante el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá, contra la señora Isabel Rodríguez de Albarracín, en el que habeis dictado sentencia que acepto agradecida, como resultado de estricta justicia y de genuina aplicación del derecho..."

Pero hay más: La expresada Beatriz dio poder en el Tribunal al doctor Milcíades Cortés el 16 de diciembre de 1937, y el 14 de febrero de 1938 se dirigió al Tribunal en los siguientes términos: "Yo Beatriz Pacheco de Van Meek, refiriéndome al juicio que adelantó el doctor Jorge Giraldo Urdaneta contra la señora Isabel Rodríguez de Albarracín, en su doble carácter de cesionario mío y como mi apoderado, además, en el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, y que hoy se halla en ese honorable Tribunal, con todo respeto solicito, que con fundamento en el artículo 525 del C. J. se ordene el cumplimiento de la sentencia definitiva de segundo grado pronunciada por el honorable Tribunal con fecha 29 de octubre de 1937.... Como el doctor Giraldo Urdaneta ofreció dar esa caución, pido que al darla el doctor Giraldo, se tenga ella como suficiente tanto para él como para mí, o en otras palabras, que baste una sola caución, puesto que él y yo formamos una sola parte interesada en este juicio.

Por tanto, yo corroboro el memorial del doctor Giraldo en ese sentido.

Sírvase fijar la cuantía y el término para presentarla".

De todo lo anterior resulta: que el presente litigio tuvo como base la cesión de los derechos litigiosos, en el cincuenta por ciento de Beatriz Pacheco a Jorge Giraldo; que entre éstos dos no se discutió en el pleito sobre la eficacia o valor legal del contrato de cesión, el cual no es materia de la demanda ni del juicio, y que la misma Beatriz después de pronunciada la sentencia en que se reconoció a Giraldo Urdaneta ese derecho, aceptó tal declaración.

Por lo tanto, el recurso de casación que se estudia, comprende un medio nuevo, de donde se concluye, que por ser tal, no puede admitirse y por lo tanto se rechazaban los cargos. Ni cabría admitir recurso a quien inequívocamente ha manifestado su conformidad con el fallo recurrido.

**Recurso de la parte demandada**

Este recurrente acusa la sentencia por violación directa de la ley, por aplicación errónea de disposiciones sustantivas, por estimación indebida de las pruebas, falta de apreciación de otras y errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal, y desarrolla su acusación en diez capítulos.

En el primero acusa la sentencia por violación de los artículos 22 de la Ley 57 de 1,887 y 393 y 394 del C. C.

La acusación se funda en que el Tribunal tuvo en cuenta para determinar la edad de la demandante la partida de origen eclesiástico de que ya se ha hecho mención en este fallo, cuando en su concepto ha debido tenerse en cuenta la partida, también de origen eclesiástico, que corre al folio 1º del cuaderno número 3 y de la cual aparece que la dicha Beatriz nació en 1912. Refiriéndose a esas dos partidas dice el recurrente: "Como se ve, salta a la vista que si alguna de las partidas en referencia corresponde a la demandante Beatriz Pacheco, es la de mil novecientos doce demostrativa de que el diez y siete de enero de ese año fue batizada con el nombre de Beatriz una niña hija natural de María Cleofe Pacheco; al paso que la partida de mil novecientos diez y seis se refiere a una hija de María Cleofe Rodríguez".

La Corte considera: El Tribunal de acuerdo con lo que aparece en autos concluyó que Beatriz Pacheco había nacido en mil novecientos diez y seis por lo siguiente: La parte actora presentó la partida en que consta que Beatriz nació en 1916, la parte demandada presentó otra partida, que ordenó inscribir la Curia en que aparece que nació en 1912. Mas la misma Curia en sentencia de 29 de octubre de 1935, fols. 20 a 23 del cuaderno número 1º, declaró insubsistente la partida de bautismo inscrita en el libro número 7, página 489, la presentada por Beatriz e insubsistente también la de bautizo de la misma Beatriz, presentada por la parte demandada y en su lugar ordenó ins-

cribir otra de la que aparece que Beatriz fue bautizada en el Hospital de San Juan de Dios el 17 de enero de 1916 a los cuatro días de nacida.

Sea pues que se tuviera en cuenta esta última partida, sea la primera, que en el fondo respecto de la fecha de nacimiento son las mismas, la deducción del Tribunal sobre la edad de Beatriz, apoyada en la primera partida de nacimiento está basada en la ley y a darle el valor probatorio correspondiente el Tribunal no sólo no violó sino que dio aplicación correcta a los artículos señalados como violados en el capítulo que se estudia.

Las dos partidas de bautizo de mil novecientos diez y seis discrepan en el apellido de la madre de Beatriz, en la primera figura como Rodríguez, en la segunda como Pacheco.

La Corte observa al respecto: Esa discrepancia en nada afecta la identidad de la niña nacida en el Hospital de San Juan de Dios, en enero de 1916, hija natural de Cleofe, por lo que sigue: es muy común entre las gentes que no tienen filiación legítima, y sobre todo en ciertos gremios, el cambio frecuente de apellido. En estos casos la prueba testimonial para establecer la identidad de la persona que ha cambiado de apellido es la más adecuada y en el proceso se demostró que la tal Cleofe había variado el apellido Rodríguez por el de Pacheco.

Pero no es sólo esto: sino que el Tribunal para llegar a la conclusión que Beatriz había nacido en enero de 1916, consideró no sólo la partida de bautizo de que ya se ha hecho mérito, sino el certificado del Jefe de Estadística del Hospital, que ya quedó relacionado arriba y del cual se desprende claramente que la fecha del nacimiento de Beatriz está de acuerdo con la entrada de Cleofe al Hospital. El quince de enero tomó Cleofe una cama en el Hospital, en la Sala de Maternidad y el diez y seis dio a luz. Este día se bautizó a Beatriz como hija de ella.

Además consideró el Tribunal las declaraciones de que ya se ha hecho mérito, sobre el cambio de apellido de Cleofe y otras circunstancias especiales que comprueban la identidad de Beatriz como hija de Cleofe Pacheco o Rodríguez, valiendo la pena observar que ni siquiera se ha puesto en duda que Cleofe sea la madre de Beatriz.

Fue todo un haz probatorio lo que llevó al Tribunal a concluír que Beatriz nació en mil novecientos diez y seis y si es cierto que según el certificado de la Curia que obra a los folios 30 a 32 vto. del cuaderno número 7, las sentencias de la autoridad eclesiástica en las causas acerca de las personas no pasan a cosa juzgada, "pero en doble sentencia en estas causas se sigue que no deba ser admitida ulterior proposición, a no ser presentados nuevos argumentos, y éstos graves" también lo es que el Tribunal tenía que decidir el asunto, de acuerdo con las pruebas aducidas a los autos, porque no podía esperar indefinidamente a una ejecutoria que podría o no venir, por "nuevos argumentos y éstos graves".

Se rechazan, pues, los cargos de este capítulo.

Los capítulos segundo y tercero de la demanda deben estudiarse conjuntamente por que se refieren a la apreciación que hizo el Tribunal de la prueba testimonial aducida por ambas partes al debate.

En esos capítulos se señalan como violados los artículos 697 y 702 y 705 del C. J., 22 de la Ley 57 de 1887 y 395 del C. C.

Considera la Corte: Dos series de testimonios se adujeron al debate para contribuír al establecimiento de la edad de Beatriz Pacheco: por la parte demandante se presentaron los de Antonio Gómez, José Sabogal y Carlos Sabogal. Por la parte demandada, los de Pedro León Monroy, Elisa Cualla Vargas, Jorge Cualla Vargas, Carlos García, Rodolfo Saavedra, Manuel M. Fonseca, Irene Cañón y Luis Felipe Luna.

El Tribunal estudió esos testimonios, no sólo en sí mismos considerados sino en relación a las demás pruebas que sobre el particular obran en los autos y previo un análisis y estudio detenidos, como se ve en la sentencia, acogió los testimonios de la parte demandante.

La convicción del Tribunal se formó, pues, previo el estudio del conjunto de pruebas sobre el extremo discutido y por aplicación del artículo 702 del C. J. que da al juez libertad de apreciación, cuando sobre el mismo punto se presentan exposiciones de va-

rios testigos contradictorias entre sí, libertad que gira dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica y atendiendo a las demás pruebas que obran en un proceso.

Para que pudiera modificarse la convicción o la apreciación del Tribunal sobre el asunto, hubiera sido necesario que el fallador hubiera interpretado equivocada o erróneamente las declaraciones de la parte actora y que esa equivocación o ese error estuviera patente en los autos, o que hubiera dejado de tener en cuenta otras declaraciones de mayor valor u otras pruebas que respaldaran las declaraciones de la parte demandada. Pero no ha sucedido nada de esto sino que se trata de una deducción legal del Tribunal, que no adolece de error manifiesto y que está basada en una norma positiva cual es el artículo 702 citado. Aún más: El Tribunal dio la razón clara de por qué no aceptó las declaraciones de la parte demandada; unas por lo imprecisas y otras por tener algunas contradicciones entre sí.

Por lo tanto, los cargos contenidos en los dos capítulos a que acaba de referirse la Corte, no pueden prosperar.

En el capítulo cuarto, se acusa la sentencia por violación del artículo 652 del C. J. por cuanto el Tribunal otorgó mérito probatorio al certificado expedido por el Jefe de Estadística del Hospital de San Juan de Dios, tomando como base una papeleta de entrada de María C. Rodríguez al Hospital en mil novecientos diez y seis, haciendo caso omiso de que tal pieza se halla enmendada y alterada en parte sustancial de su contenido, según el recurrente.

La Corte considera: Es cierto que el Tribunal tuvo en cuenta dicho certificado, no como prueba única, para establecer la edad de Beatriz Pacheco y es cierto que en la boleta del Hospital se encontró la intercalación, que es la siguiente según los peritos: la boleta se refiere a María C. Rodríguez que entró al Hospital el 15 de enero de 1916 y le fueron intercaladas posteriormente la minúscula "l" del nombre de Cleofe y el grupo gráfico "eofe", posteriormente al resto de los manuscritos por la misma persona que escribió la palabra "maternidad" en el primer renglón. Mas aunque esto sea así, no hay quebrantamiento del artículo 652 del C. J. porque, como lo observa el Tribunal, la boleta que sufrió la alteración es distinta del certificado expedido por el Jefe de Estadística, de manera que la falsedad de la primera no puede afectar el valor del segundo y porque, observa la Corte, no está comprobado en qué época sufrió la alteración dicha boleta. Además, la alteración no compromete la identidad de Beatriz ni de Cleofe Rodríguez o Pacheco, según adelante se verá.

Y vale la pena observar que aun cuando ese cargo prosperara, no por eso caería la sentencia recurrida, porque tal certificado no fue la prueba única que tuvo en cuenta el Tribunal para establecer la fecha del nacimiento de Beatriz Pacheco. Quedarían otros soportes a la sentencia, que serían la partida de bautizo y las declaraciones aducidas por la parte demandante.

La acusación contenida en el capítulo quinto, violación de los artículos 605 y 606 del C. J., aunque prosperara sería ineficaz para casar el fallo apelado, por cuanto la confesión ficta de Isabel Rodríguez de Albarracín, tiene más bien el carácter de una prueba colateral. El Tribunal estimó que con tal confesión quedaba también demostrada la identidad de Beatriz, nacida el diez y seis de enero de mil novecientos diez y seis como hija de Cleofe Rodríguez, pero no únicamente por lo que se desprende de tal confesión formó este concepto, sino que la encontró corroborada con los testimonios que fueron aducidos sobre el particular y con el certificado del Jefe de Estadística del Hospital de San Juan de Dios. El Tribunal no tomó lo confesado por Isabel Rodríguez como hechos personales de ella, sino como hechos de que tiene conocimiento, hechos que están corroborados en los autos y cuya corroboración quedaría en pie aun prescindiendo de la confesión ficta de la expresada Isabel.

En efecto: Isabel Rodríguez no podía ignorar que su hermana Lucrecia le había dejado la mitad de la casa de Las Nieves a Beatriz Pacheco ni podía ignorar tampoco, y éste es hecho personal de Isabel, que ésta le compró la casa a Beatriz, puesto que en la escritura acusada de nula consta esta

compra. La confesión ficta de haber vivido Isabel con Lucrecia su hermana y en compañía de Beatriz y la madre de ésta, es un hecho propio de la confesante.

El cargo no puede por lo tanto prosperar.

La acusación contenida en los capítulos sexto y séptimo pueden estudiarse en uno solo. En esos capítulos se acusa la sentencia por violación de los artículos 604 y 607 inciso 2º del C. J., en cuanto dice el recurrente que el Tribunal quebrantó esas disposiciones porque dejó de apreciar la prueba de confesión respecto de su mayoría de edad consignada en la propia demanda, y la acusa también por violación del artículo 665 de la misma obra, porque el Tribunal dejó de estimar varias pruebas que en conjunto concurren a demostrar que Beatriz Pacheco no es la Rodríguez de que trata la partida bautismal de mil novecientos diez y seis.

La Corte considera:

La afirmación que haga una persona de ser mayor de edad, o de tener cierta edad determinada, nunca es plena prueba, porque ese extremo está regido por otra clase de reglas probatorias: partidas de origen eclesiástico o civil, declaraciones de testigos, o examen médico. Porque en un instrumento auténtico, en una escritura pública, en una demanda se afirme que una persona es mayor de edad, cuando se controvierte sobre ese extremo, esa afirmación no puede tener el carácter de confesión para establecer tal hecho.

Ya se vio que el Tribunal no infringió la ley al atenerse a los testimonios de la parte demandante y no de la demandada, porque la alteración de la papeleta no puede llevar a la casación de la sentencia y no concluye la Corte que los elementos probatorios a que se refiere el recurrente en el capítulo séptimo de la demanda, mayor número de sus testigos ,formen una prueba indiciaria de más valor legal que la que tuvo en cuenta el Tribunal.

No se ha discutido en el pleito, ni hay ninguna prueba sobre que en el Hospital de San Juan de Dios hubieran nacido dos niñas, bautizadas con el nombre de Beatriz, hijas de Cleofe, la una en enero de mi novecientos doce y la otra en enero de mil novecientos diez y seis. Nó; de lo que se ha tratado en este litigio es de averiguar si la única Beatriz hija de Cleofe Rodríguez o Pacheco, extremo éste, repite la Corte, indiscutido, nació en mil novecientos doce o en mil novecientos diez y seis. Consideradas así las cosas, como son en realidad, el Tribunal concluyó que el nacimiento de Beatriz, hija de Cleofe, tuvo lugar en mil novecientos diez y seis y ya se vio, al estudiar los cargos anteriores, que esa conclusión está amparada por las pruebas que obran en autos y que el Tribunal no erró en la apreciación de ellas. Establecido como está en autos que Cleofe Rodríguez o Pacheco no entró al hospital sino una sola vez, en mil novecientos diez y seis y que allí dio a luz a Beatriz, queda descartada la aseveración, que no se funda en ninguna prueba, que la niña nacida de Cleofe en dicho año de mil novecientos diez y seis, sea otra distinta de la actual Beatriz Pacheco de Van Meek. Hubiera sido necesario establecer, para llegar a otra conclusión, que a dicho hospital entraron dos mujeres de nombre Cleofe, de profesión ambas sirvientas y que dieron a luz, una en mil novecientos doce a una niña que se bautizó con el nombre de Beatriz y la otra en mil novecientos diez y seis que también se bautizó con ese mismo nombre. Pero como se ha dicho, ni esa prueba aparece en autos ni de eso se trató en el proceso, el cual al respecto se encaminó, a tratar de demostrar, por la parte demandada que hubo una equivocación o error al asentar la partida de nacimiento de Beatriz en mil novecientos diez y seis, puesto que según dicha parte demandada el nacimiento tuvo lugar en mil novecientos doce, aseveración ésta que la demandada no pudo demostrar, por lo que ya se ha expresado arriba.

El cambio de apellido, Rodríguez por Pacheco, quedó establecido en el proceso y con esa comprobación, puesta más de relieve la identidad de Beatriz como hija de Cleofe, que primero se apellidó Rodríguez, y apellidó así a su hija, y después trocó ese apellido por el de Pacheco, que dio a su hija.

Los cargos que se estudian no pueden prosperar.

En el capítulo octavo se acusa la sentencia, por vía subsidiaria, como violadora del artículo 1,744 del C. C. por cuanto en la hi-

pótesis de que Beatriz Pacheco fuera menor de edad cuando celebró el contrato acusado de nulo, la nulidad no podía prosperar, porque si es cierto que el inciso segundo de dicho artículo establece que la aserción de mayor edad no inhabilita al incapaz para obtener el pronunciamiento de la nulidad, también lo es que esa norma no puede tomarse al pie de la letra, sino restrictivamente, o sea que no hay lugar a ese pronunciamiento cuando en la aserción no ha habido equivocación simplemente del menor sino dolo.

La Corte está de acuerdo en principio, con lo que sostiene el recurrente doctor Latorre y ya se ha pronunciado en ese sentido, en fallo de 20 de mayo de 1936. (Tomo XLIII, número 1904 de la **Gaceta Judicial**).

En efecto: si la ley protege al incapaz, por cuanto en virtud de ciertas circunstancias, edad, demencia, sordomudez, le impiden tener noción de las cosas o darse cuenta exacta de ellas, no puede ir en su sistema de protección tan lejos, que el dolo o la mala fe de un relativamente incapaz venga a aprovecharle y hasta enriquecerlo. El principio **dolus omnia corrumpit,** es general y por lo mismo se aplica al relativamente incapaz que por una maquinación dolosa, como sería por ejemplo, la presentación de una partida de nacimiento adulterada, para establecer su mayoridad, indujera o engañara a una persona a fin de que contratara con él sobre esa base. Por lo mismo, el numeral 2º del artículo 1,744 del C. C., excluye de sus sanciones para los menores la simple y llana afirmación de mayor edad. Por lo tanto para que el menor no quede amparado por dicho numeral se requiere que su acción dolosa haya sido ejecutada, de manera determinante para celebrar el contrato y cuando esto sucede, y ha inducido por esa acción o maniobra a la otra parte a contratar, ésta queda amparada por su buena fe. Tal es el sentido y alcance de la doctrina que acaba de exponerse.

Mas en el presente caso el factor apuntado no brilla en los autos, porque no está demostrada la gestión dolosa de Beatriz Pacheco, como determinante para celebrar el contrato acusado y aunque su inexperiencia en los actos de la vida civil, corre parejas con la vaguedad de su actuación, al afirmar que era mayor de edad cuando celebró el contrato, esa simple afirmación, por lo ya dicho, no la excluye del beneficio a que se refiere el numeral segundo del artículo 1,744 ya citado. Además la otra contratante, la demandada, sí tenía, y esto se destaca de bulto en el proceso, fáciles y expeditas fuentes de información sobre la verdadera edad de la expresada Beatriz; hermana de la testadora, vivió con ella, con Beatriz y con Cleofe, su madre; conocía su historia y sus antecedentes y su esposo era el guardador de Beatriz. La demandada estaba en posesión de ciertos datos sobre la edad de Beatriz, que con mucha dificultad hubiera podido obtener otra persona distinta que hubiera contratado con la mencionada Beatriz Pacheco.

No estando pues demostrado el dolo por parte de Beatriz al contratar, no estando demostrada la maquinación dolosa para inducir a la señora Isabel Rodríguez Mariño de Albarracín, la demandada, a celebrar el contrato acusado de nulo, no puede concluírse que la sentencia hubiera violado el artículo 1,744.

La acusación contenida en el capítulo noveno en que dice el recurrente que fueron violados los artículos 234 y 601 del C. J. no puede prosperar porque ya se vio, en alguno de los capítulos anteriores, que la sentencia recurrida no viola la ley ni al acoger las pruebas de la actora ni al no considerar que las de la demandada deban prevalecer sobre las de la demandante.

El capítulo décimo y último acusa la sentencia el recurrente por violación del artículo 1,747 del C. C. e incongruencia del fallo.

Hace consistir la acusación el recurrente en que el Tribunal no decretó restituciones a favor de la parte demandada y que debe hacer la demandante por efecto de la nulidad deducida.

Este cargo lo hace subsidiariamente el recurrente.

La Corte considera: El cargo es fundado porque siendo uno de los efectos de la nulidad el de restituír las cosas al estado que éstas tenían antes de la celebración del contrato nulo, artículo 1,746 del C. C. y apareciendo que al patrimonio de la demandante

entraron algunos bienes en virtud del contrato acusado de nulo, ha debido el Tribunal dar aplicación al artículo 1,747 del C. C.

Pero hay más: la figura jurídica del enriquecimiento sin causa desempeña en casos como el presente un factor de mucha importancia y que no puede desatenderse, puesto que al obligar a la demandada a restituír los bienes que compró por la escritura 2,177 junto con los frutos de esos bienes y al no condenar a la demandante a devolver lo que recibió en virtud de ese pacto, se enriquecería ésta sin causa porque además de volver a su patrimonio los bienes vendidos quedarían también dentro de su patrimonio los bienes que adquirió en virtud del contrato y por el contrario la demandada se empobrecería, sin causa, porque devolvería lo que compró y no se reintegraría a su patrimonio lo que dio como precio de la venta.

La anterior doctrina ha sido la de la Corte, como puede verse en las sentencias de 28 de junio de 1919, y 28 de junio de 1924 (Tomo III de la Jurisprudencia de la Corte) y en el fallo de 29 de octubre de 1937 (Tomo XLVI).

No está por demás observar, que en tratándose de prestaciones existe el derecho de retención, sobre cuya naturaleza, alcance, fines y ejercicio ya se ha pronunciado la Corte, sentencia de fecha octubre 27 de 1938, G. J. Tomo XLVII.

Las prestaciones a que debe ser condenada la parte demandante se determinarán en la parte resolutiva de este fallo.

Lo anterior lleva a la casación parcial de la sentencia, con el fin de adicionarla según el cargo que acaba de estudiarse y que ha prosperado. La prosperidad de este cargo y la casación parcial refluyen sobre la condenación en costas, a la parte demandada, condenación que debe ser eliminada.

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 parcialmente** la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha veintinueve de octubre de mil novecientos treinta y siete y **falla** así este pleito en definitiva:

1º Declárase que es nulo el contrato de compraventa contenido en la escritura número 2,177 de fecha 30 de septiembre de 1933, otorgado en la Notaría cuarta de esta ciudad, celebrado entre Beatriz Pacheco e Isabel Rodríguez de Albarracín, referente a la mitad de una casa y sus locales anexos, junto con el suelo en que está edificada, de construcción antigua, alta y baja, situada en la esquina que forma la calle diez y ocho con la carrera séptima, barrio de Las Nieves de esta ciudad, distinguido el portón de entrada con el número diez y ocho cero seis (18-06) sobre la carrera séptima (7ª); los locales que dan frente sobre la misma carrera 7ª con los números diez y ocho cero dos (18-02) y diez y ocho diez (18-10), y los locales de la calle diez y ocho señalados con los números seis cuarenta y ocho (6-48), seis cincuenta y cuatro (6-54) y seis sesenta y seis (6-66), y alinderada así: Por el Norte, con propiedad de los herederos de Cruz Sánchez; por el Oriente, con propiedad de Isabel Rodríguez de Albarrín y de Epaminondas Bernal G.; por el Occidente, con la cuadra diez y ocho (18) de la carrera séptima (7ª), y por el Sur, en parte con los nombrados Isabel Rodríguez de Albarracín y Epaminondas Bernal G. y en parte con la calle diez y ocho (18);

2º Declárase que la señora Isabel Rodríguez de Albarracín está obligada a restituír a Beatriz Pacheco y a su cesionario doctor Jorge Giraldo Urdaneta, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, los bienes a que se refiere la declaración primera que precede;

3º Declárase que la señora Isabel Rodríguez de Albarracín está obligada a pagar a Beatriz Pacheco y a su cesionario doctor Jorge Giraldo Urdaneta, del cincuenta por ciento (50%) de sus derechos y acciones que se litigan en este juicio, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, las siguientes cantidades por concepto de los frutos percibidos y que perciba de la mitad de la casa y sus locales anexos, mencionados en el numeral anterior, ciento ochenta y dos pesos con cincuenta y seis centavos ($ 182.56), por cada mes, durante el período comprendido entre el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y tres (1933),

fecha en que se otorgó el contrato cuya nulidad se declara en el punto anterior, y el primero de enero de mil novecientos treinta y cinco (1935), y doscientos once pesos con cincuenta centavos ($ 211.50), por cada mes, durante el lapso comprendido del primero de enero de mil novecientos treinta y cinco hasta el día en que adquiera firmeza legal el presente fallo;

4º Declárase que Beatriz Pacheco de Van Meek, está obligada a pagar a Isabel Rodríguez de Albarracín seis días después de ejecutoriada esta sentencia, las siguientes prestaciones: a) a devolver a la demandada la mitad de la casa a que se refiere la letra A. de la cláusula cuarta de la escritura número dos mil ciento setenta y siete (2,177) de treinta de septiembre de mil novecientos treinta y tres, otorgada ante el Notario cuarto de esta ciudad, junto con los frutos que haya producido desde el día del contrato hasta la fecha de la restitución. Si la mitad de la casa ha salido del dominio de la demandante, ésta debe restituír a la demandada la suma de cuatro mil quinientos pesos ($ 4,500) moneda corriente en que se fijó el precio de dicha mitad, en la escritura que se acaba de mencionar, más los intereses legales de esa suma desde la fecha de la escritura hasta que haga el pago; b) la suma de tres mil doscientos cincuenta pesos ($ 3,250) de que se dio por recibida la demandante, con sus intereses legales, desde el día de la escritura mencionada, hasta que se verifique el pago; c) si la demandada Isabel Rodríguez de Albarracín pagó ya a la demandante Beatriz Pacheco de Van Meek los cinco mil pesos que aquélla le quedó debiendo a ésta como resto del precio, según la escritura, deberá la demandante reintegrarle esa cantidad, con sus intereses legales desde que la recibió hasta que haga el pago. De la misma manera se procederá si la demandada sólo ha pagado a la demandante parte de esos cinco mil pesos. Si por el contrario, la compradora Isabel Rodríguez de Albarracín no le ha pagado a la vendedora Beatriz Pacheco de Van Meek esos cinco mil pesos, pero le ha abonado a ésta intereses por esa suma, la expresada Beatriz deberá reintegrar a la mencionada Rodríguez de Albarracín la cantidad que haya recibido por intereses y los intereses de esas sumas, intereses legales, desde la fecha o fechas en que los haya recibido hasta el pago o restitución; d) en caso de que la demandada Isabel Rodríguez de Albarracín hubiere pagado los gravámenes hipotecarios a favor de Ismael López y de que trata la letra B. de la cláusula cuarta de la escritura dos mil ciento setenta y siete mencionada, Beatriz Pacheco de Van Meek deberá devolverle esas cantidades, a la demandada, junto con sus respectivos intereses, desde el día del pago hasta el reintegro de dichas sumas;

5º Declárase que la demandante Beatriz Pacheco de Van Meek y su cesionario Jorge Giraldo Urdaneta, del cincuenta por ciento (50%) de sus derechos y acciones que se litigan en este juicio, deben, cada uno en la proporción de sus derechos, reintegrar y abonar, a la demandada Isabel Rodríguez de Albarracín, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, las siguientes cantidades: a) La mitad de las cantidades o sumas de dinero que la demandada haya pagado por impuestos fiscales sobre la totalidad de la casa materia del contrato que se ha declarado resuelto, junto con sus intereses legales desde los respectivos pagos hasta el día de la restitución; b) El valor de la mitad de las mejoras útiles y necesarias que la demandada compruebe haber hecho en la casa materia del contrato que ha sido declarado resuelto.

6º Líbrese oficio al Notario cuarto de esta ciudad y al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, para que el primero cancele el instrumento número dos mil ciento setenta y siete (2,177) del treinta de septiembre de mil novecientos treinta y tres, y el segundo, cancele la inscripción que se verificó en los libros de su oficina de la citada escritura en los días trece y diez y siete de octubre de mil novecientos treinta y tres, bajo los números 4,529 y 821, respectivamente.

7º No hay lugar a hacer las otras declaraciones pedidas en la demanda, en forma subsidiaria, y en consecuencia se absuelve a la parte demandada de tales cargos;

8º Sáquese copia de lo conducente y pásese al juzgado en lo penal de este circuito

(Repartimiento), para que se averigue lo relativo al delito de falsedad que pudo cometerse en el libro de papeletas que se llevó en el Hospital de San Juan de Dios en el año de mil novecientos diez y seis, a que se refiere el dictamen pericial visible a los folios 38 a 41 del cuaderno de pruebas número 7;

9º No hay costas ni en el juicio ni en el recurso.

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

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

## SE DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA RECURRIDA

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

María del Carmen Hernández de Blanco, mayor de edad y vecina de El Líbano, se presentó ante el Juez de este Circuito como representante legal de los menores Milcíades, Carmen, Obdulia y Pedro Nel Blanco Hernández, para que, previa la tramitación de un juicio ordinario se declarara sin valor legal ni efecto alguno las asignaciones testamentarias o instituciones de heredero contenidas en las cláusulas tercera y cuarta del testamento otorgado por Milcíades Blanco, ante el Notario Público de El Líbano el veinticuatro de octubre de mil novecientos diez y seis; para que se declarara sin efecto y como no escrita la cláusula octava del mismo testamento en que Milcíades Blanco hizo un legado de cuerpo cierto a favor de la señora Petra o Petronila Suárez; y para que como consecuencia de las anteriores peticiones se dispusiera que la sucesión de Milcíades Blanco o Andrade Blanco debe liquidarse, partirse y adjudicarse conforme a las reglas de la sucesión intestada, teniendo como herederos de dicho señor a sus hijos los ya expresados menores.

Hizo además, algunas peticiones en subsidio de las declaraciones principales.

En sentencia de 30 de noviembre de 1937 el Juez de Circuito de El Líbano, falló en primera instancia declarando que los demandantes y menores, Milcíades, Carmen, Obdulia y Pedro Nel Blanco Hernández son herederos de Milcíades Blanco o Andrade Blanco, en su condición de hijos legítimos, declaración que se hace sin perjuicio de terceros. Asimismo declaró el Juzgado que las tres cuartas partes de la herencia del expresado causante, representadas por la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras, se adjudicarán en todo caso a los hijos del causante y negó las demás peticiones de la demanda.

El apoderado de la parte actora apeló de dicho fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, previa la tramitación de la segunda instancia, lo confirmó en sentencia de fecha siete de julio de mil novecientos treinta y ocho.

El apoderado de los demandantes interpuso recurso de casación que le fue concedido por auto de 7 de junio del presente año.

En tal virtud, el negocio fue remitido a la Corte, a donde llegó el siete de agosto último, sin papel para el repartimiento. La parte que debía suministrarlo no cumplió con ese deber y dejó transcurrir más de sesenta días, entre la fecha en que llegó el expediente a la Corte y el día en que ha debido hacerlo, según informe del señor Secretario. El asunto se repartió, por lo tanto, en papel común.

En vista de la anterior relación, acreditada en los autos y teniendo en cuenta lo preceptuado por el artículo 353 del C. J. 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** ejecutoriada la sentencia objeto del recurso, o sea la proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el siete de julio de mil novecientos treinta y ocho pasado en el presente juicio.

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

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

ACCION DE PERJUICIOS. — ESTIMACION JURIDICA DE LA PRUEBA INDICIARIA—CUANDO PUEDE ALEGARSE EN CASACION ERROR DE HECHO O DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LOS INDICIOS.

**1.—Cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del C. J. Queda así sometida a la conciencia del juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Fulgencio Lequerica Vélez)

## Antecedentes

1.—El señor Camilo Marulanda, carpintero y albañil de profesión, trabajaba en la mañana del día 7 de octubre de 1930, por orden de don Lucio Lozano, en el arreglo de unas goteras abiertas en el tejado de la casa del señor Martín Restrepo, de la ciudad de Ibagué.

2.—Al inclinarse Marulanda para tapar la última gotera, situada al pie de los alambres conductores de electricidad de alto voltaje, que se apoyan en el ático de la casa mencionada y atraviesan la azotea, estuvo a punto de caer, a causa de la rotura de una teja. Al buscar el equilibrio en un movimiento instintivo, rozó los alambres aludidos, y la corriente de alta tensión le produjo quemaduras graves en el cuerpo y la pérdida de los dos brazos, con una incapacidad absoluta de por vida para trabajar.

3.—Con el objeto de prevenir siniestros como el ocurrido, la Alcaldía de Ibagué dictó los decretos números 73, 79 y 83, de 9 y 24 de junio, y 3 de julio de 1930, promulgados en forma legal y cuyas disposiciones estaban vigentes el día del accidente. La Empresa de Energía Eléctrica Municipal, señalada en el proceso por el actor como propietaria de la red de alta tensión que ocasionó el siniestro, no había dado cumplimiento el 7 de octubre de 1930 a los decretos mencionados.

4.—Los alambres conductores de corriente de alta tensión carecían el día del suceso de materia aislante, y formaban ese mismo día redes aéreas, en contravención con lo ordenado en el artículo 3º del Decreto número 73 de 1930, de la Alcaldía de Ibagué. Tales alambres conductores, después de apoyarse en el ático de la casa de don Martín Restrepo, atravesaban la azotea y el tejado de esa casa a una altura que los dejaban al alcance de las manos de una persona agachada.

## Juicio ordinario

Ante el señor Juez Primero del Circuito de Ibagué propuso demanda ordinaria Camilo Marulanda contra el municipio del mismo nombre, solicitando que se condenara a esta entidad a indemnizarlo de todos los daños y perjuicios sufridos en el accidente de que fue víctima el 7 de octubre de 1930, con ocasión de haberlo electrizado la corriente de energía de la empresa municipal, daños

y perjuicios cuyo monto se comprobaría en el curso del juicio. En subsidio suplicó que se condenara a dicho municipio a indemnizarle tales daños y perjuicios, según la estimación que hicieran peritos nombrados en forma legal, o a los que se establecieran en juicio aparte.

Surtida la primera instancia, el Juez a quo la finalizó en sentencia fechada el 9 de octubre de 1936, previa la solución de un incidente de nulidad. En ese fallo declaró no probadas las excepciones propuestas por el municipio demandado, y lo condenó a pagar a Camilo Marulanda los daños y perjuicios sufridos por éste con ocasión del accidente de que fue víctima; perjuicios que serán estimados en la ejecución de la sentencia, y para la fijación de cuyo importe se tendrá en cuenta la culpa de Marulanda, por la imprudencia con que éste obró y con el fin de que sean reducidos en una porción proporcional a la culpa de éste.

**La sentencia acusada**

De tal providencia condenatoria apeló el Personero Municipal de Ibagué para ante el Tribunal de la misma ciudad, y surtidos los trámites legales, aquella Superioridad le puso término a la segunda instancia en sentencia fechada el 12 de noviembre de 1938, en la cual confirmó el pronunciamiento principal del Juez de primer grado, condenando al Municipio de Ibagué a pagar a Camilo Marulanda la suma de tres mil ciento noventa y cinco pesos ($ 3,195.00) m. c., por los daños y perjuicios sufridos por éste, y sin reducción de ninguna clase por culpa imputable al damnificado. Vinieron a ser éstas, por lo tanto, las únicas reformas que introdujo el Tribunal a la sentencia condenatoria del Juez.

En la segunda instancia el Fiscal del Tribunal, como representante judicial del Municipio demandado, no ha pretendido negar el accidente que a Marulanda lesionó de manera tan grave, pero pretende la absolución del Municipio, fundado, entre otras razones, en estas dos principales: a) en que la indemnización por responsabilidad se le debe cobrar a don Martín Restrepo, promotor de la obra de reparación del tejado de su propia casa, y no al Municipio, que no necesitaba de tal obra; b) el Municipio como entidad de derecho público, tampoco es responsable por el accidente, porque bien sabido es que empresas que prestan servicios públicos, como los de energía eléctrica, están sujetas a normas de policía dictadas por las autoridades para garantizar los intereses públicos, y si por deficiencia de tales normas ocurren accidentes, es injusto hacer a la empresa responsable de siniestros que no se han consumado por su culpa.

En cuanto a la primera cuestión, en concepto del Tribunal la argumentación del Fiscal saca la litis del campo donde fue planteada, porque lo que la demanda exige es que se estudie y decida si tiene responsabilidad el Municipio de Ibagué, por el perjuicio que Camilo Marulanda recibió en sus actividades funcionales con el accidente ocurrido el 7 de octubre de 1930. Admitiéndose la posibilidad de resolver el pleito por el aspecto de la protección social que el patrono debe a sus obreros, tendría que establecerse la existencia del contrato celebrado entre Martín Restrepo y Camilo Marulanda, que, desde luego, no es contrato de trabajo, sino un servicio meramente ocasional, como lo fue el de tapar unas goteras. Como no está probada en autos tal convención, queda entonces solamente en pie el problema planteado de la responsabilidad civil del Municipio demandado.

En lo atañedero a la segunda cuestión planteada por el Fiscal, concluye la sentencia del Tribunal por establecer la responsabilidad civil del Municipio en los siguientes apartes de su fallo:

"El Municipio de Ibagué, ya sea para prestar servicios a la ciudadanía, ya para derivar utilidades pecuniarias —que ambas finalidades son lícitas— ha montado una empresa de electricidad, como tiene montada la de acueducto. Tiene el Municipio, como dueño de tales empresas, potestad que todos le acatamos sobre ellas. Por esa potestad las dirige con reglamentos propios. Consecuencia de esos atributos es la necesidad de control para que las empresas funcionen sin crearles perjuicios a las gentes. Y así como la captación de aguas insalubres, el uso de hidrantes contaminados o la

escogencia de lugares deletéreos para el tránsito de las aguas daría lugar a exigirle responsabilidad al Municipio empresario por los perjuicios que tales irregularidades acarrearan, de igual manera debe indemnizar a quienes sufran lesiones o perjuicios por las inconvenientes o peligrosas instalaciones eléctricas.

"¿Cómo negar que una red de alta tensión pone en riesgo la vida y la integridad corporal de las personas? De ahí las precauciones que en todas partes toman las empresas de esa índole para sustraer los alambres conductores del contacto de los individuos y aun de los objetos que al rozarse con los alambres puedan inflamarse o causar explosiones. Primera y primordial precaución es la de alejar las redes de todo contacto animal y para ello se las coloca en canales subterráneos o en postes de considerable altura, sobre todo en los poblados o agrupaciones de viviendas habitadas. Los alambres de servicio domiciliario son de especial confección para evitar los riesgos: los que no están provistos de envoltura de seda, lo están de materiales aislantes que las hacen inofensivas aun en el caso de caer a tierra y ponerse al alcance de inexpertas manos.

"Aquí viene a cuento la doctrina de Chironi —autor invocado por el señor Fiscal—: No es por el contrato por lo que se debe proveer lo mejor posible a la integridad física y moral de las personas, 'es por la ley que ha sancionado un principio general inspirándose en razones más elevadas, más amplias que las que gobiernan en materia contractual, principio que se cifra y compendia en la suprema razón del interés social'. Doctrina es ésta que en el fondo concuerda con la sentada por nuestra Corte Suprema de Justicia, cuando comentando, en sentencia de 20 de septiembre de 1933, el alcance del artículo 2556 del C. C., dice: 'Todo derecho lesionado requiere una reparación necesaria para conservar la armonía social".

## Recurso de casación

De ese fallo del Tribunal de Ibagué recurre en casación el Fiscal, como representante del Municipio demandado. Sustenta la demanda de casación ante la Corte el Procurador Delegado en lo Civil, y pide la infirmación de esa providencia, alegando las siguientes causales de casación.

**Primera causal.** Violación de ley sustantiva por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial, y por error de hecho en la apreciación de la prueba documental.

**Segunda causal.** Violación de ley sustantiva por indebida aplicación al caso del pleito.

**Tercera causal.** En subsidio, violación de ley sustantiva por infracción directa, en cuanto no se redujo la indemnización por imprudencia de la víctima.

Así concreta el recurrente sus argumentos sobre cada uno de estos motivos:

—I—

**a) Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba testimonial.** Dice la sentencia: "Testigos presenciales de los hechos relatados son en primer término Jorge Rengifo, Marco Antonio Barrios, Guillermo Montealegre, Julio H. Ospina. De los relatos que éstos hacen se deduce que el accidente que ha motivado el pleito ocurrió como sintéticamente se deja relatado en esta providencia. Otros testigos hablan de la existencia de las redes de conducción eléctrica por sobre el ático de la casa de don Martín Restrepo y de que las cuerdas estaban desnudas de materia aislante, 'irregularidad inexplicable e increíble', según lo afirma el ingeniero doctor Alberto Castilla. Otros, en fin, establecieron el antecedente de ser Marulanda obrero idóneo en albañilería, circunstancia que motivó que Restrepo le encomendara las reparaciones de los tejados de su casa de habitación. Pueden leerse al efecto las declaraciones de Nicolás Guzmán, Espíritu Sánchez y Luis Enrique Salazar, rendidas en la primera instancia, como lo fueron las de los señores Restrepo, Barrios, Montealegre, Ospina y Castillo mencionados ya. Esos testimonios, que no fueron tachados, establecen en forma incuestionable la realidad del suceso que le produjo a Marulanda la lesión grave y la incapacidad definitiva para trabajar".

Sostiene el recurrente que del examen de los testimonios citados en esa parte del fallo no surge la certidumbre legal, con calidad de plena prueba, respecto del hecho de haber sido precisamente los alambres de la empresa municipal de energía la causa instrumental del daño sufrido por el demandante. Hace un examen de tales testimonios en lo referente al hecho de la propiedad de la red de alumbrado, para destacar el error de hecho y de derecho en que, a su juicio, incurrió el Tribunal sentenciador al apreciarla con calidad de plena prueba de que la red que causó el daño pertenecía al Municipio. Señala como violados por la sentencia recurrida los artículos 697 y 701 del C. J.

**b) Error de hecho en la apreciación de la prueba documental.** Ataca el recurrente este paso de la sentencia:

"Y en lo que hace relación a la empresa municipal y al hecho de pertenecer a esa empresa la red que pasa por el ático de la casa de Restrepo, sirva de corroboración el decreto de la Alcaldía de Ibagué expedido el 7 de junio de 1930, reglamentario de los itinerarios que debían seguir en la ciudad las cuerdas portadoras de energía de las dos empresas que por entonces suministraban electricidad a la ciudad. Sobre ese decreto se volverá más adelante".

Sostiene el recurrente que el decreto que cita el Tribunal dice en su artículo 6º que en la parte habitada de la ciudad las líneas secundarias municipales sólo se servirán de los costados norte y oriental de las calles, y las de la empresa Laserna, de los costados sur y occidental. Considera que el fallo omite decir por qué se deduce de allí que la cuerda causante del daño era de la empresa municipal de energía eléctrica; estima que quizá tuvo el Tribunal en mente la circunstancia de que la casa en donde ocurrió el accidente está situada en el costado oriental de la calle. Pero si se advierte que el decreto lleva fecha 7 de junio de 1930; que el accidente ocurrió el 7 de octubre del mismo año, y que por el artículo 4º del mismo decreto se concedió un plazo de varios meses para que los empresarios se acomodaran a sus prescripciones, se verá el error de hecho consistente en considerar el Tribunal que por virtud de ese decreto sólo las cuerdas de la empresa municipal pasaban por sobre el tejado de la casa en que ocurrió el accidente. Agrega el recurrente que no hay nada indicativo de que en dicho día se hubiera cumplido lo ordenado en el decreto.

—II—

Violación de ley sustantiva por indebida **aplicación al caso del pleito.** Para el recurrente, resalta del proceso que en la época del accidente funcionaban en Ibagué dos empresas de energía eléctrica: la municipal y la de los Laserna. Pero no está plenamente comprobado que la cuerda causante del daño fuera la de la empresa municipal, ni con la prueba testimonial ni con otro elemento probatorio, que no se produjo.

De lo anterior concluye en su acusación que la sentencia aplicó indebidamente los artículos 2341, 2343, 2347 y 2356 del C. C., que regulan la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto dedujo dicha responsabilidad sin haberse acreditado plenamente que el alambre productor del daño perteneciera a la empresa de energía municipal.

—III—

**Violación directa de ley sustantiva, por cuanto no se redujo la indemnización por imprudencia de la víctima.** Para el caso de no acogerse las anteriores causales, invoca en subsidio el recurrente la de violación directa del artículo 2357 del C. C., por cuanto el Tribunal sentenciador se negó a reducir la indemnización, siendo un hecho que resalta del proceso la imprudencia con que obró el demandante cuando subió al tejado de la casa a ejecutar la obra para que fue solicitado, sin haberse cerciorado previamente de que la corriente eléctrica había sido suspendida.

No bastaba el haber sabido la solicitud que se hizo a la empresa de que suspendiera la corriente mientras se ejecutaba el trabajo, pues una persona de mediana prudencia no se contenta con esto, sino que procura informarse plenamente de que en realidad se había atendido tal petición y había desaparecido efectivamente el peligro. El

obrero lesionado, a juicio del recurrente, era libre de proceder o no a ejecutar el trabajo en las condiciones de peligro anotadas.

**Estudio de los cargos**

Sobre dos argumentos hace soportar el recurrente los cargos formulados en casación, a saber: 1º que de las pruebas documental y testifical no surge la plena comprobación judicial de que las cuerdas portadoras de corriente eléctrica que causaron el accidente fueran de propiedad de la empresa de energía municipal, y hubo, por lo tanto, error de hecho y de derecho manifiesto en la apreciación de esos elementos preparatorios del proceso; y 2º que no se redujo la indemnización decretada, por imprudencia de la víctima, cuando así debió hacerse, por estar demostrada la culpa del damnificado. Procede la Corte a analizar ambos en su orden.

**Primera causal.** Los elementos traídos a juicio por el actor y que forman el haz probatorio no constituyen, en su esencia, como lo pretende el recurrente, ni prueba testifical ni prueba documental, ni deben por esa circunstancia ser apreciados y avaluados en tal forma. Es claro que tales factores demostrativos tienen esa característica externa, pero en su conjunto vienen a constituír una prueba indiciaria tendiente a evidenciar los hechos alegados por el actor, como fundamento de la acción de perjuicios intentada.

Al efecto, si se estudian y analizan los testimonios tachados de insuficientes por el recurrente, fácil es deducir, aplicándoles elementales normas de crítica, que de ellos sí se desprende la presunción o conjunto de presunciones de que las redes de energía que están ancladas en el ático y azotea de la casa de Restrepo son de propiedad de la empresa municipal. En todas esas deposiciones se alude, no sólo al hecho del accidente, sino a la circunstancia de que éste fue ocasionado por las cuerdas de la empresa municipal.

Salta a la vista que la sentencia acusada no ha dado ni pretendido dar a cada una de tales declaraciones el valor de plena prueba, para establecer la verdad judicial de la propiedad de las redes productoras del suceso. Sólo en presencia de esas circunstancias cabría la tacha de error de derecho en la apreciación de esos elementos de probanza. Pero no ha sido esa la justipreciación que el Tribunal realiza respecto de los testimonios de Jorge Rengifo, Marco Antonio Barrios, Guillermo Montealegre, Julio H. Ospina y Alberto Castilla, sino que al estimar esas declaraciones se limita a sostener que "al silencio de la parte interesada se agrega que la contraparte sí estableció que hubo hechos positivos delatores de que el accidente de que fue víctima Camilo Marulanda ocurrió precisamente en el trayecto por donde el Municipio tenía extendidas por entonces sus redes de energía eléctrica..." El artículo 696 del C. J. estatuye que la declaración de un testigo no forma por sí sola plena prueba, pero constituye presunción más o menos atendible, según las condiciones del declarante y la sinceridad y claridad de su relato; y es indudable que la aplicación de este precepto justifica las presunciones que sobre esta cuestión sirvieron de base al Tribunal para su fallo.

Igual observación puede hacerse sobre la prueba documental, tachada de insuficiente por el recurrente. El decreto de la Alcaldía de Ibagué, expedido el 7 de junio de 1930, disponía que las líneas secundarias municipales sólo se sirvieran de los costados norte y oriental de las calles, y la casa de Martín Restrepo está ubicada en el costado oriental de la calle. Como el accidente ocurrió el 7 de octubre de ese año y el municipio no ha presentado prueba alguna de que en esa fecha estuviera en suspenso el cumplimiento de tal orden, que era más obligatoria para una empresa de propiedad municipal que para ninguna otra, es de rigor concluír que el Tribunal tampoco incurrió en error de hecho manifiesto al deducir de tal decreto municipal la doble presunción de que estaba rigiendo el reparto de los servicios de energía para ambas empresas, y de que las redes que pasaban sobre la casa de Restrepo, en el costado oriental de la calle, eran de propiedad de la empresa del municipio.

A lo dicho agrega la Corte que los hechos indiciarios que indudablemente se despren-

den de las pruebas testifical y documental antes aludidas, no constituyen los únicos soportes de la sentencia, en lo referente a la aceptación del hecho de la propiedad de las cuerdas productoras del siniestro. Existen en los autos otros indicios no menos vehementes, precisos y concordantes, que condujeron al Tribunal a la convicción de que el cable que ocasionó el daño era de la red del municipio, y que pueden concretarse en los siguientes:

a) Los representantes del municipio demandado no han argüído nada en contra de la afirmación del actor de ser la empresa municipal la propietaria, ni en la contestación de la demanda ni en el alegato de segunda instancia. Tampoco alegaron esta circunstancia exculpativa como excepción, para enervar desde su origen la acción de Marulanda, habiendo presentado otros medios exceptivos bien distintos a éste. Lejos de eso, el Fiscal en su alegato reconoce explícitamente esa propiedad, cuando dice: "...porque es indudable que el señor Restrepo, contratante de Marulanda para que realizara el trabajo de tapar goteras, sabía que los alambres de alta tensión de la energía eléctrica pasaban por encima de su casa... basta saber que quien vendió al municipio la empresa fue el propio señor Restrepo... y que desde antes de la venta los alambres de alta tensión pasaban por encima de la casa dicha, porque en ella funcionaban las oficinas de la empresa..."

Razón tuvo la sentencia cuando aceptó este hecho como una presunción demostrativa de la propiedad de esas redes, "por ser muy significativo que entre los medios de defensa propuestas no esté la negación de que el accidente haya sido causado por las redes o cuerdas de la empresa de energía eléctrica municipal".

b) Con los testimonios de Juan Antonio Ríos, Abraham Montealegre y Alberto Castilla se quiso probar por la parte actora que Lucio Lozano, contratista del trabajo encomendado a Marulanda, solicitó de la empresa de energía municipal que suspendiera la corriente de las 7 a las 8 de la mañana de ese día; y cuando después ocurrió el accidente también pidió que la suspendieran para poder zafar al damnificado de las cuerdas. El municipio trajo al proceso numerosas pruebas para evidenciar que, por circunstancias de orden técnico inherentes a la marcha de la empresa, no fue posible suspender la corriente mientras Marulanda realizaba su trabajo. Salta a la vista que tal actividad judicial es un hecho demostrativo de la tácita aceptación por la empresa de la propiedad de esas redes; y bien hizo la sentencia en apreciarlo como tal y señalarlo como soporte del fallo, ya que induce lógicamente a concluír que la entidad demandada es la dueña de los cables de alta tensión que descansan en la azotea de la casa de Restrepo.

---

Fuera de lo dicho, coincide la Corte con lo sostenido por el opositor en este recurso, para desestimar estos cargos, porque cuando se trata de avaluar y estimar la prueba indiciaria no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se desprende tal tesis de las normas que regulan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que las constituyen y el que se trata de averiguar.

Deja de esa manera el derecho positivo a la conciencia del juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica, en materia de probanza, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de pruebas. Ya lo dijo la Corte en ocasión anterior, "que la apreciación de los indicios, de su mayor o menor gravedad y de sus relaciones entre sí, es una operación de la inteligencia y de la conciencia del juez, que no está ni puede estar sujeta a reglas determinadas; y un error de apreciación no puede elevarse a la categoría de voluntaria y maliciosa violación de las leyes sobre pruebas".

Se deduce de lo expuesto que no es procedente el recurso de casación por error de

hecho o de dercho en la apreciación de la prueba indiciaria, sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso. No inciden los motivos presentados por este aspecto, ni se han violado las normas legales señaladas. Por tal razón, es de rigor rechazarlos, por inoperantes en casación.

**Segunda causal.** Si la sentencia resulta inobjetable en cuanto aceptó que los cables conductores de energía eran de la empresa municipal; y si la responsabilidad civil extracontractual de ésta no ha sido materia de ataque especial en casación, no se alcanza a ver en qué puede ese fallo haber violado, por indebida aplicación, los preceptos reguladores de dicha responsabilidad (artículos 2341, 2343, 2347, 2356 del C. C.). En la demanda que contiene el recurso no se tachan los elementos probatorios en que funda el Tribunal tal responsabilidad por parte de la empresa, ni se ha evidenciado que la empresa cumpliera las previsiones policivas destinadas a evitar esta clase de accidentes, muy fáciles de ocurrir por falta de cuidado, esmero y previsión de las entidades que prestan estos servicios públicos, por su propia naturaleza dotados de gran peligrosidad para los asociados. Por esa circunstancia, no es necesario mayor esfuerzo de dialéctica para desestimar esta tacha.

**Tercera causal.** La funda el recurrente en que el Tribunal debió reducir la indemnización, por culpa imputable al damnificado, como lo ordena el artículo 2357 del C. C.

Se considera:

Está evidenciado en autos que Marulanda era albañil de profesión y que como tal se hizo cargo del trabajo de tapar las goteras. Se le informó que se había solicitado la suspensión de la corriente, y tal circunstancia era suficiente para que adelantara su trabajo sin el natural temor de que las cuerdas que pasaban por el ático pudieran lesionarlo. Por lo demás, bien podía finalizarlo sin que pudiera prever, por su parte, que tuviera necesidad de rozar siquiera los cables de alta tensión.

El acto realizado por Marulanda al buscar instintivamente el equilibrio, a causa de la rotura inesperada de una teja, no puede calificarse de imprudente, descuidado e imprevisivo, que acuse por su parte un error manifiesto de conducta y lo haga acreedor de soportar, siquiera en parte, las consecuencias de su actitud. Como dicen Delmás y Marcel Boll, tal acto pertenece a la categoría de los reflejos emotivos, que son la exteriorización motriz involuntaria de toda reacción emocional y que resultan de la brusca ruptura del tono muscular normal, provocada por una emoción. La impresión del peligro es tan profunda en estas circunstancias que no puede controlarse el choque emocional defensivo, que se traduce por impulso subconsciente en un acto reflejo involuntario. Era natural que, al perder el equilibrio, buscara instintivamente un punto de apoyo, para evitar la caída, y que acudiera al elemento más seguro para obtener ese resultado y que estaba al alcance de sus manos. Con tanto mayor razón cuanto que imaginaba con fundamento que esos cables no conducían en tal momento la corriente de alta tensión y le eran utilizables sin peligro alguno.

Dedúcese de lo expuesto que no se desprende en parte alguna de los autos la existencia de un descuido, imprudencia, imprevisión o error de conducta manifiesto por parte de Marulanda; e hizo bien el Tribunal al no darle aplicación al texto mencionado, con el fin de reducir la indemnización reconocida a la víctima. No hay violación de ese mandato legal, ni era el caso de darle aplicación; por lo cual se rechaza el cargo alegado en casación.

**Fallo:**

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en este proceso el día doce de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

No hay lugar a condenación en costas, por ser el recurrente un municipio.

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

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

ACCION DE DOMINIO — BUENA FE — ACCION DE RECOBRO — PRESTACIONES MUTUAS

**1. La circunstancia de la buena fe, cuando se trata de la acción de dominio, sólo está destinada a producir efectos en la determinación de la cuantía y alcance de las restituciones mutuas e que haya lugar, de los frutos a que está obligado el demandado, según que su posesión haya sido de la una o de la otra especie. — 2. Cuando el dueño de una cosa singular en que otro ha edificado o plantado en las circunstancias previstas en el artículo 739 del C. C., inciso 2º, ha perdido la posesión de la cosa, el contacto con su propiedad, como dicen los autores, debe reconocérsele el derecho a usar la acción reivindicatoria para obtener que el poseedor le restituya el suelo con el edificio o plantación, pagándole previamente el valor de éstos. Vencido en el juicio el poseedor, restituye el terreno con sus mejoras después de que se le pague el justo valor de éstas. Estas ocurrencias y fenómenos, reglamentados como caso de accesión de cosas muebles a inmuebles en el título correspondiente del C. C. cuando se ha conservado la posesión del suelo, están bien hallados cuando se ha dejado de tener, dentro del sistema de las prestaciones mutuas de la acción de dominio, en el cual se reconoce el derecho del poseedor al pago de sus mejoras y su facultad de retención hasta su pago. — 3. El demandado en juicio de reivindicación no puede defenderse eficazmente sino demostrando sus propias pretensiones de dominio, pero no alegando que la propiedad de la cosa reivindicada no es del actor sino de terceros, alegación con que destruye la presunción de dominio nacida de la posesión. Además, con ese tercero no versa el fallo que se profiera, que sólo y siempre tendrá fuerza relativamente al demandado y no efectos con respecto de todos.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Hernán Salamanca).

En demanda fechada el 21 de agosto de 1936, repartida al Juzgado 1º del Circuito de Cúcuta, Felisa Sorzano de Canal, como cónyuge sobreviviente de Josué Canal G. y en representación de sus menores hijos legítimos Elvira, María Ana, Adelaida, Felipe, Helena, Ramón y Jaime de la Trinidad, y Josué, Carmen, Felisa, Pedro León y José Rafael de las Mercedes Canal Sorzano, por medio de apoderado, iniciaron juicio ordinario contra Antonio Reyes Moncada para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

a) Que el derecho de dominio sobre un lote de terreno que hace parte de la hacienda de El Astillero, de propiedad de los actores, ubicado en jurisdicción del Municipio de San Cayetano, por los linderos que se expresan en el libelo, corresponde hoy a los herederos de Josué Canal G. y a la sociedad conyugal ilíquida que existió entre Josué Canal y Felisa Sorzano;

b) Que el demandado debe restituír este lote de terreno a sus legítimos dueños, debiendo ser condenado al pago de la indemnización de perjuicios y costas del juicio.

Pide también el actor, para el caso de que el demandado no se oponga a la presente acción, que se declare por el Juzgado el derecho que tienen los demandantes de hacer suyas las mejoras plantadas en el lote de terreno preindicado, y en consecuencia se ordene lo siguiente: 1º) que se proceda inmediatamente por medio de peritos nombrados conforme a la ley a hacer el avalúo de las mejoras y plantaciones que el demandado Reyes Moncada tiene en el lote referido; 2º que se avalúen también en la forma indicada los arrendamientos del lote durante el tiempo en que ha sido ocupado por el demandado; 3º que se ordene al demandado restituír a sus legítimos dueños el lote en referencia una vez que éstos le hayan pagado a aquél el valor de sus mejoras según el justiprecio pericial, menos el valor de los arrendamientos y demás deducciones lega-

les, más los perjuicios y costas de la presente acción, y 4º) que se prohiba inmediatamente al demandado Reyes Moncada la construcción de toda obra nueva sobre el lote en cuestión y se le condene a deshacer los trabajos realizados con el fin de torcer las aguas corrientes del río Zulia y a resarcir los perjuicios.

Los hechos fundamentales de la acción pueden sintetizarse así:

La Hacienda del Astillero, ubicada en jurisdicción de San Cayetano y por los términos señalados, fue adquirida por Josué Canal a virtud de compras sucesivas a diversas personas, fue poseída por él y hoy por sus herederos, y comprende dentro de sus límites el lote de terreno que se determina en la demanda.

El propietario de la finca Josué Canal concedió permiso a Rodolfo Parada para sembrar o plantar en una pequeña parte de la expresada finca, hacia el lindero occidental, y de esta manera se estableció Parada como aparcero o colono en el lote descrito en la demanda.

Después de algunas diligencias adelantadas por Josué Canal ante la Alcaldía de Cúcuta, tendientes a que se notificara a Rodolfo Parada la cesación del permiso concedido y se le prohibiera continuar sus trabajos en el lote perteneciente a la hacienda de El Astillero, el día 20 de mayo de 1935, por medio de la escritura pública número 216 de esa fecha, pasada ante la Notaría 2ª del Circuito de Cúcuta, que debidamente registrada figura en los autos, Rodolfo Parada vendió a Antonio Reyes Moncada las mejoras, plantaciones y sementeras que había hecho en el lote determinado, con el nombre de Puerto Hermoso y encerrándolo con los linderos que reza la demanda.

Después de inútiles esfuerzos hechos por Josué Canal y por sus herederos tendientes a llegar a un acuerdo con el demandado, pagándole sus mejoras o vendiéndole el terreno en que se hallan, ha sido preciso recurrir a esta vía judicial, "en virtud de la resistencia del demandado Reyes Moncada a verificar la restitución del terreno que ocupa, a sus legítimos dueños, a pesar de la voluntad expresa de éstos de reconocerle el justo precio de sus plantaciones".

Los herederos actores tuvieron conocimiento de que en las semanas inmediatamente anteriores a la fecha de la demanda el demandado inició trabajos con una cuadrilla de peones con el fin de desviar el cauce del río Zulia y dirigir sus aguas por el Caño Concha "tal vez con el dañado propósito de alegar más tarde el derecho de dominio sobre el lote comprendido entre el caño mencionado y el río Zulia, que es el mismo en donde tiene sembradas actualmente sus mejoras".

En la precitada escritura número 216, en que consta el contrato de compraventa de Puerto Hermoso, se consingnó la siguiente declaración que aquí se transcribe por la importancia especial que le corresponde en la decisión del litigio:

"Que el otorgante vendedor hubo la finca rústica vendida por haberla fundado él mismo y para sí estableciendo como dueño, por sí o por personas a sus órdenes los edificios y cultivos correspondientes, con el conocimiento y consentimiento del propietario de parte de la tierra señor Josué Canal, y sin obligación ulterior para con éste....., habiendo el otorgante ejecutado los primeros trabajos de la finca en las playas del río Zulia formadas violentamente por las crecientes de ese río con tierras de la hacienda Paraguay que es de propiedad del comprador Reyes Moncada. Por esta razón el vendedor no tiene título escriturario de la finca, mas sí ha tenido ocasión de establecer en juicio contradictorio sus derechos sobre el fundo compravendido, en su calidad de edificador y cultivador..."

---

Negados por el demandado los hechos básicos y el derecho pedido en la demanda, se ha surtido la primera instancia del juicio hasta finalizar con la sentencia de fecha 2 de marzo de 1937, en la cual se declaró que el lote de Puerto Hermoso, motivo del litigio, alinderado en la demanda pertenece a la finca de El Astillero, de propiedad de los herederos de Josué Canal G.; se condenó, en consecuencia, al demandado, a restituírlo dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia; a deshacer, dentro de este mismo término el canal artificial que provocó la formación de una isla en

terrenos de El Astillero, por cuya razón las aguas del Zulia corren en parte por este canal y en parte por el cauce del río, con la indemnización correspondiente de este hecho, que se fijará de acuerdo con el artículo 553 del C. J., y reconoció, de acuerdo con el artículo 739 **in fine**, del C. C., que los demandantes están en la obligación de pagar previamente al demandado, la suma de $ 1,866.66 por valor de las mejoras establecidas y plantadas en el predio de Puerto Hermoso. No se hizo condenación en costas.

Contra esta sentencia interpuso oportunamente recurso de apelación el demandado Reyes Moncada, y de esta manera el Tribunal Superior de Pamplona estudió y analizó las súplicas del libela y las pruebas del proceso en relación con las resoluciones del fallo recurrido, pero solamente en cuanto éstas implicaban desfavor para el apelante. Consideró el Tribunal, en síntesis, que se trataba de una acción de dominio y que las pruebas aducidas por la parte demandante demostraban fehacientemente la propiedad sobre el predio disputado que se singularizó en la demanda, por haberse demostrado plenamente que ese lote hace parte de la hacienda de El Astillero del dominio de los actores, porque las pretensiones que opuso el demandado no se fundan sino en el título que le dio la venta de Rodolfo Parada, carente de eficacia legal porque en el mismo se establece que el suelo no pertenecía a su tradente, de donde se concluye que el demandado solamente adquirió el dominio de las mejoras hechas por Parada en ese terreno, sobre lo cual no hay disputa porque ese derecho ha sido expresamente reconocido por los actores. Respecto de la obra del canal artificial a que alude la demanda, consideró el Tribunal que el demandado tenía el derecho de hacerlo de acuerdo con sus conveniencias, como poseedor de buena fe, y que en el proceso no hay motivo para afirmar que en la construcción de esta obra procedió Reyes Moncada con dañada intención de causar injuria a la propiedad del actor.

Con fundamento en estas razones, revocó el Tribunal la sentencia recurrida, "en cuanto en ella se condena al demandado a deshacer el canal artificial que formó una isla en terrenos de El Astillero y a pagar los perjuicios causados por la construcción de ese canal", y la confirmó en todo lo demás. Tampoco se hizo condenación en costas.

Es esta sentencia definitiva de segundo grado la que ha sido acusada ante la Corte en el recurso de casación que oportunamente interpusieron contra ella ambas partes, y que por estar debidamente preparado se procede a decidir, considerando separadamente las dos demandas.

**Recurso de la parte demandante**

Este recurrente ataca la sentencia del Tribunal en cuanto en ella se revocó la condena pronunciada por el Juzgado a deshacer el canal artificial a que se ha hecho referencia y a pagar la indemnización de perjuicios causados por esta obra. También la ataca por haberse abstenido el sentenciador de segunda instancia de reducir el justiprecio de acuerdo con el experticio rendido ante el Tribunal de las mejoras que los actores ofrecieron pagar al demandado para obtener el recobro del lote, y señala como infringidas las siguientes disposiciones de la ley sustantiva, que se agrupan para su consideración en la forma que sigue:

a) Los artículos 768, 769, 775 y 2020 del C. C. como consecuencia de errores de hecho y de derecho en que incurre el Tribunal en la apreciación de las pruebas, especialmente del título escriturario del comprador Antonio Reyes Moncada, y consistente en las notorias contradicciones en que incurre la sentencia al aceptar que la cosa comprada por éste, contra lo que reza la escritura, fue el terreno de Puerto Hermoso, y al atribuírle buena fe al demandado, cuando es evidente que de acuerdo con el contrato en que adquirió el fundo referido tenía que saber que su dominio no abarcaba el suelo sino simplemente las plantaciones y mejoras de que era dueño su vendedor Parada.

Se considera:

No ofrece la realidad del proceso base ninguna a la pretendida violación de estos preceptos legales, referentes a la buena fe los dos primeros y relacionados con la definición de mera tenencia y comodato precario los dos últimos, en forma que pudiera

afectar la validez de la sentencia acusada. En efecto; hace pie el cargo en el siguiente párrafo del fallo:

"El pago de los perjuicios que se pide del demandado, como consecuencia de la primera declaración, no es justa pues el demandado compró el terreno disputado por medio de una escritura pública a Rodolfo Parada, según se ha visto. La buena fe se presume (artículo 769 del C. C.). Ese título otorgado con todas las formalidades que ordena la ley, da respaldo a la presunción de buena fe".

Ve el recurrente-demandante en este preinserto concepto del Tribunal notorias contradicciones y errores de hecho y de derecho en la interpretación de la escritura en que consta el contrato por medio del cual el demandado compró la finca de Puerto Hermoso, cuando al referirse a este título expresa que Reyes Moncada adquirió el terreno de Rodolfo Parada, y al afirmar asimismo que ese título, otorgado con todas las formalidades legales, da respaldo a la presunción de buena fe. Realmente parece existir contradicción entre el preinserto pasaje de la sentencia y otros apartes de ella en que se hace referencia y se expresa idea diferente sobre lo que fue objeto de la compraventa celebrada por Parada con el demandado, pero es evidente que tal contradicción, de la que no es posible deducir ninguna consecuencia invalidadora del fallo recurrido, y que no se puede compaginar con el interés de quien la alega, resulta sólo aparente al considerarla a la luz de las razones propiamente motivas del sentenciador. Es más bien el efecto del impropio uso de algunas palabras, que no afecta los fundamentos de la resolución, y en que posiblemente incurrió el Tribunal debido a la circunstancia de la inseparabilidad de las mejoras vendidas con el terreno en que se hallaban. Atrás se dijo que la acción reivindicatoria prosperó por haber considerado el Tribunal que el título opuesto por el reo no vinculaba a su dominio el suelo del lote en que se alinderaban las mejoras que le fueron vendidas por Rodolfo Parada, y esta apreciación probatoria acorde con las afirmaciones del actor constituye la razón central de la sentencia a este respecto. De manera inequívoca aparece expresada en los siguientes apartes del fallo:

"El predio en disputa, denominado Puerto Hermoso, fue comprado por el demandado a Rodolfo Parada por escritura número 216 otorgada en la Notaría 2ª de Cúcuta el 20 de mayo de 1935 (Cdno. 1º, fl. 43), donde el vendedor declara que no tiene título de la finca pues la fundó en parte en tierras de Josué Canal con su consentimiento y de parte en las tierras que el río iba dejando al avanzar hacia El Paraguay, lo que es una confesión palmaria de que ese predio pertenece a los sucesores de Josué Canal, porque las tierras de El Paraguay, según lo que dice, las adquirieron los Canal por accesión".

"Fundándose en tal hecho, la Alcaldía de Cúcuta condenó a Rodolfo Parada para que no perturbara a Josué Canal en su posesión, con los desmontes y mejoras que estaba haciendo, obligándole a dar caución. Tal sentencia fechada el 20 de febrero de 1935 fue confirmada por la Sección de Justicia de la Gobernación (Cdno. 1º, fl. 20 v. y ss.).

"El título adquirido por el demandado, dadas las razones que preceden, carece de eficacia legal pues la finca no era del tradente según lo afirma él mismo, fuera de estar suficientemente demostrado con títulos anteriores al del demandado que el predio disputado pertenece a la finca de los demandantes. Unicamente adquirió las mejoras hechas por Rodolfo Parada en ese terreno, en lo cual no hay disputa pues ese derecho se lo reconocen los demandantes."

Las contradicciones literales que pudieran anotarse sobre este punto en la parte motiva del fallo carecen, por lo dicho y trascrito, de importancia y trascendencia. Destacado de este modo inconfundible el fundamento esencial de la decisión de la sentencia sobre la cosa reivindicada, es claro que todas las referencias que en ella se hacen a la posesión y a la fe del demandado como se ve de su contexto, es con relación al derecho de superficie que se reconoce al reo y que el actor no le niega, consistente en su propiedad indiscutida sobre las edificaciones y plantaciones que su causante hizo sobre suelo ajeno.

El cargo por infracción de las disposiciones legales contentivas de la definición de la

buena fe y de la presunción legal de su existencia, no tiene tampoco procedencia ni ofrecen ninguna utilidad en el recurso, porque no se ve la manera como esta acusación pueda afectar la decisión del Tribunal. Esta circunstancia o modalidad de la buena o mala fe, tratándose de una acción reivindicatoria, sólo está destinada a producir efectos en la determinación de la cuantía y alcance de las restituciones recíprocas a que haya lugar, de los frutos a que está obligado el demandado según que su posesión haya sido de la una o de la otra especie. En el caso que es objeto de estudio, la cuestión de frutos no puede referirse sino a los simplemente civiles del terreno de Puerto Hermoso, ya que los naturales, provenientes de las mejoras cuyo dominio se reconoce al demandado Reyes Moncada le pertenecen a él; pero resulta que esto de los arrendamientos del lote de terreno durante el tiempo que ha estado en poder del demandado, fuera de que no se ve bien claro el derecho que haya a demandarlos habiendo sido hechas las mejoras a ciencia y paciencia del dueño del suelo, que puede retenerse por el demandado mientras no se pague el justiprecio de aquellos, es un extremo o cuestión sobre la cual ya no es susceptible de sufrir ninguna reforma la sentencia acusada, porque habiendo sido tal pedimento de frutos civiles materia de súplica en la demanda del juicio, no habiéndolo reconocido la sentencia de primer grado, contra la cual no apeló el actor, carece éste de interés jurídico para querellarse sobre este particular ante la Corte en forma de acusación contra la sentencia del Tribunal, que carecía de competencia para estatuír sobre la petición de los frutos civiles de Puerto Hermoso nada distinto de lo que decidió el Juzgado del Circuito.

Esto, en relación con el primer grupo de las disposiciones que se citan como violadas, y que no lo fueron ni directa ni indirectamente, según queda expresado.

b) Los artículos 683, 993 y 994 del C. C., primero del Decreto Ejecutivo número 47 de 1915 y diez de la Ley 113 de 1928, disposiciones de orden público, en cuya violación incurre el Tribunal al declarar que el demandado podía hacer libremente la obra de canal artificial para desviar las aguas del río Zulia, cuando la verdad es que una obra de esta naturaleza, por referirse a un bien de uso público de la Nación, no es hacedera por los particulares sin permiso del Gobierno. Señala aquí también el recurrente como violados, por violación directa unos y por no aplicación otros, los artículos 63 in fine, 891, 1494, 2341 y 2342 del C. C. y 34 de la Ley 57 de 1887, en cuanto el Tribunal absolvió al demandado de la obligación de indemnizar al actor por los perjuicios causados con la obra del canal, siendo como es ésta una obra dañosa y un hecho ilícito verificado en suelo ajeno con ánimo doloso de adueñarse del terreno mediante la variación del cauce del río.

Se considera:

Esta parte del recurso del actor no se relaciona con el numeral 3º de la súplica 2ª de la demanda inicial del pleito, y con el 11º de sus hechos fundamentales, que a la letra rezan:

"3º Prohibir inmediatamente al señor Antonio Reyes Moncada la construcción de toda obra nueva sobre el lote de terreno a que me he venido refiriendo; condenarlo a que deshaga los trabajos realizados con el fin de torcer las aguas corrientes del río Zulia, y a resarcir los perjuicios.

"Undécimo. Los herederos del señor Canal han tenido conocimiento de que en las últimas dos semanas, el señor Reyes Moncada inició trabajos con una cuadrilla de trabajadores con el fin de desviar el cauce del río Zulia, lindero occidental de la finca de mis poderdantes, para encauzar las aguas del mencionado río por un caño, el llamado caño Concha, el cual corre por entre la heredad de mis mandantes, tal vez con el dañado propósito de alegar más tarde el derecho de dominio sobre el lote comprendido entre el caño mencionado y el río Zulia, que es el mismo donde tiene sembradas actualmente sus mejoras. Es de advertir que como el llamado caño Concha recorre una considerable extensión antes de llegar a la quebrada Agua Sal, en donde desemboca, la hacienda de mis mandantes sería privada no solamente del lote que en la actualidad ocupa el señor Reyes Moncada, sino también de una extensión considerable de te-

rrenos sobre los cuales el señor Reyes Moncada no ha plantado mejoras de ninguna especie".

Sobre estas bases muy claras, ilustradas además con un plano topográfico, se ha debido desarrollar el pleito en este particular. Pero no ha sucedido así, porque las pruebas traídas al proceso sobre este hecho como las alegaciones al respecto, ponen de manifiesto o revelan una obra de características, finalidad y magnitud visiblemente diferente de las descritas en el hecho radical de la demanda como fundamento de una de sus súplicas. Al folio 55 del cuaderno número 1 de primera instancia, el apoderado de la parte demandante afirma en su alegato de bien probado, que en verdad en el libelo de la demanda se incurrió en una equivocación al decir que el canal artificial, de cuya construcción, imputada al demandado, se hace provenir el pedimento de perjuicios, había sido construído para desviar las aguas del río Zulia, encauzándolas por el llamado caño Concha, porque en realidad el canal abierto por Reyes Moncada conduce aguas del río Zulia al mismo río a través del predio en que están las mejoras del demandado.

En el acta de la inspección ocular practicada por el Tribunal Superior, esta corporación dejó, entre varias constancias que tienen mérito de plena prueba esta muy perentoria: "El Tribunal no observó vestigio alguno de obras encaminadas a encauzar las aguas del río por el llamado Caño Concha" (Cdno. 6, fl. 8). El canal artificial cuya existencia se constató no es de desviación del río, por cuyo cauce continúa corriendo, sino uno destinado a tomar aguas del Zulia, devolviéndolas a él.

Esta circunstancia, a la vez que explica el confusionismo de que adolecen las pruebas producidas en relación con este hecho, cambia fundamentalmente el aspecto y significación jurídicas de la cuestión planteada en casación. Efectivamente, la diferencia esencial de la obra que puede describirse a la luz de las pruebas producidas en el debate judicial con la que fue determinada en la demanda, hace desaparecer por sí misma la base principal de la acusación consistente en el elemento doloso que se le imputó al demandado al decir aunque en forma dubitativa que la obra referida había sido construída por él con el objeto de realizar una indebida apropiación territorial de la hacienda de El Astillero, pues en presencia de nuevas características probadas de la obra, que no es desviación del cauce sino toma de aguas del río con devolución al mismo, no es infundado calificarla más bien como el ejercicio del derecho de uso de las aguas públicas que la ley concede a los propietarios riberanos —del suelo o de mejoras— en las condiciones generales establecidas en el Código Civil. Situado el problema en este ángulo de consideración, no se ve el quebranto de las disposiciones legales citadas en la demanda de casación.

Las pruebas que se analizan en la sentencia recurrida hacen referencia al canal artificial que tomó aguas del río Zulia para devolverlas a su cauce natural dentro del lote riberano de las mejoras, hecho éste fundamentalmente distinto del que fue básico de la acción, e incapaz, por tanto, para dar viabilidad al derecho demandado. En el fallo acusado se reconoce la evidencia de esta obra sobre la aceptación de que de ella hace el propio demandado, quien no ha negado en el juicio la desviación de aguas del río, "sino —como dice la sentencia— el hecho de haber realizado el trabajo de un canal artificial con la intención de variar el cauce", cosa ésta indemostrada en el proceso y empresa no tan sencillamente hacedera como aparece de variar caprichosamente el curso de "las caudalosas aguas del río, navegables a vapor a pocos kilómetros de allí".

Esta situación procesal probatoria respecto de la obra de acueducto referida, reflejada en la sentencia como se ha visto, la ataca el recurrente en su demanda, no por errores cometidos por el sentenciador en la apreciación de los elementos de prueba, como era indispensable hacerlo dentro de las exigencias de la técnica de casación, sino por violaciones directas de la ley. Así lo expresa inconfundiblemente al decir que el Tribunal incurrió en violaciones legales "no por errada apreciación de las pruebas sobre el hecho, pues el fallo lo da por establecido y como obra del mismo demandado, sino por una falsa aplicación de la ley misma". Pero es que además de ser improcedente el

cargo por la forma descaminada como se ha hecho, carece de fundamento jurídico, pues la base en que se asienta el cargo es la de que la obra del canal realizada por el demandado constituye un hecho ilícito con el cual infirió dolosamente injuria a la propiedad del actor, y en relación con este particular el expediente no ofrece demostración ninguna sobre los elementos necesarios para deducir responsabilidad civil por culpa extracontractual del demandado, ni el recurrente hace alusión a ninguna prueba sobre el particular. Injurídica completamente es su pretensión de que en la demostración del hecho mismo —la construcción del canal— está implícita la prueba del daño y consiguientemente la obligación de indemnizar. Esto, sin recordar que el canal probado es totalmente diferente del descrito en la demanda, además de ser equivocado en derecho está en desacuerdo con la naturaleza misma de las cosas, porque habiendo sido realizada esta obra por el demandado antes de ser incoada la demanda originaria de este pleito, en la finca que de buena fe poseía, hay que presumir que fue hecha en beneficio de su propiedad y de acuerdo con sus conveniencias. "No hay motivo para atribuírle dolo al demandado en esa obra", afirma el Tribunal categóricamente en su sentencia, y contra esta conclusión ningún cargo apreciable por su procedencia ha formulado el demandante recurrente.

c) Este cargo se refiere al reconocimiento del valor de las mejoras del demandado y se dirige contra la adopción que el Tribunal hizo del avalúo pericial de primera instancia ($ 1.866.66) con desprecio del que fue hecho en la segunda ($ 775), con fundamento en que no habiendo apelado de la sentencia del Juzgado sino la parte demandada y no beneficiando a éste la prueba sobre justiprecio de las mejoras del segundo grado, carecía de competencia para modificar este extremo del fallo recurrido. De este deduce el recurrente la violación directa del artículo 494 del C. J., y la infracción indirecta por errónea apreciación de la prueba pericial referida de los artículos 719, 720, 721, 722 y 730 de la misma obra.

Se considera:

Carente de toda razón legal es este cargo. Dispuso el Juzgado del Circuito en su sentencia definitiva como se vio al principio de esta decisión, de acuerdo con la súplica 2ª del libelo en que expresa el actor su voluntad de pagar al demandado el justiprecio pericial de sus mejoras, "que los demandantes están en la obligación de pagar previamente al demandado la suma de $ 1,866..66, o sea el valor de las mejoras establecidas y plantadas en el predio de Puerto Hermoso", según avalúo pericial practicado en la primera instancia del juicio. Ya se dejó advertido que la parte demandante no interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado 1º del Circuito de Cúcuta. En esta omisión hizo pie el Tribunal para no reducir la suma del justiprecio pericial de las mejoras a la cantidad señalada por el experticio verificado sobre el mismo punto en la segunda instancia a petición del demandante, porque consideró que carecía de jurisdicción para enmendar este extremo del fallo en perjuicio del demandado, único recurrente, de acuerdo con el artículo 494 del C. J.

Inobjetable legalmente es esta razón de la sentencia para no modificar un punto del fallo que no había sido objeto del recurso en virtud de principio general, consignado en el artículo 490 del Código de Procedimiento Civil, de que el recurso debe entenderse interpuesto exclusivamente en lo desfavorable al apelante. Si sobre esta cuestión del justiprecio de las mejoras, provocada por pedimento expreso del libelo, se negó el Tribunal a proveer por carencia de jurisdicción, idéntica razón inhibe a la Corte para considerar este extremo sustraído a la jurisdicción del recurso de casación por versar sobre cuestión que se hizo inmodificable desde el fallo definitivo de primer grado por virtud del consentimiento tácito que conlleva la circunstancia de no haber hecho el actor uso del recurso legal para obtener modificación de lo resuelto ante la correspondiente jurisdicción jerárquica.

Si de manera legal se abstuvo el Tribunal de decidir sobre el avalúo de las mejoras de que se trata, no tuvo modo ni oportunidad, como es obvio, de violar los textos legales sobre apreciación de la prueba pericial a que alude el recurrente.

Y no son más los cargos del actor contra la sentencia. Todos incapaces, según se ha visto, para determinar su invalidación.

**Recurso de la parte demandada**

Por medio de apoderado acusa este recurrente la sentencia del Tribunal de Pamplona por los motivos 1º y 6º de los señalados en el artículo 520 del C. J., y dirige su ataque contra la declaración de dominio del lote de Puerto Hermoso y la orden de restituírlo, que contiene la sentencia. Separadamente se consideran las dos causales.

a) Se señalan como violados por aplicación indebida, interpretación errónea y como consecuencia de la falta de apreciación de algunas pruebas, los artículos 739, 946, 950, 952, 961, 966, 969 y 971 del C. C. Se hacen consistir estas violaciones legalmente, en resumen, en que la sentencia acusada puso fin a un juicio bifronte, tomando alternativamente, como fundamentos de derecho, disposiciones sustantivas que sancionan separadamente distintas acciones legales. En efecto: desde el libelo de la demanda, que junto con su contestación estableció las bases de la litis contestación, se intentaron en este mismo juicio dos acciones no solamente distintas sino incompatibles, la especial a que se refiere la parte final del artículo 739 y la consagrada en el artículo 946 del C. C. Si se trataba de reivindicación o acción de dominio es improcedente obligar a los demandantes a pagar previamente al poseedor vencido el valor de las sementeras establecidas y plantadas en el lote porque ese privilegio sólo se reconoce en el caso del artículo 739 del C. C., o si se trataba de esta acción especial de recobro, entonces es indebido aplicar las disposiciones concernientes a la acción reivindicatoria y sus prestaciones mutuas.

Se considera:

La demanda que dio comienzo a este litigio contiene de manera inconfundible y clara el ejercicio de dos acciones: la de reivindicación del lote de Puerto Hermoso conformada en las dos primeras súplicas del libelo, como principal, y como subsidiaria, para el caso de que el demandado no se opusiera a la principal, y la de recobrar del artículo 739 del C. C., para lo cual se pidió el avalúo pericial de las mejoras a fin de poder realizar su previo pago exigido por la ley. La sentencia acusada decide la primera de estas acciones, la reivindicatoria o de dominio, que técnicamente es la que corresponde al propietario nó poseedor contra el poseedor no propietario. Así aparece inequívocamente de las consideraciones centrales del fallo en relación con los pedimentos y hechos fundamentales de la demanda, y la circunstancia, en realidad insignificante, a la que se da desmesurada importancia en el recurso, de que el Tribunal consignara desordenadamente en su motivación consideraciones alternativamente relacionadas con disposiciones referentes a las dos acciones de que se trata, no puede tener el alcance de desnaturalizar la acción ejercitada principalmente por el actor y decidida por el Tribunal.

La acción de dominio se enderezó a obtener la restitución del suelo comprendido dentro de los límites de Puerto Hermoso, y la actitud asumida por el demandado Reyes Moncada al frente de las pretensiones del actor, negándose a la restitución demandada, acusa también pretensiones de dueño sobre el terreno, no simplemente sobre las mejoras existentes en él. Asumiendo su posición de poseedor el reo ha combatido dentro del juicio los títulos de propiedad aducidos por el actor; ha alegado que dentro de los linderos determinados en la demanda se comprenden porciones de terreno que nunca pertenecieron a la hacienda de El Astillero sino a la del Paraguay, de su exclusivo dominio, y ha pretendido que se le considere dueño de la finca que se reivindica con base en la presunción que se genera en el hecho de su posesión consistente en la explotación económica de la tierra, en la incorporación de su trabajo. Están de esta manera reunidos visiblemente los dos elementos necesarios para el adecuado ejercicio de la acción reivindicatoria: que el propietario haya perdido el contacto con su propiedad, y que le sea discutido por el demandado, oponiéndole pretensiones propias a su derecho de dominio.

La acción de reintegración o de recobro, que con las posesorias y la de dominio cons-

tituyen las maneras o vías legales para atender a la defensa del derecho de propiedad, diferentes entre sí desde el punto de vista de la situación jurídica en que se originan, aparece propuesta en este caso, como ya se dijo no con el carácter de principal como la de dominio, caso en el cual podría hallarse la incompatibilidad que pretende el recurrente por coexistencia de su ejercicio, sino como acción accesoria, esto es, en un plano de consideración secundaria que no tiene por qué plantear ningún problema de esta naturaleza.

La disposición que contiene la sentencia acusada de que los actores paguen previamente al demandado el valor de las mejoras de Puerto Hermoso, para poder alcanzar su restitución si bien refleja la ordenación contenida en el artículo 739, in fine, del C. C. como si se tratara de decidir una acción de recobro, encaja también perfectamente dentro de las disposiciones que consagran y reglamentan las prestaciones mutuas y el derecho de retención a que da lugar y origen una acción próspera de reivindicación. Es jurídicamente incuestionable que cuando el dueño de una cosa singular en que otro ha edificado o plantado en las circunstancias previstas en el citado artículo 739 del C. C., inciso 2º, ha perdido la posesión de la cosa, el contacto con su propiedad, como dicen los autores, como es la ocurrencia de autos, debe reconocérsele el derecho a usar la acción reivindicatoria para obtener que el poseedor le restituya el suelo con el edificio o la plantación, pagándole previamente el valor de éstos. Vencido en el juicio el poseedor, restituye el terreno con sus mejoras después de que se le pague el justo valor de éstas. Estas ocurrencias y fenómenos, reglamentados como caso de accesión de cosas muebles a inmuebles en el título correspondiente del código cuando se ha conservado la posesión del suelo, están bien hallados cuando se ha dejado de tener dentro del sistema de las prestaciones mutuas de la acción de dominio, en el cual se reconoce el derecho del poseedor al pago de sus mejoras y su facultad de retención hasta su pago.

No tienen alcance ni eficacia contra la sentencia los ataques que el recurrente formula contra los títulos de adquisición de Josué Canal traídos oportuna y legalmente a los autos en que se contienen las diversas compraventas a que se hizo referencia y cuya suma vino a constituír la hacienda de El Astillero, dentro de cuyos términos está enclavado el lote que se reivindica. Estos ataques, consistentes en que las escrituras de esas ventas se refieren o versan sobre simples derechos herenciales de los antecesores de la actora en el dominio de la finca, no son valederos como armas del demandado, porque originándose las pretensiones de éste, como ya se vio, en el hecho de su establecimiento en tierras de El Astillero, por consentimiento de su dueño Canal, e iniciada su posesión, por consiguiente, en época muy posterior a aquella titulación, no es necesario analizarla en relación con los reparos que le hace el demandado para rechazar las pretensiones de éste. De la propia manera es inoperante la alegación que formula este recurrente, contradictoria desde luego con sus pretensiones de dominio, de que el predio de los demandantes en que se encuentran las mejoras del demandado, es propiedad de la Nación y forma parte de los terrenos que le dio en arrendamiento a la Colombian Petroleum Company conforme a la Ley 80 de 1931.

Consideró el Tribunal improcedente toda consideración vinculada al pretendido dominio nacional sobre terrenos de El Astillero, y luégo de anotar que en el proceso no está demostrado que todo o una parte de esta finca de los demandantes se halle comprendida dentro de la alinderación a que incidentalmente se hizo referencia de los terrenos petrolíferos, rechaza esta alegación del demandado con las siguientes razones de toda claridad y exactitud:

"De otra parte, si la Nación estima que El Astillero y Santa Ana son de su propiedad, y si lo mismo estiman los demandantes, se suscita entre ellos una controversia que ha de resolverse mediante los trámites del juicio correspondiente. Nadie está disputando a los demandantes en esta causa la propiedad sobre las fincas mencionadas, fuera de la parte cuya restitución se pide al demandado y lo cual constituye la cuestión de fondo de la causa. En esta sentencia se es-

tá decidiendo sí el demandado ha de restituír el terreno que disputa. La relación jurídica planteada en la demanda, no ha variado en su tramitación, ni aun en la hipótesis de que el demandado hubiera probado que el terreno en disputa es de la Nación, por cuanto a ésta no se le puede declarar parte de oficio....."

El demandado en juicio de reivindicación no puede defenderse eficazmente sino demostrando sus propias pretensiones de dominio, pero no alegando que la propiedad de la cosa reivindicada no es del actor sino de un tercero, alegación con que destruye la presunción de dominio nacida de la posesión. Además, con ese tercero no reza el fallo que se profiera, que sólo y siempre tendrá fuerza relativamente al demandado y no efectos con respecto de todos.

Por lo demás, el mismo recurrente dice en su demanda de casación que con esta especie de argumentaciones no invalida la prueba de la propiedad del actor, "no destruye la prueba del dominio", sino apenas "le quita toda esa diafanidad y esa claridad meridiana que son exigidas por la ley a quien pretende reivindicar".

Por lo expuesto, se rechazan los cargos fundados en la primera causal del artículo 520 del C. J.

b) El cargo que se formula con base en el motivo sexto de casación se hace consistir en que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 2º del artículo 448 del C. J., o sea, la ilegitimidad de la personería del apoderado de la parte demandante, porque el poder que le fue conferido por sustitución del apoderado general por medio de memorial lo fue ilegalmente, ya que refiriéndose a varias acciones, ha debido constituírse por medio de escritura pública, y porque, además, entre estas acciones para que fue conferido no figura la acción declarativa de dominio y la reivindicatoria, a que se refiere la sentencia acusada.

**Se considera:**

Al folio 6º del cuaderno 1º figura con su correspondiente nota de presentación personal el memorial por medio del cual el apoderado general de los actores doctor Guillermo García delegó en el doctor Manuel Buenahora el poder constituído por escritura pública, "a fin de que promueva contra el señor Antonio Reyes Moncada..... la acción o acciones que estime convenientes para que se le condene a la restitución de un lote de terreno que hace parte de la hacienda El Astillero, mediante el avalúo y pago de las mejoras que allí tiene el señor Reyes, de conformidad con la última parte del artículo 739 del C. C.; para que se le condene también a deshacer las obras que está llevando a cabo, o que llevó a cabo el presunto demandado en el mismo lote de terreno..... y para que sea condenado a pagar los perjuicios ocasionados o que se ocasionen por tales obras, todo de acuerdo con el Código Civil".

Prescribe el artículo 255 del C. J. que los poderes generales y los especiales para varios juicios que se sigan o no por cuerda separada, sólo pueden conferirse por escritura pública. En el caso de estudio, el poder de que se acaba de hacer mérito no puede decirse en realidad de verdad que haya sido otorgado para varios juicios. En el se señala el objetivo principal perseguido por los poderdantes, consiste en la restitución del lote mediante el pago del valor de las mejoras, con la destrucción de la obra nueva del canal construído en él y la correspondiente indemnización causados por este hecho, y se deja, como es natural, a la técnica del mandatario judicial la escogencia de la vía legal conducente promoviendo la acción que estime conveniente. En las especificaciones del mandato no se advierte la pluralidad ilegal de juicios ni la presencia de acciones ni acumulables en su ejercicio, ni irregularidad ninguna que diera base para la ilegitimidad de la personería. Pero es que de haber existido alguna informalidad en el otorgamiento del precitado poder, no habría lugar a la invalidación de lo actuado por este motivo porque el proceso da cuenta de que los demandantes, en la segunda instancia del juicio, constituyeron un apoderado general con amplias facultades para que llevara su representación en este litigio, el mismo que los representantes ante la Corte, y este apoderado ha manifestado ex-

presamente que revalida toda la actuación anterior.

La improcedencia de este cargo es completa, porque aunque no se fundara en la inexistencia de los hechos señalados como constitutivos de la ilegitimidad de la personería que se alega, su origen en parte distinta de la que se pretende que ha sido mal representada en el proceso, hace completamente inválida su alegación en este recurso. En efecto: el pedimento de nulidad con base en la ilegitimidad de la personería,—como ya lo ha dicho esta Sala — trátese del incidente de nulidad dentro del juicio o trátese del vicio como causal de casación, no es cosa que pueda ser propuesta con eficacia legal indiferentemente por cualquiera de las personas que intervienen en el debate judicial. El fundamento de esta causal de nulidad procedimental es evidentemente la violación del derecho de defensa, lo cual circunscribe, como es obvio, el interés — indispensable para poder pedirla y alegarla exclusivamente a la persona o a la parte que haya estado indebidamente representada en el juicio. Con otra procedencia, la alegación de esta causal de casación es ilegítima y no puede prosperar.

De las consideraciones que anteceden, resulta que ninguno de los cargos formulados en las dos demandas de casación contra la sentencia del Tribunal tiene fundamento legal. Por tanto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha doce de agosto de mil novecientos treinta y ocho, que ha sido materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

## RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. — COMPENSACION DE CULPAS.— INCONGRUENCIA

**1.—El contrato de 9 de mayo de 1893 no exonera a la compañía del ferrocarril de La Dorada de sus deberes de previsión y precaución, que son de orden público inherentes a la peligrosidad de los ferrocarriles. El artículo 26 de la Ley 76 de 1920 obliga a las empresas férreas a estacionar guardias que impidan el paso del público en los puntos en que la línea férrea atraviese calles, caminos o puentes, y agrega que el guardavía impedirá el paso por medio de una cadena que tendrá a través de la vía cinco minutos antes de que haya de pasar cada tren y no lo permitirá sino después de que éste haya pasado. — 2.— La gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado, es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos como el de autos. — 3.— La falta de consonancia erigida en motivo de casación en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no es ni puede ser la simple circunstancia de que el fallo niegue algo de lo pedido o atenúe las pretensiones del actor.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Mario Galvis demandó en vía ordinaria a The Dorada Railway Company Limited en razón del accidente ocurrido en la tarde del 24 de septiembre de 1935 en el cruce de la carretera de Cambao con la línea de ese ferrocarril, en que un tren de éste chocó contra el camión de aquél, y con el fin de obtener el pago del valor de este vehículo y, en general, indemnización de perjuicios.

El Juzgado 1º del Circuito de Honda en sentencia de 25 de octubre de 1937 condenó a la Compañía a pagar al actor el valor de los perjuicios sufridos con la destrucción del camión, así como las costas del juicio, con descuento en aquella prestación de una cuarta parte, imputable a la culpa de Galvis en el accidente.

No apeló él de este fallo, pero sí la Compañía; y tramitada la segunda instancia, la decidió el Tribunal Superior de Ibagué en sentencia de 15 de septiembre de 1938 que reformó la del Juzgado así: condenó a la Compañía a pagar a Galvis "la mitad del valor de los perjuicios sufridos por la destrucción de un camión de su propiedad..." y al pago de la mitad de las costas del juicio. La fijación de aquel valor se deja para la ejecución de la sentencia, en lo que atiende al artículo 553 del C. J.

Ambas partes interpusieron casación, recurso que les fue concedido, por lo cual el proceso subió a la Corte, donde se repartió el 10 de junio último y ha recibido su tramitación. Así, pues, debe ya decidirse. A esto se procede.

Galvis como recurrente acusa de error de apreciación de pruebas y de ahí deduce el cargo de indebida aplicación del artículo 2357 del C. C. Estas pruebas son las declaraciones de testigos sobre haber visto éstos la inminencia del choque y hecho a Galvis las señas conducentes a que parara su camión, que fue de donde principalmente dedujo el Tribunal la culpa de Galvis y la consiguiente reducción en la culpa de la Compañía a la luz de aquella disposición legal.

El error de apreciación anotado por el apoderado de Galvis consiste en confundir dos cosas tan distintas como haber hecho señas los testigos, que es lo único comprobado, y haberlas visto y desatendido Galvis, que no está comprobado con sólo aquello y que es lo que constituye su supuesta culpa.

Pero acontece que el concepto de haber culpa en él y la consiguiente rebaja de la indemnización por concurrencia de culpas, esto es, la aplicación del citado artículo 2357, fue materia de la sentencia del Juzgado,

tanto en su parte motiva como en la resolutiva, y de ella no apeló el demandante. Si él consintió un fallo pronunciado así, mal puede después, mucho menos en casación, reclamar al respecto.

El Tribunal elevó su cuota en esa compensación o concurrencia, pues señaló la mitad en vez de la cuarta parte que el Juzgado había fijado; pero esta diferencia cuantitativa es cosa diferente de la aplicabilidad de aquella disposición. Además, el cargo versa sobre la aplicación de este artículo 2357, indebida según el recurrente, no sobre aquel aumento.

No habiendo, por lo dicho, ni lugar a analizar las pruebas de cuya errónea apreciación acusa el recurrente, no lo hay a considerar las declaraciones de testigos respectivas ni desde el punto de vista de la diferencia anotada entre hacer señales los testigos y verlas y desatenderlas Galvis, ni tampoco desde el punto de vista de haberse acreditado la dificultad de verlas por estar en una curva de la vía y, además, poblada ésta de árboles que dificultaban o impedían a Galvis darse cuenta del peligro y de esas señales.

En relación con esto acusa de violación del artículo 697 del C. J.

Repítese que la circunstancia de haber consentido Galvis el fallo del Juzgado le impide formular estos cargos.

La Compañía demandada ha sostenido desde la contestación de la demanda su completa falta de responsabilidad, tanto por no dar lugar a ella las circunstancias en que se produjo el accidente, cuanto porque, aunque la hubiera, ella correspondería a la Nación.

Adujo un ejemplar del Diario Oficial número 23,270 de 31 de agosto de 1936 en que están publicados el contrato primitivo de 9 de mayo de 1893, cuya publicación primera se había hecho en el de 23 de los mismos mes y año; y las modificaciones introducidas a ese contrato en los de 17 de julio y 27 de noviembre de 1905, publicados en el Diario Oficial de 14 de agosto de ese año y de 22 de enero de 1906, respectivamente. Esto lo hizo la Compañía para acreditar que el Gobierno asumió la obligación de hacer él, evitando a la Compañía todo gasto "por lo que sea necesario ejecutar en el punto donde se verifique el cruzamiento". Esto, en relación con los caminos allí indicados como de construcción permitida al Gobierno y que puedan cortar o atravesar la zona del ferrocarril. Esta estipulación se lee en el artículo 10º del contrato primitivo ya citado y figura también en el artículo del mismo número, inciso 1º del segundo de aquellos contratos.

Juzgado y Tribunal no encontraron, ni la Corte encuentra tampoco, que esa estipulación exonere a la Compañía como empresa ferroviaria de sus deberes de previsión y precaución, que son deberes de orden público inherentes a la peligrosidad de este medio de trasporte.

El artículo 26 de la Ley 76 de 1920 obliga a las empresas férreas a estacionar guardias que impidan el paso del público en los puntos en que la línea férrea atraviese calles, caminos o puentes, y agrega que el guardavía impedirá el paso por medio de una cadena que tendrá a través de la vía cinco minutos antes de que haya de pasar cada tren y no lo permitirá sino después de que éste haya pasado.

Mucho antes de esta ley tenía el Código Civil establecida la responsabilidad extracontractual de que hablan sus artículos 2341 y 2356, entre otros.

La Compañía demandada comprueba como precauciones suyas en el caso de este litigio tan sólo haberse dado los pitazos de llegada. No era éste todo su deber. El proceso evidencia que en el sitio de cruzamiento en que ocurrió el accidente no había guardavía, ni cadena ni elemento alguno precautelativo.

Las medidas de esta clase no permiten demora, dados los peligros aludidos. Si la Compañía ha entendido que la Nación es la obligada a tomarlas, ha podido exigírselas, y de ello no hay paso alguno de que se hable siquiera en el proceso, no obstante lo largo del lapso transcurrido desde su contrato de 1893. Podría también, en tal supuesto, exigir el reembolso de lo que ella pague y es de cargo de otro. Lo que no podía en manera alguna, cualquiera que sea la inteligencia de un contrato sobre concesión en que la Na-

ción no es, sino la Compañía, quien atiende al servicio de una empresa ferroviaria, es dejar indefensas las personas y las cosas comprometidas por la actividad peligrosa de ese medio de transporte.

Lo dicho basta para hallar inadmisible el cargo de error de interpretación de los contratos citados y de consiguiente violación del artículo 1,603 del C. C., cargo que formula el abogado de la Compañía siguiendo su concepto antedicho sobre que la referida estipulación contractual se entiende hasta obligar a la Nación a las medidas de vigilancia y de prudencia ya mencionadas.

Formula también el cargo de violación de los artículos 2341 y 2356 del C. C. y 8º de la Ley 76 de 1920 por aplicación indebida, porque, aun partiendo de la base de que han debido cumplirse los incisos vigentes de este artículo, no cabe la aplicación de aquéllos cual si hubiese culpa de la Compañía, no habiéndola. Y dice que no la hay por la misma razón antedicha, según la cual el negligente u omiso fue el Gobierno.

Para rechazar este cargo bastan las consideraciones precedentes, en cuanto hacen ver que, aun en el supuesto más favorable a la Compañía como parte contratante respecto de la extensión de las obligaciones de la Nación como parte cocontratante, no es admisible que una empresa ferroviaria falte a los deberes correspondientes a la peligrosidad de su actividad.

Dice el recurrente que deben concurrir culpa y daño relacionados como causa y efecto y que esta relación no existe cuando el daño es imputable a fuerza mayor, comprendido en ésta el hecho u omisión de tercero. Y por aquí vuelve al argumento de que fue la Nación quien faltó, de suerte que no hay responsabilidad a cargo de la Compañía. La acusación es inadmisible, aun presentada en esta forma, por las mismas reflexiones ya expuestas.

Reclama la Compañía porque el Tribunal, habiendo hallado culpa en Galvis, no llevara ésta a todo su alcance lógico, en atención a que Galvis es chofer profesional, experto conocedor de la vía por la frecuencia con que la transitaba. En sentir de aquélla, esta culpa de Galvis debió desvanecer o compensar la totalidad de la de ella, aun suponiendo culpa en ésta. En este concepto reafirma sus referidos cargos de violación de las disposiciones citadas.

Al respecto se observa: de un lado que, por lo antedicho, no puede negarse la responsabilidad de la Compañía, y de otro que la gradación cuantitativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado, es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en casos como el presente en que, de un lado no se discuten las culpas de ambas partes, y de otro, no se demuestra el error de apreciación de las respectivas pruebas como corresponde según sea éste de derecho o de hecho, el cual en este último evento debe aparecer de modo manifiesto en los autos.

El abogado de la Compañía dice que la culpa de Galvis fue lata. Conviene advertir que los grados de culpa establecidos en el artículo 63 del C. C. no rezan con la culpa extracontractual y que es ésta de la que se trata en el presente litigio.

Otro cargo que este abogado formula es el de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Lo hace consistir en que Galvis demandó $ 2,200 como valor del camión y, en subsidio, ese valor, sin fijación de precio preciso, y también el pago del lucro cesante; y en que el Tribunal condenó a la mitad del valor de los perjuicios sufridos por la destrucción de aquél. Pedida aclaración sobre el sentido de la palabra destrucción y su alcance sobre lo resuelto, dijo el Tribunal que significando ruina, desolación, pérdida grande, al imponer el pago de perjuicios por la destrucción. "lo que ha querido expresar es que el vehículo quedó asolado, arruinado, que la pérdida fue grande, que el mueble quedó inservible". Y agrega: "Así, pues, con fundamento en el concepto expresado, deberá procederse al avalúo de los perjuicios. Cosa distinta es que en este avalúo puedan hacerse deducciones y consideraciones de diversa índole, en pro o en contra, para encontrar una justa tasación".

Galvis en su demanda al expresar los fundamentos de derecho dice: "la sociedad demandada está obligada a indemnizarme los

perjuicios sufridos, tanto por el daño positivo que causó en mi patrimonio, como por las ganancias que a consecuencia del daño dejé de obtener; y entre los hechos fundamentales figura el de que el choque del tren contra el camión dejó a éste dañado e inservible.

Así las cosas, no puede decirse que la sentencia no consuene con las pretensiones del actor porque éste pidiera en una de sus súplicas el valor del camión y el Tribunal le concediera lo que queda visto. La falta de consonancia erigida en motivo de casación en el numeral 2º del artículo 520 del C. J. no es ni puede ser la simple circunstancia de que el fallo niegue algo de lo pedido o atenúe las pretensiones del actor. Por defectuosa que se repute la redacción de la demanda, que el abogado de la Compañía califica de absurda, es imposible, para el juzgador al menos, dejar de entender que Galvis pide se le indemnicen los perjuicios sufridos por él con el choque de que fue víctima su camión. Y esto es lo que el Tribunal atiende y decreta con las salvedades anotadas.

---

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en este juicio con fecha quince de septiembre de mil novecientos treinta y ocho.

Sin costas en el recurso de casación por ser ambas partes recurrentes.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

# SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

## ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO

**Basta leer los dictámenes periciales relativos al reconocimiento del cadáver de Mercedes Moreno y a las posibles causas de la muerte de esta mujer, para darse cuenta de que ellos ni tienen fundamento científico ni formulan conclusiones, sino meras hipótesis inadmisibles como base de un fallo condenatorio.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio doce de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Evangelista y Lucio Achicué interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, en que fueron condenados a la pena de ocho años de presidio cada uno como responsables de la muerte de Mercedes Moreno, y en alegato dirigido a la Corte sustentan especialmente las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

Por su parte el señor Procurador delegado en lo penal sustenta la causal 3ª de casación estimando que no está demostrado el cuerpo del delito de homicidio atribuído a los sentenciados, y pide se invalide el fallo recurrido y se profiera sentencia de absolución a favor de éstos; o que se dicte un auto para mejor proveer a fin de que la oficina médico-legal de Bogotá practique un examen de los acusados tendiente a determinar su grado de civilización, ya que se trata de indígenas; pedimento subsidiario que hace invocando la causal 1ª de la expresada ley.

La Corte para resolver, considera:

Debe ante todo examinarse la causal 3ª sobre cuerpo de delito, porque es la que afecta más sustancialmente el juicio.

Basta leer los dictámenes periciales relativos al reconocimiento del cadáver de Mercedes Moreno y a las posibles causas de la muerte de esta mujer, para darse cuenta de que ellos ni tienen fundamento científico ni formulan conclusiones, sino meras hipótesis inadmisibles como base de un fallo condenatorio.

La primera diligencia pericial sobre el cadáver no pasa de ser un testimonio acerca de las huellas encontradas al efectuar la exhumación; y el dictamen de los médicos legistas de Popayán dice así:

"Damos cumplimiento a lo ordenado por auto que precede, fechado el 25 de enero en curso, exponiendo:

Desaparecidas las partes blandas de la cara (piel, ojos, etc.), del cuello y las vísceras torácicas del cadáver de una persona que en vida se llamó **Mercedes Moreno**, no pudieron los peritos que firman a folios 2 del sumario encontrar los signos que en el caso de una muerte por ahorcamiento, estrangulación, etc., aparecen de manera ostensible en las conjuntivas oculares, en los labios, en la piel y cartílagos del cuello, en los pulmones y en las pleuras. Por falta de datos no pudieron los peritos asegurar, mal podrían hacerlo, cuál fue el mecanismo de la muerte de la Moreno. Como ellos le encontraran atado al cuello un pedazo de chumbe, retuvieron, creemos nosotros, como hipótesis plausible, que la Moreno 'había sido ahorcada por manos criminales'.

Nosotros no podemos tampoco asegurar que el ahorcamiento o la estrangulación fueron los escogidos medios para acabar con la vida de Mercedes Moreno; pero sí **adherimos a la hipótesis de los peritos** reconocedores ya citados, que cabe retener,

Si hubiera sido ultimada con peinillas o machetes, habrían quedado las huellas en los tractos o porciones esqueléticas de la Moreno (en el cráneo, en las costillas, esternón, vértebras, etc.). Ahora bien, los peritos no advirtieron fracturas, como lo expresan claramente en la diligencia respectiva a que hemos aludido.

Las condiciones en que se encontró el cadáver alejan toda consideración sobre posibilidad de suicidio".

Tales deficiencias se deben en parte a la escasa pericia de los primeros reconocedores del cadáver de la Moreno y además a la falta de materias suficientes para el reconocimiento, ya que ese cadáver se halló en avanzada putrefacción con casi todos los órganos destruídos.

Lo procedente es entonces, hallándose fundada la causal 3ª, absolver a los procesados sin necesidad del auto para mejor proveer de que habla el señor Procurador como medida subsidiaria.

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 veintidós de abril de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Evangelista y Lucio Achicué la pena principal de ocho años de presidio como responsables de la muerte de Mercedes Moreno, y en su lugar absuelve de dicho cargo a los mismos Evangelista y Lucio Achicué.

Dése aviso telegráfico al Tribunal de Popayán para que se sirva ordenar la inmediata libertad de los acusados.

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

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

## APLICACION SIMULTANEA DEL CODIGO PENAL DE 1890 Y DEL DE 1936, TRATANDOSE DE REINCIDENCIAS

**En materia de reincidencias, respecto de las cuales el aumento de la pena corporal no constituye pena accesoria, la interpretación benigna de que habla el artículo 45, Ley 153 de 1887, cuando sienta normas sobre aplicabilidad de la ley más favorable al reo, conduce a escoger el aumento menos gravoso para él, no obstante aplicarse la ley antigua en la condenación principal.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En este recurso de casación el señor Procurador Delegado en lo penal se expresa así:

"Con aplicación al nuevo Código Penal, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de veinticuatro de septiembre último, condenó a Ignacio Portilla a la pena principal de catorce años y ocho meses de presidio, como responsable de la muerte de Resurrección Portilla, y teniendo en cuenta una reincidencia.

El condenado interpuso el recurso de casación, alegando que la ley penal fue interpretada y aplicada indebidamente y que la sentencia fue dictada sobre un veredicto notoriamente injusto.

Se considera:

La injusticia del veredicto no es notoria, por cuanto en el proceso hay probanzas suficientes para que el jurado hubiera declarado la responsabilidad del recurrente como autor de la muerte de su sobrino Resurrección Portilla.

Además, en este proceso un primer cuerpo de jurados estimó que Ignacio Portilla era responsable, pero como cómplice, veredicto que fue declarado notoriamente injusto por el Tribunal, en providencia de 20 de octubre de 1936, basándose en que el acusado debía considerársele como autor y no cómplice. Luego el argumento de la injusticia, es impertinente, porque no puede ser debatida sino con relación a un solo veredicto (artículo 50, Ley 169 de 1896).

En cuanto a la indebida aplicación de la ley penal, sostiene el recurrente que el Tribunal se equivocó al estimar el nuevo código como más favorable; y solicita, en cambio, que para la pena se le apliquen el Código anterior y para el cómputo de la reincidencia la Ley 95 de 1936.

El Tribunal juzgó que el nuevo Código, en cuanto a la reincidencia era más favorable al reo, como lo es en realidad, y como resulta al comparar las codenas.

El sistema ideado por el condenado de aplicar simultáneamente dos legislaciones es inaceptable.

La sentencia recurrida muestra que en el acusado concurren circunstancias de mayor peligrosidad y circunstancias de menor peligrosidad. Podía, por tanto, escogerse la pena dentro del campo que corre entre el máximo y el mínimo. El Tribunal optó el término medio, sin que pueda encontrarse fundamento para objetar esa decisión.

Por lo expuesto, este despacho pide atentamente a la honorable Corte que no infirme la sentencia recurrida".

La Corte está de acuerdo con el señor Procurador en lo relativo a la causal quinta; pero disiente de su opinión acerca de los motivos de indebida aplicación de la ley penal que aduce el reo.

El Tribunal en su fallo decidió atenerse en un todo al nuevo Código Penal, tanto sobre la pena aplicable a Ignacio Portilla por el homicidio de Resurrección Portilla, como al aumento por reincidencia.

Pero la Corte ha decidido (casación de Luis A. Echeverri, septiembre 20 de 1939) que en tratándose de reincidencias, respec-

to de las cuales el aumento de la pena corporal no constituye pena accesoria, la interpretación benigna de que habla el artículo 45, Ley 153 de 1887, cuando sienta normas sobre aplicabilidad de la ley más favorable al reo, conduce a escoger el aumento menos gravoso para él, no obstante aplicarse la ley antigua en cuanto a la condenación principal.

Corrobora esta tesis el considerar que si el nuevo Código, hubiese suprimido el aumento de pena por reincidencia, el juzgador debería prescindir de él, aun cuando el delito del reincidente tuviera que castigarse conforme a la ley anterior.

De esta suerte, es aceptable determinar la pena principal de acuerdo con el Código de 1890, si resulta más favorable al reo, y computar el aumento por la reincidencia al tenor del Código de 1936.

El recurso prospera, pues, en fuerza de la causal 1ª, invocada por el recurrente, y toca a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al del Tribunal.

Como la Sala encuentra acertada la calificación en segundo grado del delito cometido por Ignacio Portilla, pues militan las circunstancias agravantes y atenuantes de que hace mérito la sentencia de primera instancia, le corresponde la pena de nueve años de presidio (artículo 600, Código de 1890), con la agravación de tres años en virtud de la reincidencia (artículo 34, Código de 1936), o sea un total de doce años de presidio.

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 Santa Rosa de Viterbo, fechada el 24 de septiembre de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Ignacio Portilla la pena de catorce años ocho meses de presidio como responsable de la muerte de Resurrección Portilla; y en su lugar condena al mismo Ignacio Portilla a la pena de doce años de presidio que cumplirá en el sitio de castigo que el Gobierno designe, computándosele como parte cumplida de ella el tiempo que el reo haya permanecido en detención preventiva.

Condénase, además, a Ignacio Portilla a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la privación de todo empleo o cargo público y de toda pensión pagadera por el erario, al pago de las costas procesales y a la pérdida del arma con que cometió el delito.

Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 para los efectos de la anotación de esta sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

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



## EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD SOBRE PROCESADOS ABSUELTOS

**Aun cuando la sentencia recurrida es una, al fin y al cabo dentro del contenido jurídico de ella pueden distinguirse virtualmente dos proveídos: el condenatorio y el absolutorio. Respecto del absolutorio no cabe la casación al tenor de lo que disponen las leyes aplicables a ese recurso (78 de 1923 y 118 de 1931).**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En este asunto el señor Procurador delegado en lo penal se expresa así:

"Por sentencia de veintinueve de agosto del año pasado, el H. Tribunal Superior de Neiva condenó a Gerardo Arias, Julio Duque y Jorge Cabal Jaramillo, como autores de homicidio y robo, a la pena principal de doce años, diez meses de presidio.

Cabal Jaramillo y Duque interpusieron recurso de casación contra el fallo de segunda instancia, recurso que no han fundado en las oportunidades que fija la ley.

La Procuraduría, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, formula la demanda en estos términos:

**Segunda causal.**

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley.

La nulidad que concurre es la prevista en la primera parte del numeral 4º del art. 265 de la Ley 57 de 1887, por grave equivocación en dos sorteos parciales de jurados.

Según jurisprudencia de la H. Corte, en los sorteos parciales de jurados no hay lugar a recusación; el número de balotas sorteables debe ser igual al número de jurados que se trata de reemplazar. Y cuando en un sorteo parcial se insacula un número mayor de balotas que las debidas, se incurre en irregularidad sustancial que invalida el acto procesal. (Artículos 277 y 288 de la Ley 57 de 1887 y 3º de la Ley 1ª de 1923).

La reposición de lo actuado tiene en este negocio la ventaja de que un nuevo jurado vuelva a dilucidar los cargos del enjuiciamiento, ya que aquí se contempla un problema delicado sobre la participación principal de cada acusado, especialmente en el delito de homicidio.

Cabe observar que la nulidad no debe comprometer a los procesados que fueron absueltos.

Por tanto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Neiva y declare nula la causa a partir del auto de fecha 3 de septiembre de 1937 (fs. 48 vta. del cuaderno 3º), que señaló día para el sorteo general de jurados".

Examinado el expediente se observa que en las diligencias de los folios 64 y 68, cuaderno 3º, sobre sorteo parcial de jurados, se sacó un número plural de balotas en vez de una, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 277 de la Ley 57 de 1887, lo que impidió saber cuáles eran los miembros que en realidad debían formar el jurado y constituye nulidad conforme a lo previsto en el artículo 265, numeral 4º, de la misma ley.

Prospera, pues, la causal 2ª de casación por el aspecto a que el señor procurador se refiere en su vista, que se acoge como fundamento de este fallo por estar las razones en ella aducidas acordes con la jurisprudencia de la Corte y las piezas procesales.

Respecto del problema que suscita el hecho de figurar en el proceso una sindicada a quien se condenó a seis años de prisión y tres reos absueltos, acerca de los cuales opina el señor procurador que no debe cobijar-

les la declaratoria de nulidad, en sentencia de 24 de septiembre de 1938 (casación de Antonio Prada y otros), la Corte dijo lo siguiente:

Desde el momento en que los sindicados absueltos no fueron recurrentes, la declaratoria de nulidad en perjuicio de ellos sería oficiosa por parte de la Corte, y sucede que según el inciso 2º del artículo 20, Ley 153 de 1888, la nulidad en los casos de los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887, de oficio únicamente pueden decretarla los jueces y tribunales, pero no la Corte.

Aun cuando la sentencia recurrida es una, al fin y al cabo dentro del contenido jurídico de ella pueden distinguirse virtualmente dos proveídos: el condenatorio y el absolutorio. Respecto del absolutorio no cabe la casación al tenor de lo que disponen las leyes aplicables al prsente recurso (78 de 1923 y 118 de 1931).

Lo único casable, pues, en sentencias de la clase indicada, es la determinación condenatoria; y como el motivo de la casación es la nulidad, ella no puede afectar el procedimiento sino respecto del acusado a quien se condenó.

Conclúyese de lo anterior que la infirmación del fallo no puede ser en este caso total, sino parcial.

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 parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, fechada el veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Gerardo Arias, Julio Duque y Jorge Cabal Jaramillo la pena principal de doce años y diez meses de presidio como responsables de homicidio y robo en la persona y bienes de Marco Tulio Hermida; en su lugar declara nulo lo actuado desde el auto de fecha cinco de marzo de mil novecientos treinta y siete inclusive (folio 35, cuaderno 3º) en que por primera vez se señaló día para el sorteo general de jurados, y ordena reponer el procedimiento de ahí en adelante.

La nulidad que se decreta no produce efectos respecto de los enjuiciados absueltos Gregorio Tamayo, Ana Rosa Mosquera y Amelia Morera, ni de Placer Rojas sentenciada a seis meses de prisión y quien ya cumplió la condena.

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

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

## EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD SOBRE EL VEREDICTO DEL JURADO

**La anulación del juicio por irregularidades en el procedimiento, borra jurídicamente cuanto allí existía y se hallaba afectado de nulidad, inclusive el veredicto del jurado. Sería inaceptable atribuír fuerza a lo que desapareció, y ello conduciría a crear en el proceso un encadenamiento de situaciones o etapas a que el reo pudiera ir o no acogiéndose según los resultados.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, julio veintisiete de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En este recurso de casación el señor Procurador delegado en lo penal se expresa así:

"Por sentencia de veintiuno de junio de 1937, la H. Corte invalidó la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que había condenado a Luis Enciso, por homicidio voluntario, a la pena de doce años de presidio, calificada la delincuencia en primer grado, y declaró nula la actuación desde el auto que señaló día para el sorteo de jurados.

Repuesto el procedimiento, se reunió un segundo cuerpo de jurados y contestó afirmativamente los dos cuestionarios sometidos a su estudio, calificando el hecho como asesinato.

El Juzgado y el Tribunal condenaron a Enciso a la pena de veinte años de presidio.

El acusado interpuso casación contra la sentencia de segunda instancia, sin aducir causal alguna pertinente. Prácticamente, pues, el recurso está desierto.

Empero la Procuraduría halla que el fallo de segundo grado es vulnerable conforme a la causal 5ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931. En ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 6º, ibídem, este despacho formula la demanda en los siguientes términos:

### Quinta causal

"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".

La injusticia se debatió tanto en la primera como en la segunda instancia, como puede verse en los memoriales que obran a los folios 54 del cuaderno 3º y 9º del cuaderno 4º

El veredicto del jurado es injusto por doble aspecto: 1º Porque no están debidamente establecidas las circunstancias del asesinato. 2º Porque el segundo jurado le empeoró la situación jurídica a Luis Enciso como consecuencia del primer recurso de casación que él mismo propuso contra un fallo que le era más favorable; y es contrario a toda equidad que quien interpone un recurso para mejorar su causa resulte notablemente perjudicado con él.

I. La síntesis de los sucesos está hecha por los sentenciadores así:

"El sábado, quince de diciembre del año citado (1934), Luis Enciso convidó a Claudio Sánchez, negociante en cerdos, a que fuera a su casa de habitación situada en la vereda 'Río Dulce' a comprarle dos de estos animales que estaban gordos y que si madrugaba le tenía café preparado para darle; aceptó Sánchez la invitación y el lunes siguiente, como habían convenido, emprendieron su viaje, y antes de llegar a la casa se encontró con Enciso y **sin que ninguna otra persona los acompañara,** siguieron su marcha hacia el lugar convenido; poco rato después bajó solo este último; iba con traje diferente al que antes tenía, se revelaba en su rostro un extraño pesar y sus actos indicaban intranquilidad de espíritu. Al mismo tiempo se oían en el bos-

que cercano los ladridos lastimeros de dos perros, cuyos aullidos no otra cosa indicaban sino que su amo ya no existía; villanamente se le acababa de dar muerte. Los vecinos del lugar entraron en sospecha al oír que aquellos fieles animales no ladraban de la manera acostumbrada, sino que aullaban o lloraban insistentemente. Algunos se disponían a marchar hacia el bosque donde se hallaban los perros, cuando bajó Pedro Rivera y les manifestó que los dos animales que se oían, estaban guardiando el cadáver de un hombre. Se dio cuenta entonces a la autoridad, y el señor Alcalde, asociado de su secretario y de peritos, procedió a practicar la diligencia del levantamiento correspondiente; el muerto era Claudio Sánchez, el negociante en cerdos que poco antes había estado con el sindicado Enciso en esos lugares, acompañado de un perro blanco y otro amarillo".

Estimó el señor Juez que el móvil del delito fue el robo y que a la víctima se le acometió por detrás e indefensa. Por eso, le cargó el homicidio con circunstancias de máxima gravedad.

Como se ve por la relación de los hechos, en el momento de la consumación del homicidio no hubo testigos presenciales; ni tampoco existe antecedente alguno de enemistad entre el acusado y la víctima. Mal podía haberlo desde que ambos entraron en negociaciones sobre compraventa de cerdos y se dirigieron juntos y solos al lugar donde se encontraban los semovientes.

El asesinato se configura jurídicamente, de acuerdo con la legislación penal vigente en la época del delito atribuído a Enciso, cuando el homicida procede con premeditación y delinque con alguna o algunas de las circunstancias enumeradas por el artículo 586 del Código Penal. En tal virtud, esas circunstancias son elementos modificadores o constitutivos de homicidio-asesinato, y deben aparecer establecidos por medios legales y no por simples sospechas.

Ahora bien: como ni por los antecedentes del hecho ni por los momentos concomitantes a él aparece probado que Luis Enciso premeditara llevar a la víctima con fingidas ofertas hasta el lugar donde fue sacrificada y allí la acometiera por la espalda, desprevenida e indefensa, resulta muy peligroso y expuesto a error aceptar en derecho que aquí se trata de un asesinato y no de otra especie de homicidio. En todo caso, existe una duda muy grave al respeto; y tampoco es desacertada la posibilidad de que el homicidio fuese ocasional, al calor de cualquier discusión nacida precisamente a raíz del negocio que se dice iban a celebrar. La hipótesis de que el homicidio tuvo como fin el robo carece de consistencia, porque no se estableció que Claudio Sánchez llevase dinero, ni que fuese requisado por Enciso después de muerto. Tanto es así, que el Juzgado tuvo que sobreseer en favor del acusado por ese cargo.

Dice el Tribunal en su sentencia que Enciso hizo marchar a Sánchez adelante y que en el lugar escogido, por la espalda y sobreseguro, le asestó los golpes mortales. Esta no deja de ser sino una suposición, que ni siquiera comprueba la autopsia. Esta diligencia enseña que el occiso presentaba las siguientes heridas:

1ª Una en la región del cráneo — costado derecho—de longitud lineal, **dirigida de adelante a atrás,** teniendo su extremidad anterior en la **parte superior y externa de la arcada orbitaria** derecha, que interesó la base de la apófisis orbitaria externa del frontal y cara externa de la región, el parietal y el temporal.

Luego esta herida, dada su orientación, fue causada de adelante (región orbitaria) hacia atrás; precisamente en una situación contraria a la que supone el Tribunal.

2ª Otra herida con fractura total de la base de la apófisis mastoide, que interesó también el occipital. No dice la autopsia qué orientación tenía esta herida; pero ella pudo ser hecha tanto por detrás como de medio lado.

3ª Otra herida en el maxilar inferior derecho que fracturó, en sentido transversal, la rama del maxilar.

Tampoco se dice la orientación, pero por el sitio en que está la herida pudo ser hecha de frente o de medio lado.

4ª Por último, otra herida sobre el parietal y a tres centímetros por encima del borde superior del temporal, que solamente interesó la tabla externa de este hueso.

Esa herida, cuya orientación tampoco se indicó, pudo hacerse de flanco.

Luego la autopsia misma siembra serias dudas sobre la situación en que fue herida la víctima. En todo caso, no hay prueba fehaciente de que Sánchez recibiera las lesiones por detrás y en forma desprevenida.

Sería muy interesante saber si Enciso utiliza por igual las dos manos (ambidextro) o únicamente emplea el arma con la derecha, para aclarar bien el problema relativo a la situación en que se hallaban los protagonistas en el momento de la tragedia.

Finalmente, es oportuno anotar, para hacer ver mejor que las circunstancias de asesinato no están comprobadas, que cuando el primer jurado descartó la premeditación, los juzgadores no hallaron inconveniente alguno en aceptar el veredicto en esa forma, precisamente por la ausencia de prueba a ese respecto.

El señor Juez dijo entonces: "...y como el expediente no aprisiona sino pruebas circunstanciales, ya que no concurre ningún elemento de evidenciación que dé la absoluta certeza del modo como se consumó el suceso, la interpretación dada por los jueces de hecho al desarrollo de los acontecimientos... la comparte el juzgador", etc.

El señor Fiscal del Tribunal expresó: 'Esta contestación dada por los jueces de hecho no entraña una injusticia notoria porque en realidad de verdad no se encuentra debidamente comprobado que el procesado, antes de cometer el delito, hubiera tenido tiempo para obrar con reflexión y que fría y deliberadamente lo hubiera cometido'.

Y el Tribunal concluyó: '..... el Tribunal acepta sobre este particular el veredicto del jurado, en cuanto excluye la premeditación de Enciso, por no ser tal exclusión manifiestamente injusta y contraria a la evidencia procesal'.

Es bien sabido que el jurado, a pesar del aspecto sentimental que se le da, no decide en conciencia sobre un hecho simplemente material. Su veredicto comprende un 'hecho jurídico', como decía Binding, o sea, la calificación del acto criminoso a través de su aspecto físico, moral y jurídico. De lo contrario, no decidiría de la responsabilidad del acusado, ni su veredicto sería la base para la sentencia. De ahí que las resoluciones que dé el jurado debe fundarlas necesariamente en los elementos probatorios del proceso, aunque apreciados con mayor elasticidad, pues de otra manera, es decir sin las pruebas, no podría formar su íntima convicción acerca de los hechos sobre los cuales se le interroga, según lo preceptuado por el artículo 304 de la Ley 57 de 1887, vigente para este negocio. Y si el jurado, como en el presente caso, se basa en meras hipótesis o suposiciones sobre las características del asesinato que naturalmente llevan a la incertidumbre y que impiden formar la "convicción íntima' que exige la ley, es preciso concluír que el veredicto proferido en esas condiciones se aparta del criterio de certeza que debe tener todo juez de hecho y de derecho para condenar a un acusado. En tal sentido, el veredicto resulta injusto.

II. El recurso de casación persigue sobre todo unificar la jurispudencia y enmendar los errores que cometan los Tribunales en la aplicación de la ley. Pero la sentencia de segundo grado sólo es materia de análisis ante la Corte cuando el respectivo interesado propone la casación y la funda; de lo contrario, esa sentencia se ejecutoria y queda en firme la declaratoria que ella contenga.

Por tanto, en materia penal, el acusado que recurre en casación es porque juzga equivocada y excesiva la pena que se le ha impuesto a fin de obtener ante la Corte que se corrija el error y se le mejore la situación jurídica. Y como al triunfar la casación, el fallo que se dicte tiende a satisfacer ese propósito y ese derecho del acusado, sería contrario a la equidad que el recurso devolviese contra él y prácticamente le trajera una pena más grave de aquella que se ha invalidado para mejorar su causa.

Tal lo que ha ocurrido aquí. El primer jurado le quitó a Enciso la premeditación y dejó el homicidio como simplemente voluntario. No satisfecho Enciso con esa declaratoria, recurrió ante la Corte tratando de mejorar su situación, pues alegaba que no había prueba de su responsabilidad. Y todavía más: encontró la Procuraduría que la

actuación estaba viciada de nulidad por omisión de garantías en el derecho de defensa, y pidió a la honorable Corte, con fundamento en la Constitución y en la ley, que el juicio se anulara para que fuera tramitado con la plenitud de sus fórmulas, lo que así se decretó.

Vino entonces un segundo jurado y empeoró la causa de Enciso, considerándolo como reo de asesinato. Los jueces de derecho aceptaron esa decisión y condenaron al acusado a veinte años de presidio.

Por tanto, Enciso ha salido gravemente perjudicado con un recurso extraordinario que él mismo propuso. De no haberlo interpuesto, la primitiva sentencia se habría ejecutoriado en forma mucho más favorable a sus intereses. En tal virtud, por este nuevo aspecto, también es injusto el veredicto.

Establecida, pues, la causal quinta, la Procuraduría pide atentamente a la honorable Corte que INVALIDE la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá, que declare injusto el veredicto del segundo jurado y que disponga la convocación de nuevos jueces de hecho para que diluciden otra vez la responsabilidad de Luis Enciso por el homicidio cometido en la persona de Claudio Sánchez.

Previo un detenido estudio del expediente, encontrando la Corte acertadas y ampliamente expuestas para el caso las razones del señor Procurador, acoge su vista como fundamento de este fallo para declarar que prospera el recurso de casación en virtud de la causal quinta sustentada por dicho funcionario.

No prohija, sin embargo, la Corte el aspecto de notoria injusticia que contempla el señor Procurador al destacar como uno de los fundamentos de la causal quinta la circunstancia de que un primer jurado hubiese deducido conclusiones más favorables al procesado Enciso.

La anulación del juicio decretada en la anterior sentencia de la Corte, por irregularidades en el procedimiento, borró jurídicamente cuanto allí existía y se hallaba afectado de nulidad, inclusive el veredicto del primer jurado. Sería inaceptable atribuír fuerza a lo que desapareció, y ello conduciría a crear en el proceso un encadenamiento de situaciones o etapas a que el reo pudiese ir o no acogiéndose según los resultados.

A ese primer veredicto más favorable no cabe, pues, atribuírle entidad jurídica como para erigirlo en fundamento parcial o total de una causal; cuando más podría estimársele en calidad de opinión de un grupo de personas que desde luego no debe pasar desapercibida el juzgador.

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 Bogotá, fechada el seis de junio de mil novecientos treinta y ocho, que impuso a Luis Enciso la pena principal de veinte años de presidio como responsable de la muerte de Claudio Sánchez; y en su lugar ordena se convoque un nuevo jurado al cual debe someterse la causa, sin ser el caso de concederle excarcelación al procesado, en quien no se reúnen para el efecto las condiciones a que se refiere el inciso 4º, artículo 4º, de la Ley 118 de 1931.

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

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

## HOMICIDIO — NULIDAD DEL PROCESO POR RECUSACION DE JURADOS NO AUTORIZADA POR LOS SINDICADOS

**Si estando presentes los sindicados la recusación de jurados la hace el apoderado, éste se arroga un derecho que es personal del acusado. Sólo podrá ser lícita la intervención del apoderado cuando el reo está ausente, o cuando en la misma acta de sorteo consta la autorización expresa. Si así no se procede, se incurre en nulidad.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, cinco (5) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939).

(Magistrado ponente: Doctor Salvador Iglesias).

Haciendo uso de la facultad que confiere el aparte B) del artículo 4º de la Ley 78 de 1923, el defensor de Antonio Delgado interpuso recurso de casación contra la sentencia de 15 de octubre de 1938, que condenó a su defendido a la pena principal de seis (6) años de presidio, como responsable de la muerte de Gumersindo Gómez u Omez, proferida por el Tribunal Superior de Cali.

Al recurso se le ha dado la tramitación legal.

Ante la Corte se ha sustentado este recurso en las causales 1ª, 2ª, 3ª y 5ª del artículo 567 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

La invocación de estas causales es extemporánea, por cuanto el proceso se tramitó bajo el imperio del Código Penal de 1890 y conforme al procedimiento anterior.

---

El Procurador, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, ataca la sentencia por la segunda causal de nulidad contemplada en el artículo 3º de la citada ley, y como es más radical en sus efectos esta causal que las que se pudieran considerar como equivalentes de la ley anterior entre las indicadas por el defensor, la Sala entra al estudio de esta causal, cuya fundamentación hace el Procurador en los siguientes términos:

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

"La nulidad que concurre es la prevista en la primera parte del numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, por haberse incurrido en grave equivocación al hacer el sorteo general de jurados que obra al folio 68 vto. del cuaderno primero. El motivo fundamental consiste en haber hecho la recusación el defensor, en vez del acusado.

"Las razones de derecho sobre este punto las ha expuesto así la Procuraduría, con la aceptación de la H. Corte:

"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 artículo 276 de la Ley 57 de 1887.

"Y eso 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 criminal 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: artículos 1,625 y 1,740 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 causal de nulidad".

"La invalidación del fallo tiene la ventaja de que el asunto vuelva a dilucidarse ante un nuevo jurado que resuelva con mejor acierto el punto relativo a la responsabilidad de Delgado. Pues el último veredicto dado en esta causa, es claramente contradictorio en sus términos, porque en tanto que afirma la responsabilidad del acusado, inmediatamente la destruye al decir que el homicidio lo ejecutó "en un acto reflejo producido por un choque nervioso".

"El acto reflejo es pura sensibilidad transformada en movimiento; es una reacción nerviosa involuntaria. De tal suerte que en un acto de esta naturaleza no intervienen para nada la conciencia ni la inteligencia; y si ello es así, mal puede haber en él responsabilidad en sentido clásico, noción que entraña el concurso pleno de la inteligencia y de la libertad moral.

"Sería, pues, el caso de aducir también la causal 6ª de casación, si la segunda no la hiciera inoficiosa, por dejar sin valor alguno el veredicto.

"En tal virtud, la Procuraduría pide atentamente a la honorable Corte que invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Cali y declare nulo lo actuado a partir del auto de fecha 11 de agosto de 1937 (fs. 67 vto.) que señaló día para el primer sorteo general de jurados".

---

La Corte tiene sentada jurisprudencia favorable a la causal alegada.

Fúndase ella en el artículo 276 de la Ley 57 de 1887.

Este artículo establece que en el sorteo el derecho de recusación pertenece a los acusados.

Por consiguiente, si estando éstos presentes la recusación la hace el apoderado, éste se arroga un derecho que es personal del acusado.

Sólo podrá ser lícita la intervención del apoderado cuando el reo está ausente, o cuando en la misma acta de sorteo consta la autorización expresa.

Si así no se procede, se incurre en nulidad.

Esta nulidad es la prevista en la primera parte del numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, pues constituye una equivocación en la diligencia de sorteo, equivocación que lesiona directamente un derecho del sindicado, y consecuencialmente implica una violación del artículo 22 de la Constitución, el cual ordena que en el juzgamiento debe observarse la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En este proceso se omitió una formalidad señalada por la ley como necesaria, y esa omisión está precisamente erigida en causal de nulidad.

Tal nulidad es de carácter sustancial, porque menoscaba una garantía constitucional .

Comprobando la causal alegada sobre las constancias del proceso, tiénese:

a) Que el sorteo de jurados se verificó el 17 de agosto de 1937;

b) Que el acta respectiva corre al folio 68 vuelto del cuaderno principal;

c) Que en esa acta consta que el reo Antonio Delgado estaba presente en la diligencia;

d) Que su defensor fue quien recusó, y

e ) Que no hay constancia de que hubiera sido autorizado para ello por el reo.

Comprobados así los hechos, la causal alegada por el Procurador prospera.

---

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 Cali, de fecha 15 de octubre de 1938, que condenó a Antonio Delgado a la pena principal de seis (6) años de presidio como responsable de la muerte de Gumersindo Gómez u Omez; DECLARA NULO lo actuado a partir del auto de fecha 11 de agosto de 1937 que señaló día para el sorteo de jurados, inclusive (folio 67, vuelto), y ORDENA la reposición del procedimiento de allí en adelante.

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

**Salvador Iglesias — José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Alberto Malo B.** Srio.

## CUERPO DEL DELITO DE HOMICIDIO — INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

**1. El cuerpo del delito de homicidio se comprueba por la muerte. — 2. Para que pueda considerarse la cuestión referente a la causal 5ª de casación es menester que la injusticia notoria haya sido debatida previamente en las instancias. La injusticia notoria, apreciada desde el punto de vista de la casación, tiene que aparecer como un hecho protuberante; tiene que consistir en una falta de ecuación entre el veredicto y las acciones o circunstancias imputadas al sindicado. La relación entre el veredicto y los hechos que lo generan resulta de los elementos probatorios del proceso. Sólo cuando esa relación no existe, cuando la conclusión no tiene pie ni base en ellos, que por otra parte el Jurado aprecia en conciencia, es cuando puede haber injusticia notoria y ser ella el objeto de la casación. La respuesta del Jurado, o veredicto, es la manifestación del convencimiento que se forma en cada uno de los miembros del Jurado, que se elabora en su conciencia, mediante los elementos o factores que presenta el proceso. Y como en esa zona conciencial se decide de la responsabilidad del reo, y ésta es individual, su apreciación, en definitiva, el juicio que cada jurado forma, dependen de las modalidades, circunstancias y manera de ejecución del hecho delictuoso sometido a su consideración. En otros términos: el Jurado para la individualización de la responsabilidad, va en ese criterio de conciencia hasta penetrar en la intención, en el móvil del delito; para ello se guía por todos los materiales que arroja la investigación, sin parar mientes en ninguna clasificación legal. Sólo así, con la totalidad de esos medios, puede, en conciencia, apreciar el caso, concatenando factores, indicios y resultantes. Ese juicio individual de cada jurado, acordado por mayoría o por unanimidad, se concreta en la respuesta o veredicto. En casación, al impugnarse la sentencia definitiva por la causal 5ª, el proceso de esa impugnación arranca del debate previo de esta cuestión en las instancias. Para apreciar en casación la injusticia notoria, no hay otro camino que el del análisis de los elementos en que se basó el cargo. La reconstrucción de esos elementos se hace sobre los motivos que determinaron el veredicto. Desde luego, los motivos son objetivos, porque son las pruebas de diverso orden que apreció o debió apreciar el Jurado. Pero como esa apreciación es en conciencia, y no en tarifa legal de pruebas, no en pauta de derecho, para declarar injusto un veredicto, y por INJUSTICIA NOTORIA, menester es que los factores que generaron el veredicto carezcan de realidad que los sustenten, que no existan elementos que lleven a la conclusión del veredicto, o que las modalidades de esos elementos sean tan ambiguas que dejen perplejo el ánimo de cualquier hombre. En cambio, sí habrá injusticia notoria cuando los elementos sometidos a la consideración del Jurado, ya en su conjunto o ya aisladamente, no den una resultante basada en ellos, porque el juicio, aun el juicio en conciencia, ha de depender de factores objetivos; habrá sinrazón entonces y ella será tan ilógica, tan protuberante, que como conclusión, o sea como veredicto, no pueda inferirse de los elementos que le sirvieron de base.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, nueve (9) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939).

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Clodomiro Torres está condenado por el Tribunal Superior de San Gil a la pena principal de 12 años de presidio.

Impúsosele esta condena como autor de la muerte de Fulgencio Santamaría, hecho ocurrido el 26 de febrero de 1936, en el paraje de "Petaquero", jurisdicción del Municipio de Puente Nacional.

Interpuso recurso de casación el reo.

Ante la Corte su apoderado sustenta la casación en las causales 3ª y 5ª de la Ley 118 de 1931.

Estas causales son: error en la aprecia-

ción de la prueba del cuerpo del delito y veredicto viciado de injusticia notoria.

Examina la Sala en su orden las causales invocadas y sustentadas.

**Tercera causal.** La funda el recurrente en que no está demostrada la premeditación, la cual hace parte del cuerpo del delito de homicidio.

A este respecto observa la Corte que el cuerpo del delito de homicidio se comprueba por la muerte. El homicidio es la muerte que un hombre da a otro hombre, sin mandato de autoridad legítima (artículo 583 del Código Penal de 1890).

Este hecho material está comprobado en el proceso, y así lo reconoce el mismo apoderado.

Las circunstancias de premeditación y las demás que agravan el homicidio y que lo califican, lejos de aparecer desvanecidas, también tienen su confirmación en los autos.

No prospera, pues, el recurso por la causal 3ª.

**Causal quinta.** Veredicto viciado de injusticia notoria.

Para que pueda considerarse esta causal es menester que la cuestión de la injusticia notoria haya sido debatida previamente en las instancias.

En el presente caso lo ha sido.

Fue alegada y considerada por el Tribunal.

La injusticia notoria, apreciada en el punto de vista de la casación, tiene que aparecer como un hecho protuberante; tiene que consistir en una falta de ecuación entre el veredicto y las acciones o circunstancias imputadas al sindicado.

La relación entre el veredicto y los hechos que lo generan resulta de los elementos probatorios del proceso.

Sólo cuando esa relación no existe, cuando la conclusión no tiene pie ni base en esos elementos probatorios, que por otra parte el Jurado aprecia en conciencia, es cuando puede haber injusticia notoria y ser ella el objeto de la casación.

La respuesta del Jurado, o veredicto, es la manifestación del convencimiento que se forma en cada uno de los miembros del Jurado, que se elabora en su conciencia, mediante los elementos o factores que presenta el proceso. Y como en esa zona conciencial se decide de la responsabilidad del reo, y ésta es individual, su apreciación, en definitiva, el juicio que cada jurado forma, depende de las modalidades, circunstancias y manera de ejecución del hecho delictuoso sometido a su consideración.

En otros términos: el Jurado para la individualización de la responsabilidad, va en ese criterio de conciencia hasta penetrar en la intención, en el móvil del delito; para ello se guía por todos los materiales que arroja la investigación, sin parar mientes en ninguna clasificación legal. Sólo así, con la totalidad de esos medios, puede, en conciencia, apreciar el caso, concatenando factores, indicios y resultantes.

Ese juicio individual de cada jurado, acordado por mayoría o por unanimidad, se concreta en la respuesta o veredicto.

En casación, al impugnarse la sentencia condenatoria definitiva por la causal 5ª, el proceso de esa impugnación arranca del debate previo de esta cuestión en las instancias.

Para apreciar en casación la injusticia notoria, no hay otro camino que el del análisis de los elementos en que se basó el cargo, elementos que se sometieron a la consideración del Jurado y que constan en el proceso como pruebas completas o incompletas.

Esa reconstrucción se hace sobre los motivos que determinaron el veredicto. Desde luego los motivos son objetivos, porque son las pruebas de diverso orden que apreció o debió apreciar el Jurado. Pero como esa apreciación es en conciencia, y no en tarifa legal de pruebas, no en pauta de derecho, para declarar injusto un veredicto, y por injusticia notoria, menester es que los factores que generaron el veredicto carezcan de realidad que los sustenten, que no existan elementos que lleven a la conclusión del veredicto, o que las modalidades de esos elementos sean tan ambiguas que dejen perplejo el ánimo de cualquier hombre.

En cambio, sí habrá injusticia notoria cuando los elementos sometidos a la consideración del Jurado, ya en su conjunto o ya aisladamente, no den una resultante basada en ellos, porque el juicio, aun el juicio en conciencia, ha de depender de factores ob-

jetivos; habrá sinrazón entonces y ella será tan ilógica, tan protuberante, que como conclusión, o sea como veredicto, no pueda inferirse de los elementos que le sirvieron de base.

En el caso que se estudia se propuso a la consideración del Jurado el siguiente cuestionario:

"El acusado Clodomiro o Teodomiro Torres es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Fulgencio Santamaría por medio de las heridas ocasionadas con arma cortante descritas en la diligencia de reconocimiento visible al folio 2, hecho que tuvo lugar como entre las seis y las siete de la noche del veintisiete de febrero del año de mil novecientos treinta y seis, en la vereda llamada Petaquero, de la jurisdicción municipal de Puente Nacional?"

Preguntósele pues al Jurado acerca de la responsabilidad del sindicado en la muerte de Fulgencio Santamaría, como muerte ejecutada voluntaria y premeditadamente.

Y el veredicto fue sencillamente afirmativo.

Este veredicto no puede tacharse de injusto porque el proceso contiene antecedentes y pruebas que apreció el Jurado, que falla en conciencia.

A este respecto anota el Procurador Delegado en lo Penal lo siguiente, en su vista y refiriéndose a los elementos probatorios acumulados en esta investigación:

"De donde se deduce que si el proceso contiene alguna fuente de información que explique el veredicto, éste debe aceptarse, porque "la ley no pide cuenta a los jurados de los medios por los cuales llegan a adquirir el convencimiento; ni les prescribe reglas de que deban deducir la plenitud y suficiencia de las pruebas" (artículo 304 de la Ley 57 de 1887, aplicable a este caso).

"Y como en la presente causa obra la declaración de un testigo presencial — José Anselmo Santamaría— que, unida a los antecedentes del hecho, da base suficiente para que el Jurado aceptase la deliberación previa con que procediera el acusado al ultimar a la víctima, el veredicto aparece racional, tanto más si no hay prueba en contrario para infirmarlo por notoriamente injusto.

Es verdad que el declarante Santamaría es menor de edad e hijo de la víctima. Pero como la apreciación de ese testimonio correspondía hacerla en conciencia al Jurado y éste lo estimó apto para fundar la responsabilidad de Torres por homicidio premeditado, no pudiendo los Jueces de derecho desconocer esa persuación del Jurado por ausencia de prueba, lógicamente hay que respetarla. Por tal razón tampoco prospera la causal 5ª".

La Sala ha comprobado este elemento de juicio a que alude el Procurador Delegado.

La declaración del menor Santamaría existe en el proceso, y es uno de los factores que unido a los antecedentes del hecho, de la muerte de Fulgencio Santamaría, tuvo en cuenta el Jurado al decidir sobre la responsabilidad y la modalidad de ella. Tal decisión se hace en conciencia, sin arreglo a tarifa legal de pruebas.

Tiene, pues, el veredicto base y fundamento objetivos establecidos en el proceso y por lo tanto no puede tacharse de injusto, pues su conclusión es una resultante de hechos establecidos que concatenados no conducen al absurdo ni están desvinculados en forma tal que la responsabilidad atribuída al reo aparezca como extraña a sus actuaciones.

Por lo dicho no prospera tampoco la causal 5ª alegada.

Así lo pide también el señor Procurador Delegado.

A mérito de las consideraciones expuestas, 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, declara que no es el caso de infirmar, y **no infirma** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, de fecha 21 de julio de 1938, que condena a Clodomiro o Teodomiro Torres a la pena principal de doce (12) años de presidio como responsable de la muerte de Fulgencio Santamaría.

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

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

## NULIDAD DEL PROCESO

**Tratándose de varios cargos sometidos a la consideración del Jurado debe procederse al tenor del artículo 298 de la Ley 57 de 1887, so pena de nulidad.**

Corte Cuprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diez (10) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939).

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias

A doce (12) años de presidio condenó el Juzgado Superior de Pereira a Fernando Ortiz Cañas, José Fernando y José Mario Ortiz Foronda.

El delito imputado fue el de doble homicidio en las personas de José Tobón y Juvenal Rodas o Manuel Antonio Restrepo.

El Juez **a quo** impuso a los reos la pena de 12 años de presidio, calificando la delincuencia en tercer grado.

El Tribunal Superior de Pereira reformó el fallo anterior, determinando que la pena principal, para cada uno de los procesados, es la de ocho años de presidio.

Los reos han interpuesto recurso de casación.

En concepto del Procurador la casación no está fundada. El alegato presentado ante la Corte es un alegato de instancia, no una demanda contra la sentencia.

Pero el mismo Procurador en su vista, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, invoca la causal 2ª del artículo 3º de la misma ley.

Esta causal es la de nulidad sustancial en el procedimiento, y la sustenta el señor Procurador así:

"**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'.

"Los acusados Fernando, José Mario y José Fernando Ortiz fueron llamados a responder en juicio criminal por el doble genérico delito de homicidio cometido en las personas de Tobón y Rodas (o Restrepo), pero al formularse los cuestionarios correspondientes se incurrió en un error esencial, en una confusión inexplicable, en una irregularidad de tal naturaleza que los Jurados tuvieron que dar una respuesta que no podía ser más tarde interpretada de manera precisa y certera.

"En efecto: los cuestionarios son del tenor siguiente:

"El acusado (aquí el nombre de cada uno de los tres acusados), mayor de edad, natural de Salgas (A.) y vecino del municipio de Santuario de Caldas, es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente, en concurso recíproco con (aquí el nombre de los dos sindicados), a José Tobón y Juvenal Rodas o Manuel Antonio Restrepo, por medio de heridas que les infirieron con arma cortante y punzante, a consecuencia de las cuales fallecieron los citados Tobón y Rodas o Restrepo, hecho que tuvo lugar en las primeras horas de la mañana del día veintiseis de diciembre de mil novecientos treinta y seis en el paraje de "Alto Cielo", jurisdicción del citado Municipio del Santuario?

"Como se ve en estos cuestionarios se da a entender que la muerte de Tobón y la muerte de Rodas constituyen un delito, cuando en realidad, como es obvio, forman dos infracciones, y más precisamente dos homicidios.

"El artículo 298 de la Ley 57 de 1887, aplicable al caso de autos, dice:

"Siempre que se proceda por varios cargos, se propondrán por separado las cuestiones correspondientes a cada uno; y cuando haya varios encausados, también se propondrán separadamente las cuestiones relativas a cada uno de ellos, de modo que cada

serie de cuestiones sea siempre respecto a un cargo, y a un solo encausado".

"Y el artículo 310 de la misma ley preceptúa:

"Si el Juez hallare que alguna de las cuestiones no ha sido resuelta, devolverá inmediatamente el expediente al Jurado para que la resuelva, y acto continuo procederá el Jurado a verificarlo.

"Si más tarde notare el Juez o el Tribunal, en su caso, que no se han resuelto las cuestiones propuestas, o que las resoluciones del Jurado no están arregladas, en lo sustancial, a las fórmulas prescritas, o que no aparecen suscritos por todos los Jueces de hecho, convocará de nuevo al Jurado para que llene la formalidad a que se haya faltado. Lo mismo se hará cuando el Juez no haya propuesto todas las cuestiones que el Jurado debía resolver, o se note en ellas un error sustancial".

"A cada uno de los acusados se le imputaron dos hechos diferentes, esto es, se le hicieron dos cargos distintos: 1º Haber dado muerte voluntariamente, en concurso recíproco con los otros dos procesados, a José Tobón; y 2º Haber dado muerte voluntariamente, en concurso recíproco con los otros dos procesados, a Juvenal Rodas o Manuel Antonio Restrepo.

"Por consiguiente, a cada procesado han debido formulársele dos cuestionarios diferentes y no uno solo como lo hizo el Juzgado Superior.

"Los Jurados contestaron los tres cuestionarios con las siguientes palabras: 'Sí es responsable, en riña provocada por uno de los occisos'.

"En desarrollo de este veredicto, el Juzgado condenó a cada uno de los acusados a doce años de presidio, o sea, seis años por cada homicidio.

"Por su parte, el Tribunal condenó a cada procesado a ocho años de presidio, es decir a seis años por un homicidio y a tres años de reclusión, equivalente a dos de presidio, por el otro homicidio fundándose en que fue uno solo de los occisos el que provocó la riña lo que implica la aminoración de pena prevista por el artículo 602 del anterior Código Penal, quedando el otro homicidio sin aquella atenuación.

"Como se comprende, bien hubiera podido igualmente el Tribunal considerar los dos homicidios como atenuados, por la existencia de la riña provocada por uno de los occisos y en tal hipótesis aplicar a cada procesado la pena de cuatro años de presidio.

"Para que el Tribunal hubiera podido apoyar esta última solución le hubiera bastado alegar que ambos homicidios se produjeron por riña que no fue provocada por los matadores.

"El defecto procedimental es protuberante y llega hasta envolver un problema de índole constitucional, porque se pretermitió una fórmula esencial en el juicio, establecida en garantía de los acusados y de la buena administración de justicia.

"Se violó, por tanto, en opinión de este Despacho, el artículo 22 de la Constitución Nacional y se incurrió en una nulidad sustancial; por cuanto que, ni el Juzgado, ni el Tribunal eran competentes para fallar sin que previamente se llenara la formalidad importantísima e imprescindible de proponer al Jurado los seis cuestionarios que debía resolver.

"Existe, pues, el vicio de nulidad sustancial en el juicio consistente en la incompetencia del Juez y del Tribunal (ordinal 1º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887).

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que invalide el fallo del Tribunal y devuelva el expediente para que se reponga el procedimiento a partir del auto de 28 de septiembre de 1937 (fs. 144 del cuaderno principal), en que se señaló día para la diligencia de sorteo total de Jurados, por no poder intervenir de nuevo los mismos Jueces de hecho en este asunto (ordinal 5º del artículo 243 de la citada Ley 57)".

Descúbrese la nulidad sustancial, puesto que los vicios anotados por el Procurador lesionan formalidades esenciales, y sobre todo, tratándose de varios cargos debió procederse al tenor del artículo 298 de la Ley 57 de 1887, que ordena proponer por separado las cuestiones para cada cargo.

No podía fallarse este asunto ni en primera ni en segunda instancia, aglomerando los interrogatorios, pues ese procedimiento,

como lo anota el Procurador, además de ser contrario a las reglas procesales, involucra de tal manera los varios aspectos de la cuestión, que no permite ni la precisión de la respuesta del Jurado, ni el asentamiento de la sentencia.

Y en uno y en otro caso se viola el artículo 22 de la Constitución, que establece que en el juzgamiento ha de observarse la plenitud de las formas propias de cada juicio.

De lo expuesto se deduce que la causal 2ª invocada por el Procurador prospera.

---

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 Pereira, de fecha 19 de octubre de 1938, que condenó a Fernando Ortiz Cañas, José Fernando y José Mario Ortiz Foronda a ocho (8) años de presidio para cada uno por el delito de homicidio en las personas de José Tobón y Juvenal Rodas o Manuel Antonio Restrepo; **declara nulo** lo actuado a partir del auto de fecha 28 de septiembre de 1937, visible al folio 144 del cuaderno principal, que señaló día para el sorteo total de jurados, por no poder intervenir de nuevo los mismos jueces de hecho en este asunto (ordinal 5º, artículo 244 de la Ley 57 de 1887), y ordena reponer el procedimiento de ahí en adelante.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase.

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

## VEREDICTO CONTRADICTORIO

**Es contradictorio el veredicto que en la primera parte afirma la responsabilidad del acusado y en la segunda agrega: "pero en momentos en que padecía una grave anormalidad psíquica". No se puede ser responsable en el sistema del Código Penal de 1890, sino cuando existe una determinación clara de la voluntad, definida, en personalidad completa, pues delito es la voluntaria y maliciosa violación de la ley (artículo 1º del Código citado), y no hay hecho voluntario cuando se procede por el actor privado de la razón. En este caso no hay propiamente persona delincuente, y el mismo Código llama a estos autores de la violación de la ley penal excusables y no les sujeta a pena alguna.**

**Al prosperar la causal 6ª la Corte puede invalidar el fallo u ordenar, cuando lo estime conveniente, que se convoque un nuevo jurado para que dilucide la misma contradicción, si ella depende de elementos que estaban al alcance mismo del jurado.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Salvador Iglesias).

La sentencia del Tribunal Superior de Manizales de fecha 26 de enero de 1939 condena a Luis A. Parra Serna a la pena de nueve años de presidio.

Aplicó tal fallo el artículo 600 del Código Penal de 1890 al reo, calificando su delincuencia en segundo grado, como responsable de la muerte, en homicidio simplemente voluntario, de Angela María Patiño.

Vulnerable consideró esta sentencia el defensor del reo. Y así en escrito enviado a la Corte la ataca por la causal 1ª contemplada en el artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

Por su parte el apoderado del reo ante la Corte considera que la sentencia es vulnerable por estar en desacuerdo con el veredicto. Fundamenta, pues, su alegato en la 4ª causal de casación (artículo 3º, Ley 118 de 1931).

El señor Procurador Delegado en lo Penal considera que está mal enfocada la alegación de la causal 1ª y que igualmente yerra el apoderado al fundamentar la casación en la causal 4ª Haciendo sin embargo uso de la facultad que le otorga el artículo 6º de la citada Ley 118, invoca la causal 6ª consistente en haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Fundamenta así esta causal el Procurador Delegado:

"Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio."

"En el auto de proceder se le imputó a Parra un homicidio simplemente voluntario. Y de acuerdo con esa calificación se sometió al jurado el siguiente cuestionario.

"El acusado Luis A. Parra Serna, varón, mayor de edad, natural de Manizales, vecino de Chinchiná, empleado público y católico, es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a Angela María Patiño Buitrado, por medio de varias heridas que le infirió con arma de fuego (revólver); hechos ocurridos en casa que habitaba Mercedes Chaves, sita en el barrio de mujeres públicas de la cabecera del Municipio de Chinchiná, comprensión de este Distrito Judicial, en las primeras horas de la noche comprendida entre el diez y ocho y el diez y nueve del mes de marzo de mil novecientos treinta y ocho?"

"El Jurado contestó 'Sí, pero en momentos en que padecía una grave anormalidad psíquica'.

"El delito cometido por Parra infringió una de las disposiciones del Código Penal de 1890. Dentro de los principios clásicos en que se inspira este Código, la responsabilidad del acusado se cimenta en la responsabilidad moral, esto es, en el pleno ejercicio de la inteligencia y en la libre elección de la

voluntad. Y donde quiera que una causa patológica, como la enfermedad mental, destruya o aminore aquellas facultades, de tal suerte que se pierda la capacidad de entender o la libertad de querer, cesa automáticamente el concepto de responsabilidad y el autor del suceso no es sujeto de derecho penal.

"Pues bien: en el presente caso el jurado afirmó la responsabilidad de Luis A. Parra Serna con el adverbio "Sí", pero la destruyó inmediatamente con la adición agregada de haber procedido "en momentos en que padecía de una grave anormalidad psíquica"; esto es, siguiendo el pensamiento clásico, que en el acto de Parra no concurrió la fuerza moral del reato, por no haberse proyectado la clara inteligencia y la soberana voluntad del agente.

"Y como el veredicto debe tenerse como un todo indivisible para los efectos de la sentencia, resulta que el proferido para Luis A. Parra contiene dos cuestiones que no pueden coexistir, que producen repugnancia intelectual, como son la responsabilidad penal y las causas que la anulan o la hacen inexistente. De ahí que resulte plenamente demostrada la causal sexta.

"Al infirmar la sentencia para que se reúna otro cuerpo de jurados, tiene la ventaja de dar la oportunidad para que, antes de la segunda audiencia, se haga estudiar el acusado de la Oficina Médico Legal de Bogotá. Esto, porque en el proceso hay datos de que Parra está infectado de sífilis y puede ser también un heredo-alcohólico; tanto que los señores médicos legistas de Manizales, no obstante concluír que Parra no puede clasificarse entre los individuos cuyas facultades mentales sufran la influencia de factores patológicos, encontraron sin embargo que sufre de "algunas ideas delirantes, fundadas en hechos reales o imaginarios, con falsas interpretaciones".

"Por tanto, la Procuraduría se permite pedir a la honorable Corte que, al infirmar la sentencia, se digne insinuar al Juzgado de instancia la necesidad de enviar el acusado a esta capital para que se le practique un examen psiquiátrico y se establezca plenamente si, dada la personalidad biológica y psíquica de Luis A. Parra, el homicidio ejecutado por él en la persona de Angela María Patiño obedeció a factores patológicos que vencieron el mecanismo de sus planos instintivo, afectivo y mental, de tal suerte que obrara en un estado de enajenación, o por causa de una grave anomalía psíquica.

"Por lo expuesto, la Procuraduría General de la Nación pide a la honorable Corte, de modo respetuoso, que invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Manizales y disponga la convocatoria de un nuevo jurado que dilucide, previo examen psicológico de Luis A. Parra por parte de la Oficina Central de Medicina Legal, los cargos formulados en el auto de proceder".

La Sala ha compulsado el veredicto y el cuestionario respectivo, y evidentemente encuentra la contradicción de que habla el señor Procurador Delegado.

La adición a la respuesta afirmativa, adición conforme a la cual el reo sí es responsable, pero ejecutando el hecho como un anormal, quita a éste la responsabilidad.

Así, pues, los términos son contrapuestos, contradictorios en el veredicto y resulta probada la causal. No se puede ser responsable en el sistema del Código Penal de 1890, sino cuando existe una determinación clara de la voluntad, definida, en personalidad completa, pues delito es la voluntaria y maliciosa violación de la ley (artículo 1º, Código citado), y no hay hecho voluntario cuando se procede por el actor privado de la razón.

En este caso no hay propiamente persona delincuente, y el mismo Código llama a estos autores de la violación de la ley penal excusables y no les sujeta a pena alguna.

La demostración de la contradicción que resulta de este análisis y del veredicto en la forma en que lo hizo el Procurador, llevan a la Sala a la conclusión de que la causal sexta prospera, y en tal virtud la sentencia recurrida ha de casarse.

El Procurador pide la invalidez del fallo y la convocatoria de un nuevo jurado.

La Sala está de acuerdo en que prosperando la causal, debe infirmarse el fallo. Así lo determina el artículo 4º de la Ley 118 de 1931.

Pero este mismo artículo, refiriéndose a los efectos de la casación por la causal 6ª, no

es compulsorio en cuanto sea la misma Corte la entidad que deba dictar el fallo que reemplace al invalidado.

En efecto, dice la ley:

"Respecto de la causal 6ª, invalidará el fallo y dictará la sentencia, según el caso".

Esta última parte del artículo deja a la Corte una libertad de apreciación del procedimiento que debe adoptarse. Es decir, que puede invalidar el fallo, u ordenar, cuando lo estime conveniente, que se convoque un nuevo jurado para que dilucide la misma contradicción, si ella depende de elementos que no estaban al alcance mismo del jurado, como acontece en el caso psicológico presente, que depende de la integridad psíquica del reo.

No otra solución puede encontrarse en sana jurisprudencia, que la de un esclarecimiento de este hecho.

En casos similares así lo ha asentado la jurisprudencia de la Corte.

A mérito de las consideraciones expuestas, 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 Manizales, de fecha 26 de enero de 1939, que condenó a Luis A. Parra Serna a la pena principal de nueve (9) años de presidio por la muerte de Angela María Patiño, y en su lugar **ordena** la convocatoria de un nuevo jurado, previo el examen médico legal del reo de que habla la vista del señor Procurador.

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

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

## SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN SUMARIO POR RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PUBLICOS

**No es delito abstenerse de decretar la expedición de unas copias de un expediente que no está en la mesa del funcionario a quien se hace tal solicitud, ni puede constituír tampoco infracción penal el disponer que tal petición pase al funcionario que tiene la jurisdicción en ese expediente; ni usurpa jurisdicción el Magistrado que conoce del asunto, por el hecho de resolver la petición que un particular haya dirigido equivocadamente a otro funcionario; ni puede reputarse como delincuente al funcionario que cumpliendo la ley exige que las acusaciones contra funcionarios públicos se presenten acompañadas de la prueba sumaria, porque precisamente el pensamiento del legislador fue el de proteger a los funcionarios contra los ataques apasionados o temerarios de quienes gustan tomar la honra de los demás como pasto para rumiar sus rencores; tampoco es delito exigir la adición de unas copias, para poder decidir de un recurso de apelación. Y si a todo eso se agrega que el denunciante baraja asuntos referentes a distintas jurisdicciones, como la penal, la civil y la administrativa, y que involucra en un procedimiento de responsabilidad contra dos funcionarios del orden judicial en razón del ejercicio de sus funciones, todo un maremagno de pesquisas, de invectivas, de cargos, etc., contra el Presidente de la República, Ministros actuales y antiguos, particulares nacionales y extranjeros, etc., ello no puede menos de calificarse de una "atronada aventura judicial".**

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

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo).

En su vista de fondo el señor Procurador Delegado en lo Penal trae como parte narrativa de los antecedentes de esta acusación del doctor Tomás Norberto Cerón Camargo contra los señores Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, doctores Guillermo Morales Peña y Edilberto Arévalo Correal, la que en seguida se transcribe:

"..... el señor Cerón con fecha 6 de julio de 1935, presentó denuncio criminal ante el Poder Judicial contra el señor H. A. Metzger y contra todas las personas que directa o indirectamente resultaren complicadas en el delito de hurto de bienes fiscales.

"El 27 del mismo año, el señor Cerón contestó, por propia iniciativa y en su propio nombre, la demanda civil instaurada ante la Corte contra The Tropical Oil Company por la Nación, y — sin ser demandado — propuso demanda de reconvención contra la parte demandada, o sea, la Tropical.

"El denuncio criminal presentado ante el Poder Judicial correspondió en reparto al Juzgado 2º Superior de Bogotá a cargo, en ese entonces, del doctor Nicolás Torres Niño, quien comisionó a un funcionario de la Policía Judicial para la práctica de algunas diligencias.

"El 27 de febrero de 1936, el mencionado juez, doctor Torres Niño, decidió pasaran las diligencias informativas al Juzgado Superior de San Gil, por estimar que, caso de existir el delito de hurto denunciado, tal hecho se había consumado en aquel Distrito y nó en el de Bogotá.

"Por tal decisión, el señor Cerón acusó al doctor Torres Niño como autor y cómplice de infinidad de delitos.

"Al Tribunal Superior de Bogotá correspondió conocer tanto de la decisión del Juez 2º Superior, por haber interpuesto apelación contra esa providencia el señor acusador, como de la acusación promovida contra el mismo doctor Torres Niño por haber dictado el mismo proveído apelado.

"Conocieron de la apelación y de la acusación contra el Juez, los Magistrados del Tribunal de Bogotá, doctores Edilberto Aré-

valo Correal y Guillermo Morales Peña, contra quienes el señor Cerón ha presentado acusación criminal por los autos que profirieron en los asuntos en que tuvieron que intervenir.

"En consecuencia, aparecen como acusados ante la honorable Corte los Magistrados del Tribunal doctores Arévalo y Morales.

"DELITOS. — Los delitos principales que les imputa el señor Cerón, son los de hurto, prevaricato, cuadrilla de malhechores, y otros muchos.

"Los acusados, según el señor Cerón, han violado las siguientes disposiciones: artículos 2, 23, 485, ordinal 3º y 4º, 497, 516, 519, 521, 529, 792, 359, 358, 248, 566, 531 y 536 del Código Penal; 187, 188 y 1,595 del Código Judicial; 4, 113, 110 y 111 del Código Fiscal; 1º de la Ley 75 de 1913; y posiblemente otros que pudieran escaparse en esta enumeración pero que se encontrarán en los extensos escritos del señor Cerón.

"HECHOS. — Los hechos en que se funda la acusación, son en lo que respecta al doctor Morales Peña: haber encontrado truncas e incompletas las copias enviadas por el Juzgado 2º Superior, en el recurso de apelación del auto de 27 de febrero de 1936, atrás mencionado; y haber sugerido al Juez que esas copias debían ser expedidas a costa del señor Cerón; haberse abstenido de fijarle al Juez un término perentorio para la expedición de aquellas copias; haberse abstenido de ordenar la expedición de unas copias en un expediente criminal que se hallaba en la mesa del Magistrado Arévalo, a quien le tocó en reparto; y haber ordenado que ese memorial sobre solicitud de copias pasara al Magistrado en cuyo poder estaba el expediente.

"Los hechos en que se fundamenta la acusación, en lo que respecta al Magistrado Arévalo Correal son: haberle pedido un informe al Juez 2º Superior; haberle exigido al acusador del doctor Torres Niño la presentación de la prueba sumaria, exigida por la ley, y no haber decretado la reposición de esta providencia.

"PRUEBAS. — Como pruebas conducentes se encuentran en este expediente: copias de los autos proferidos por los Magistrados acusados; y copias del nombramiento y posesión de los mismos".

Sobre el fondo mismo del asunto el señor Procurador hace un análisis, en el pasaje de su vista que él llama "observaciones", que la Corte prohija, por considerarlo fundado y suficiente para motivar la presente providencia. Dice así el señor Procurador:

"La decisión de la honorable Corte se debe concretar por consiguiente a los cargos formulados contra los doctores Arévalo y Morales, pues aun cuando el señor Cerón pinta como delincuentes al señor Alfonso López, al señor Darío Echandía, al señor Jorge Soto del Corral, al señor Tulio Enrique Tascón, al señor Esteban Jaramillo, al señor Francisco de P. Pérez, al señor H. A. Metzger, al señor Raymond I. Dodson y a muchas otras personas, las presentes diligencias sólo se refieren, como ya lo ha dicho caramente le honorable Corte, a los mencionados Magistrados del Tribunal de Bogotá.

"La Procuraduría ha estudiado con toda atención los autos proferidos por los Magistrados Arévalo y Morales, autos que han sido invocados como los fundamentos para esta acusación, y del análisis de las actuaciones de los presuntos acusados ha llegado a la conclusión de que el proceder de éstos ha estado ajustado a las leyes.

"No es delito abstenerse de decretar la expedición de unas copias de un expediente que no está en la mesa del funcionario a quien se hace tal solicitud; ni puede constituír tampoco infracción penal el disponer que tal petición pase al funcionario que tiene la jurisdicción en ese expediente; ni usurpa jurisdicción el Magistrado que conoce del asunto, por el hecho de resolver la petición que un particular haya dirigido equivocadamente a otro funcionario; ni puede reputarse como delincuente al funcionario que cumpliendo la ley exige que las acusaciones contra funcionarios públicos se presenten acompañadas de la prueba sumaria, porque precisamente el pensamiento del legislador fue el de proteger a los funcionarios contra los ataques apasionados o temerarios de quienes gustan tomar la honra de los demás como pasto para rumiar sus rencores; tampoco es delito exigir la adición de unas co-

pias, para poder decidir de un recurso de apelación".

Difícilmente puede concebirse un proceso de sesgo más desorbitado que éste en que el señor Cerón Camargo, so pretexto de una acusación contra dos Magistrados del Tribunal de Bogotá, ha pretendido abrir ante la Sala de Casación en lo Criminal de la Corte Suprema de Justicia un debate altisonante sobre inexistencia de las negociaciones del Estado con la Tropical Oil Company en relación con hidrocarburos nacionales, sin percatarse siquiera del hecho fundamental de que tales contratos hasta hoy no se han declarado inválidos por las autoridades competentes.

Pretende el señor Cerón Camargo que se mezcle el ejercicio de la jurisdicción penal con el de la civil y administrativa; y que se involucre en un procedimiento de responsabilidad contra dos funcionarios del orden judicial en razón del ejercicio de sus funciones, todo un maremagno de pesquisas, de invectivas, de cargos, etc., contra el Presidente de la República, Ministros actuales y antiguos, particulares nacionales y extranjeros, etc.

La vista fiscal termina pidiendo sobreseimiento definitivo a favor de los señores doctores Morales Peña y Arévalo; y a guisa de epílogo sobre esta atronada aventura judicial del señor Cerón Camargo, expresa lo siguiente el señor Procurador:

"Es oportuno que la H. Corte se digne tener en cuenta los antecedentes de esta acusación, relacionados atrás, porque ellos sirven para explicar el pensamiento del acusador señor Cerón, pensamiento que puede formularse así: los contratos de explotación y trasporte de hidrocarburos y otros elementos celebrados con la Tropical y la Andian, deben estimarse como inexistentes; no existiendo esas convenciones, el petróleo que extraen y trasportan esas compañías, es hurtado por malhechores; la persona que no comulgue con estos postulados o el funcionario que no resuelva las peticiones del señor Cerón de acuerdo con los deseos de éste, ingresa automáticamente a la cuadrilla, infringe la mayoría de las disposiciones del Código Penal y se hace acreedor a los peores epítetos".

A mérito de lo expuesto, 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, **sobresee definitivamente** en favor de los doctores Guillermo Morales Peña y Edilberto Arévalo Correal por razón de los cargos que en las presentes diligencias les formuló el doctor Tomás Norberto Cerón Camargo.

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

**José Antonio Montalvo — Salvador Iglesias—Pedro Alejo Rodríguez—Alberto Mallo Baños,** Srio. en ppdad.

## INAPLICABILIDAD DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL A LOS PROCESOS INICIADOS ANTES DEL 1º DE JULIO DE DICHO AÑO

**La Ley 94 de 1938 —nuevo Código de Procedimiento Penal— la cual suprimió el fuero que amparaba a ciertos funcionarios públicos, no es aplicable respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de aquel año. El juzgamiento de aquellos empleados por los jueces comunes ni puede considerarse como más favorable al reo que el hecho por la Corte Suprema de Justicia. El artículo 22 de la Constitución y los artículos 5º de la Ley 57 de 1887 y 3º del nuevo Código Penal consagran expresamente el principio de que en materia penal la ley más favorable al reo, aun cuando sea posterior, debe preferirse a la desfavorable; pero tal cosa ha de entenderse respecto de una ley nueva vigente, no de una ley, como la 94 de 1938, que deba empezar a regir paulatinamente, para aplicarla, por expresa voluntad del legislador, tan sólo en procesos que se vayan iniciando a partir de la expedición de esa nueva ley. En virtud del artículo 722 del mismo código, para dichos procesos no existe todavía la ley de naturaleza penal que se invoca como la más favorable al reo; el nuevo código de procedimiento tiene existencia FORMAL desde el primero de julio de mil novecientos treinta y ocho; pero no tiene existencia MATERIAL o efectiva sino para procesos iniciados de aquella fecha en adelante. Quiso el legislador que la reforma penal no produjese sus efectos de manera súbita y brusca. Por lo que hace a la ley sustantiva, ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer, en cada caso, entre el código de 1890 y el de 1936, para aplicar el más favorable al reo.**

**Y en cuanto al procedimiento, se ha suavizado la tramitación con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del código. Respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho no se trata, pues, de escoger entre dos leyes de naturaleza penal para aplicar la más favorable al reo, sino de una ley vigente y de otra que por mandato expreso del legislador, no debe regir sino en determinados procesos: los iniciados a partir de aquella fecha.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala Dual.—Bogotá, seis de octubre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Por auto fechado el nueve de julio de este año dispuso el señor Magistrado doctor Salvador Iglesias que se oyera al señor Procurador General de la Nación en el presente sumario contra Manuel Linero Castillo, ex-Administrador de Hacienda Nacional de Santa Marta.

El señor Procurador delegado en lo penal, en vez de emitir concepto de fondo, planteó ante el Magistrado sustanciador la tesis de que la Corte ha dejado de ser competente para conocer en asuntos de esta índole, por cuanto la Ley 94 de 1938 suprimió el fuero especial para empleados como aquel a que se refiere este proceso.

Como a juicio del señor Magistrado sustanciador no ha cesado la competencia de la Corte, y por auto de treinta de julio último insistiera en pedir el concepto de fondo de la Procuraduría, ésta vuelve sobre sus puntos de vista, recurriendo en súplica ante la Sala Dual.

La súplica es procedente, pues aunque el auto reclamado sea en su aspecto de mera sustanciación, tratándose como se trata de fijar el punto de competencia, el auto de treinta de julio decide un incidente, y por ende puede atribuírsele el carácter de interlocutorio.

Para resolver, la Sala considera:

Sostiene el señor Procurador que aun cuando el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento dice que sus disposiciones se aplicarán solamente a los procesos iniciados después de la vigencia del mismo, debe regir sin embargo en punto a jurisdicción para actuaciones anteriores al primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, por

cuanto el artículo 22 de la Carta dispone que "en materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Y en opinión del señor Procurador, el fuero en casos como éste resulta desventajoso para el funcionario acusado, pues implica que el juicio se surta en una sola instancia, en vez de las dos del procedimiento ordinario, con la posible intervención del jurado y el recurso de casación.

Estima el señor Procurador que por encima del artículo 722 del Código está la norma constitucional, cuya aplicación se impone de preferencia.

No comparte la Sala el concepto de que el fuero se estableciera para someter a ciertos funcionarios a situaciones procedimentales desventajosas. Tal institución se informa sí en un criterio de desigualdad, pero no en contra del sindicado sino en su favor. La ley ha querido como elevar el juzgamiento de determinados funcionarios, y por eso los ha puesto bajo la jurisdicción de magistrados de jerarquía más alta que la de los jueces comunes.

Quizá este sistema legal ofrezca menos variedad de recursos que los inherentes a la jurisdicción ordinaria; pero esa apreciación no autoriza para concluír que la supresión del fuero pueda tomarse en el sentido de que el legislador haya querido hacer más favorable la ley en cuanto al juzgamiento de funcionarios.

Prueba de ello es que a pesar de las reformas legales y constitucionales, el fuero se ha mantenido en relación con el Presidente de la República, el Procurador General de la Nación, etc.

Pero aun aceptando que el legislador se haya propuesto en el nuevo Código de Procedimiento Penal determinar en esta materia del fuero una situación más ventajosa para los acusados, es lo cierto que por expresa voluntad del mismo tal situación carece de entidad legal en procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho. En una palabra, la Corte considera que en virtud del artículo 722 del Código, para dichos procesos no existe todavía esa ley de naturaleza penal más favorable que invoca el señor Procurador.

Bien sabida es la distinción que suele hacerse entre la existencia **formal** y la existencia **material** de una ley; y conocida la norma del artículo 53, Ley 4ª de 1913, conforme a la cual cuando la ley fije el día en que ella deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, sólo comienza a regir en ese momento.

Así, pues, de la comparación de los artículos 724 y 722 del nuevo Código resulta: el primero de febrero de mil novecientos treinta y ocho tal estatuto comenzó a existir **formal** y **materialmente** para procesos que se iniciaran después de esa fecha; y respecto de procesos iniciados con anterioridad a tal día, la existencia del Código es meramente **formal,** pero no **material.**

Cosa semejante—no igual, desde luego—ha ocurrido con otras leyes en materia penal. Por ejemplo:

El día veintisiete de diciembre de mil novecientos veintidós fue sancionada la Ley 109 de ese año (Código Penal del doctor Concha); pero como ella dispuso en su artículo 418 que sólo entraría a regir luégo que se llenaran varios requisitos, y la Ley 81 de 1923 aplazó la vigencia de aquel Código hasta el primero de enero de mil novecientos veinticinco, durante ese lapso de dos años la Ley 109 tuvo existencia **formal,** no **material,** y de ningún modo habría podido invocarse entonces como estatuto penal más favorable.

Con fecha veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y seis se expidió el reciente Código Penal. Desde entonces existió **formalmente;** pero su existencia efectiva, o sea **material,** no empezó sino el primero de julio del presente año. Y no podría afirmarse que con ese sistema de aplazamiento de la vigencia se quebrantara el artículo 22 de la Constitución por el aspecto de que entre la serie de leyes nacionales se encontrara una en materia penal, no aplicable a pesar de que en determinadas ocasiones pudiera resultar más favorable.

Claramente se ve que al culminar la reforma penal quiso el legislador que no produjera sus efectos de manera súbita y brusca.

Por lo que hace a la ley sustantiva ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer — en cada caso — entre el Código de mil ochocientos noventa y el de mil novecientos treinta y seis, para ir aplicando el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se facilitó una suave transición con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del Código.

Resulta, pues, fundada en derecho la providencia del señor Magistrado doctor Iglesias, materia del recurso de súplica interpuesto por el señor Procurador, y por tanto, la Sala Dual de la Corte la confirma.

Cópiese, notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

**José Antonio Montalvo—Pedro Alejo Rodríguez.**

## INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS QUE IMPONGAN MENOS DE SEIS AÑOS DE PENA CORPORAL, CUANDO SE TRATE DE PROCESOS INICIADOS ANTES DEL PRIMERO DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO

**No es admisible el recurso de casación contra sentencias que impongan menos de seis años de pena corporal, cuando se trate de procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, porque el artículo 722 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) así lo dispuso de manera inequívoca.**

**El artículo 22 de la Constitución y los artículos 5º de la Ley 57 de 1887 y 3º del nuevo Código Penal consagran expresamente el principio de que en materia penal la ley más favorable al reo, aun cuando sea posterior, debe preferirse a la desfavorable; pero tal cosa ha de entenderse respecto de una ley nueva vigente, no de una ley, como la 94 de 1938, que deba empezar a regir paulatinamente, para aplicarla, por expresa voluntad del legislador, tan sólo en procesos que se vayan iniciando a partir de la expedición de esa nueva ley.**

**En virtud del artículo 722 del mismo Código, para dichos procesos no existe todavía la ley de naturaleza penal que se invoca como más favorable al reo; el nuevo Código de Procedimiento tiene existencia FORMAL desde el primero de julio de mil novecientos treinta y ocho; pero no tiene existencia MATERIAL o efectiva sino para procesos iniciados de aquella fecha en adelante.**

**Quiso el legislador que la reforma penal no produjese sus efectos de manera súbita y brusca. Por lo que hace a la ley sustantiva, ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer, en cada caso, entre el Código de 1890 y el de 1936, para aplicar el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se ha suavizado la transición con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del Código.**

**Respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho no se trata, pues, de escoger entre dos leyes de naturaleza penal para aplicar la más favorable al reo, sino de una ley vigente y de otra que por mandato expreso del legislador, no debe regir sino en determinados procesos: los iniciados a partir de aquella fecha.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos treinta y ocho.

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo).

Contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada el veintiséis de agosto último que condenó a Teófilo Rodríguez a la pena de tres años y medio de reclusión por el delito de homicidio, el defensor interpuso recurso de casación.

No obstante tratarse de proceso iniciado con anterioridad al primero de julio del corriente año y ser la cuantía de la pena corporal impuesta por la sentencia inferior a los seis años de que habla el artículo 1º de la Ley 78 de 1923, el Tribunal le concedió el recurso "en atención a que el fallo de primera instancia procede de un Juzgado Superior", dando así aplicación al artículo 556 de la Ley 94 de 1938.

Llegado el expediente a la Corte, procedería en circunstancias normales que el Magistrado sustanciador ordenara darle el trámite ordinario del recurso de casación; pero como en el presente caso se advierte desde el primer momento que el recurso no es viable, corresponde a la Sala decidir de una vez acerca de este punto para no dar pábulo a actuaciones vanas.

No considera aceptable la Corte el recurso de casación de Teófilo Rodríguez, sentenciado por delito cometido en el año de mil novecientos treinta y cinco a menos de seis años de pena corporal, y de plano determina no aceptarlo, en fuerza de las siguientes razones:

La Sala no ignora que al tenor de los ar-

tículos 22 de la Constitución, 5º de la Ley 57 de 1887, 3º del nuevo Código Penal y 5º de la Ley 94 de 1938, en materia penal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, prefiera a la restrictiva o desfavorable, y sabe también que al tenor del artículo 150 de la Carta, en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley deben aplicarse de preferencia las disposiciones constitucionales.

Claro está que la Ley 94 de 1938 determina una situación más ventajosa para los acusados al reducir la cuantía de pena que las leyes anteriores fijaban como base de admisibilidad del recurso de casación; pero es lo cierto que por expresa voluntad del legislador, tal situación carece de entidad legal respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho. En una palabra, la Corte considera que en virtud del artículo 722 de aquel Código, para dichos procesos no existe todavía esa ley de naturaleza penal más favorable que invoca el señor Procurador.

Bien sabida es la distinción que suele hacerse entre la existencia **formal** y la existencia **material** de una ley; y conocida la norma del artículo 53, Ley 4ª de 1913, conforme a la cual cuando la ley fije el día en que ella deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, sólo comienza a regir en ese momento.

Así, pues, de la comparación de los artículos 724 y 722 del nuevo Código resulta: el primero de julio de mil novecientos treinta y ocho tal estatuto comenzó a existir **formal y materialmente** para procesos que se iniciaran después de esa fecha; y respecto de procesos iniciados con anterioridad a tal día, la existencia del Código es meramente **formal**, pero no **material.**

Cosa semejante—no igual, desde luego—ha ocurrido con otras leyes en materia penal. Por ejemplo:

El día veintisiete de diciembre de mil novecientos veintidós fue sancionada la Ley 109 de ese año (Código Penal del doctor Concha); pero como ella dispuso en su artículo 418 que sólo entraría a regir luégo que se llenaran varios requisitos, y la Ley 81 de 1923 aplazó la vigencia de aquel Código hasta el primero de enero de mil novecientos veinticinco, durante ese lapso de dos años la Ley 109 tuvo existencia **formal,** no **material,** y de ningún modo habría podido invocarse entonces como estatuto penal más favorable.

Con fecha veinticuatro de abril de mil novecientos treinta y seis se expidió el reciente Código Penal. Desde entonces existió **formalmente;** pero su existencia efectiva, o sea material, no empezó sino el primero de julio del presente año. Y no podía afirmarse que con ese sistema de aplazamiento de la vigencia se quebrantara el artículo 22 de la Constitución por el aspecto de que entre la serie de leyes nacionales se encontrara una en materia penal, no aplicable a pesar de que en determinadas ocasiones pudiera resultar más favorable.

Claramente se ve que al culminar la reforma penal quiso el legislador que no produjera sus efectos de manera súbita y brusca.

Por lo que hace a la ley sustantiva ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer — en cada caso — entre el Código de 1890 y el de 1936, para ir aplicando el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se facilitó una suave transición con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del Código.

Saludable medida del legislador porque el trámite o la adaptación a un nuevo estatuto penal tenía que verificarse respetando apreciaciones jurídicas basadas en la legislación anterior. El criterio de los juzgadores no podía informarse en la nueva legislación, puesto que ella no existía aún cuando esos fallos se produjeron.

Y tenía que ser paulatino el advenimiento de la nueva legislación, porque sólo así era dable coordinar los hechos y las decisiones jurídicas pretéritas con el nuevo estatuto, especialmente en casación, recurso que incide contra la sentencia acusada, cuyos fundamentos no pueden ser objeto de crítica ante normas preexistentes.

La Corte estima que al asentar la regla del artículo 722 del nuevo Código Judicial, se inspiró el legislador, dentro de un rigor

lógico, en las consideraciones que acaban de hacerse.

En el caso de que ahora se trata, no es, por tanto, que haya dos leyes entre las cuales escoger, ambas de naturaleza penal, y una de ellas más favorable al reo que la otra. Tal situación se presentaría si el nuevo Código no tuviera el artículo 722, o mejor dicho, si la Ley 94 de 1938 hubiera comenzado a regir el primero de julio para toda clase de procesos. Pero fue expresa voluntad del legislador que respecto de procesos antiguos no se aplicara.

Por lo demás, aventurado sería desconocer aquel art. 722 so pretexto de inconstitucionalidad, siendo así que el legislador ha sido considerado hasta ahora libre para acometer o no una reforma legal, y para fijar la fecha desde la cual la ley debe empezar a regir, en todo o en parte.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, se inhibe para conocer en este recurso de casación de Teófilo Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el veintiséis de agosto de mil novecientos treinta y ocho, que le impuso la pena de tres años y medio de reclusión por el delito de homicidio, y ordena que se devuelvan los autos a la oficina de su procedencia.

Cópiese y notifíquese.

**José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Salvador Iglesias — Alberto Malo Baños,** Srio. en ppdad.

## VEREDICTO CONTRADICTORIO

**El artículo 602 del Código Penal admite la posibilidad de que entre dos que riñen haya el uno promovido y el otro provocado tal riña; es decir, puede un veredicto expresar esa idea sin que ante la ley penal implique contradicción en sus términos; pero en el caso de autos en que el jurado contestó que el acusado era responsable, "en riña provocada por el matador y promovida por el occiso", ese veredicto es contradictorio y conduce a la invalidación de la sentencia por la causal 6ª de la Ley 118 de 1931.**

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

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo).

Ha recurrido en casación Faustino Quintero contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira que lo condenó a seis años de presidio, como responsable de la muerte de Jesús María Lotero.

En el escrito de interposición del recurso, presentado al Tribunal, alega como causal la de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por mala aplicación de ésta, pues según el recurrente no ha debido imponérsele la pena que señala el artículo 600 del Código.

Y sugiere allí que no habiendo sido la intención del reo la de causar la muerte de Lotero, los juzgadores de instancia debían haberse atenido al artículo 589 del Código Penal, que define el homicidio involuntario, o haber declarado injusto el veredicto del jurado si les parecía que "no se acomodaba o no se acomodó a esa realidad".

Venido a la Corte el negocio, fundamentó el recurso, como apoderado del reo, el doctor José Camacho Carreño, quien invoca también la causal primera de casación, basándose en que conforme al veredicto del jurado los jueces de instancia debían condenar al procesado en los términos del artículo 602 del Código Penal y no, como lo hicieron al tenor del artículo 600, ibídem.

El señor Procurador de la Nación formula, por su parte, demanda de casación, alegando la causal sexta del artículo 3º, Ley 118 de 1931, o sea, haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Para resolver la Corte considera:

Al jurado se le preguntó si Faustino Quintero es responsable "de haberle dado muerte voluntariamente a Jesús María Lotero"; y agrega el cuestionario las circunstancias de modo, tiempo y lugar de que en su oportunidad había hecho mérito el auto de proceder.

Y el jurado contestó: "Sí es responsable, en riña provocada por el matador y promovida por el occiso".

Se expresa así el señor Procurador Delegado en lo penal:

"De modo que si el homicidio, según el veredicto, se ejecutó en una riña provocada por el matador, mal podía ser éste a un mismo tiempo provocado también, como agrega el jurado, pues eso ataca el principio de contradicción; y viceversa, si el que murió fue el provocado en la pelea, él no podía ser el que la promovió, tratándose de un solo y único acto. Más claro: el veredicto coloca al acusado como provocador y provocado simultáneamente, lo mismo que a la víctima.

"En tales condiciones, salta a la vista la contradicción palmaria en los términos del veredicto y la causal sexta debe prosperar".

Por su parte sostiene el señor defensor que conforme al veredicto, Lotero, el muerto, fue quien inició la riña o querella; y que si se consideran sinónimos los vocablos promover y provocar, "no se sabe, según el veredicto, quién provocó o promovió la riña, y como la duda favorece al reo en todo lugar y tiempo, es de ética concluír que el provo-

cador fue Lotero y que a Faustino Quintero no debe castigársele con severidad mayor de la que para el caso establece el artículo 602 del Código Penal".

Verdad es que el artículo 602 del Código Penal admite la posibilidad de que entre dos que riñen haya el uno promovido y el otro provocado tal riña; es decir, puede un veredicto expresar esa idea sin que ante la ley penal implique contradicción en sus términos. Pero en el caso de que se trata, la manera como se desarrollaron los hechos induce a considerar que en realidad el veredicto quedó redactado en forma un tanto anómala. Y en estas circunstancias resulta muy atendible la idea del señor Procurador en el sentido de que se convoque nuevo jurado.

Esta confrontación de los hechos con el veredicto, tildado de contradictorio, conduce a la solución acertada de considerarlo injusto, como consecuencia de la infirmación de la sentencia por la causal 6ª de la Ley 118 de 1931.

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 Pereira, fechada el seis de julio de mil novecientos treinta y ocho, dictada en la causa contra Faustino Quintero por el delito de homicidio; en su lugar declara notoriamente injusto el veredicto del jurado, y ordena que se convoque uno nuevo para que resuelva en definitiva sobre el mérito de estos autos.

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

**José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Salvador Iglesias — Alberto Malo Baños,** Srio. en ppdad.

## CASACION DEL FALLO POR MALA APRECIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

**Habiendo agregado el jurado al factor de la responsabilidad la apreciación de que el homicidio se cometió en riña no provocada por el matador y sin concurso recíproco, esa agregación algo ha de significar e induce, por tanto, a la aplicación del artículo 602 del Código Penal y no a la del 600 acogido por el sentenciador. Sienta la Corte esta doctrina en instancia por hallar que la sentencia recurrida es insostenible y debe casarse por la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, puesto que no hay circunstancias agravantes sino sólo atenuantes.**

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

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo).

Delio o Adelio Villar fue condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a nueve años de presidio como responsable de la muerte de Rafael Romero, y ha recurrido a la Corte en casación invocando las causales 1ª y 4ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

El señor Procurador Delegado en lo Penal también sustenta el recurso alegando que el veredicto explicado de los jueces de hecho "debe tener algún alcance", el cual precisa aquel funcionario en el sentido de que la disposición penal aplicable es la del artículo 602 del Código Penal y no la del 600 acogida por el Tribunal.

Arguye también el señor Procurador que se aplicó indebidamente la ley penal por error en la calificación del grado del delito; y sustenta el recurso en los términos siguientes:

"No hay duda de que la adición estampada en el veredicto debe tener algún alcance, es decir, que existe alguna diferencia entre una respuesta simplemente afirmativa y la dada por los jueces de conciencia en este asunto.

"Ahora bien: Si el Tribunal acepta la riña; si admite que ésta fue provocada por el occiso, lo lógico es concluír que se trata, o de un homicidio atenuado y contemplado por el inciso primero del artículo 602, o de un homicidio simplemente voluntario que encaja en el numeral 7º del artículo 587, citado por el Tribunal, pero que debe estimarse como menos grave, al tenor del inciso segundo del mismo artículo 602.

Quizás no puede afirmarse estrictamente que el fallo del Tribunal esté en desacuerdo con el veredicto del jurado, porque en realidad el fallador no desconoce la respuesta del Tribunal de conciencia. Aún más: admite que la riña fue provocada por Romero, aseveración que no contiene claramente el veredicto y que, desde luego es favorable al reo.

"Resulta, por tanto, más apropiado y jurídico afirmar que la respuesta de los jurados estuvo mal interpretada al realizar la aplicación de la pena, y entonces debe concluírse que la causal existente es la primera y no la cuarta de casación.

"Pero, en fin, esta cuestión no tiene mayor importancia puesto que el resultado es el mismo: la invalidación del fallo recurrido y el proferimiento del que debe reemplazarlo.

"El Tribunal ha cargado al reo cuatro agravantes, que en realidad no existen: 1ª Haberse cometido el delito por tres personas; 2ª Haberse cometido el delito en la plaza pública de Ubaque y un día de gran concurrencia; 3ª Mala fama en la región; 4ª Estar sindicado de varios delitos.

"La primera agravante desaparece con la absolución de Alfredo Villar y Ernesto Baquero. La segunda, no se compagina con la aseveración del Tribunal de que el homi-

cida fue provocado, pues en tal situación no puede agravarle su situación el hecho de sufrir la agresión en una plaza pública. La tercera no está contemplada por la ley, pues ésta tiene en cuenta la mala conducta, o sea la que se pretende señalar como cuarta agravante. La cuarta, no se prueba porque el condenado haya sido sindicado antes, sino cuando ha sufrido condenas anteriores que no constituyen reincidencias.

"Por lo expuesto, la Procuraduría pide atentamente a la honorable Corte que invalide la sentencia del Tribunal y en su lugar condene a Delio o Adelio Villar a le pena principal de tres años de reclusión y a las accesorias correspondientes".

La Corte para resolver, considera:

En el presente caso, es preciso contemplar un aspecto especial: Por las razones que expresa el señor Procurador en la parte de su vista transcrita, en materia de calificación del delito en segundo grado, la sentencia recurrida es insostenible, puesto que no hay circunstancias agravantes sino sólo atenuantes; y adoleciendo el fallo de este defecto, la Corte debe casarlo por la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931 sobre indebida aplicación de la ley penal.

Así las cosas, al casar el fallo toca a la Corte, como Tribunal de instancia, dictar el que ha de reemplazarlo, y a ello se procede.

La tesis del Tribunal sobre aplicación del artículo 600, considerando como violado el numeral 7º del artículo 587 del Código Penal, a la faz del veredicto del jurado, sería aceptable, porque el jurado simplemente agregó al factor responsabilidad la apreciación de que el homicidio se cometió en riña no provocada por el matador y sin concurso recíproco; es decir, empleó términos análogos a los del referido numeral 7º del artículo 587.

Pero como esta agregación del jurado algo ha de significar, pues destaca el factor de la riña no provocada por el matador, la duda acerca de los términos del veredicto se compagina con la forma como los hechos sucedieron, e induce a la aplicación del artículo 602, bien directamente en su inciso 1º, o en su inciso 2º, estimado el homicidio que ejecutó Villar como de los menos graves entre los que contempla el artículo 587, numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veinticinco de marzo de mil novecientos treinta y ocho que impuso a Adelio o Delio Villar la pena de nueve años de presidio como responsable de la muerte de Rafael Romero; y en su lugar condena al mismo Adelio o Delio Villar a la pena principal de tres años de reclusión que cumplirá en el lugar de castigo que el Gobierno designe. Como parte cumplida de esta pena se computará el tiempo que el reo haya estado en detención preventiva.

Condénase al mismo Villar a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la pérdida de todo empleo o cargo oficial y de toda pensión pagadera por el Tesoro Público, al pago de las costas procesales y a la pérdida por vía de multa y a favor de la Nación del arma con que cometió el delito.

Por el Juzgado de origen se dará cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Decreto número 944 de 1934 para la anotación de la sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

**José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Salvador Iglesias — Alberto Malo Baños,** Srio. en ppdad.

## VEREDICTO CON TRADICTORIO

**Cuando de dos heridas, ambas mortales, causadas la una con arma de fuego y la otra con arma punzante y cortante, no se ha podido deducir cuál fue la única que causó la muerte, es anómalo concluír, como lo hizo el veredicto del jurado en el caso de autos, que uno de los acusados es responsable de homicidio y el otro de heridas. Esa anomalía implica contradicción en el veredicto. Prospera entonces el recurso por la causal 6ª de casación. En casos como éste la contraevidencia del veredicto reclama una declaración de injusticia notoria; la casación incide en la causal 5ª y trae por resultado la convocación de un nuevo jurado cuyo veredicto, cualquiera que sea, tendrá que considerarse intocable.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación en lo Criminal — Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor José Antonio Montalvo).

Samuel Gómez y Evangelista Díaz Ruiz fueron llamados a juicio por el Juzgado 1º Superior de San Gil como autores del delito de homicidio en la persona de Carlos Abraham Afanador.

Un primer jurado se pronunció sobre la responsabilidad de Samuel Gómez así: "Sí, pero en el acto mismo de ver que Afanador disparaba sobre Evangelista Díaz, su primo y compañero"; y en cuanto a la de Evangelista Díaz dijo el jurado: "No, pero sí de heridas en riña provocada por el occiso".

Habiendo encontrado el Juez un vicio de nulidad en el procedimiento, en vez de dictar sentencia, ordenó la reposición de lo actuado, la cual se llevó a efecto.

El segundo jurado, reunido en virtud de la declaratoria de nulidad, contestó con un "Sí" el cuestionario relativo a Samuel Gómez; y profirió acerca de Evangelista Díaz un veredicto igual al del primer jurado.

Gómez fue condenado, con aplicación del artículo 600 del Código Penal de 1890 y aumento de la sexta parte diferencial, a siete años de presidio; y a Díaz le impuso el Juez de primera instancia la pena de un año y dos meses de presidio por el delito de heridas, pero el Tribunal revocó la condenación de Díaz y ordenó que de las heridas conocieran los jueces de circuito.

Recurrió en casación el primero de dichos reos, y surtidos en la Corte los trámites legales, se procede a resolver.

Las causales de casación invocadas por el recurrente son: la 2ª, la 5ª y la 6ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931.

El señor Procurador Delegado en lo Penal coadyuva el recurso limitándose para ello a examinar la causal 2ª, "por afectar más radicalmente el proceso que las otras causales alegadas".

### CAUSAL 2ª

**Nulidad del procedimiento**

La vista del señor Procurador contempla dos aspectos por los cuales se ha alegado esta causal: Error en la denominación genérica del delito, e incompetencia de jurisdicción por haberse convocado el segundo jurado sin que el juez resolviera antes sobre el recurso de alzada que se le tenía propuesto contra el auto que declaró nulo un sorteo parcial de jurados.

Desecha el señor Procurador el primer aspecto o motivo de esta causal con los siguientes argumentos que la Corte acoge:

"Lo relativo a la nulidad planteada para el acusado Evangelista Díaz, por error en la denominación genérica del delito, es materia extemporánea en casación, porque dicho acusado fue absuelto del delito de homicidio y él no interpuso recurso alguno contra el fallo de segundo grado.

"Sin embargo, cabe anotar que el delito

estuvo bien calificado como homicidio, puesto que la muerte de Carlos Abraham Afanador sobrevino como consecuencia y efecto natural de las heridas que le causaron Evangelista Díaz y Samuel Gómez. Todavía más: consideradas aisladamente las lesiones que cada acusado le infirió a la víctima, aún así aparecen como suficientes para causarle la muerte, según lo demuestran los siguientes dictámenes periciales:

"a) **La autopsia**.....: 'Carlos Abraham Afanador murió a consecuencia de una hemorragia por ruptura de las arterias mesentéricas superior e inferior, heridas por el paso del proyectil a través de la cavidad abdominal. La hemorragia del brazo debió ser igualmente abundante por la ruptura que el arma cortante hizo en la arteria humeral derecha. La muerte se debió producir en pocos minutos'.

"b) **La aclaración de la autopsia**: 'La herida descrita en la diligencia de autopsia, producida con arma cortante y punzante, situada en el tercio superior del brazo derecho, sin un tratamiento quirúrgico adecuado y oportuno como era el de la ligadura de la arteria humeral, podía causar la muerte por sí sola independientemente de las descritas en el cadáver producidas por arma de fuego..... El proyectil de arma de fuego que penetró por el flanco izquierdo, produjo alteraciones anatómicas importantes, descritas en la autopsia, alteraciones anatómicas suficientes para haber producido la muerte de Afanador independientemente de las heridas con arma cortante'.

"c) **La exposición que rindieron médicos distintos a virtud de un auto para mejor proveer dictado por el Juez de primera instancia**: 'En la herida que recibió Carlos Abraham Afanador en la parte antero-externa del tercio superior del brazo derecho, no es el caso de fijar incapacidad para trabajar, por ser la herida prácticamente, necesariamente mortal, pues la ligadura de la arteria y vena (paquete vascular del brazo) sólo puede practicarse a tiempo para evitar la muerte, estando el médico presente, pues la hemorragia mata al herido antes de la llegada del médico si éste no se encuentra en el lugar del acontecimiento'.

"Y como lo anota el señor Juez, siendo 'de pública notoriedad que en el poblado de Cabrera (sitio del delito) no se encuentra una persona capacitada que hubiera podido verificar con éxito favorable la ligadura a que alude el señor médico oficial legista, indudablemente la muerte habría sobrevenido a consecuencia de esa sola herida, desde luego que mientras se llevara a cabo el traslado de un médico a dicho lugar, aun llamado por telégrafo y conducido en automóvil, tal hecho se hubiera consumado por el desangre total del paciente'.

"Luego existe una relación causal entre las heridas que Evangelista Díaz y Samuel Gómez le infirieron a Carlos Abraham Afanador y la muerte que a éste le sobrevino. En tal virtud se trata de un delito de homicidio, y la causal segunda no puede prosperar por este motivo."

Por lo que hace al otro aspecto de la causal, dice, para sustentarlo el señor Procurador:

"El segundo motivo alegado sí es viable. En efecto, por auto 4 de diciembre de 1937, después de celebrada la audiencia, advirtió el señor Juez que la causa estaba afectada de nulidad sustancial por equivocación en un sorteo parcial de jurados, y así lo decretó. El señor defensor, en tiempo oportuno, pidió reposición de esa providencia y en subsidio apelación.

"El señor Juez no repuso su auto, y guardó silencio acerca de la apelación. En esas condiciones, continuó la causa y se llevó a efecto una nueva audiencia con distinto personal de jurados, dando como resultado la condenación de Gómez en circunstancias más desfavorables que las reconocidas por el primer veredicto.

"Es claro que no habiéndose concedido la apelación que interpuso el señor defensor contra el auto que decretó la nulidad, esa providencia no se ejecutorió. Y no estando en firme, era irregular y nula toda actuación posterior. Al concederse la apelación, bien hubiera podido el Tribunal revocar el auto recurrido y quedar en firme el veredicto del primer jurado, con lo cual se habría beneficiado notablemente el acusado Gómez y no hubiera corrido la contingencia de un segundo veredicto desfavorable que sufrió después.

"Se incurrió, pues, en la nulidad prevista por el numeral 1º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, por cuanto el Juzgado y el Tribunal carecían de jurisdicción para fallar no estando ejecutoriado un auto interlocutorio tan importante como el que decreta una nulidad del juicio.

"Por lo expuesto, la Procuraduría General de la Nación pide atentamente a la honorable Corte Suprema de Justicia que invalide la sentencia recurrida del Tribunal Superior de San Gil y declare nula la causa a partir del auto de fecha 25 de enero de 1938, en que el señor Juez 1º Superior no accedió a reponer el que decretó la nulidad de lo actuado y se abstuvo de conceder la apelación interpuesta (folio 94 del cuaderno primero)".

Tampoco son aceptables para la Corte estos hechos como motivo de casación.

La nulidad sería la derivada del precepto constitucional sobre observancia de la plenitud de las formas propias del juicio, siendo así que el Juez pasó por encima de la apelación subsidiaria que estaba interpuesta contra el auto que declaraba una nulidad y ordenaba la convocatoria de nuevo jurado.

Pero contra esta alegación, cabe observar:

a) El auto del Juez que anuló el proceso fue dictado con apoyo en claras disposiciones legales y atendiendo a constante jurisprudencia de la Corte, según la cual constituye vicio de nulidad sustancial en los juicios criminales la insaculación de un mayor número de balotas al de jurados que se trate de reemplazar en los sorteos parciales, porque ello viene a introducir un factor de incertidumbre acerca de la persona o personas que debían desempeñar el cargo de jurados. Luégo de haberse surtido la apelación, seguramente el Tribunal habría confirmado el auto en referencia; y

b) Proferido el auto que negó la reposición del que decretó la nulidad, el defensor del reo omitió hacer el reclamo correspondiente a fin de obtener que aquella providencia se adicionara en el sentido de considerar la apelación; y todavía le quedaba al defensor, en caso de negativa, el recurso de hecho. Así las cosas, hubo por parte de la defensa una especie de abandono de la apelación, y en tales circunstancias no es serio que ahora se trate de subsanar ante la Corte la prescindencia del ejercicio oportuno de esos remedios legales, máxime cuando el auto de nulidad se ajustaba a la ley, según quedó explicado arriba.

No prospera, pues, este recurso de casación por la causal segunda.

## CAUSAL 6ª

### Veredicto contradictorio

A Carlos Abraham Afanador se le causaron dos heridas: una en el abdomen, con proyectil de arma de fuego, de la cual fue actor Samuel Gómez; y otra producida por Evangelista Díaz con arma cortante y punzante y que rompió la arteria humeral derecha.

Como de la diligencia de autopsia en el cadáver de Afanador y de los dictámenes periciales que luégo se produjeron, no es posible deducir que la única herida necesariamente mortal fue la de la bala causada por Gómez, sino que más bien resulta de esas diligencias que ambas heridas eran mortales, es anómalo concluír, como lo hizo el veredicto del jurado, que Gómez sea responsable de homicidio en la persona de Afanador y Díaz únicamente de heridas; y esa anomalía implica contradicción en el veredicto, tanto más cuando éste habla de riña al referirse a Díaz y nada dice al respecto acerca de Gómez.

Prospera, en consecuencia, el recurso por la causal 6ª; y ya que en casos como éste, según ha dicho la Corte, la contraevidencia del veredicto reclama una declaración de notoria injusticia, la casación incide en la causal 5ª, lo que trae por resultado la convocación de un nuevo jurado cuyo veredicto— cualquiera que sea — tendrá que considerarse intocable, y que debe definir la responsabilidad tanto de Gómez como de Díaz.

Nada implica en contra de tal solución la circunstancia de que sólo el reo Samuel Gómez sea recurrente. Sobre el procesado Evangelista Díaz no hay en estos autos providencia del Tribunal que lo absuelva o lo condene, pues en la sentencia recurrida lo

único que respecto de él se ordena es juzgarlo por heridas.

Infirmada la sentencia por la causal 6ª, el proceso queda de nuevo en condición igual a aquella en que estuvo cuando el Tribunal de San Gil conoció en segundo grado de la sentencia del Juez Superior del mismo Distrito, lo que hace procedente la declaración de notoria injusticia del veredicto en relación con ambos sindicados.

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, **infirma** la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil con fecha diez de junio de mil novecientos treinta y ocho en la causa seguida contra Samuel Gómez y Evangelista Díaz por el delito de homicidio en la persona de Carlos Abraham Afanador; en su lugar resuelve declarar injusto, por contradictorio, el veredicto del jurado respecto de ambos procesados, y ordena que se convoque, sortee y reúna nuevo jurado.

El Tribunal de San Gil tomará las providencias necesarias para que se suspenda el juzgamiento de Evangelista Díaz por el delito de heridas.

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

**José Antonio Montalvo — Pedro Alejo Rodríguez — Salvador Iglesias — Alberto Malo Baños**, Srio. en ppdad.

# SALA DE NEGOCIOS GENERALES

## EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO — PRESCRIPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO

**1. Consistiendo las excepciones en hechos en virtud de los cuales desconocen las leyes la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, quien las propone debe expresar concretamente los hechos en que las hace consistir, a efecto de que sobre ellos se oiga a la contraparte, y este principio es de más riguroso cumplimiento en los juicios ejecutivos. Tratándose del juicio ejecutivo quien alegue excepciones debe expresar categóricamente en qué consisten y plantear circunstanciadamente la demanda. — 2. En virtud de la derogación del artículo 257 del Código Fiscal por la Ley 43 de 1923, a partir de la vigencia de ésta, prospera la prescripción contra créditos del Estado, sujeta a las reglas del derecho civil.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril veinte de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

En escrito presentado el 10 de agosto último ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, el señor Delfino Díaz R. propuso excepciones en el ejecutivo que contra él sigue aquella entidad.

La Sala ha dado al incidente adecuada tramitación.

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita que, por falta de expresión en su objeto jurídico, la demanda exceptiva sea declarada sustantivamente inepta.

Dice ésta, textualmente, así:

"Refiriéndose al ejecutivo que cursa en ese Juzgado contra mí, por alcances deducidos por la extinguida Corte de Cuentas, hago saber que propongo la excepción de prescripción y la innominada de que trata el artículo 329 del C. J., y pido que a mi petición se le dé el curso prescrito por la ley: Ante la Corte Suprema de Justicia fundamentaré las excepciones propuestas".

Manifiesta el señor Procurador que fuera de esta inepta demanda, no se presentó oportunamente ante la Corte escrito alguno en el cual se expresen los hechos en que el excepcionante hiciera consistir sus excepciones. Que siendo éstas hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, quien las propone debe expresar concretamente los hechos en que las hace consistir, a efecto de que sobre ellos se oiga a la contraparte, y que este principio es de más riguroso cumplimiento en los juicios ejecutivos. Agrega el distinguido funcionario que se violaría el derecho de defensa judicial en materia civil si en esta clase de juicios se viniera a sentenciar sobre hechos que no fueron señalados inicialmente a la contraparte y respecto de los cuáles no fue oída ésta en la demanda de excepciones.

Considera la Sala:

Evidentemente, las razones que expone el señor Procurador hallan sólido fundamento jurídico, y como tesis de carácter general la Sala la acepta y comparte.

Con efecto. Las excepciones perentorias son hechas a los que la ley considera bastantes para librar a quien los compruebe de una pretendida obligación. Tratándose del juicio ejecutivo quien las alegue debe expresar categóricamente en qué consisten y plantear circunstanciadamente su demanda. Esto obedece a triviales normas de equilibrio

procesal, consignadas claramente en el Código respectivo: propuestas las excepciones se da traslado de ellas al ejecutante, para que éste sepa sobre qué bases se establece la controversia que ha de convertir en verdadera contención lo que hasta entonces no eran más que simples diligencias encaminadas a la efectividad de una obligación previamente declarada; viene luégo el término de pruebas durante el cual el acreedor puede producir las que estime oportunas a desvirtuar las circunstancias alegadas por el ejecutado. Pero si éstas no se han determinado específicamente, el acreedor no podrá ejercer ese derecho elemental y quedaría en una situación pasiva, de evidente inferioridad, ya que ignorando las pretensiones del deudor no podrá legalmente contrarrestarlas y sería sorprendido, a la hora del traslado de conclusión, con una serie de hechos, razonamientos y alegaciones contra los cuales no podría aducir ya ninguna comprobación.

Sin embargo, en este caso concreto, si bien es inadmisible el estudio de la excepción innominada (artículo 329 del C. J.), por las razones anotadas, sí procede el análisis de la de prescripción. En realidad, al proponerse en la demanda este medio de defensa se alude tácitamente al hecho de que la acción no se ha ejercido durante el lapso que la ley señala para que se produzca esa situación jurídica. Esta circunstancia de abandono del derecho o no ejercicio de su acción en determinado tiempo es la única que puede producir la prescripción. Por modo que alegada ésta, el acreedor no puede tener dudas respecto a los extremos que va a contemplar la controversia y adquiere cabal conocimiento de la materia de la litis. Propuesta siquiera sea — como en el presente negocio — deficientemente la excepción de prescripción, no cabe afirmar que el debate se plantea sobre un presupuesto que se ignora o desconoce. El propio señor Procurador admite la posibilidad de que el fallo puede pronunciarse sobre este medio exceptivo cuando expresa: "Empero, como pudiera decirse que alegando el reo la excepción de prescripción en juicio ejecutivo, alega implícitamente el único hecho en que ésta consiste, me referiré brevemente a él para demostrar que en manera alguna aparece acreditado en el proceso".

### La excepción de prescripción

Afirma el señor Procurador que debe ella declararse no probada porque la ejecución se trabó contra el deudor Díaz antes de que transcurriesen diez años desde que la obligación se hizo exigible y que el negocio se ha adelantado sin que aparezca en él suspensión alguna que exceda de tres años.

Al respecto se observa:

En virtud de la derogatoria del artículo 257 del Código Fiscal por la Ley 43 de 1923, a partir de la vigencia de ésta, prospera la prescripción en contra de los créditos del Estado, sujeta a las reglas del derecho civil.

La prescripción se interrumpe por todo recurso judicial intentado por el acreedor, pero esta interrupción no es valedera si el recurrente desiste expresamente de la demanda o cesa en la persecusión por más de tres años.

El señor Procurador al examinar el expediente deduce que en él no existe suspensión mayor de este último término. En realidad y considerando el asunto globalmente, ello es así; pero cabe observar que en el presente juicio se adelantan a la vez dos ejecuciones perfectamente distintas: una contra el excepcionante y otra contra el señor Manuel Antonio Arboleda y sus fiadores.

En efecto: El auto de fenecimiento definitivo número 95, de la Corte de Cuentas, proferido el 8 de septiembre de 1920 y que sirve de recaudo, dice en su parte resolutiva: "Fenécese definitivamente la cuenta general de la Administración de Hacienda Nacional de Quibdó en el año de 1912, de la cual son responsables los señores Delfino Díaz R., **de enero a trece de octubre**, y Manuel Antonio Arboleda, **del catorce de octubre al último de diciembre**, con un alcance de mil ciento veintiún pesos treinta y ocho centavos ($ 1,121.38) **a cargo del primero**, y uno de nueve mil treinta y nueve pesos diez y seis centavos ($ 9,039.16) **a cargo del segundo**". Esta providencia fue confirmada por auto de la Sala de Decisión de la antigua Corte de Cuentas, que reza en su parte motiva: "El señor doctor Domingo A. Com-

bariza, por medio del auto número 95 de 8 de septiembre de 1920, feneció definitivamente las cuentas de la Administración de Hacienda Nacional de Quibdó, referentes al año de 1912, con alcances de $ 1,121.38 y $ 9,039.16 a cargo de los señores **Díaz y Arboleda, respectivamente**....."

El mandamiento de pago es asímismo muy claro al respecto y de él se deduce sin lugar a dudas que se está en presencia de dos ejecuciones diferentes: "La Corte de Cuentas..... dedujo a cargo de los señores Delfino Díaz R. y Manuel Antonio Arboleda, como Administradores de Hacienda Nacional de Quibdó en 1912, **sendos alcances** líquidos y definitivos por valores de $....., **respectivamente. Al pago de la primera** de dichas sumas responde la hipoteca constituída sobre una casa de propiedad del mismo Díaz.....; y **al pago de la segunda** de tales sumas están con el señor Arboleda solidariamente obligados los señores Guillermo O. Hurtado y Cristopher E. Dixon..... Por todo lo cual este Juzgado..... dispone: primero, **librar orden de pago ejecutivo contra el señor Delfino Díaz R.** y contra la finca o casa hipotecada de que se ha hablado y a favor del Tesoro Nacional por la suma de $ 1,121.38 y sus intereses.....; segundo, **librar orden de pago ejecutivo contra los señores Manuel Antonio Arboleda, Guillermo O. Hurtado y Cristopher E. Dixon** y a favor del Tesoro Nacional por la suma de $ 9,039.16 y sus intereses....." (El subrayado de la Corte).

Con las anteriores transcripciones se establece que, debido a falta de técnica de los funcionarios respectivos, se adelantaron en un solo expediente dos juicios ejecutivos seguidos contra diversas personas, por diferentes motivos y por sumas distintas. Entre los señores Delfino Díaz y Manuel Antonio Arboleda no existe respecto de estas acciones ningún vínculo jurídico ni sus obligaciones tienen relación de dependencia alguna.

Tal anomalía no puede, como es natural, producir resultados que afecten a los responsables en cuanto a los medios que pueda presentar cada uno y la prosperidad de las respectivas acciones o su improcedencia no están sujetas a las contingencias que cada una deba sufrir en particular. Esto es, los juicios ejecutivos que en este expediente se adelantan son entre sí completamente independientes.

En tales circunstancias, es menester estudiar las modalidades propias de la ejecución seguida contra el cuentadante Díaz con prescindencia del juicio contra Arboleda, y establecer si respecto a la primera se ha verificado el fenómeno de la prescripción extintiva.

Esta pudo realizarse a partir del 1º de septiembre de 1923, fecha de vigencia de la Ley 42 citada. Fue interrumpida por la notificación de la orden de pago verificada el 7 de mayo de 1927 (folio 116 v., cuaderno principal). Sin embargo, esta interrupción se enervó y no es capaz de producir efectos porque la persecusión al ejecutado cesó en dos períodos por más de tres años: **Primero.** Del 12 de septiembre de 1927 (folio 134, ibídem), en que se verificó la diligencia de avalúo y depósito de la finca hipotecada, hasta el 24 de agosto de 1932 (folio 177, ib.), en que el procedimiento se reanudó con el decreto de embargo y retención de la quinta parte del sueldo devengado por Díaz en su carácter de Juez segundo Civil del Circuito de Quibdó. Lapso de la suspensión: 4 años y 10 meses. **Segundo.** Del 11 de abril de 1935 (fl. 182, ib.), fecha en que el ejecutado recibió notificación del auto que le concedía apelación del mandamiento ejecutivo hasta el 11 de agosto de 1938, cuando el Juzgado admitió la demanda de excepciones (fl. 2, Cdo. Nº 2). Lapso de la suspensión: 3 años y 4 meses.

Por modo que verificado el evento que la ley previene en el numeral 2º del artículo 2,524 del C. C., la interrupción civil no puede alegarse, y la prescripción de la acción ejecutiva se consumó en diez años, el 1º de septiembre de 1933, de conformidad con las normas del derecho común.

En virtud de 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, declara

**probada** en este juicio la excepción de prescripción en lo que a la obligación del señor Delfino Díaz R. se refiere, y ordena levantar la traba del embargo respecto de los bienes que a ella se hallan sujetos.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Eleuterio Serna R. — Aníbal Cardoso Gaitán — Pedro A. Gómez Naranjo — Gustavo Gómez Hernández, Srio.**

## RESPONSABILIDAD POR CULPA DELICTUAL

**1. La Corte ha sentado en varios fallos, basada especialmente en el artículo 2,356 del C. C., la jurisprudencia sobre la presunción de culpa en los casos de accidentes y a cargo de las empresas de transportes, por la peligrosidad natural que para terceros implica el funcionamiento de los vehículos y elementos en que el transporte se realiza. Un convoy de ferrocarril en movimiento entraña una manifiesta peligrosidad.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Aníbal Cardoso Gaitán).

Ante el Tribunal de Pereira el señor Marcelino Ossa M. presentó demanda contra la empresa del Ferrocarril del Pacífico para que se hagan estas declaraciones:

"A) Que la empresa del Ferrocarril del Pacífico debe pagarme dentro del término que la sentencia le señale, la cantidad de un mil pesos ($ 1,000.00) moneda corriente, como precio del camión marca GMC de mi propiedad, distinguido con la placa número 347 de la matrícula de Pereira, o subsidiariamente la suma que se fije como precio por peritos en el curso del juicio, camión que fue destrozado por la locomotora número 67, del Ferrocarril del Pacífico, en el sitio de Turín, jurisdicción de Pereira, el día diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y seis;

B) Que la empresa del Ferrocarril del Pacífico está obligada a pagarme, además, dentro del término fijado en la misma sentencia, la cantidad de mil pesos ($ 1,000.00) moneda corriente, o subsidiariamente lo que se pruebe en el curso del juicio, valor de los perjuicios provenientes del lucro cesante que me fueron ocasionados por la empresa demandada, consistentes en la destrucción del camión marca GMC, a que se hace referencia en el punto anterior;

C) Que la empresa del Ferrocarril del Pacífico está obligada a pagarme dentro del mismo término los intereses legales de la suma de dos mil pesos ($ 2,000.00) a que se contraen las dos peticiones anteriores, o de lo que subsidiariamente se fije, a partir de la fecha del acontecimiento que dio origen a la demanda, o por lo menos desde la notificación de ésta; y

D) Que se la condene en costas, si sostiene temerariamente la acción".

### Hechos

Se aducen los siguientes en el libelo:

**Primero.** El día diez y siete de mayo del año en curso, entre las cinco y seis de la tarde, viajaba un camión de mi propiedad, GMC, distinguido con la placa número 347, de la matrícula de esta ciudad, por el trayecto de carretera en construcción que partiendo del punto de Turín en la vía Pereira-Cartago sigue hacia Marsella. Este camión estaba manejado por el chofer Luis Muñoz, y se ocupaba en llevar balasto con destino a la obra. **Segundo.** Venía ya de regreso hacia esta ciudad el camión en referencia, y al atravesar el paso a nivel que existe en el punto de Turín de esta misma jurisdicción municipal, fue atropellado por la locomotora del F. C. del Pacífico marcada con el número 67, que conducía el tren de pasajeros hacia Armenia. El camión quedó completamente destrozado. **Tercero.** El maquinista de la locomotora no pitó siquiera por una sola vez en el trayecto inmediatamente anterior al paso a nivel ni dio señal de marcha, a tal punto que cuando llegó al sitio donde el camión se hallaba procurando pasar por sobre la carrilera, el choque fue intempestivo y ninguna de las personas que

había allí se dio cuenta de su llegada hasta el momento mismo del siniestro. **Cuarto.** El cadenero del paso a nivel no colocó la cadena como es de reglamento para dar la señal de que el tren va a pasar por ese sitio. Y no pudo colocarla precisamente por la circunstancia de que el maquinista de la locomotora no dio ninguna señal previa de su llegada.... **Séptimo.** Los peritos designados por la Inspección de Tránsito de Pereira avaluaron el camión GMC número 347, matriculado en la misma oficina, en la cantidad de mil pesos oro y los perjuicios sufridos por el lucro cesante a razón de veinte pesos diarios.

El Fiscal del Tribunal negó los hechos fundamentales de la demanda, se opuso a las declaraciones pedidas y presentó las excepciones de petición de modo indebido a las que resulten de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió.

### El fallo del Tribunal

La sentencia de primera instancia, que contiene un estudio inteligente e ilustrado del asunto, termina así:

"Primero. — Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el señor Fiscal del Tribunal en la contestación de la demanda. Segundo.—Condénase a la Nación, como propietaria de la empresa del Ferrocarril del Pacífico, a pagar al señor Marceliano Ossa, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor que el camión marca GMC y que se distinguía con el número 347 de la matrícula de Pereira, tenía el diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y seis, fecha en que fue destrozado por la locomotora número 67 del Ferrocarril del Pacífico. Tal valor será determinado en la forma prevista por el artículo 553 del Código Judicial. Tercero:—Se condena igualmente a la Nación, como propietaria del mismo Ferrocarril, a pagar al señor Marceliano Ossa seis días después de ejecutoriada esta sentencia, los intereses legales de la suma en que se avalúe definitivamente el camión a que se refiere el punto anterior, desde el diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y seis hasta que se verifique el pago; y Cuarto.—No se hace condenación en costas".

### La apelación en la Corte

Durante la segunda instancia se practicaron las pruebas pedidas por el señor Procurador Delegado en lo Civil. El actor no hizo solicitud en el particular.

Se recibió asimismo el alegato del citado funcionario. El demandante no alegó.

Cumplida la tramitación procesal, es llegada la oportunidad de que la Corte dicte sentencia que decida el recurso.

Para hacerlo, acoge la Sala, en varios de sus puntos principales, el estudio hecho por el Tribunal, por hallarlo jurídico y adecuado al análisis de los hechos y a la aplicación del derecho.

Refieren acordemente los testigos Luis Yomayusa, Marco Tulio González, José A. Gómez, Gabriel Gaviria, Alicia Montes de Alfonso y Bernardo Ortiz que el día diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y seis, entre las cinco y media y seis de la tarde, viajaba en dirección a Pereira, por la carretera Marcella-Pereira el camión de propiedad del señor Marceliano Ossa, manejado por el chofer Luis Muñoz, matriculado con el número 347, cuando en el paso a nivel del Ferrocarril de Caldas que está situado cerca al punto denominado Turín, en la parte en que dicha carrilera atraviesa la carretera, fue atropellado por la locomotora número 67 del Ferrocarril del Pacífico el camión de propiedad del señor Ossa, sin que momentos antes del accidente se hubiera oído el pito de la locomotora y sin que estuviera colocada la cadena que en ese punto existe para impedir el tránsito en los momentos de pasar los trenes. Del choque resultó casi destrozado completamente el camión, como lo anotaron los peritos que acompañaron al Inspector de Tránsito de la ciudad de Pereira en la inspección ocular practicada a raíz del accidente.

Aunque el señor Fiscal del Tribunal negó los hechos fundamentales de la demanda y aunque las pruebas practicadas en segunda instancia, por petición del señor Procurador, se encaminan a la refutación de algu-

nos de aquellos hechos, es lo cierto que se hallan demostrados en el proceso, por los testimonios que se citaron, los de mayor importancia, que pueden dar origen a la indemnización, a saber: el encuentro violento del camión con la locomotora, el no haber colocado el guardavía la cadena y el no haber dado el maquinista los pitazos de anuncio.

Aparece demostrado que en el punto donde la carrilera del Ferrocarril pasa a nivel de la carretera Pereira-Marsella, lugar del accidente, y como lo exige el artículo 8º de la Ley 76 de 1920, se mantiene un guarda encargado de impedir el paso de transeúntes y vehículos en el momento de circular los trenes; y aparece igualmente establecido que el día del suceso desempeñaba esas funciones el señor Luis Yomayusa, quien declaró no haber colocado la cadena en el momento en que pasaba el camión, debido a que la máquina no dio el pitazo reglamentario de aviso, como así lo declaran también los demás testigos presenciales del hecho.

El señor Procurador, con base principalmente en las pruebas aducidas en segunda instancia, razona así:

"Del dictamen pericial así como de los elementos probatorios traídos a los autos puede observarse lo siguiente: 1º Que el camión había podido llegar a la ciudad de Pereira sin que forzosamente hubiera tenido que pasar el paso-nivel que queda en el punto denominado Turín.... 2º Que el camión atravesó el dicho paso-nivel en reversa. A este respecto el dictamen pericial dice lo siguiente: 'No era absolutamente forzoso que se hiciera ese recorrido en reversa porque unos cincuenta metros antes de llegar al cruce hubiera podido cambiar su posición para continuar en forma normal'. 3º Que el camión debía ascender una difícil pendiente. Los peritos dicen a este respecto 'Es imprudente la marcha del camión en reversa para pasar el cruce con el F. C. pues era necesario hacer un recorrido no menor de cien metros en una fuerte pendiente, para salir a la carretera principal Pereira-Cartago. Consideramos que si el camión hubiera hecho ese recorrido en marcha normal, las probabilidades del accidente parecen muy remotas'. Es claro, por la situación especial de marcha del carro unida a la impericia del chofer y a la pendiente que debía recorrer, hubo de suceder lo que en seguida sucedió: un choque del camión contra el poste colocado a la orilla de la vía carreteable, después de haber pasado el camión por el sitio del peligro. Esto obedeció, como dicen los peritos: "A una mala maniobra del chofer, porque hay espacio suficiente para continuar la reversa sin producirlo'... Ahora bien, dicho choque hizo que el camión no siguiera avanzando, alejándose del sitio del peligro, e hizo más realizable el accidente porque 'en el caso de ocurrir el choque con el poste, el accidente no se hubiera producido; el carro hubiera podido continuar su marcha en reversa'. Pero más aún, si el chofer avisado como lo fue por el guardavía, o simplemente como medida de precaución: tipo del hombre prudente y diligente, hubiera frenado el carro, impidiéndole descender sobre la vía del ferrocarril, el accidente difícilmente se hubiera producido, porque, como lo indican los técnicos en la materia 'no era factor determinante para provocar el choque con la locomotora el hecho de haberse apagado el motor del camión, si éste, como lo dicen los testigos, ya había pasado el cruce, pudimos determinar que la distancia entre el poste donde se asegura la cadena y el cruce de la carretera con el F. C. es suficiente para estacionarse un camión de las dimensiones del que sufrió el accidente sin peligro del choque con el tren'. El carro, pues, chocó con el poste y avanzó luégo de frente sobre la carrilera. Caben aquí una de tres hipótesis todas que acusan palpablemente imprudencia y negligencia del chofer: 1ª Voluntariamente quiso volver a pasar la vía, no obstante habérsele anunciado la presencia del tren; hipótesis contraria a la realidad, pues entonces no hubiérase lamentado únicamente la pérdida del carro sino la de su conductor y la de los viajeros. 2ª Una vez avisado del peligro, frenó el carro para detenerlo en su marcha fatal de descenso hacia la carrilera, y a pesar de esto el carro siguió su marcha de bajada, lo cual acusaría una deficiencia en los frenos del aparato, y en consecuencia una máxima imprudencia: viajar cuando los elementos de previsión no estaban fun-

cionando normalmente. O 3ª No haber frenado el carro y en consecuencia, haber dejado que avanzara hacia la carrilera".

Las pruebas allegadas en la segunda instancia traen tan sólo como elemento nuevo de juicio la demostración del hecho de que el guardavía, en el momento del accidente, llamó la atención del chofer del camión hacia la inminencia del peligro de ser arrollado por la locomotora. En efecto, el declarante Luis Yomayusa, o sea el guardavía, afirma que al asomar la locomotora a la curva del kilómetro 36, al punto en donde se hacen visibles los trenes que viajaban en dirección Pereira-Nacederos, le anunció al motorista la presencia del tren, "gritándole por dos veces". Y agrega: "Cuando yo anuncié al motorista la presencia del tren, éste me manifestó que el motor se le había apagado y yo corrí a poner la cadena para evitar el paso de una bestia que venía cargada... El motorista no me preguntó si la máquina no se detendría y se dedicó a hacerle señas con la mano para tratar de detener el tren, a lo cual le manifesté que el tren no pararía". Y el testigo Antonio León Gómez dice: "Es cierto que al asomar la locomotora en la curva del kilómetro 36, es decir al sitio en que se hacen visibles los trenes que vienen de Pereira hacia Nacederos, el guardavía Yomayusa anunció al motorista la presencia de la locomotora... Me consta por haberlo oído que al anunciar el guardavía Yomayusa al motorista Muñoz la presencia del tren, Muñoz le contestó que el motor se le había apagado y le preguntó al mismo tiempo que si la máquina no se detendría... Es cierto igualmente que al contestar el guardavía Yomayusa en forma negativa la pregunta que el chofer le hizo de que si el tren se detendría, tanto el chofer como los peones que con él venían abandonaron el vehículo".

No obstante que la declaración de Yomayusa no puede, en principio, tenerse como prueba, según lo enseñan reglas elementales de técnica probatoria, por ser manifiesto el interés del declarante en afirmar que él cumplió, si no con el deber que tenía de extender oportunamente la cadena, sí al menos con el de avisar al chofer del camión la proximidad de la máquina, hay sin embargo fundamento para pensar que el guardavía dijo la verdad, por el testimonio de Antonio L. Gómez, y por la circunstancia muy significativa de haber tenido tiempo de abandonar el camión el chofer y los demás viajeros antes de producirse el choque entre la locomotora y el otro vehículo. El aviso del guardavía evitó seguramente que el accidente hubiese revestido mayor gravedad, por las lesiones o la muerte del ocupante del carro.

Parece plantear el señor Procurador la cuestión de la concurrencia de culpas entre el damnificado y la empresa del ferrocarril, por existir descuido, imprudencia o imprevisión de parte del propio damnificado. Sin embargo, no halla la Sala demostrado que tal concurrencia de culpas exista.

Hay un precepto general que obliga a las empresas férreas de transportes, además de las disposiciones del Código Civil sobre responsabilidad, consagradas en los artículos 2341 y 2347, y es el texto de la Ley 76 de 1920, en su artículo 26, ordinal d), que reza:

"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". Y el artículo 8º de la misma ley establece que dichas empresas deben mantener permanentemente un guarda en los puntos en que la línea cruza otras vías públicas, con el fin de impedir allí el paso de transeúntes y de vehículos en el momento de circular los trenes.

La Corte ya ha sentado en varios fallos jurisprudencia en el particular, basada especialmente en el artículo 2356 del C. C., sobre la presunción de culpa en los casos de accidentes y a cargo de las empresas de transportes, por la peligrosidad natural que para terceros implica el funcionamiento de los vehículos y elementos en que el transporte se realiza. Un convoy de ferrocarril en movimiento entraña una manifiesta peligrosidad.

En el caso de autos, además de la presunción general de culpa a que se ha hecho referencia, hay para el ferrocarril la culpa notoria de su agente, el guardavía, que descuidó el cumplimiento de su deber. Exis-

tiendo en el curso de la carretera con la línea férrea un empleado encargado de dar vía libre o de impedir el tránsito en momentos de circulación de los trenes, el solo hecho de no haberse colocado la cadena oportunamente deja de cargo de la empresa la totalidad de la culpa en el accidente. Puede suceder que la culpa haya sido del maquinista que no dio los pitazos de aviso para que el guardavía extendiera la cadena, o de éste que no lo hizo, o de ambos, pero en todo caso esa omisión tiene consecuencias necesarias y serias en orden a fijar la responsabilidad en el accidente.

Hallándose libre la vía en el momento en que el camión llegó al cruce de la carretera con la línea del ferrocarril, no podía lógicamente prever su conductor el inmediato arribo del tren. El lugar donde el siniestro ocurrió es el de una vía pública que como tal puede ser transitada libremente por peatones y vehículos, sin que el solo hecho de atravesarla en cualquier dirección y por cualquier motivo haya de constituír por sí solo causa determinante de accidentes. Por esto no valen, como exculpatorias para la empresa, las razones que se aducen consistentes en que el viaje del camión puede hacerse hasta la ciudad de Pereira sin transitar por el paso nivel donde el siniestro ocurrió, o la de que el camión atravesó ese sitio en reversa, pudiendo haber cambiado antes de posición o que los frenos no hubiesen funcionado, o finalmente que el motor se hubiese apagado en el propio lugar y en el momento que precedió al accidente.

El guardavía declara haberle anunciado al motorista la presencia del tren "gritándole por dos veces". Se comprende que el aviso de que se trata debió ser dado en forma angustiosa, cuando ya la llegada del tren no le permitía al empleado colocar la cadena. Lo que ocurriera al chofer con este aviso dado así en los momentos anteriores al choque, no se halla acreditado en el proceso. El declarante Gómez afirma haber oído decir al chofer que el motor se le había apagado. Pero bien pudo suceder que la inminencia del peligro, con la máquina del ferrocarril ya próxima, paralizara, por el fenómeno psicológico del miedo, la actividad del conductor del carro. Lo que sí parece evidente es que un aviso dado por el guardavía en las circunstancias en que lo hizo, no es bastante a trasladar la culpa del accidente o parte de ella al chofer del carro, por las razones apuntadas. Y en consecuencia, la presunción legal de culpa establecida a cargo de la empresa del ferrocarril, no se halla desvirtuada por las comprobaciones allegadas al expediente.

En tal virtud, procede declarar la responsabilidad de la Nación por el accidente de que se trata, como dueña del Ferrocarril del Pacífico, y por causa inmediata de la culpa de los agentes de la empresa.

**El valor de los perjuicios**

Pidió el demandante que se condene a la empresa al pago del valor del camión, al de la cantidad de mil pesos como lucro cesante, o la que se fije por medio de peritos, a los intereses legales de las sumas de dinero resultantes de los puntos anteriores, y a las costas del juicio.

Se demanda no solamente el pago del valor del camión —daño emergente— sino también el del lucro cesante, por lo que el vehículo hubiera podido producir desde la fecha del accidente.

Refiriéndose a esta cuestión dice el Tribunal que como se trata de indemnizar perjuicios en relación con objetos que se desgastan y deterioran por el uso, es improcedente condenar al pago del daño emergente y el lucro cesante, y ello porque el daño se indemniza pagando el valor del objeto a la época de la destrucción, sin tener en cuenta lo que hubiera de producir de allí en adelante, ya que si ese objeto tiene un valor intrínseco es por su capacidad para producir, y que por consiguiente, si al valor del vehículo se agrega lo que hubiera podido producir en su posible duración, se pagaría dos veces su valor.

No es éste el parecer de la Sala. El daño debe ser reparado en su totalidad. Y en casos como el que se considera, el daño se subdivide en dos partes: la primera, el camión destruído, la segunda, la inhabilidad en que queda su dueño para seguir aprovechándose del vehículo y derivar de él las ganancias que estaba reportando con su explotación al

tiempo de producirse el choque. Hay que indemnizar el valor del vehículo e indemnizar asimismo el valor del perjuicio que para su dueño implica el verse privado, por causa del accidente, de un elemento de trabajo que le permitía obtener utilidades en el negocio de trasporte. El camión no se paga dos veces, sino que se reembolsa, por una parte, de su valor al dueño, y por otra se le indemniza del daño que se le ocasiona con la privación de un medio eficaz de trabajo que le estaba produciendo ganancias.

Si a la destrucción del vehículo hubiese seguido el pago de su valor, podría entenderse que de esta suerte el dueño del carro lo sustituía o podía sustituírlo inmediatamente por otro, y en tal hipótesis el lucro cesante no existiría.

Las circunstancias del caso del pleito son diferentes, como se ha visto, y por eso los dos daños coexisten.

Como bien lo observa el Tribunal, no obstante que los peritos avaluaron dentro del juicio en la cantidad de mil pesos el camión, ese avalúo no puede aceptarse porque los fundamentos del dictamen no son otros que el concepto pericial rendido extrajuicio y que no puede surtir legalmente sus efectos en el debate, pues los avaluadores se remitieron al otro dictamen y lo aceptaron manifestando que por no haber visto ellos los restos del camión no podían objetar el avalúo hecho por los primeros peritos, "ni en pro ni en contra", es decir, que los últimos peritos no practicaron el avalo del camión destruído.

En cuanto al lucro cesante, lo estimaron en la cantidad de mil seis pesos cincuenta y nueve centavos ($ 1,006.59). Al hacerlo dijeron los expertos: "Según contrato que el señor Ossa M. tenía celebrado para balastar un trayecto de carretera Pereira-Marsella, este camión le hubiera producido líquido durante los dos primeros meses a razón de ciento ochenta pesos ($ 180.00) mensuales; el tercer mes por razón de desgaste de maquinaria, desajuste de carrocería, deterioro de llantas, etc., etc., su producido hubiera sido de ciento cincuenta pesos ($ 150.00); el cuarto mes, siendo ya mayor el desgaste, y agotándose un poco el trabajo, su producido hubiera sido el de ciento veinte pesos ($ 120.00); el quinto mes y los siguientes, que entra el camión en un período de vejez y desperfeccionamiento sigue produciendo a razón de cien pesos mensuales".

La Sala encuentra debidamente fundado este último avalúo.

En cuanto al primero, debe repetirse, fijándose el perjuicio por el medio establecido en el artículo 553 del C. J.

En cuanto a los intereses por la mora en el pago del monto de la indemnización, ellos no corren sino desde cuando la mora se produce. En el presente caso, y antes de un fallo condenatorio, no está en mora la Nación porque aún no se sabe la cuantía de los perjuicios. Los intereses deben liquidarse y hacerse exigibles desde la ejecutoria de este fallo, si a ello hubiere lugar, pues solamente de ahí en adelante puede venir a constituírse en mora para el pago la entidad pública demandada, y por tanto no procede actualmente la condenación en este punto. En tal sentido se reformará la sentencia de primera instancia.

**Costas**

No es viable legalmente la solicitud que en esta materia contiene el libelo, porque la Nación, al tenor del artículo 576 del C. J., no puede ser condenada en costas.

**Las excepciones**

La parte del fallo de primera instancia que se refiere a las excepciones propuestas por el demandado, y sobre la cual nada se arguye ante la Corte, merece la aprobación de la Sala por estar ajustada a derecho.

**Fallo:**

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, reforma así la sentencia de primera instancia:

Primero.—Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el Fiscal del Tribunal.

Segundo.—Condénase a la Nación, como propietaria de la empresa del Ferrocarril

del Pacífico, a pagar al señor Marceliano Ossa M., seis días después de ejecutoriada esta sentencia, el valor que el camión de propiedad de aquél, marcado con el número 347 de la matrícula de Pereira, tenía el diez y siete de marzo de mil novecientos treinta y seis, fecha en que fue destrozado por la locomotora número 67 del Ferrocarril del Pacífico. Tal valor será determinado en la forma prevista por el artículo 553 del Código Judicial.

Tercero.—Condénase a la Nación, como propietaria de la empresa del Ferrocarril del Pacífico, a pagar al señor Marceliano Ossa M., la cantidad de mil seis pesos cincuenta y nueve centavos ($ 1,006.59), como valor del lucro cesante ocasionado a dicho señor por la destrucción del vehículo mencionado en el punto anterior.

Cuarto.—No hay lugar a hacer la declaración pedida en el libelo sobre pago de intereses moratorios.

Quinto.—No se hace condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Aníbal Cardoso Gaitán—Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

BONOS COBRADOS EJECUTIVAMENTE POR EL TENEDOR.—REQUISITO PREVIO DE LA PRESENTACION DE LOS CONTRATOS DE EMISION DE LOS PAPELES DE DEUDA.—REPRESENTACION DE LOS TENEDORES POR PARTE DE LOS AGENTES FISCALES CONFORME A LOS CONTRATOS DE EMISION

**1.—De conformidad con los principios de nuestra legislación cambiaria, es regla general la de que el tenedor de un instrumento negociable puede exigir judicialmente el pago en su propio nombre. La Ley 46 de 1923 clasifica a los bonos, obligaciones o cupones de deuda emitidos por entidades públicas como instrumentos negociables, aun cuando el principio no es absoluto, pues del texto de esa ley se deduce que ellos están sometidos a un régimen especial que se autoriza y que bien puede tornarlos en documentos no regulados de modo directo por tal ordenamiento. El artículo 3º correspondiente dice que ellos serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado su emisión, y que a falta de dichos estatutos, lo serán de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes. — 2.—Tratándose de la negociabilidad de papeles de deuda emitidos por entidades públicas, la ley establece la siguiente jerarquía en cuanto a las normas que deben regirla: el contrato de empréstito o la disposición legislativa o gubernamental que autoriza la emisión, y luégo, a falta de ellos, las prescripciones legales pertinentes. Entre éstas, en orden de su especialidad, se aplicarán: la Ley 51 de 1918, sobre establecimiento o sociedades de crédito; la Ley 46 citada sobre instrumentos negociables; el Código de Comercio Terrestre, y el Código Civil. Acorde con estos principios la jurisprudencia de la Sala ha exigido como requisito indispensable para dar curso a acciones como la de que se trata, la presentación de los respectivos contratos de emisión. Es menester, pues, establecer de acuerdo con los convenios que autorizan y regulan los papeles de deuda presentados como recaudo, la capacidad que se concede a los tenedores para demandar en su propio nombre el pago. 3.—Estipulada en los contratos de emisión la representación de los Agentes Fiscales éstos son parte principal en ellos y en ellos adquieren derechos y obligaciones en su propio nombre y en el de los tenedores. La intervención de éstos se hace únicamente durante la ejecución del contrato, cuyas estipulaciones y términos no pueden discutir, y se limita a la ratificación incondicional del contrato en circunstancias análogas a las que determinan los pactos denominados de adhesión. De acuerdo con la Ley 51 de 1918 los establecimientos de crédito que obren como intermediarios tendrán el carácter de representantes legales de quienes hayan de ser tenedores de los documentos que se emitan, en cuanto haga referencia al estricto cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos por ellos mismos aceptados. Aun cuando en los convenios del caso de autos no aparezca una cláusula que expresamente impida a los tenedores exigir el cobro por vía ejecutiva, tal conclusión se desprende de sus términos generales. De los contratos a que se alude resulta nítidamente que las partes convinieron en que los bonos y cupones serían PAGADOS por conducto de los Agentes Fiscales. Esta estipulación contractual, al tenor del artículo 1642 del C. C., no puede ser modificada unilateralmente por la sola voluntad del acreedor, en este caso los tenedores.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de junio de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por auto de fecha 29 de julio de 1938, el Tribunal Superior de Medellín no accedió a dictar el mandamiento de pago que contra el Departamento de Antioquia impetra el doctor Alfonso Paláu, en su calidad de tenedor de varios bonos de deuda departamental.

Apeló el actor de dicha decisión, y la Sala, después de cumplir con los trámites que el negocio requiere, procede a resolver el recurso.

## La demanda

Pide el demandante que previos los requerimientos que sean menester se libre orden de pago, por vía de ejecución, a su favor y en contra del Departamento, "por la

cantidad líquida a que equivalga en billetes nacionales o del Banco de la República, al tipo de cambio fijado por éste, la expresada suma de dos mil cuatrocientos treinta y ocho dólares, con ochenta centavos ($ 2,438.80 US), moneda de los Estados Unidos de América y sus intereses al seis por ciento (6%) anual desde las respectivas fechas de vencimiento de los cupones, vencidos y no pagados, hasta que se efecúe el pago, más las costas del juicio".

Subsidiariamente, y para el caso de que el Juzgado estime vigente y aplicable el aparte último del artículo 18 del Decreto 280 de 1932, se solicita se ordene la entrega de los vales o **scrips** en la forma prevista en el convenio celebrado entre la Nación y el Departamento, aprobado por el Decreto 186 del mismo año, y en la cantidad correspondiente al valor de los cupones vencidos, estimándose los perjuicios por la no entrega de los vales en la cantidad de doscientos pesos mensuales a partir del 1º de abril de 1932; en el caso de que el demandado no entregue dichos **scrips** se pide se extienda la ejecución a la suma líquida en billetes nacionales o del Banco de la República equivalente a la cantidad de $ 2,438.80 US., moneda de los Estados Unidos de América e intereses al seis por ciento (6%) anual desde la fecha del vencimiento de los cupones hasta el pago, suma en que se estima con juramento el valor de las especies.

En segundo subsidio pide que se libre mandamiento de pago por la cantidad líquida de dos mil quinientos cinco pesos con treinta centavos ($ 2,505.30), en billetes nacionales o del Banco de la República, equivalente a $ 2,438.80 moneda de oro de los Estados Unidos de América del peso y ley que allí regían en 1925 y 1927, a la rata de $ 0.9733 de dólar por peso, y por los intereses de esta suma al seis por ciento (6%) anual desde la fecha del vencimiento de los respectivos cupones hasta que se efectúe el pago, más las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de su acción, el actor aduce estos:

Primero.—Es tenedor en debida forma de siete bonos al portador de la deuda departamental de Antioquia, de $ 1,000.00 oro americano cada uno, que ganan intereses al siete por ciento (7%) anual, pagaderos semestralmente. Los bonos se distinguen con los números: .....

Segundo—Los referidos instrumentos llevan adheridos cada uno diez cupones vencidos, los de las series A, B, C y D, y once cupones, los de las series primera, segunda y tercera, pagaderos en enero y julio los de las cuatro primeras series, y en abril y octubre los de las tres últimas, o sean, en junto, 73 cupones, de valor de $ 35 USC. pagaderos desde el 1º de abril de 1932 hasta el 1º de abril de 1937, que hacen la suma total de $ 2,555.00 oro americano, líquida y exigible, deducción hecha de unos abonos que se hicieron a cuenta de los cupones de abril y julio de 1932.

Tercero.—El Departamento no ha provisto al pago de los cupones en el lugar y forma en ellos prometido, excepto los pequeños abonos citados. Sus Agentes Fiscales en New York, en la actualidad The City Bank Farmers Trust Company y The Bank of The Manhattam Company, han rehusado el pago de ellos a su presentación en sus oficinas.

Al libelo se acompañaron los siguientes documentos:

a) Los siete bonos de que se trata con sus cupones respectivos;

b) Copias auténticas y registradas de las escrituras 1790 de 31 de julio de 1925 y 1132 de 9 de abril de 1926, de protocolización del contrato de emisión de los bonos de las series A, B, C y D, e hipoteca del Ferrocarril de Antioquia;

c) Copia auténtica y registrada de la escritura 2329 de 14 de septiembre de 1927, sobre protocolización del contrato de emisión de los bonos de las series primera, segunda y tercera;

d) Memoria del Secretario de Hacienda Departamental, de 1926, y en la cual se reproducen tales contratos;

e) Diarios Oficiales números 20,011 y 20,524, donde aparecen las Resoluciones presidenciales que aprobaron los convenios;

f) Declaraciones legalizadas hechas ante Notario por los Agentes Fiscales de New York, en las que consta el no pago allá de los cupones que se presentan como recaudo;

g) Certificado expedido por el Goberna-

dor de Antioquia acerca de que los Agentes para el servicio del empréstito en New York son los ya citados; y

h) Copia del acta de posesión del Gobernador certificante.

### El fallo de primera instancia

La sentencia del Tribunal rechazó las pretensiones del demandante, aunque aceptó algunas de sus alegaciones. La razón cardinal del fallo estriba en la consideración de que el doctor Paláu carece de personería o capacidad procesal para ejecutar.

El Tribunal considera que el actor ha cumplido la formalidad establecida por la jurisprudencia de presentación de los contratos de empréstito y estima que es válida la traducción de ellos que se acompaña, hecha por los Traductores Oficiales del Ministerio de Relaciones Exteriores. Manifiesta también, en contestación a un reparo del abogado del Departamento, que no era indispensable presentar copia de los contratos suplementales de emisión, ya que éstos deben ser derivación del convenio general.

Conviene destacar a mayor espacio dos conceptos que determinan el fallo, favorable el uno al actor, y motivo del rechazo el último: a) la posibilidad de exigir el tenedor de los bonos el pago de los cupones en Medellín, y b) el hecho de haberse prescindido de los Agentes Fiscales para el cobro.

a) Aunque de acuerdo con el contrato el pago debe hacerse en Nueva York, habiéndose presentado una fuerza mayor no prevista debe buscarse una solución que consulta la voluntad presunta de las partes. Y nada más equitativo que el entendimiento de que al no poderse hacer el pago en New York deba verificarse él en el domicilio del deudor. En tal forma se facilita a éste el cumplimiento de su obligación. Además, de conformidad con el contrato, las reclamaciones judiciales a que hubiese lugar deberán ventilarse en Medellín, lo que indica que los tenedores, en lo general norteamericanos, bien pueden renunciar a la ventaja que les otorga el contrato de que el pago se haga en New York, y pedir se verique en esta ciudad.

b) Del contrato aparece claramente que las partes convinieron en que los bonos y cupones serían pagados por intermedio o delegación del Agente Fiscal y que éste sería el representante general de los tenedores. Tal representación no se ejerce únicamente en beneficio de éstos sino también del Departamento, para que no tuviese que atender a las reclamaciones separadas de aquellos portadores. Lo que también se desprende de las disposiciones de la Ley 51 de 1918. La facultad de recibir que tiene el intermediario o delegado para el pago no se pierde por la sola voluntad del acreedor, según lo establece el artículo 1642 del C. C. Trae el Tribunal las opiniones del doctor Alberto Constaín sobre el contrato de trust o indenture, en el cual los tenedores no son acreedores individuales de la entidad deudora y sus derechos están restringidos por los del depositario, y observa similitud entre tales contratos y los del empréstito de que se trata.

Según éste para el ejercicio de las acciones reales de hipoteca o prenda sólo tienen personería legítima los Agentes Fiscales. Con igual razón sólo ellos deben tenerla para ejercitar acciones personales. Esto porque la hipoteca y prenda son derechos reales accesorios de la obligación personal. No puede concebirse con respecto a un crédito garantizado con tales seguridades que una persona tenga el derecho o acción personales y otra el derecho o acción real. De todo lo cual se deduce que acciones judiciales como la presente sólo pueden iniciarse por los Agentes Fiscales, y que el actor, aunque es un legítimo tenedor, carece de personería para ejecutar.

### Alegaciones del Departamento

Durante la segunda instancia, la parte demandada presentó varias alegaciones, que pueden resumirse así:

Los bonos son en principio negociables; pero por virtud del contrato o por disposiciones legales pueden quedar sometidos a particularismos que los limiten o quiten la negociabilidad o que establezcan modalidades en el ejercicio de los derechos de los tenedores. El Tribunal no consideró necesaria la presentación de los contratos suple-

mentales, pero esta apreciación es equivocada pues en ellos podrían hallarse estipulaciones que restringieran la negociabilidad de los cupones. De conformidad con los artículos 2º y 3º del convenio de 1927 aparece claro que éste no reguló todo el empréstito sino apenas una suma parcial. Cada serie nació a la vida jurídica en virtud de diversos contratos suplementales, y cada uno de éstos establece las formalidades a que están sujetos los papeles respectivos. Lo propio puede decirse del convenio principal de 1925.

Estiman los apoderados del Departamento que asimismo es equivocada la teoría del Tribunal en cuanto admite la posibilidad de que los tenedores demanden el pago en Medellín. En primer lugar observan que los argumentos de equidad aducidos serían valederos si el control de cambios internacionales pudiera tenerse por definitivo, pero no son de recibo y ya que esa medida obedece tan sólo a la situación económica y ha de variar con el cambio de éste.

El autorizar el cobro del empréstito en Medellín significa tanto como permitir por la sola voluntad del acreedor convertir en interno un empréstito externo. El lugar de pago no puede cambiarse sin la voluntad del deudor; al tenor del artículo 1,645 del C. C. el pago debe hacerse en el lugar designado por la convención y según el 1,627, ibídem, el acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la debida, ni aun a pretexto de ser de mayor valor la ofrecida. Los tribunales colombianos lo único que podrían resolver sería que el pago se hiciese en New York tan pronto como cesen las restricciones del cambio.

El Departamento contrajo una obligación de hacer: remesar los fondos necesarios al exterior, y se pretende convertirla en una obligación de dar: pagar directamente en Colombia a los diversos tenedores. La ejecución de la primera toca con la entrega de divisas extranjeras, y la ejecución de ésta con la entrega de moneda colombiana. El cumplimiento de aquélla debe hacerse para con el Agente Fiscal; el de ésta directamente para con el tenedor del bono.

El Departamento cumple en lo esencial sus obligaciones al remesar al Fideicomisario los fondos respectivos; se le exige ahora el cumplimiento de obligaciones no contraídas, como la de atender al pago directo de miles de cupones y bonos. Si el Departamento está obligado a pagar en Medellín también tiene derecho a pagar por consignación en la misma ciudad.

Los apoderados consideran acertado el auto en recurso en cuanto niega personería a los tenedores para exigir por sí mismos el pago, y manifiestan:

El Agente Fiscal, si bien desempeña algunas funciones en nombre de la entidad deudora, representa principalmente a los tenedores para todos los efectos del desarrollo y ejecución del contrato. Aun admitiendo que el pago pueda hacerse en Medellín tendría que serlo por conducto de los fideicomisarios, ya que éstos serían los llamados a resolver si lo aceptan en el domicilio del deudor o en el lugar designado por el contrato, cuando terminen las restricciones. La demanda constituye una indebida interferencia en los derechos de los Agentes, ya que de resolverse favorablemente, éstos no recibirían las cantidades que de acuerdo con el contrato deben remesárseles, y éste quedaría modificado sin el consentimiento de aquéllos.

A la luz de nuestra legislación puede afirmarse que el pago hecho a un tenedor que procede aisladamente no es válido en orden a extinguir las obligaciones para con el Fideicomisario. Según los artículos 1,634 y 1,645 del C. C. el pago no puede hacerse a persona distinta de la designada por los contratantes para recibir.

No se comprende cómo los Agentes Fiscales pudiesen usar de las facultades contractuales de declarar exigible el empréstito y de hacer efectiva la hipoteca, si algunos tenedores se han estado entendiendo con el deudor y recibiendo de él directamente el valor de sus cupones.

Plantean los apoderados el problema de la llamada "cláusula oro", para deducir que de acuerdo con las pretensiones de la demanda, el Departamento tendría que pagar tres veces más de lo que recibió, en virtud de las modificaciones que ha sufrido el valor intrínseco, problema que se agudiza al estudiar la aplicabilidad o no aplicabilidad de las

leyes colombianas sobre deudas al caso de empréstitos externos.

El interesante alegato de los señores apoderados termina con un estudio sobre el fenómeno, que consideran económico, de la moratoria.

### Alegaciones del demandante

En diferentes ocasiones presentó el actor extensos y razonados alegatos en orden a obtener la revocatoria de la providencia del Tribunal y la orden de pago que persigue. A continuación la Sala los presenta sintéticamente expresados:

El papel de los Agentes Fiscales es únicamente el de atender al pago de los bonos o cupones vencidos que presenten los tenedores. Por modo que no puede considerárseles como designados por los tenedores para recibir el pago. El caso es bien distinto del consignado en el artículo 1642 del C. C. El Agente Fiscal no es más, respecto del Departamento, que un depositario de fondos, y respecto de los tenedores un tercero elegido como depositario de la prenda estipulada (artículo 950 del C. de Co.). Del hecho de que los Agentes Fiscales puedan ejercitar las acciones contractuales contra el Departamento como representantes generales de los tenedores de bonos, sin necesidad de exhibir o poseer ningún bono o cupón, no puede deducirse que quien posea o exhiba alguno de ellos no pueda ejercitar independientemente una acción de cobro que emane directamente del mismo bono, como es la que consagra el artículo 54 de la Ley 46 de 1923.

Del análisis general de las disposiciones de la Ley 51 de 1918 se colige que las facultades de los Agentes Fiscales no excluyen la acción judicial de los tenedores. No tiene gran valor la cita que el Tribunal hace de la obra del doctor Constaín, pues el autor se contradice y además confunde el contrato de trust con el de indenture y el de agencia fiscal, ya que éste es un contrato de manejo de fondos o de agencia de un fisco, y aunque revista la forma de indenture, no implica necesariamente la idea de trust.

Cita el actor varios tratadistas norteamericanos para deducir que el portador de un bono es parte legítima en la respectiva ejecución, que la ley de instrumentos negociables se aplica a los bonos de entidades públicas y que el contrato de agencia fiscal no excluye la capacidad legal del tenedor para demandar al deudor.

Manifiesta en respuesta de observaciones del Tribunal y los apoderados del Departamento que no tiene especial interés en la petición subsidiaria sobre entrega de scrips, pues no considera trascendental la especie legal en que el pago haya de efectuarse.

Los contratos suplementales —continúa— no pueden contener ninguna restricción de los derechos de los tenedores, pues tales convenios deben ajustarse a los principales y en éstos no se autoriza ninguna.

La Corte ha admitido que en principio los bonos son instrumentos negociables y que sólo cuando aparezca en el contrato de emisión una limitación de la acción judicial puede desconocerse al tenedor la calidad de parte legítima. De un análisis detenido de los contratos respectivos se deduce que tal limitación no existe.

La distinción entre empréstitos internos y externos no tiene importancia sino en lo que se refiere a la aprobación del Gobierno Nacional que requieren los últimos. Aquí se cumplió con tal formalidad, y la diferencia entre los empréstitos es simplemente académica, sin consecuencias prácticas ningunas.

El argumento contra el pago en Medellín se funda en definitiva únicamente en el hecho de que él debe verificarse en New York, aunque se olvida que precisamente el pago no se puede o no se quiere hacer allá por el Departamento. Ni puede hablarse de moratoria, pues ésta, que no es un fenómeno económico sino jurídico, no ha sido decretada. Numerosas disposiciones del C. de Co. contemplan el cobro en Colombia de obligaciones pagaderas en el exterior. La conclusión del Tribunal se justifica si se tiene en cuenta que los cupones que se cobran son verdaderos pagarés a domicilio, reglamentados y definidos en la misma obra. El contrato comporta para el Departamento una obligación de hacer: enviar los fondos, pero rehusado el pago, esa obligación se convier-

te en una obligación de dar o pagar directamente en su domicilio, porque al tenor de las disposiciones del citado Código el portador conserva su derecho íntegro para exigir al deudor el importe del vale y gastos y ejecutar al librador y faltando la provisión éste está obligado al reembolso (aun cuando el portador haya hecho el protesto extemporáneamente).

Ni puede alegarse que el control de cambios sea medida transitoria, porque siendo los cupones obligaciones incondicionales a cierto día, el portador no está obligado a esperar que cese la fuerza mayor. El lugar señalado por la convención para el pago de los cupones no es una condición para la existencia o exigibilidad de la obligación, sino un derecho del acreedor, renunciable por éste.

Ni valen las consideraciones sobre el pago que el Departamento podría hacer por consignación, ya que aquél sólo sería válido si se ofreciera ejecutarlo en el lugar estipulado. Los señores apoderados confunden la obligación de hacer remesas al Agente Fiscal con la obligación que las disposiciones sobre pagarés a domicilio imponen al deudor de cubrir directamente esos pagarés a sus tenedores cuando el Agente haya rehusado el pago.

La alegación de que al pagar el Departamento directamente a los tenedores no podría cumplir la estipulación de hacer la remesa convenida se desvanece con la consideración de que podría remitir al Agente, como parte de la suma que debe enviarle, los cupones que pague. Esta sería una manera de pago que no chocaría con el control de cambios. Claro está que aun en el caso de que así se pagasen todos los cupones, siempre el Departamento quedaría obligado para con el Agente a remesarle las cantidades necesarias para fondo de amortización y comisión o cualquier otro gasto de aquél. Por esto se comprende, que independientemente del pago de los simples cupones, el Agente puede por incumplimiento de las otras obligaciones, ejercer la acción hipotecaria o declarar exigible el capital.

A estas conclusiones puede llegarse aun sin el apoyo de los preceptos de la ley de instrumentos negociables, pero ellos son estrictamente pertinentes. Por modo que se impone aplicar el artículo 54 de ella, ya que en los contratos no existe ninguna cláusula que haga inadmisible la acción judicial del tenedor.

Respecto de la cláusula oro es de advertir que tal problema no está planteado necesariamente, porque la demanda no pide determinada cantidad de este metal sino billetes nacionales o del Banco de la República a la equivalencia dicha de $ 0,9733. La devaluación del dólar no juega aquí papel alguno. La cuestión se reduce a determinar si el tipo de cambio aplicable a la reducción de la divisa extranjera debe ser el que regía en la fecha en que la obligación fue contraída o el que rija en la fecha del pago.

No puede hablarse técnicamente de que se está en frente al fenómeno jurídico de la moratoria. En las leyes y decretos-leyes posteriores a 1930 no se halla ningún precepto que decrete propiamente una moratoria. Lo que ha habido en realidad es una suspensión de pagos, de facto, impuesta por el desequilibrio de la balanza internacional.

Para terminar, el actor sostiene que varias de las alegaciones presentadas por la parte opositora, tales como fuerza mayor, posible falsedad de los instrumentos ejecutivos e incompetencia de jurisdicción, constituyen excepciones que no pueden presentarse **in limine litis.**

**La Sala considera:**

Como puede verse de la anterior exposición, son varias y complejas las cuestiones que se han debatido en el pleito.

Entiende la Sala que para seguir un orden lógico en el estudio debe considerarse en primer término la providencia del Tribunal, analizando las razones que la determinaron en el sentido en que fue dictada, y luégo, si fuere el caso, los demás aspectos que ofrece el negocio.

Base fundamental del auto recurrido es la de la incapacidad procesal del actor para demandar la ejecución.

Dispone el artículo 996 del Código Judicial:

"Cuando a un juez competente se le presente por parte legítima un título de los que

conforme a la ley traen aparejada ejecución, y pide, en consecuencia, que se decrete la obligación que él expresa, el Juez, sin citar ni oír al deudor, la decretará inmediatamente".

Para que proceda el mandamiento ejecutivo es, pues, necesario, que la acción o demanda se apoye en un título que tenga aparejada ejecución y que se presente **por parte legítima.** De modo que el juez competente a quien se presente una demanda de esta índole debe examinar, para aceptarla, el título presentado, con el fin de cerciorarse de que reúne los requisitos y condiciones necesarios; y también debe inquirir si el actor ha justificado su personería o la de su poderdante, o si tiene derecho para pedir.

De conformidad con los principios de nuestra legislación cambiaria, es regla general la de que el tenedor de un instrumento negociable puede exigir judicialmente el pago en su propio nombre. En la categoría de instrumentos negociables se comprenden: la letra de cambio, el pagaré, el cheque, los giros, las libranzas, los cupones y cualquiera otro que ofrezca las condiciones que la ley exige para tener esa calidad. Ellas son: Que conste por escrito y esté firmado por el que lo extiende o lo gira; que contenga una promesa incondicional o una orden de pagar una suma determinada de dinero; que sea pagadero a su presentación o a un tiempo futuro fijo o determinable; que sea pagadero a la orden o al portador; y que cuando esté dirigido a un girado, se exprese en él el nombre o indicación cierta de éste.

La Ley 46 de 1923 clasifica a los bonos, obligaciones o cupones de deuda emitidos por entidades públicas como instrumentos negociables. No obstante, este principio no es absoluto, y, por el contrario, del texto de la propia ley se deduce que ellos están sometidos a un régimen especial que se autoriza y que bien puede tornarlos en documentos no regulados de modo directo por tal ordenamiento. El artículo 3º correspondiente dice que ellos serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado su emisión, y que a falta de dichos estatutos, lo serán de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes.

Por modo que tratándose de la negociabilidad de papeles de deuda emitidos por entidades públicas, la ley establece la siguiente jerarquía en cuanto a las normas que deben regirla: el contrato de empréstito o la disposición legislativa o gubernamental que autoriza la emisión, y luégo, a falta de ellos, las prescripciones legales pertinentes. Entre éstas, en orden de su especialidad, se aplicarán: la Ley 51 de 1918, sobre establecimientos o sociedades de crédito; la Ley 46 citada sobre instrumentos negociables; el Código de Comercio Terrestre, y el Código Civil.

Acorde con estos principios la jurisprudencia de la Sala ha exigido como requisito indispensable para dar curso a acciones como la de que se trata, la presentación de los respectivos convenios de emisión. Se comprende tal exigencia si se tiene en cuenta que en dichos contratos, por lo general muy complejos, pueden existir particularismos que limiten o aminoren la calidad de negociables que comportan tales bonos o cupones merced a la presunción inicial de causa válida y suficiente de que se hallan provistos por ministerio de la ley.

Es menester, pues, establecer de acuerdo con los convenios que autorizan y regulan los papeles de deuda presentados como recaudo, la capacidad que se concede a los tenedores para demandar en su propio nombre el pago.

En el caso de autos, dos son los contratos de empréstito: el celebrado entre el Gobierno del Departamento (primera parte) con la Casa Blair & Co. Inc., de New York, Chase Sucurities Corporation, de New York, y E. H. Rollins & Sons, de New York (segunda patre, "Los Banqueros"); y Blair & Co. de New York (tercera parte, "Los Agentes Fiscales"), el 29 de septiembre de 1925, hasta por la cantidad de $ 20.000,000.00 US. Y el celebrado por el propio Departamento con la International Acceptance Bank Inc. y la Guaranty Trust Company of New York (segunda parte, "Los Banqueros") y la International Acceptance Securities & Trust Company, de la misma ciudad (ter-

cera parte, "El Agente Fiscal") por la suma principal total de $ 14.000,000.00 US.

Un análisis de ellos lleva a la conclusión de que en lo esencial los dos contratos contienen las mismas estipulaciones.

Y aparece claro que el papel primordial de los Agentes Fiscales es el de representar a los tenedores de bonos. Así se halla consignado en el artículo VII, Sección 2ª del convenio de 1927: "...sino que tal gravamen y tal obligación de hacer los depósitos continuarán hasta que el Agente Fiscal **como representante general de los tenedores de Bonos** realice el importe total que se deba sobre todos los bonos emitidos y vigentes en virtud de este contrato, junto con su remuneración y las demás costas y gastos usuales incurridos con motivo de este contrato".

Otras varias estipulaciones del contrato recalcan sobre esta representación de los Agentes Fiscales, les otorgan atribuciones y facultades congruentes con tal fin y les conceden un amplio poder discrecional en ejercicio de su cometido. Y es natural que así sea desde luego que tales Agentes son parte principal en el convenio, en el cual adquieren derechos y obligaciones en su propio nombre y en el de los tenedores. La intervención de éstos se hace únicamente durante la ejecución del contrato, cuyas estipulaciones y términos no pueden discutir, y se limita a la ratificación incondicional del contrato, en circunstancias análogas a las que determinan los pactos denominados de adhesión.

Este hecho de representación de los tenedores por el Agente Fiscal no es una circunstancia únicamente propia de los contratos que se analizan, sino una regla general de observancia en la mayoría de los convenios de empréstitos. La naturaleza de éstos hace indispensable el que los acreedores necesariamente sean representados por una persona o entidad que asuma la personería de ellos frente a la entidad pública deudora. No se comprende cómo un Estado o persona política tuviera que entenderse directamente con millares de poseedores de papeles de deuda en las múltiples relaciones que lo ligan con ellos. Tal exigencia propia de la índole de esas negociaciones se halla consignada en nuestro derecho escrito, en las disposiciones de la Ley 51 de 1918, según las cuales en la realización de operaciones de crédito que hayan de llevarse a cabo por medio de emisión de bonos, los establecimientos de crédito que obren como intermediarios tendrán el carácter de representantes legales de quienes hayan de ser tenedores de los documentos que se emitan, en cuanto haga referencia al estricto cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos por ellos mismos aceptados.

No aparece en los convenios una cláusula que expresamente impida a los tenedores exigir el cobro por vía ejecutiva, pero tal conclusión se desprende de sus términos generales. No se determinó perentoriamente este aspecto de la capacidad procesal para ejecutar, por incumplimiento de las obligaciones del Departamento, pero tal función compete propiamente a los Agentes Fiscales y no a los portadores de bonos. Para la efectividad de la obligación de pago se estableció expresamente que él debía hacerse en New York, en determinadas oficinas y a los Agentes Fiscales. Estos tienen facultad, en caso de incumplimiento de ella para declarar exigible el capital y hacer efectivas las seguridades que respaldan la deuda. Estas atribuciones, tan íntimamente relacionadas con el pago, caen bajo la acción exclusiva de los Agentes, y tal hecho indica que todas las gestiones tendientes a la solución del empréstito deben ejercerse bajo su dirección.

Y precisamente por ello los contratos les otorgan un amplio y discrecional poder de control o fiscalización sobre la capacidad económica y financiera del Departamento. Establece el artículo 4º del contrato de 1927 las garantías afectas al empréstito y determina la manera como el Departamento debe destinar y apropiar en su presupuesto las cantidades necesarias a tal fin y depositar el producto de las rentas pignoradas en una cuenta especial en un Banco con domicilio en el país. La sección 7ª del mentado artículo es del siguiente tenor: "El Agente Fiscal podrá anualmente o en cualquiera otra época dar los pasos que crea convenientes para verificar la exactitud de dicha cuenta especial en dicho Banco y para com-

probar que el administrador de rentas o cualquier otro oficial o empleado encargado de la recaudación de las rentas pignoradas en virtud de este contrato, las ha recaudado eficientemente y las ha depositado en dicho Banco a medida que han sido recaudadas de acuerdo con las disposiciones de este contrato y a ese fin el Agente Fiscal podrá nombrar un representante especial a quien el Departamento y dicho Banco concederán las facilidades necesarias para llevar a cabo tal investigación... El Agente Fiscal no estará obligado a dar pasos que tiendan a hacer efectiva la garantía dada por este contrato, ni con referencia a la investigación mencionada en esta sección. Sus actos en estas cuestiones serán enteramente a su discreción aun cuando todos sus gastos sean pagados por los tenedores de bonos o a nombre de ellos".

En idéntico sentido están redactadas las secciones tercera y sexta del artículo tercero del contrato de 1925. Confirman la tesis de representación general de los tenedores y, por ende, de su personería exclusiva para demandar el pago, estas normas que les otorgan tan importante misión. Según ellas los Agentes tienen entidad bastante para verificar y fiscalizar todas las medidas que debe tomar el Departamento en orden a la obtención y destinación de las sumas indispensables para atender al servicio de la deuda, pero al propio tiempo determinan que tal misión queda a la entera discreción de los Agentes, los que pueden ejercerla o no, como a bien tengan. Esta facultad trascendental dice bien claro hasta qué punto es importante el papel de los fideicomisarios y cómo es de amplio el poder que tienen en su cometido, ya que por su negligencia o culpa las garantías que respaldan el empréstito podrían reducirse en extremo o desaparecer, haciéndose, en el caso de que los tenedores pudieran cobrar por sí propios, prácticamente irrisorio el derecho que perseguirían. Y se comprende bien que a los tenedores importaba más el eficiente recaudo de las rentas pignoradas, para satisfacer sus créditos, que la posibilidad de poder ejercer por sí mismos una acción judicial para llegar a idéntico resultado.

Según los contratos, los Agentes fueron designados por los contratantes para recibir el pago, y no son simplemente depositarios para ello. Así se desprende de las siguientes cláusulas del contrato de 1927: Artículo V, Sección 1ª: "De las sumas depositadas en el Banco de Colombia, según se ha convenido y en caso de que tales depósitos no fueren suficientes, entonces en sus otros recursos o fondos, el Departamento conviene **en pagar o hacer que se pague** a la International Acceptance Sucurities & Trust Company, como Agente Fiscal, en su oficina principal en la ciudad de New York, en moneda de oro de los Estados Unidos de América... las siguientes sumas..." Sección 2ª: "...Al Agente Fiscal no se le exigirá que mantenga separadas las sumas de dinero que se hayan **pagado** o depositado según lo convenido anteriormente". Resulta así nítidamente que las partes convinieron en que los bonos y cupones serían **pagados** por conducto de los Agentes Fiscales, únicos que según el convenio tienen facultad para recibir. Esta estipulación contractual, al tenor del artículo 1642 del C. C., no puede ser modificada unilateralmente por la sola voluntad del acreedor, en este caso los tenedores. El hecho de designación de determinadas personas para recibir el pago constituye una condición de rigurosa observancia para las partes, y no puede ser invalidada o anulada sino por su mutuo consentimiento o por causas legales.

Dadas las facultades de que gozan los Agentes, es a ellos a quienes corresponde ejercer el derecho de exigir al Departamento la remesa periódica de los fondos convenidos, al lugar señalado para el pago, mientras tal remesa no se haga.

No puede argüirse que esta tesis de que únicamente los Agentes Fiscales tienen capacidad para exigir el pago ejecutivamente por incumplimiento del Departamento, signifique la negación de todo derecho para éstos y les haga imposible el cobro judicial de su acreencia. Se trata simplemente de que por virtud de la representación general conferida a los Agentes son éstos los que en ejercicio del mandato deben hacerlo. Por modo que a los tenedores compete solicitar o exigir a los Agentes que demanden en su nombre el pago. Estos procederán como me-

jor crean convenga a los intereses encomendados a su cuidado. Y en todo caso la voluntad de la mayoría de los acreedores ha de prevalecer, ya que ellos pueden hacer uso del derecho consagrado en el artículo VII, Sección 6ª, del contrato (1927): "Los tenedores de por lo menos el cincuenta por ciento del importe total de Bonos vigentes podrán en cualquier tiempo remover al Agente Fiscal así nombrado por el Departamento y nombrar otro Agente Fiscal de su elección". Como puede verse en esta cláusula, el contrato, que tan amplias facultades de representación confiere al Agente, consulta también eficazmente la protección de los tenedores y hace, como es natural, que prevalezca la opinión de la mayoría, congruente con el fin que persigue de que estos obren no individual sino colectivamente. No es el caso de que la Sala entre a analizar, como lo hicieron el Tribunal en su sentencia y las partes en el recurso, la cuestión de si el pago que se demanda puede exigirse en Medellín o únicamente en Nueva York, pues ello sólo procedería si se admitiese personería suficiente en los tenedores para ejecutar. Sentada esa tesis sí sería oportuno estudiar en qué plaza debería aquél verificarse; pero como este fallo sustenta la conclusión contraria, evidentemente sobra dicho análisis.

De todas las razones expuestas y del espíritu general del contrato aparece clara la intención de las partes de que los Agentes Fiscales, en su calidad de fideicomisarios, tengan la representación legal de los tenedores de bonos, y de que a ellos compete privativamente el uso de los recursos y acciones reconocidos por el contrato y por la ley para obligar al Departamento al pago en caso de inejecución o incumplimiento de las obligaciones contraídas; y que, en consecuencia, los tenedores carecen de personería adjetiva para demandar en juicio directamente dicho pago, por no existir en ellos la consiguiente capacidad procesal.

El fallo apelado, que afirma estas conclusiones, merece ser, por tanto, sostenido.

No es el caso de discurrir sobre otras cuestiones jurídicas presentadas por las partes.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Negocios Generales, confirma el auto proferido en esta actuación por el Tribunal Superior de Medellín el 29 de julio último.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Aníbal Cardoso Gaitán—Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## EXCEPCION DE PRESCRIPCION CONTRA UN CREDITO DEL ESTADO

**En virtud de la derogación del artículo 257 del Código Fiscal por la Ley 43 de 1923, a partir de la vigencia de ésta —1º de septiembre del propio año— prospera la prescripción en contra de los créditos del Estado, sujeta a las reglas del derecho civil. La prescripción se interrumpe por todo recurso judicial intentado por el acreedor, pero esta interrupción no es valedera si el recurrente desiste expresamente de la demanda o cesa en la persecución por más de tres años.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio treinta de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En escrito presentado el 24 de diciembre de 1937 ante el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, el señor Rafael Durán Acebedo propuso la excepción de prescripción extintiva en el ejecutivo que contra él adelanta aquella entidad.

La Sala ha dado al incidente adecuada tramitación.

Se adelantan en el negocio, acumuladas, dos ejecuciones contra el señor Durán Acebedo. Las obligaciones se hicieron exigibles, respectivamente, el 15 de octubre de 1923, la primera, y el 22 de enero y 22 de julio de 1935, la segunda, fechas de los autos de fenecimiento definitivos que sustentan los correspondientes mandamientos ejecutivos

Afirma el excepcionante que si bien las ejecuciones se iniciaron antes de haber trascurrido diez años desde la exigibilidad de las respectivas obligaciones, se ha presentado en aquéllos uno de los eventos contemplados en el inciso 2º del artículo 2524 del Código Civil, por cuanto la persecución fue abandonada por más de tres años.

Se observa:

En virtud de la derogatoria del artículo 257 del Código Fiscal por la Ley 43 de 1923, a partir de la vigencia de ésta —1º de septiembre del propio año— prospera la prescripción en contra de los créditos del Estado ,sujeta a las reglas del derecho civil.

La prescripción se interrumpe por todo recurso judicial intentado por el acreedor, pero esta interrupción no es valedera si el recurrente desiste expresamente de la demanda o cesa en la persecución por más de tres años.

Se estudiará la excepción propuesta respecto de cada una de las ejecuciones de que se trata:

1ª—La prescripción se interrumpió por la intimación de la orden de pago el 5 de noviembre de 1924; el juicio se adelantó normalmente hasta el nueve de noviembre de 1925, y de allí en adelante cesó la persecución en un lapso superior a tres años. El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista fiscal, admite, respecto de ella, el hecho de la inoperancia de la interrupción y, por ende, la prosperidad de la prescripción.

2ª—La prescripción se interrumpió el 11 de agosto de 1931, fecha de notificación del auto ejecutivo. El ejecutado estima que la persecución fue abandonada por más de tres años, y el señor Procurador sostiene que ello no sucedió. La Sala considera: A partir de la intimidación del mandamiento, el proceso se siguió regularmente hasta el día 18 de junio de 1934, cuando se dictó un auto por el cual se solicitaba del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados el respectivo certificado sobre el propietario actual de la finca denominada "La Palmita", hipotecada al Gobierno por el ejecutado. Con posterioridad a dicha providencia no se dictó ninguna hasta la de fecha 22 de enero de 1937, que decreta la acumulación de los dos juicios. Este auto, de acuerdo con sus términos, debía de ser notificado personalmente; esta diligencia se llevó a efecto el 15 de

diciembre del propio año. Al tenor del art. 327 del Código de Procedimiento Civil, por regla general ninguna resolución produce efectos antes de haberse notificado legalmente a las partes. En tal virtud, el auto de que se trata sólo puede tenerse como tal y ser capaz de producir consecuencias jurídicas únicamente desde la fecha de su notificación. Por modo que la etapa de abandono iniciada, como se ha visto, el 18 de junio de 1934, alcanzó a los tres años de duración antes de que pueda legalmente considerarse dictada ninguna otra providencia. De donde se infiere que también respecto de esta ejecución se consumó la situación jurídica del abandono y, en consecuencia, la prescripción.

Así, pues, verificado en los juicios ejecutivos acumulados en este proceso el evento que la ley previene en la parte final del numeral 2º del artículo 2524 del C. C., la interrupción civil no puede alegarse, y la prescripción de las acciones se operó en diez años, de conformidad con las normas del derecho común.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada en este juicio la excepción de prescripción extintiva alegada por el ejecutado, ordena la cesación del procedimiento y el consecuente desembargo de los bienes trabados.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Aníbal Cardoso Gaitán—Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## EXCEPCIONES

**1.—Una Resolución, de aquellas a que se refiere el artículo 1059 del C. J., puede ser definitiva sin que aún esté ejecutoriada, como puede estar ejecutoriada sin ser definitiva. Los hechos generadores del carácter de definitiva de una providencia, son distintos de los que generan la calidad de ejecutoriada. Una Resolución es definitiva "si 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", dice el artículo 466 del C. J. Y se considera ejecutoriada, ya sea o no definitiva, cuando no está sujeta a reposición, súplica, apelación, consulta o casación, por que no proceda el recurso, o porque se haya vencido el término legal para interponerlo, o que se haya surtido la consulta. De manera que no es fundada la afirmación de que una Resolución no puede ser definitiva si puede ser materia de apelación, etc. Cosa distinta es que una Resolución definitiva pueda ser revocada, reformada, etc., por el superior del funcionario que la hubiera dictado, si a su conocimiento hubiera ido en virtud del recurso contra ella interpuesto. — 2.—En los juicios ejecutivos puede proponer el ejecutado, al igual que en los otros juicios por jurisdicción general, todas las excepciones que crea tener a su favor (artículo 1025, C. J.), encaminadas a enervar la ejecución, sin que sea óbice para ello que el auto ejecutivo se halle ejecutoriado. Así quedó derogado el artículo 1093 del anterior Código Judicial. — 3.—Si la obligación que se exige está plenamente comprobada y el demandado se limita a decir que no debe, le corresponde probar que la obligación no existe, o que se ha extinguido por pago u otra causa legal; pero si la obligación no está probada, es más claro aún que al demandado no le compete probar que pagó.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Vizcaíno)

En oficio de 8 de mayo de 1936, el señor Juez 3º en lo Penal del Circuito de Cartagena se dirigió al señor Administrador de Hacienda Nacional de esa ciudad, informándole esto: "El señor Leopoldo Porto Moreno entregó a buena cuenta de mayor suma al señor Tesorero Municipal de esta ciudad, en la tarde del 26 de los corrientes, 105 órdenes de pago a cargo de la Tesorería del Municipio por distintos giradores y sin estar estampilladas".

Con base en esta información el Administrador de Hacienda Nacional dictó la Resolución número H-11 de 28 de mayo de 1936, en que dispuso pedirle al Tesorero Municipal que remitiera a ese despacho las órdenes de pago de que da cuenta el Juez 3º del Circuito, con el fin de examinarlas, constatar su valor y ordenar su revalidación mediante el pago de las estampillas de timbre correspondiente, al tenor de las disposiciones pertinentes. En oficio de 9 de junio del mismo año, el Inspector General de Rentas Municipales se dirigió al Administrador de Hacienda Nacional diciéndole: "Que adjunto con el oficio le remitía las relaciones de las órdenes de pago que fueron halladas sin las estampillas de timbre nacional correspondiente, al examinarse por esa Inspección las cuentas de la Tesorería Municipal de esta ciudad, correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 1935, de la responsabilidad del ex-Tesorero Leopoldo Porto Moreno". Manifestó también el Inspector General de Rentas en el mismo oficio lo siguiente: "Las cuentas dichas fueron pasadas por esta oficina al Concejo Municipal para que sufran la primera instancia, debiéndose surtir la segunda en la Contraloría General del Departamento. Las mencionadas relaciones constan de 6 fojas escritas y útiles las de mayo, 3 fojas escritas y útiles las de junio y 5 fojas escritas y útiles las de julio".

Basado en estos documentos el Administrador de Hacienda Nacional dictó la Resolución número H-17 de 14 de julio de 1936 en la cual mediante algunos considerandos, resolvió lo siguiente: "Artículo 1º Impónese al señor Leopoldo Porto una multa de $ 3,720.00, pagaderos en estampillas de timbre nacional, con el fin de revalidar las 696 órdenes de pago de que se está tratando, cantidad que se descompone así: $ 5,00 por cada documento, 696 órdenes, $ 3,480.00, cuatro veces $ 57.40 emitidos en timbre, $ 229.60, cuatro veces $ 2,60 emitidos en sanidad, $ 10.40. Total, $ 3,720.00. Segundo. Se ordena pagar en timbre lo correspondiente a los $ 10.40 emitidos en sanidad porque esas especies no están ya en circulación, por virtud de la Ley 78 de 1935".

Esa Resolución fue notificada al señor Porto, quien al acto de la notificación manifestó que apelaba. En providencia de octubre 23 de 1936 se concedió la apelación para ante el Ministerio de Hacienda y C. P.

Así las cosas, en oficio de 29 de junio de 1937, el Administrador de Hacienda Nacional se dirigió al Juez de Rentas Nacionales diciéndole esto: "Informo a usted que esta Administración ha recibido en la fecha la Resolución número 582-E del Ministerio de Hacienda y C. P., por medio de la cual se confirma la número H-17 de esta Administración por medio de la cual se impuso una multa al señor Leopoldo Porto. El Ministerio ha elevado la multa a la suma de $ 3,724.00 que usted debe cobrar. Anexos: una nota del Juez 3º, dos ejemplares de la Resolución número H-17 de 28 de mayo de este año y el oficio número 475 del Inspector de Rentas Municipales, que han de servir de base para el juicio correspondiente".

Basado en los anteriores documentos, el Juez de Rentas, con fecha 29 de junio de 1937, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra Leopoldo Porto M. por la suma de $ 3,724.00, intereses y costas. La parte considerativa dice así: "Vistos. La Resolución número H-17 dictada por esa Administración con fecha 28 de mayo del año pasado y que el Ministerio de Hacienda y C. P. aprobó y corrigió según informe del señor Administrador de Hacienda Nacional en oficio número 783 de hoy, por la cual se impone una multa al señor Leopoldo Porto M. presta mérito ejecutivo al tenor de lo dispuesto por el ordinal 3º, artículo 1059 del C. J., y el suscrito es funcionario competente para conocer de la ejecución, por tanto este Juzgado de Rentas Nacionales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley decreta".

El 26 de diciembre de 1938 se intimó al ejecutado la ejecución, quien manifestó al acto de la notificación que presentaría un escrito de excepciones, y al efecto con fecha 27 de enero del presente año, presentó el anunciado memorial en el cual formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, ineficacia e invalidez del instrumento ejecutivo y carencia de un título que justifique la suma que se expresa en el auto ejecutivo. Acogido el memorial de excepciones se envió junto con las demás diligencias a esta Sala, en donde se le ha dado al incidente la tramitación legal, y agotada como está, se entra a decidir en el fondo.

Los razonamientos aducidos por el excepcionante para sustentar las excepciones pueden resumirse así: "Que según el ordinal 3º del artículo 1,059 del C. J., los documentos que prestan mérito ejecutivo en los juicios por jurisdicción coactiva son: "Las copias de las Resoluciones definitivas ejecutoriadas proferidas por funcionario competente en el ejercicio de sus funciones, sobre multas que deben ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal; que el instrumento en que se basa la ejecución no reviste las formalidades que exige la disposición citada, pues esa Resolución, dictada por la Administración de Hacienda Nacional fue apelada para ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no obra en autos la Resolución que hubiera dictado el Ministerio confirmando la otra; que solamente obra un oficio del Administrador de Hacienda Nacional para el Juez de Rentas, en que le dice que había recibido la Resolución número 582-E del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se confirma la H. 17 de aquella Administración, en que se le impone una multa al señor Leopoldo Porto, habiendo el Ministerio elevado la multa a la suma de ($ 2,724.00); que el

Juez de Rentas en su auto tomó como base para librar orden de pago aquella simple manifestación del Administrador de Hacienda, y al efecto libró tal orden por ($ 3,724.00), suma a que, según el referido informe, había elevado el Ministerio el monto de la multa fijada por el Administrador; que no es la simple nota del Administrador lo que puede establecer el carácter de definitiva o ejecutoriada de la Resolución que aparece en el expediente, sino que se necesita la Resolución misma del Ministerio de Hacienda, que es la que viene a establecer eso, tanto más, cuanto que, como reza el auto ejecutivo y dice la mencionada nota del Administrador, la Resolución del Ministerio no solamente confirma sino que corrige la Resolución primitiva; que es de rigor que el instrumento que sirve de base a la ejecución, figura en ella; que la Resolución dictada por el Administrador de Hacienda en que le impuso la multa, ni la del Ministerio de Hacienda, que según se dice en el auto ejecutivo aprobó y corrigió aquella, no fueron dictadas de acuerdo con las disposiciones legales al respecto, porque según el artículo 54 del Decreto 1,696 de 1932 que dice "que si a las autoridades se presentan documentos de los mencionados en el ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 92 de 1932, sin que lleven las estampillas requeridas debidamente anuladas, la autoridad ante quien se ha presentado uno de tales documentos, lo remitirá al empleado recaudador para que éste resuelva lo que sea legal sobre dicho documento y lo devuelva luégo a la autoridad; y no hay constancia en el expediente de que se haya cumplido esa formalidad, pues no se dice que se llevaron a su oficina las órdenes sin estampillar, sino que solamente se hace mención a una relación cuyo envío anuncia en una nota el Inspector de Rentas Municipales, relación que no obra en autos; que según el artículo 56 del Decreto 1,696 citado, cuando se trata de documentos comprendidos en la primera parte del ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 92 de 1936 (sic), se impondrá al funcionario que los hubiere autorizado la pena señalada en el artículo 11, a quien los hubiere presentado la del artículo 8º y a la autoridad que les hubiere dado curso, la establecida en el artículo 10 o en el 12, y así no lo hizo la Administración de Hacienda Nacional, pues la Resolución que obra en autos solamente se refiere a él".

El apoderado del excepcionante en esta instancia manifiesta en su alegato, que coadyuva las razones expuestas por su poderdante y las refuerza. Esos argumentos de refuerzo pueden resumirse así: "Que la Administración Pública goza de una prerrogativa exorbitante, consistente en que puede darse a sí misma títulos de ejecución contra los que declara ser sus deudores, títulos que tienen a su favor una presunción de verdad y de fuerza legal, pero contra ellos pueden los perjudicados recurrir ante los jueces en defensa de sus derechos. Tal prerrogativa no es tan absoluta como comúnmente se cree, y no basta que la Administración diga que Fulano le debe y debe pagarla, sino que es necesario que respalde su afirmación en algún hecho que le sirva de causa y antecedente, para que no viole la garantía que consagra el artículo 22 de la Constitución; que no basta que la Administración dicte una Resolución declarando a su favor y a cargo del ejecutado una multa, sino que el hecho en que la multa se causa, debe existir realmente, pues si el hecho no existe o no se prueba habiendo el ejecutado negado su existencia, la ejecución queda sin causa; que los títulos que la Administración se crea a sí misma se presumen auténticos y bien fundados y quien quiera argüir contra ellos debe probar las excepciones que tenga, pero hay un caso en que es al Estado a quien compete esa prueba, como sucede cuando la excepción propuesta consiste en una negación, pues conforme a las reglas generales es quien afirma un hecho y no quien lo niega el que debe probarlo; que en el caso concreto de que se trata, la Administración afirma en su título la imposición a Porto de una multa de $ 3,724.00 con el fin de revalidar las 696 órdenes de pago de que se está tratando, y Porto excepciona diciendo: "no existen tales órdenes de pago sin estampillar", y siendo así, corresponde a la Administración probar la existencia de tales órdenes y si no la prueba, el título a pesar de su presunta fuerza legal cae por su base; que cuando en la Resolución del Administrador de Hacienda Nacional se impuso

a Porto la multa que se pretende hacer efectiva y se habla de 696 órdenes sin estampillar, se hace una afirmación sin base alguna y carece por lo tanto de valor legal para los efectos de la ejecución; que si el Estado declara a su favor una deuda contra un ciudadano y esa deuda tiene realmente causa cierta, es obvio que la presunción de verdad de esa declaración se afirma, se comprueba, pero como esa facultad de la Administración no es discrecional sino sujeta a trámites, es indispensable que esos trámites se hayan cumplido y por lo mismo el mandamiento de pago, suponiéndolo fundado en Resolución cuya base fuera cierta, sería inválido legalmente, porque no reúne los requisitos exigidos por la ley; que, según el ordinal 3º del artículo 1,059 del C. J., lo que presta mérito ejecutivo son las copias de las Resoluciones definitivas ejecutoriadas en que se declaren las multas, y la Resolución que obra en el expediente no reúne esos requisitos, pues no es definitiva por cuanto fue apelada, y corresponde al Ministro de Hacienda decir la última palabra, y no está ejecutoriada, aun suponiendo que fuera la del Ministro, pues se ignora si se notificó y los términos legales de ejecutoria vencieron conforme al artículo 3º de la Ley 53 de 1909 y 4º de la Ley 77 de 1931; y finalmente, que son las Resoluciones ministeriales definitivas y ejecutoriadas las únicas que pueden prestar mérito ejecutivo conforme a fallos de la Corte de 16 de octubre de 1937 y 10 de julio de 1935. (**Gacetas** números 1900 y 1930).

Por su parte, el señor Procurador Delegado, en su alegato, impugna los argumentos del apoderado del ejecutado. Los razonamientos del Procurador pueden resumirse así: "Que no es exacto como lo afirma el apoderado que la prueba de la existencia de las órdenes de pago sin estampillar corresponda darla al Estado, por haber dicho el ejecutado "no existen tales órdenes de pago sin estampillar", pues es bien sabido que corresponde al excepcionante probar los hechos en que funda su defensa; que cuando se trata de proposiciones negativas no se acepta de plano que corresponda a la parte contraria a la que la formula, la comprobación de los hechos negados por su contraparte, sino que se hace necesario discriminar si la negación no implica una proposición afirmativa definida; que en el caso presente la carga de la prueba sigue pesando sobre el excepcionante a pesar de su alambicada proposición negativa, ya que al indicar "no existen tales órdenes de pago sin estampillar", está afirmando que existen tales órdenes de pago suficientemente estampilladas; así cuando al extinguirse una obligación la parte contraria dice "no debo", no queda por ello eximida de la carga de la prueba, pues queda obligada a demostrar que pagó; que el actor del incidente no afirma que la providencia de la Administración de Hacienda fue revocada, sino que indica simplemente que no aparece la providencia que la confirmó, pero que la cuestión que se encuentra sub-judice no es una apelación del mandamiento de pago, sino un incidente de excepciones, y las alegaciones que se formulan atacan es ese mandamiento, que se encuentra ejecutoriado y que constituye en el actual estado del proceso una ley para las partes; y que los defectos que pueda conllevar el auto ejecutivo en cuanto se refiere a la apreciación del título, han debido hacerse valer en oportunidad, pues al dejar pasar el término durante el cual era conducente cualquiera crítica al título en cuanto a su calidad de exigible por la vía ejecutiva, se aceptó implícitamente que el instrumento que servía de fundamento a la ejecución, llenaba todas las calidades deseables, y que si el Juez se equivocó, la parte tenía recursos oportunos para defenderse de dicho error, y si no los hizo valer fue porque se conformó con tal providencia, y el auto ejecutivo constituye una verdadera sentencia en el proceso en que se estudia".

Como se ve, por las transcripciones que quedan hechas, gran parte de las argumentaciones que aducen el excepcionante y su apoderado, están encaminadas a demostrar las deficiencias, omisiones e irregularidades, etc., en que incurrió, según dicen, el Administrador de Hacienda al dictar su Resolución sobre imposición de la multa, y considera esta Sala innecesario estudiar en detalle aquellos razonamientos, ya que ni aún encontrándolos fundados servirían para resolver la cuestión que es materia del inci-

dente. Aquellas irregularidades, omisiones y deficiencias, si las hubo, debió hacerlas valer el señor Porto ante el mismo Administrador de Hacienda, una vez que se le notificó la Resolución, o ante el Ministerio de Hacienda durante el recurso que de tal Resolución se le concedió. Precisamente, para que ejerciten su defensa, establece la ley el recurso de alzada contra las Resoluciones de esa clase, si el interesado las considera infundadas e injustas. Si, pues, el señor Porto no impugnó la citada Resolución en la oportunidad que le concedía la ley, de él es la culpa, y si es que hizo valer sus razones ante el Ministerio y no le fueron aceptadas, no por ello puede legalmente hacerlas valer en este incidente de excepciones.

En el expediente obra la mencionada Resolución y consta que fue apelada y que se le concedió el recurso al apelante, y obra un oficio del Administrador de Hacienda en que manifiesta que la Resolución fue confirmada por el Ministerio. De manera que lo que pudiera llamarse la actuación previa para crear o preparar la citada Resolución, se cumplió y no puede ser materia de discusión en el estado actual del juicio.

Cosa diferente es la alegación que se hace sobre que la dicha Resolución no es definitiva, ni está ejecutoriada, ni puede considerarse como confirmada por el Ministerio, en virtud de la simple manifestación hecha por el Administrador de Hacienda, pues hechos son éstos que tienen relación directa con la existencia o no existencia de las excepciones propuestas por el ejecutado, y que por lo mismo deben ser estudiados por la Sala y a ello procede.

En el expediente constan los siguientes hachos: Que el Administrador de Hacienda Nacional de Cartagena dictó la Resolución número H-17 en la cual impone una multa al señor Leopoldo Porto por la suma de $ 3,720.00, como sanción aplicable a él, por haberse encontrado sin estampillas varias órdenes de pago giradas contra el Tesoro Municipal de Cartagena; que esa Resolución le fue notificada a Porto y apeló de ella y se le concedió el recurso para ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Mediante oficio de fecha 29 de junio de 1937 el Administrador de Hacienda Nacional remitió al señor Juez de Rentas Nacionales, la mencionada Resolución H-17, otra que había dictado antes pidiendo al Tesorero Municipal las órdenes que estaban sin estampillar; un oficio del Inspector de Rentas Municipales con el cual le remitió una relación de las referidas órdenes de pago, y el oficio de 28 de mayo de 1936, dirigido a dicho Administrador por el Juez 3º del Circuito de Cartagena (en lo Penal), informando al señor Administrador que el señor Porto había presentado 105 órdenes de pago contra el Tesoro Municipal, sin las respectivas estampillas. En el referido oficio del Administrador de Hacienda para el Juez de Rentas le dice "que la Administración ha recibido en la fecha la Resolución número 582-E del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, por medio de la cual se confirma la H. 17 de esta Administración, por medio de la cual se impuso una multa al señor Leopoldo Porto. El Ministerio ha elevado la multa a la suma de $ 3,724.00, que usted debe cobrar".

Observa la Sala que resulta inexplicable que el Administrador de Hacienda no le hubiera enviado también al señor Juez, junto con los otros documentos, la Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, si, como dice, tenía en su poder esa Resolución, y se hubiera limitado a hacer alusión a ella, tanto más cuanto que si como dice también, el Ministerio había modificado la dictada por él, elevando la multa a $ 3,724.00. Y no menos inexplicable es que el Juez de Rentas, impuesto de ese informe, no hubiera solicitado el envío de aquella Resolución.

Todo esto delata, por lo menos, consurable descuido por parte de aquellos funcionarios en el desempeño de sus funciones.

Pero sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el Juez de Rentas, sobre la base de aquellos documentos, dictó auto ejecutivo y libró orden de pago contra Leopoldo Porto M. por la cantidad de $ 3,724.00, intereses y costas.

Ahora bien: preceptúa el artículo 1,059 del C. J. que en los juicios por jurisdicción coactiva, además de los actos y documentos mencionados en el artículo 982, prestan mérito ejecutivo..... 3º "Las copias de las Resoluciones definitivas y ejecutoriadas

proferidas por funcionarios competentes en ejercicio de sus funciones, sobre multas que deban ingresar al Tesoro Nacional, Departamental o Municipal". Y aquí procede esta pregunta. ¿En el caso de que se trata reúne la Resolución aquellos requisitos? Veamos: la Resolución versa sobre multa que debe ingresar al Tesoro Nacional y fue dictada por el Administrador de Hacienda Nacional en Cartagena, funcionario legalmente competente. De manera que sí concurren la primera y cuarta de aquellas condiciones. En cuanto al carácter de definitiva y ejecutoriada, observa la Sala, que no pueden confundirse las dos cosas. Una Resolución puede ser definitiva sin que aún esté ejecutoriada, como puede estar ejecutoriada sin ser definitiva. Los hechos generadores del carácter de definitiva de una providencia, son distintos de los que generan la calidad de ejecutoriada. Esto es elemental. Una Resolución es definitiva "si decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste, estatuye el artículo 466 del C. J., sea que se pronuncie en primera o en segunda instancia". Y se considera ejecutoriada, ya sea o no definitiva, cuando no está sujeta a reposición, súplica, apelación, consulta o casación, ora porque no proceda el recurso, o porque se haya vencido el término legal para interponerlo, o que se haya surtido la consulta. De manera que, en concepto de la Sala, no es fundada la afirmación del actor, en cuanto a que una Resolución no puede ser definitiva si puede ser materia de apelación, etc. Cosa distinta es, que una Resolución definitiva pueda ser revocada, reformada, etc., por el superior del funcionario que la hubiera dictado, si a su conocimiento hubiera ido en virtud de recurso contra ella interpuesto.

Lo que sí es evidente es que la Resolución dictada por el Administrador de Hacienda fue apelada en oportunidad y el recurso se concedió, nada menos que en el efecto suspensivo, pues aunque en el auto no se dice, sí se cita el artículo del Decreto que autoriza la concesión, y él establece que es en ese efecto. Significa esto que la Resolución no se ejecutorió y quedó pendiente de la que debía dictar el Ministerio, revocándola, confirmándola o reformándola. También es evidente que en autos no obra la Resolución del Ministerio y que, prescindiendo de ella, el Juez de Rentas libró la ejecución, limitándose a decir, con visible incorrección, que el Ministerio "aprobó y corrigió" la del Administrador de Hacienda, según informe de ese funcionario.

Por lo que viene dicho se ve claro, pues, que la base fundamental del auto ejecutivo, la constituyen simplemente la Resolución del Administrador de Hacienda y el oficio en que le informa al Juez que esa Resolución había sido confirmada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien había elevado la cuantía de la multa a la suma de $ 3,724.00; y es obvio, que tales documentos no pueden constituír base legalmente suficiente para fundamentar la orden de pago; porque como se ha dicho, la Resolución del Administrador de Hacienda no se ejecutorió y quedó pendiente de la que debía dictar el Ministerio, y el informe dado por el Administrador, en manera alguna puede equipararse a la Resolución misma del Ministerio que era la que, sin lugar a dudas, junto con la del Administrador podían servir de base legal y suficiente para el auto ejecutivo. Para el Juez de Rentas aquel informe del Administrador, no tenía, ni podía tener, otro valor que el de un simple informe, esto es, haber llevado a su conocimiento que el Ministerio había dictado la Resolución número 582-H, elevando la cuantía de la multa y que esa Resolución la había recibido dicho Administrador. Claramente se ve que el Juez apreció el simple informe del Administrador, como si fuera la Resolución del Ministro, puesto que la orden de pago la libró por $ 3,724.00 a que había sido elevada la cuantía de la multa según el informe.

Si se admitiera que el simple informe del Administrador sobre la existencia de la Resolución dictada por el Ministro, equivale a la Resolución misma, para los efectos del mandamiento ejecutivo, habría que admitir que bien pudo el Administrador, en vez de enviarle al Juez, como lo hizo, la Resolución que él había dictado imponiendo la multa, limitarse a informarle que la había dictado, y lógicamente habría que admitir también,

que sobre la base de esos informes bien habría podido el Juez dictar legalmente mandamietno ejecutivo, cosa que, como se ve, sería absurda. Es el mismo caso —proporciones guardadas— en que un Juez, sobre la base de una sentencia condenatoria que habiendo sido apelada hubiera sido reformada por el superior dictase ejecución contra el condenado por el monto de la condena fijado en la segunda instancia, ateniéndose para ello al informe del juez **a quo,** en que dijera que su sentencia había sido modificada por el superior aumentando la cuantía de la condena, es decir, sin obrar en el expediente copia de aquella sentencia, debidamente aparejada. En ,caso tal, sería jurídicamente insostenible que aquel mandamiento de pago estaba basado en documento legalmente suficiente para haberlo dictado. Y sería insostenible aún en el supuesto de que el expediente en que obrara la sentencia estuviese en el archivo del mismo Juzgado.

Y no hay razón, a juicio de la Sala, para que no pueda decirse lo propio en el caso que se estudia, ya que se trata de un auto ejecutivo dictado por el Juez contra el ejecutado para el pago de una multa, sobre la sola base de la Resolución del funcionario que la impuso y el simple informe de ese funcionario dirigido al Juez, diciéndole que tiene en su poder la Resolución del superior en que reforma la suya en el sentido de elevar la cuantía de la multa, es decir, sin obrar en el expediente copia de esa Resolución del superior, no obstante que la ejecución se libró por la suma que se dice fijada en aquella Resolución.

En relación con los argumentos formulados por el señor Procurador Delegado en lo Civil para impugnar los aducidos por la parte actora en este incidente, se observa que, en lo general, son infundados. Considera el señor Procurador que los medios de defensa que ahora ejercita el actor son inoportunos, por cuanto se dirigen contra el auto ejecutivo y ese auto está ejecutoriado, es una ley para las partes y por lo mismo no es ya impugnable; pues si el Juez se equivocó, la parte tenía recursos oportunos para defenderse de dicho error y si no los hizo valer fue porque se conformó con tal providencia.

No comparte la Sala esa tesis del señor Agente del Ministerio Público. Es verdad que el ejecutado bien pudo impugnar el auto ejecutivo ante el mismo Juez o ante el superior mediante el recurso de apelación, pero de que no lo hubiera hecho no se deduce, legalmente, que quedara incapacitado para tomar la otra vía de defensa que la misma ley reconoce, como es la de proponer excepciones, si la consideraba más amplia. Y así debió pensarlo, cuando al notificársele el mandamiento ejecutivo, manifestó que presentaría memorial de excepciones.

Acaso la tesis del señor Procurador sería sostenible bajo la vigencia del Código Judicial anterior al actual, pues conforme a aquel texto legal, en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, el ejecutado no podía proponer sino las excepciones de "falsedad del documento en todo, o en parte sustancial; pago; y error de cuenta" (Art. 1098 del Código anterior a la Ley 105 de 1931).

Pero ese artículo, ni ninguno parecido existe en el Código vigente. De modo que, en los referidos juicios, el ejecutado puede proponer, al igual que en los otros juicios por jurisdicción general, todas las excepciones que crea tener a su favor (artículo 1025 del C. J.), encaminadas a enervar la ejecución, sin que sea óbice para ello que el auto ejecutivo se halle ejecutoriado. Que ese auto una vez ejecutoriado es ley para las partes, es verdad, pero ello no impide que este auto, esa ley, quede sin efectos si el ejecutado alega una excepción que le enerve y esa excepción se declara probada.

En lo que respecta a la tesis del señor Procurador referente a la carga de la prueba, esto es, determinar a cuál de las partes corresponde probar, cuando la una afirma la existencia de un hecho y la otra se limita a negar esa existencia, tampoco la acoge la Sala en los términos absolutos en que está formulada, pues aquel alto funcionario llega a decir que "si cuando al exigirse una obligación la parte contraria dice 'no debo', queda obligada a demostrar que pagó", concepto que, como es obvio, no es aceptable en esa forma absoluta. Si la obligación que se exige, en ese caso está plenamente comprobada y el demandado se limita a decir

—no debo—es claro que le corresponde probar que la obligación no existe, o que se ha extinguido por pago u otra causa legal; pero si la obligación no está probada, es más claro aún que al demandado no le compete probar que pagó.

El punto concreto sobre que argumenta el señor Procurador según consta en su alegato, es el de demostrar que al haber dicho el ejecutado señor Porto: "No existen tales órdenes de pago sin estampillar", está afirmando que existen tales órdenes de pago suficientemente estampilladas y por lo mismo, le corresponde dar la prueba de ese hecho. A este respecto se observa que en ninguna parte del expediente consta que hubiera dicho Porto la frase que se le atribuye, como lo revela la circunstancia de trascribirla entre comillas.

Por otra parte, considera la Sala innecesario ahondar en el estudio de esta cuestión, pues como ya lo ha dicho al referirse a las argumentaciones de la parte actora sobre las irregularidades en que, según ella, incurrió el Administrador de Hacienda para haber dictado su Resolución (no tener a la vista las mismas órdenes de pago, no haber impuesto sanción a otros responsables, etc.) esos hechos no son materia de este incidente, que no versa sino sobre la existencia o no existencia de las excepciones propuestas por el ejecutado.

No debe la Sala terminar dejando sin reparos la afirmación que en su alegato hace el apoderado del excepcionante cuando dice: "Y son las Resoluciones Ministeriales definitivas y ejecutoriadas las únicas que pueden prestar mérito ejecutivo, conforme al fallo de la Corte de 16 de octubre de 1937, auto, G. J. 1930, pág. 870. En el mismo sentido es el fallo de la Corte de 10 de junio de 1935, Gaceta Nº 1900, pág. 430: "No ha emitido la Corte el concepto que se le atribuye, como puede constatarse en las sentencias en que, según el apoderado, consta ese concepto. En efecto en la sentencia de 16 de octubre de 1937 dijo: "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 en la sentencia de fecha 10 de junio de 1935, dijo: "Una simple comunicación ministerial no puede constituír el recaudo ejecutivo de que trata el artículo 1059 del C. J., pues para ello se requiere una Resolución proferida con todas las formalidades legales y en la cual se precisen las responsabilidades consiguientes".

Como se ve, de lo dicho por la Corte en las citadas sentencias no se desprende el concepto que se le atribuye, pues una cosa es decir que las Resoluciones Ministeriales prestan mérito ejecutivo, y otra muy distinta es la de afirmar que sean las únicas que prestan ese mérito conforme al artículo 1059 del C. J.

Por lo demás, esa doctrina tiene aplicación en el presente caso en que, como queda visto, se libró ejecución sobre la base de una Resolución Ministerial, sin obrar esa Resolución en el expediente, ateniéndose el Juez a un simple informe, que ni siquiera es del Ministerio, en que se le dijo que el Ministro había dictado aquella Resolución y había elevado el monto de la multa fijada por el inferior.

El excepcionante en su escrito comenzó diciendo que propone las excepciones de inexistencia de la obligación e ineficacia del instrumento ejecutivo, y luégo al final dice, que resume sus excepciones así: inexistencia de la obligación, ineficacia e invalidez del instrumento ejecutivo y carencia de título que justifique la suma que se expresa en el auto ejecutivo"; pero se observa que en verdad lo que sucede es que de unos mismos hechos saca él las varias excepciones, y en el fondo esos hechos, o sean los analizados y apreciados por la Sala, lo que generan es la excepción de insuficiencia de los documentos que sirven de fundamento al recaudo ejecutivo, y es esa la que debe reconocerse.

En tal virtud la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, falla así:

Primero. Declárase probada la excepción de insuficiencia del instrumento ejecutivo;

Segundo. No procede el reconocimiento de las otras excepciones propuestas por el ejecutado.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Francisco Vizcaino—Eleuterio Serna R. — Francisco Niño Torres,** Srio.

## PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA

**El tiempo necesario para la prescripción de la acción ejecutiva debe contarse desde que la obligación se hizo exigible conforme a la ley y no desde que el empleado cumplió con el deber de dictar el reconocimiento.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintiuno de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El 20 de febrero pasado, el Juzgado de Rentas Nacionales de Cartagena libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la Nación y a cargo de la Compañía The Colombian Railways and Navegation Co., Ltd., por la cantidad de $ 1,860. Se apoyó el auto en el reconocimiento hecho por la Administración de Hacienda Nacional de Bolívar con fecha 17 de noviembre de 1937, por el impuesto sobre la renta de los años de 1921 y 1922.

El señor Manuel Verhelst, Gerente de la Compañía expresada, propuso en tiempo las excepciones de inexistencia de la deuda y prescripción. Tramitado legalmente el incidente, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Respecto de la primera excepción dice que la deuda no existe de conformidad con la sentencia del Tribunal Seccional de lo Contencioso-Administrativo de Cartagena, proferida el 27 de febrero de 1926. Pero en autos no aparece copia de la referida sentencia, y por tanto, no puede estimarse comprobada la excepción propuesta, por cuanto no se conocen los términos del fallo del Tribunal Administrativo.

En relación con la excepción de prescripción, se observa:

El excepcionante dice que apoya la excepción en la circunstancia de que han transcurrido más de quince años desde que la deuda se hizo exigible.

El señor Procurador Delegado en lo Civil dice que la deuda no se hizo exigible sino desde el 17 de noviembre de 1937, fecha del reconocimiento, y que por consiguiente no han transcurrido los diez años necesarios para la prescripción de la acción ejecutiva.

Para la Sala es indudable que ha transcurrido ya el tiempo necesario para la prescripción de la acción ejecutiva, el cual debe contarse en este caso desde que la obligación se hizo exigible conforme a la ley y no desde que el empleado cumplió con el deber de dictar el reconocimiento. No debe perderse de vista que en los juicios por jurisdicción coactiva el mismo funcionario que reconoce la deuda tiene facultad para reclamarla por la vía ejecutiva y que si no cumple con el deber de dictar el respectivo reconocimiento, esa circunstancia no puede perjudicar el derecho del deudor de ampararse en el transcurso del tiempo para librarse de la ejecución. Si se aceptara la tesis del señor Procurador en ningún caso podría alegarse la prescripción de la acción ejecutiva en los juicios por jurisdicción coactiva, porque bastaría que el reconocimiento se hiciera el día antes de iniciar la ejecución para que se extinguiera la prescripción, procedimiento que sería ilegal y falto de equidad. Esta ha sido la doctrina de la Corte en varios casos similares.

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 prescripción de la acción ejecutiva, propuesta en este juicio por el representante de The Colombian Railways and Navegation Co., Ltd. y ordena levantar el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva y suspender la ejecución.

Cúmplase el artículo 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres,** Srio.



## REVOCACION DE UN AUTO EJECUTIVO

**Para que pueda cobrarse ejecutivamente una obligación proveniente de una decisión del Gobierno, es indispensable que la providencia esté ejecutoriada y sea definitiva. (Artículos 982 y 1059, C. J.).**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre doce de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto de fecha 14 de marzo de 1939, libró mandamiento ejecutivo a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Luis Eduardo Díaz Agudelo como contratista de conducción de correos nacionales y encomiendas postales de la línea del Norte-Segundo grupo, y de los señores Francisco J. Camacho y José María Velásquez V., por las sumas de $ 9,000, valor de unas encomiendas perdidas, y $ 20 de una multa, más los intereses y las costas. Se apoyó el mandamiento ejecutivo en la Resolución número 2742 del Ministerio de Correos y Telégrafos de 29 de diciembre de 1938, por la cual se declaró al señor Díaz responsable de la pérdida de unas encomiendas.

Con fecha 4 del mismo mes de marzo, el Juzgado decretó el embargo preventivo de unos bienes del señor Díaz y de sus fiadores. Llegado el asunto a la Corte por virtud de apelación, esta Sala, en providencia de fecha 20 de mayo pasado, revocó el auto de embargo, por la circunstancia de que la Resolución en que se apoyó el proveído del Juzgado, no estaba ejecutoriada el día en que se decretó el mencionado embargo.

El auto ejecutivo fue apelado por el apoderado del señor Díaz y del señor Camacho, doctor Otto Barrios Guzmán, y por el apoderado del señor Velásquez, doctor Sinforoso Barrios. El recurso fue concedido en el efecto devolutivo. Tramitado legalmente, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita que se confirme el mandamiento ejecutivo y manifiesta que como pudiera sostenerse "de acuerdo con algunos elementos probatorios que existen en autos, que la resolución número 2742 de 29 de diciembre, no está ejecutoriada", acompaña la resolución número 1838 de junio 27 de este año, debidamente ejecutoriada, por virtud de la cual se confirma en todas sus partes la Resolución 2742.

Efectivamente, el señor Procurador presentó con su escrito copias de la Resolución número 1838 y en ella consta que tal providencia quedó ejecutoriada el 12 de julio último. Pero como el auto ejecutivo fue dictado el 14 de marzo, de la misma prueba presentada por el señor Procurador resulta evidente que el Juez de Ejecuciones Fiscales apoyó el mandamiento ejecutivo en una Resolución que no estaba ese día ejecutoriada y que por consiguiente, no prestaba mérito ejecutivo conforme a la ley.

En la providencia de veinte de mayo, la Sala dijo que para que pueda cobrarse ejecutivamente una obligación proveniente de una decisión del Gobierno, es indispensable que la providencia esté ejecutoriada y sea definitiva. (Artículos 982 y 1059 del C. J.). Como esas condiciones no las reunía la Resolución del Ministerio de Correos y Telégrafos el día en que se libró el mandamiento ejecutivo, es indudable que el auto apelado es ilegal y debe, por tanto, revocarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto ejecutivo apelado y en consecuencia ordena suspender la ejecución y levantar el embargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres, Srio.**

# SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

## INCOMPETENCIA PARA CONOCER DE UNA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, septiembre once de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Magistrado ponente, en auto de 22 de julio pasado, se abstuvo de darle curso a la demanda presentada por el doctor Antonio Leví López M., como apoderado de la señorita Carlina Peralta, para que se condene a la Nación a pagar a la expresada señorita la suma de $ 453.75 y a reconstruír una casa. Se apoyó el Magistrado para su determinación en que las obligaciones por las cuales se demanda a la Nación no constan en contrato perfeccionado legalmente.

Para resolver el recurso de súplica interpuesto por el actor, la Sala considera lo siguiente:

El artículo 40 del C. J., le da competencia a la Sala Civil de Unica Instancia para conocer de las controversias que emanen de contratos celebrados por la Nación. En el caso que se estudia, las obligaciones atribuídas a la Nación no constan en contrato celebrado legalmente, como lo resolvió el Magistrado sustanciador, y por tanto, no es esta Sala la entidad competente para conocer del negocio.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, dijo lo siguiente, al descorrer el traslado del negocio:

"El error del demandante ha consistido en considerar que el contrato de treinta de junio de 1938 que cita como fundamento de su acción, fue celebrado por el Estado, cuando para nada figura éste en el texto del documento respectivo acompañado a la demanda. En ese contrato figuran como partes: 'Carlos Ballesteros Salazar, a nombre de la Compañía de Fúquene y autorizado por el Gerente, por una parte, y por la otra la señorita Carlina Peralta'.

"El hecho de que el Ministerio de la Economía Nacional haya dado su aprobación a tal contrato, por esta o por la otra razón, no hace contratante al Estado.

"Y como es aquella relación jurídica entre particulares la que se señala como causa petendi, síguese que el asunto es extraño a la competencia de la Sala Civil de Unica Instancia según términos del artículo 40 del Código Judicial".

La Sala estima jurídicas las razones expuestas por aquel alto funcionario y por tanto, llega a la conclusión de que debe mantenerse la providencia suplicada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de la Sala Civil de Unica Instancia, niega la reposición del auto de fecha veintidós de julio pasado, el cual queda en firme.

Cópiese y notifíquese.

**Eleuterio Serna R.—Pedro A. Gómez Naranjo—Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta—Francisco Niño Torres, Srio.**

## RECURSO DE SUPLICA.—INCOMPETENCIA DE LA SALA PARA CONOCER DE LA DEMANDA

**1.—Un simple denuncio de bienes ocultos no constituye el contrato en virtud del cual pueda presentarse el actor en juicio, de conformidad con el artículo 40 del Código Judicial. Y aunque sea verdad "que la equivocación en la designación de la Sala no le quita a la Corporación la jurisdicción que tiene para entrar a conocer del asunto", conforme a una doctrina de la Corte, ésta no puede aplicarse en un caso como el de autos en que la Sala Civil de Unica Instancia actúa como Juez "adquem" para decidir solamente el recurso de súplica.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia. — Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

El doctor Germán Molina Callejas presentó ante la Corte, con expresa designación de esta Sala, demanda contra la Nación y las entidades "Colombian Petroleum Company" y "South American Gulf Oil Company", suplicando las declaraciones de que no fue perfeccionado legalmente y carece de existencia jurídica el contrato celebrado por esas entidades el día tres de marzo de mil novecientos treinta y uno, y que en consecuencia deben cancelarse las inscripciones de la escritura respectiva.

Repartido el negocio en la Sala Civil de Unica instancia, el Magistrado ponente, en auto interlocutorio de 30 de junio pasado, decidió no admitir la demanda, por estimar que carecía de competencia la Sala falladora a quien se hizo el reparto. De esa providencia intentó el recurso de súplica el actor para ante el resto de la Sala, y ha llegado el momento de decidirlo mediante estas consideraciones:

Es indudable que todo funcionario judicial, antes de admitir una demanda, debe estudiar si tiene competencia para conocer del litigio, por tratarse de un presupuesto procesal indispensable para la validez del fallo que se solicita al órgano judicial y materia sobre la cual debe hacerse un previo y especial pronunciamiento. En ejercicio de esa atribución, el Magistrado ponente declaró sin competencia a esta Sala, fundado en el artículo 40 del C. J., que exige como condición **sine qua non** para fijar la competencia de ella que la controversia emane de un contrato celebrado por la Nación con el demandante; y en el caso que se estudia no aparece de autos que el doctor Molina Callejas haya celebrado contrato alguno con la Nación, ni que tenga interés jurídico o derechos en relación con la negociación celebrada por el Estado con las empresas demandadas.

Pretende fundamentar el actor tal interés jurídico en la circunstancia de haber presentado un denuncio de bienes ocultos ante el Ministerio de Hacienda. Coincide la Sala con la observación que a este respecto hace el ponente cuando dice que es obvio que esa sola circunstancia no es suficiente para acreditar el interés jurídico en relación con el mencionado contrato, porque conforme a los artículos 28 y siguientes del Código Fiscal, para tener derecho a participación en los bienes denunciados como ocultos se necesita el previo cumplimiento de numerosos requisitos debidamente señalados en tal ordenamiento fiscal, y mientras no se haya cumplido en su integridad tal procedimiento determinado por la ley, no confiere derecho ni personería para iniciar una acción a nombre de la Nación ni el bien adquiere la condición de oculto.

Como es evidente que el actor no ha demostrado que esté investido del carácter de denunciante, ni que el Ministerio de Hacienda haya calificado de ocultos los bienes

denunciados como tales; y como, por otra parte, tampoco ha comprobado que tiene algún interés jurídico en la negociación cuya inexistencia se solicita, es de rigor concluír que está ajustado a derecho el auto suplicado y que esta Sala carece de competencia para conocer de la demanda intentada.

---

En su último memorial alega el actor que bien pudo sufrir un error al indicar en el libelo que era competente la Sala Civil de Unica instancia para conocer de este negocio, ya que tal competencia corresponde a la Sala plena en lo Civil, al tenor de lo estatuído en el artículo 8º de la Ley 37 de 1931. Solicita, en consecuencia, que tal error se subsane y que se le dé curso a su demanda por aquella de las salas que efectivamente tenga competencia para sustanciarla y fallarla.

Se considera:

Desde un punto de vista rígidamente abstracto y en el campo de la teoría, asiste la razón al demandante cuando sostiene que una equivocación en lo referente a la designación de la Sala de la Corte que debe fallar la demanda, no le resta competencia a aquella a quien compete conocer del litigio. Ya lo dijo esta Corporación en sentencia de 9 de mayo de 1938 (G. J. Nº 1935), "que la equivocación en la designación de la Sala no le quita a la Corporación la jurisdicción que tiene para entrar a conocer del asunto".

Pero se presenta la consideración, de orden procesal y que mira a la técnica de los procedimientos, de que esta Sala tiene limitada expresamente su jurisdicción a las materias que previamente le ha fijado la ley, y cuando actúa como Juez ad quem —tal es el caso de autos— no puede resolver sobre cosa distinta de la sometida a su revisión, en virtud del recurso de súplica. Por este aspecto, tiene que limitar su decisión al estudio de la providencia recurrida para confirmarla, reformarla o revocarla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Civil de Unica instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** en todas sus partes el auto que ha sido materia de este recurso de súplica.

Notifíquese e insértese en la **Gaceta Judicial.**

**Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres,** Srio.

# NOMBRAMIENTOS DE JUECES SUPERIORES, DE MENORES Y DE CIRCUITO EN TODO EL PAIS.

Damos a conocer a continuación los nombramientos de Jueces Superiores y de Circuito hechos por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para el período legal en curso:

Por el Tribunal de Barranquilla:

Juez 1º Superior, doctor Julio C. Zúñiga; Juez 2º Superior, doctor Rafael Pinedo Salcedo; Juez 1º del Circuito Civil, doctor Hernando Manotas; Juez 2º del Circuito Civil, doctor Rafael Marriaga; Juez 3º del Circuito Civil, doctor Julio Marenco Romero; Juez 1º del Circuito Penal, doctor Arnaldo Donado; Juez 2º del Circuito Penal, doctor Salvador Fontalvo; Juez 3º del Circuito Penal, doctor Mauricio R. Buitrago; Juez de Menores, doctor Luis J. Bustillo Pareja.

Por el Tribunal de Bogotá:

Juez 1º Superior, doctor Guillermo Martínez R.; Juez 2º Superior, doctor Mario Romero Padilla; Juez 3º Superior, doctor Jorge Uribe Truque; Juez 4º Superior, doctor Próspero del Río; Juez de Menores, doctor José Antonio León Rey; Juez 1º del Circuito Civil, doctor Alvaro Leal Morales; Juez 2º del Circuito Civil, doctor Daniel Baquero; Juez 3º del Circuito Civil, doctor Francisco Rueda Caro; Juez 4º del Circuito Civil, doctor Luis Alberto Barragán; Juez 5º del Circuito Civil, doctor José Antonio Barbosa; Juez 6º del Circuito Civil, doctor Hernando Morales; Juez 7º del Circuito Civil, doctor Pedro José Morales Prieto, y Juez 8º del Circuito Civil, doctor Justo Franco V. Juez 1º del Circuito de Facatativá, doctor Juan Carreño Padilla; Juez 2º del mismo Circuito, doctor Ignacio Andrade Valderrama. Juez 1º del Circuito de Girardot, doctor Alfonso Torres M. Juez 1º Civil del Circuito de Cáqueza, doctor Abundio Bohórquez. Juez 1º Civil del Circuito de Zipaquirá, doctor Luis E. Ortega. Juez del Circuito Civil de Fusagasugá, doctor Manuel María Rozo B. Juez del Circuito Civil de Chocontá, doctor Eliécer Maldonado. Juez del Circuito Civil de Pacho, doctor Guillermo Peñuela. Juez 1º Civil del Circuito de La Mesa, doctor José María López. Juez del Circuito Civil de Ubaté, doctor Marceliano Forero. Juez del Cicruito de Agua de Dios, doctor Belisario Martín. Juez del Circuito de Guaduas, doctor Mardonio Serrano. Juez del Circuito de La Palma, doctor Régulo Nates Cortés. Juez del Circuito de Gachetá, doctor Arcadio Suárez Blanco. Juez del Circuito de Villavicencio, doctor Miguel Antonio Rojas. Jueces del Circuito de Bogotá en lo Criminal, los siguientes: 1º, doctor Antonio Acosta M., 2º, doctor Felipe Aljure, 3º, doctor Marco Tulio Trube, 4º, doctor José C. Gutiérrez, 5º, doctor Jorge Isaacs Castro, y 6º, doctor Bernardo A. Gómez. Juez 2º Penal de Zipaquirá doctor Angel Uribe; Juez 3º del mismo Circuito, doctor Antonio Santamaría y Juez 4º del mismo Circuito, doctor Guillermo Herrera H. Juez 1º Penal del Circuito de Facatativá, doctor Abel Rubio, y Juez 2º del mismo, doctor Jorge A. León. Juez 2º Penal del Circuito de Girardot, doctor Marco Aurelio Herrera. Juez 2º Penal del Circuito de La Mesa, doctor Obdulio Osorio.

Por el Tribunal de Bucaramanga:

Juez 1º Superior, doctor José Manuel Serrano M. y Juez 2º Superior, doctor Gerardo Vesga Tristancho. Juez de Menores del Departamento, doctor Gonzalo D. Otero. Juez 1º Civil del Circuito, doctor Santos María Galán, Juez 2º, doctor Edmundo Harker Puyana. Jueces 1º, 2º y 3º en lo Penal del mismo Circuito, doctores Vicente González, Fernando González Mutis y Gustavo Suárez

Padilla, respectivamente. Juez de Barrancabermeja, doctor Josué Clavijo. Juez de Piedecuesta, doctor Gustavo Serrano Gómez. Juez de San Andrés, doctor Pedro Jesús Rodríguez. Juez de Concepción, doctor Carlos Saúl Goyeneche. Juez de Málaga en lo Civil, doctor Carlos Salcedo Pinzón. Jueces 1º y 2º en lo Penal del mismo Circuito, doctores Efraím Ramírez Martínez y Arturo Niño Jaimes.

Por el Tribunal de Buga:

Juez Superior, Dr. Camilo Cruz Perdomo. Juez 1º en lo Civil de Buga, Dr. Jorge Rivera Cabal y 2º en lo Penal del mismo Circuito, Dr. Adolfo Romero B. Juez 1º en lo Civil del Circuito de Tuluá, doctor Carlos F. Estrada y 2º en lo Penal del mismo Circuito, doctor Raúl Hoyos Gómez. Juez 1º Civil del Circuito de Sevilla, doctor Luis Felipe Jaramillo S. y 2º en lo Penal del mismo Circuito, doctor Ernesto Rodríguez C. Juez 1º en lo Civil del Circuito de Roldanillo, doctor Oscar Trujillo y 2º en lo Penal del mismo Circuito, doctor Alfonso Barberena A. Juez 1º del Circuito en lo Civil de Cartago, doctor Alejandro Marmolejo y 2º en lo Penal del mismo, doctor Joaquín Emilio Pinilla.

Por el Tribunal de Cali:

Juez de Menores, doctor Vicente Vernaza Gómez. Jueces 1º y 2º Superiores, doctores Francisco A. Magaña C. y Antonio Moreno Mosquera, respectivamente. Jueces 1º, 2º, 3º y 4º del Circuito en lo Civil de Cali los doctores Alfonso Zorrilla C., Ignacio Santamaría L., Carlos Arturo Ramírez B. y Alfonso Bonilla Aragón, respectivamente. Juez en lo Civil del Circuito de Palmira, doctor Camilo Tascón González. Juez 2º del Circuito de Palmira en lo Penal, doctor Carlos Rodríguez Bejarano. Juez 1º Civil del Circuito de Istmina, doctor Rogerio Patiño G. y Juez 2º en lo Penal del mismo Circuito, doctor Acisclo Rojas Peña. Jueces 1º y 2º del Circuito en lo Penal de Cali, doctores Teodomiro Calderón D. y Gustavo Sinisterra R. Juez del Circuito de Buenaventura, doctor Antonio José Vásquez Otero. Juez del Circuito de Nuqui, doctor Francisco Bernat.

Por el Tribunal de Ibagué:

Jueces 1º y 2º Superiores, doctores Gilberto Polanco y Enrique Cardoso. Jueces 1º y 2º del Circuito en lo Civil de Ibagué, doctores Francisco González Torres y Alonso París Bonilla. Juez en lo Penal de Ibagué, doctor Jorge Eduardo Cabrera. Juez 1º del Circuito Civil de Ambalema, Dr. José A. Castañeda S. y Penal del mismo Circuito, Dr. Jesús María Guzmán. Juez 1º Civil del Guamo, doctor Jorge Humberto Posada y en lo Penal, doctor Alberto Vargas R. Juez 1º del Circuito Civil de Honda, doctor Belisario Salazar S. y 2º del mismo Circuito, doctor Marco A. Vidales. Por no haber aceptado este último desempeña el cargo el primer suplente, doctor Santiago M. Pinillos. Juez 1º del Circuito Civil del Líbano, doctor Rafael Tafur Herrán y 2º del mismo Circuito, doctor José Gregorio Torres. Juez 1º del Circuito Civil de Purificación, doctor Octavio Valencia, y 2º del mismo Circuito, en lo Penal, doctor Régulo Guzmán. Juez del Circuito de Chaparral, doctor Cenón Ferro París. Juez del Circuito del Fresno, doctor Marco Fidel Riveros. Juez del Circuito de Melgar, doctor Carlos Lozano Quintero. Por no haber aceptado el cargo el doctor Riveros, fue nombrado en su reemplazo, interinamente, el doctor Eduardo Rodríguez Z.

Por el Tribunal de Manizales:

Jueces 1º y 2º Superiores de Manizales, doctores Antonio Botero Z. y Jesús Rincón y Serna, respectivamente. Jueces 1º, 2º y 3º del Circuito Civil de Manizales, doctores Alberto Mendoza Hoyos, Ignacio Vélez Estrada y Samuel Hoyos Arango, respectivamente, y 1º y 2º en lo Penal del mismo Circuito, doctores Horacio Naranjo M. y Francisco Giraldo Toro. Juez Civil del Circuito de Salamina, doctor Roberto Jaramillo G. y en lo Penal del mismo Circuito, doctor Jorge Orozco Rincón. Juez en lo Civil del Circuito de Riosucio, doctor Agustín Santacoloma y en lo Penal del mismo Circuito, doctor Fabio Ramírez Hoyos. Juez en lo Civil del Circuito de Aguadas, doctor Jesús Gómez Mejía y en lo Penal, doctor José Tobar. Juez en lo Civil del Circuito de Anserma, doctor Alfredo López y en lo Penal, doctor Arturo Montoya Calderón. Juez en lo Civil de Santa Rosa de Cabal, doctor Eduardo Villegas G. Juez del Circuito de Pensilvania, doctor

Guillermo Osorio G. Juez del Circuito de Manzanares, doctor Moisés Marín.

Por el Tribunal de Neiva:

Juez Superior del Distrito, doctor Eliécer Pinilla Rodríguez. Jueces 1º y 2º en lo Civil del Circuito de Neiva, doctores Dagoberto Barcias y Rafael Arboleda Méndez y 1º y 2º en lo Penal del mismo Circuito, doctores José Reina Prieto y Rafael Manrique Lara. Jueces 1º y 2º del Circuito de Garzón, el primero en lo civil y el segundo en lo penal, doctores Alberto Losada Lara y Daniel Villaneda Soto. Juez del Circuito del Gigante, doctor Pedro Paredes Cleves. Juez del Circuito de Pitalito, doctor Rafael Burbano, en lo civil y en lo penal, doctor Guillermo Pinedo Ramos. Juez del Circuito de Florencia, doctor Marcos Puyo Riveros.

Por el Tribunal de Pamplona:

Jueces 1º y 2º Superiores del Distrito, doctores Alejandro Leal Contreras y Juan de J. Camargo, y 1º y 2º en lo civil y en lo penal, respectivamente, del Circuito de Pamplona, doctores Rogerio Villamizar B. y Juan B. Pineda Ropero. Juez Superior de Cúcuta, doctor Eleuterio Franco Ferreira. Jueces 1º y 2º en lo Civil del Circuito de Cúcuta, doctores Jesús María Peñaranda O. y Miguel García Herreros, respectivamente, y 1º y 2º en lo penal del mismo Circuito, doctores José Concepción García Peña y Amílcar González, respectivamente. Juez del Circuito de Chinácota, doctor Alfredo Lamus Rodríguez. Juez del Circuito de Salazar, doctor Manuel Blanco S., interinamente, por haberse excusado el principal. Jueces 1º en lo civil y 2º y 3º en lo penal del Circuito de Ocaña, los doctores Jorge Zurek, Jorge Asaf y Pedro Silvio Martínez, respectivamente. Juez de Menores, doctor Luis A. Flórez.

Por el Tribunal de Popayán:

Jueces 1º y 2º Superiores del Distrito, doctores José Rafael Velasco y Pedro Antonio Salazar, respectivamente. Jueces 1º y 2º en lo civil del Circuito de Popayán, doctores Jorge Illera Fernández y Mario S. Vivas y 1º y 2º en lo penal del mismo Circuito, doctores Gerardo Cabrera Moreno y Moisés Orozco V. Juez de Menores, doctor César Ernesto Muñoz. Jueces en lo civil y en lo penal del circuito de Santander, doctores Alfonso Medina y Simeón Villani Paz. Jueces en lo civil y en lo penal del circuito de Bolívar, doctores Jesús Hernando Segura y Tulio Hernán Escobar, respectivamente. Juez del Circuito de Caloto, doctor Alfredo Muñoz Acosta. Juez del Circuito de Puerto Tejada, doctor Leonidas Narváez. Juez del Circuito de Guapi, doctor Mario Hurtado Reina. Juez del Circuito de Silvia, doctor Neftalí Narváez. Juez del Circuito de El Bordo, doctor Cenón I. Vidal.

Por el Tribunal de San Gil:

Juez 1º Superior, doctor Hernando Rueda Gómez. Juez 2º Superior, doctor Joaquín Olarte Rueda. Juez 1º Civil del Circuito de San Gil, doctor Eliseo Márquez Forero. Jueces 1º y 2º en lo penal del mismo Circuito, doctores Luis Alejandro Tapias Pilonieta y Julio César Gómez. Jueces 1º y 2º del Circuito en lo civil del Socorro, doctores Ramiro Gómez G. y Félix Padilla, respectivamente, Jueces en lo penal del mismi Circuito, 1º y 2º, respectivamente, los doctores Cayetano Franco y Daniel Villarreal. Jueces 1º y 2º en lo civil del Circuito de Vélez, Dres. Víctor Hernández Díaz y Aníbal Vanegas Olarte. Jueces 1º y 2º en lo penal del mismo Circuito, doctores Luis Vanegas Ramírez y Gabriel Muñoz. Juez 2º civil del Circuito de Zapatoca, doctor Euclides Gómez Plata. Juez 2º en lo penal del mismo Circuito, doctor Jaime Rueda Uribe. Juez civil de Charalá, doctor Apolinar Virviescas. Juez promiscuo de Contratación, doctor Manuel José Ortiz.

Por el Tribunal de Santa Marta:

Jueces 1º y 2º del Circuito en lo civil de Santa Marta, doctores Rafael Angel Robles y Alejandro Araque, respectivamente. Juez en lo penal del mismo Circuito, doctor Isaías Daza Portela. Jueces 1º y 2º del Circuito en lo civil de Ciénaga, doctores Rafael Martínez Robles y José Isidro Rodríguez. Juez promiscuo del Circuito de Plato, doctor Carlos Martínez López. Juez promiscuo del Circuito del Banco, doctor Abel Alfaro Sánchez. Juez promiscuo del Circuito de Río de Oro, doctor Pedro Castro Trespalacios. Juez promiscuo del circuito de Riohacha, doctor Luis Otón Gómez. Juez

promiscuo del Circuito de Valledupar, doctor Tomás Cipriano Armenta.

Por el Tribunal de Tunja:

Jueces 1º y 2º Superiores del Distrito Judicial, doctores Julio Alberto Hoyos y Rafael Galán Medina. Juez 3º Superior, doctor Eliécer Antonio Gómez. Jueces 1º y 2º en lo civil del Circuito de Tunja, doctores Luis Adán Rincón y Miguel Vásquez. Jueces 1º y 2º en lo penal de ese Circuito, doctores Joaquín Cárdenas Acosta y Luis Tarazona. Jueces 1º y 2º del Circuito en lo civil de Chiquinquirá, doctores Darío Jordán Silva y Samuel Ortegón Casas. Jueces 1º y 2º en lo penal de ese mismo Circuito, doctores Edilberto García U. y Joaquín Ospina Ortiz. Juez civil del Circuito de Garagoa, doctor Héctor Roa Gómez. Juez 1º civil del Circuito de Guateque, doctor Jorge Bernal Otálora y Juez 2º en lo penal, doctor José Miguel Pinto Alvarado. Jueces en lo civil y en lo penal del circuito de Moniquirá, doctores Alberto Gómez Rodríguez y Dioselino Perilla G. Juez civil del Circuito de Ramiriquí, doctor Belisario Buitrago. Juez promiscuo del Circuito de Miraflores, doctor Cayetano Jiménez.

# JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES

Como lo habíamos prometido en el número anterior de nuestra revista, empezamos a publicar en el presente la jurisprudencia de los Tribunales Superiores del país, tomándola de las respectivas publicaciones oficiales. Nos permitiros rogar a los señores Presidentes de los Tribunales se sirvan ordenar a sus subalternos la remisión oportuna a esta oficina de las revistas que son órgano de publicidad de las decisiones de cada Tribunal, a fin de publicar oficialmente el tomo 3º de la **Jurisprudencia de los Tribunales.**

---

LANZAMIENTO—Aunque el artículo 133 del C. Judicial faculta a los jueces para comisionar a los alcaldes la práctica de diligencias judiciales, el artículo 550 ibídem estatuye que cuando haya de cumplirse un fallo, que no requiera el adelantamiento de otro juicio, la ejecución de aquel corresponde al Juez o al tribunal que conoció en primera o en única instancia.

Y en tratándose de lanzamientos por ocupación de hecho en predios rurales, el art. 17 de la Ley 200 de 1936 establece que, formulada una queja con arreglo a los requisitos de rigor, "el respectivo funcionario", es decir, el Juez de Tierras del conocimiento, se trasladará al terreno y efectuará el lanzamiento; y el artículo 62 del Decreto Ejecutivo número 59 de 1938, reglamentario de la Ley 200, dispone que si de las pruebas allegadas resultare probada una ocupación de hecho sin causa que la justifique, "el Juez de Tierras decretará y llevará a cabo personalmente el lanzamiento". Esto, porque en el acto de lanzamiento pueden surgir oposiciones, que sólo los Jueces de Tierras pueden resolver con criterio racional y jurídico. (Tribunal de Ibagué, auto del 9 de septiembre de 1939).

LANZAMIENTO POR OCUPACION DE HECHO.—La Ley de Tierras (200 de 1936) reformó el procedimiento que la Ley 57 de 1905 establecía para el caso de lanzamiento por ocupación de hecho. Prescribía la 57 que, presentada la queja contra un ocupante, el Jefe de Policía había de trasladarse al lugar de la ocupación dentro de las cuarenta y ocho horas después de presentada la queja, a verificar el lanzamietno de los ocupantes si no exhibían éstos contrato de arrendamiento o se ocultaban. La nueva ley quiso —para mayor garantía de los asociados— que el juez no se limitara a requerir a los ocupantes para que en el acto le presentaran los documentos de arrendamiento, sino que amplió la órbita de acción permitiéndole que llevara a los autos todos los elementos (de pruebas de que habla el Código Judicial) que puedan contribuír a ilustrarlo o formarle una persuasión racional. La inspección ocular se la impuso como requisito indispensable de ilustración: es, pues, una **conditio sine qua non** para poder fallar. (Artículo 20). (Tribunal de Ibagué, sentencia del 5 de septiembre de 1939).

---

PERTURBACION DE POSESION.—Los autores del actual estatuto de procedimiento civil sí consideraron que el tradente que se queda en la tenencia material del objeto, perturba con ello al adquirente en la posesión misma que por el medio de la inscripción en el registro le trasmitió. Con ese espíritu propuso la comisión redactora del actual Código Judicial el artículo 887 —que es una innovación, pues en los anteriores no existía— y con ese espíritu revelado en la historia fidedigna del establecimiento de la ley reguladora de los procesamientos civiles, quedó aceptada la novísima disposición con el alcance de medio especial y breve de

resolver una perturbación de posesión. (Tribunal de Ibagué, sentencia del 5 de septiembre de 1939).

---

PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. — Si los cónyuges de sociedades anteriores a la vigencia de la Ley 28 de 1932 que no hayan operado la liquidación provisional de los bienes sociales en indivisión, no pueden disponer en particular de éstos sino conjuntamente, aunque sí pueden disponer aisladamente de la cuota equivalente a la mitad, de igual modo, los acreedores no podrán, por razón de un crédito personal, hacer éste efectivo en la persona y bienes de uno solo de los cónyuges, sino en la persona y bienes de ambos, por razón de la indivisión de la masa de bienes y porque hoy marido y mujer son jefes y dueños exclusivos de los bienes sociales ante terceros, con iguales facultades administrativas y dispositivas, mientras no hayan procedido a la liquidación definitiva o provisional de aquéllos. (Tribunal de Ibagué, auto del 3 de diciembre de 1938).

---

MEDIANERIA. — La medianería es una comunidad con indivisión forzada sobre la cual pueden ejercerse por los colindantes, o derechos individuales exclusivos, o derechos indivisibles. Cada socio comunero tiene acción para pedir que el otro no le embarace su derecho con obras que le incomoden, le hagan más difícil el ejercicio de su derecho, o dificultan para el futuro la realización de obras que pudiera ejecutar sobre la medianería a términos del derecho que legalmente y en su condición de comunero quisiera acometer. Los colindantes dueños de una pared medianera ejercen el derecho de posesión recíprocamente sobre toda la pared, y es por eso, por lo que cada cual puede pedir que se prohiba al otro la construcción de toda obra nueva que se trate de hacer sobre la medianería, o que tienda a variar su clase, extensión, cantidad o calidad. (Tribunal de Bogotá, sentencia del 31 de enero de 1939).

NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO.— La nulidad total del juicio ejecutivo por incompetencia de jurisdicción por razón de la cuantía, comprende el embargo preventivo decretado antes del juicio, embargo que debe cancelarse. El proceso anulado íntegramente debe archivarse donde se tramitó, sin que haya lugar a remitirlo al Juez competente para conocer de la acción que se intentó hacer efectiva mediante aquél. (Tribunal de Bogotá, auto del 13 de junio de 1939).

---

DERECHO DE RETENCION.—El adquirente en remate está obligado a respetar el derecho de retención que tiene el arrendatario en contra del acreedor rematado. (Tribunal de Bogotá, auto del 22 de junio de 1939).

---

INSTRUMENTOS NEGOCIABLES — El tenedor de un instrumento negociable puede exigir judicialmente su pago, sin distinguir si lo es o no en debida forma. Como la Ley 46 de 1923 no reglamentó la prescripción de las acciones resultantes de las letras de cambio, dejó subsistente lo que al respecto se establece en el Código de Comercio. Tal sucede porque la Ley 46 no es incompatible con las disposiciones sobre prescripción establecidas por aquél, y porque la ley nueva al callar sobre prescripción no reguló esta materia tratándose de instrumentos negociables. (Ley 153 de 1887, artículo 1º). (Tribunal de Bogotá, sentencia del 3 de julio de 1939).

---

NULIDAD EN LOS JUICIOS SOBRE FILIACION NATURAL. — Los juicios sobre filiación natural no pueden iniciarlos y adelantarlos las partes —distintas del Ministerio Público— sino por conducto de abogado titulado (artículo 12 de la Ley 45 de 1936); y si lo hacen, esta informalidad determina una nulidad de procedimiento, por ilegitimidad adjetiva en la personería de la parte de-

mandante (artículo 448, ordinal 2º del Código Judicial). (Tribunal de Bogotá, auto del 9 de junio de 1939).

---

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES. — No tratándose de circunstancias constitutivas del delito genérico y específicamente distintas del homicidio común, puede el Juez de derecho o los jueces de hecho guardar silencio sobre las modalidades agravantes en el procedimiento de los cuestionarios, porque es al Juez de derecho, al tiempo de dictar sentencia, al que le corresponde apreciar las formas específicas del homicidio simplemente voluntario.

Para que el agravante sea imputable es necesario querer el delito no solamente en sus elementos constitutivos, sino también en sus circunstancias especiales de agravación como que es un hecho cierto que el delito agravado tiene una individualidad propia que no puede dividirse en partes para considerar la comisión de un hecho que se ha querido y otro que no se ha deseado. El delito es más grave cuando recae sobre una persona o una cosa que tienen o necesitan de mayor garantía y protección en la realidad de sus actos o de sus consideraciones objetivas. (Tribunal de Bogotá, sentencia del 13 de abril de 1939).

# NOTAS

"Embajada de Colombia — Número 306 —Lima, noviembre 2 de 1939.

"Señor doctor don Salvador Iglesias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

"Bogotá.

"Señor Presidente:

"Tengo el honor de avisar a usted recibo de su interesante comunicación de fecha 10 de octubre último, de la cual he tomado debida nota.

"Encuentro de gran importancia la idea de usted de hacer conocer el movimiento jurídico de Colombia y el conseguir el intercambio de las publicaciones que en estas materias se realizan en estos dos países, y en este sentido me estoy dirigiendo al Ministerio de Justicia y a la Corte Suprema de este país, en la seguridad de que acogerán su iniciativa con especial complacencia.

"Inmediatamente reciba los ejemplares de la **Gaceta Judicial** los haré llegar a su destino, y mucho le agradeceré se sirva enviarme algunos ejemplares más para repartirlos a otras Instituciones del Perú.

"(Fdo.) **Roberto Urdaneta Arbeláez,**

"Embajador de Colombia".

---

"Legación de Colombia — Ecuador — Número 107 — Quito, 24 de octubre de 1939.

"Señor doctor don Salvador Iglesias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

"Bogotá.

"Con el mayor agrado tuve oportunidad de imponerme de los puntos a que se refiere su atenta circular de fecha 10 de los corrientes, y retirar luégo los tres (3) ejemplares de la **Gaceta Judicial,** órgano de esa alta Corporación, que fueron enviados a los Presidentes de la Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, reservándome dos ejemplares para la Biblioteca de esta Legación.

"Me propongo conferenciar con el señor Ministro de Gobierno a efecto de conseguir el envío de las colecciones de leyes, libros y publicaciones sobre cuestiones jurídicas y la Gaceta de la Corte.

"Con el propósito de hacer circular la **Gaceta Judicial,** que hoy es una publicación que honra al país y de modo especial a la Corte Suprema de justicia, que usted preside con dignidad y sobra de merecimientos, sería conveniente que en adelante se hicieran remitir diez (10) ejemplares de cada número.

"Soy de usted muy atento y seguro servidor,

(Fdo.) **Alirio Gómez Picón,**

Ministro de Colombia".

---

"Legación de Colombia — Número 187 — San José, 15 de noviembre de 1939.

"Señor doctor don Salvador Iglesias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

"Bogotá.

"Señor Presidente:

"Tengo el honor de acusar recibo de su muy atenta comunicación del 10 del mes próximo pasado, junto con la cual se reci-

bieron tres ejemplares de la **Gaceta Judicial,** órgano de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, ejemplares que remite el señor Presidente para el archivo de esta Legación, otro para la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y el último para la Universidad Central, institución que no existe en este país, pero que he remitido a la Escuela de Derecho, donde sabrán apreciar este envío.

"En la fecha me he dirigido a la Corte Suprema de Justicia sugiriéndole a su Presidente la conveniencia de establecer el canje de la **Gaceta Judicial** con las publicaciones oficiales — "Boletín Judicial" y "Sentencias de Casación" — que se editan aquí. En idéntico sentido me he dirigido al Gobierno, ante el cual estoy acreditado, sobre el envío, con destino a esa Corte, de las colecciones de leyes más importantes de este país y de los libros que sobre asuntos jurídicos se publiquen, y finalmente he hecho igual sugerencia a la Escuela de Derecho. No dudo que tanto la Biblioteca Nacional, organismo encargado de la Sección de Canjes, así como la Corte Suprema de Justicia, corresponderán ampliamente a su patriótico esfuerzo por propender al conocimiento recíproco del movimiento jurídico de Colombia con las naciones hermanas del Continente.

"Ruego muy encarecidamente al señor Presidente disponer que el envío de la **Gaceta Judicial** se haga a las siguientes direcciones:

"Corte Suprema de Justicia, San José.

"Biblioteca Nacional, San José.

"Escuela de Derecho, San José.

"Legación de Colombia, San José.

"Del señor Presidente quedo con la mayor consideración muy atento servidor y compatriota,

(Fdo.) **Plinio Mendoza Neira,**

Ministro de Colombia".

"Embajada de Colombia — Número 171 — Caracas, noviembre 6 de 1939.

"Señor doctor Salvador Iglesias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

"Bogotá.

"Señor Presidente:

"Gustosamente aviso a usted recibo de su apreciable comunicación de fecha 10 de octubre último, así como de los tres ejemplares de la GACETA JUDICIAL que tiene como órgano de publicidad la Corte Suprema, tan dignamente presidida por usted.

"Me he tomado la libertad de distribuír los mencionados ejemplares en la siguiente forma: uno para la Suprema Corte Federal, otro para el Colegio de Abogados y el tercero para la Comisión Codificadora Nacional. En esa forma, no ha quedado ninguno para el archivo de esta Embajada, por lo cual le sabré agradecer que tenga la fineza de remitírmelo de nuevo, así como otro ejemplar más destinado a la Universidad Central de Venezuela.

"La Suprema Corte de este país no tiene más publicaciones que una Memoria anual, cuyo último número tuve oportunidad de enviar a usted en días pasados, junto con una colección del 'Boletín de la Comisión Codificadora Nacional'. En lo sucesivo le seguirán llegando a usted, en calidad de canje, tanto este Boletín como la Memoria de la Suprema Corte.

"Tendré el mayor gusto en ir tratando de hacer conocer cada vez más la GACETA JUDICIAL, así como en procurarle suscriptores; y sea ésta la oportunidad de expresarle mi sincera felicitación por el plausible propósito suyo de propender al conocimiento recíproco del movimiento jurídico de Colombia y Venezuela.

"Sin otro particular por el momento, me complazco en repetirme de usted como su atento, seguro servidor y amigo,

(fdo.) **Alberto Pumarejo**

"Embajador de Colombia".

"Legación de Colombia — México, D. F., noviembre 3 de 1939 — Número 505 — Expediente C-L.—Asunto: avísase recibo de la GACETA JUDICIAL.

"Señor doctor don Salvador Iglesias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
"Bogotá.

"Señor Presidente de la Suprema Corte:

"Tengo el honor de avisar recibo de su atenta comunicación de fecha 10 de octubre último, dirigida al señor Ministro Zawadzky, Jefe de esta Misión Diplomática, y hoy ausente del país.

"En respuesta a su aludida comunicación, me es muy grato manifestar a usted que personalmente hice entrega de esa importantísima GACETA JUDICIAL a diversos abogados mexicanos y al Secretario de la Sala del Trabajo de la Suprema Corte de Justicia de México, Licenciado Luis Fernández del Campo, con quien cultivo estrecha amistad.

"La GACETA JUDICIAL de Colombia ha sido motivo de los más sinceros elogios y recibí solicitud de numerosos ejemplares; por lo tanto, de la manera más atenta ruego a usted se sirva ordenar el envío de diez ejemplares, mensualmente, para remitirlos con exactitud entre los dichos abogados mexicanos y entre funcionarios de la Suprema Corte de México.

"Hoy mismo me dirijo a esta alta dependencia oficial mexicana para pedir el envío a esa Corte Suprema de la cual es usted muy digno Presidente, de todas las publicaciones que la Corte de México edita.

"A este mismo propósito, cúmpleme manifestarle que la Legación de Colombia en México presta un especial interés en distribuír las publicaciones colombianas que recibe y considera esta labor como de imperiosa necesidad para el conocimiento de nuestro país en el exterior.

"Saludo al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia muy atentamente.

"(fdo.) Germán Pardo García"

# INDICE

Págs.

EDITORIALES:

La reforma del Código Civil, por Salvador Iglesias, Presidente de la Corte 591
Objeto y Sujeto del Derecho, por el Profesor Rodrigo Jiménez Mejía... 594
De la Subrogación Real (conclusión), por Emilio Altamirano Sánchez.... 599

SALA PLENA

LEY 125 DE 1937 SOBRE INTERVENCION EN EL FOMENTO DE LA INDUSTRIA BANANERA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL.—INTERVENCION DEL ESTADO EN LAS INDUSTRIAS—. NOCION DE ORDEN PUBLICO.—POTESTAD REGLAMENTARIA DEL GOBIERNO.—FACULTADES EXTRAORDINARIAS DEL EJECUTIVO. — RACIONALIZACION. EXPROPIACION E INTERVENCION EN LAS INDUSTRIAS.—LA EXPROPIACION EN LA LEGISLACION COLOMBIANA. — Se declara exequible el artículo 1º de la Ley 125 de 1937, a excepción del último inciso, en cuanto establece que "en consecuencia el estatuto contractual que regule la industria bananera queda sometido a la reglamentación y supervigilancia del Gobierno"—Se declara exequible el artículo 2º de tal ley. Se declara inexequible el art. 4º de la ley referida.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo ..... 610

SALVAMENTO DE VOTO de los Magistrados doctores Hernán Salamanca, Salvador Iglesias, Ricardo Hinestrosa Daza, Pedro Alejo Rodríguez y Juan Francisco Mújica..... 635

LEY 125 DE 1937, SOBRE INTERVENCION EN EL FOMENTO DE LA INDUSTRIA BANANERA, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL.—Se está a lo resuelto en la sentencia anterior ..... 641

DECRETO NUMERO 475 DE 11 DE MARZO DE 1938, "POR EL CUAL SE REORGANIZA Y REFORMA LA CAJA DE AUXILIOS DE LA POLICIA NACIONAL, QUE EN LO SUCESIVO SE DENOMINARA "CAJA DE PROTECCION SOCIAL DE LA POLICIA NACIONAL", ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL. — POTESTAD REGLAMENTARIA DEL ORGANO EJECUTIVO. — FACULTADES EXTRAORDINARIAS. — Se declara exequible el decreto ejecutivo número 475 de 1938, dictado por el Gobierno en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 21 de la Ley 41 de 1915. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez ..... 642

DECRETO Nº 1283 DE 1932, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL.—REQUISITOS QUE DEBE TENER LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD ANTE LA CORTE.—Se resuelve no haber lugar a decidir sobre la inexequibilidad impetrada.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca ..... 654

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE PERJUICIOS.—JURIS-

Págs.

DICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y JURISDICCION ORDINARIA. — RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO POR PERJUICIOS CAUSADOS POR ELLAS. CULPA "IN ELIGENDO" Y CULPA "IN VIGILANDO" POR PARTE DE ESTAS ENTIDADES. — REVALUACION DE LA ANTIGUA DOCTRINA POR LA DEL DERECHO MODERNO EN ESTE PUNTO.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 4 de octubre de 1938, en el ordinario de Carlos Crane contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca . . . . . 656

ACCIONES DE REIVINDICACION Y DE SERVIDUMBRE NEGATORIA—VOLUNTAD UNILATERAL COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES. — CONCEPTO DE SERVIDUMBRE. — URBANIZACION—Se casa parcialmente la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá el 27 de octubre de 1938 y en su lugar se confirma la sentencia absolutoria dictada por el Juez 6º de este Circuito el 7 de abril de 1937 en el ordinario de Carlos Uribe Brigard contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 672

ACCION DE SIMULACION Y OTRAS. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena proferida en el juicio de Manuel del Cristo Torres contra J. de J. Pérez & Co.—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón . . . . . 681

ACCION DE NULIDAD DE UN DESLINDE Y OTRAS.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali pronunciada el 20 de octubre del año próximo pasado en el ordinario de Vicente López Gómez contra Heliodoro Mosquera.—Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta . . . . . 687

REIVINDICACION. — ESTIPULACION A FAVOR DE UN TERCERO—ESTIPULACION DE LA MADRE NATURAL POR SUS MENORES HIJOS SANEADA BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 45 DE 1936. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida el 27 de agosto de 1938 en el ordinario de Alicia Báez contra Visitación Montaña de Torres y otros. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez . . . . . 691

ACCIONES DE RESOLUCION DE UN CONTRATO, DE REIVINDICACION Y DE PERJUICIOS.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cali fechada el 6 de febrero de 1939 en el juicio de Antonio León M. contra Manuel Salvador Arteaga y otros.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza . . . . . 697

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. — MANDATO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. — DIFERENCIAS ENTRE ESTOS DOS CONTRATOS. — LEGISLACION FRANCESA SOBRE EL MANDATO. — ADMINISTRADORES O MAYORDOMOS DE HACIENDAS. — SU CONDICION LEGAL DE MANDATARIOS EN CIERTOS CASOS. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida el 26 de enero de 1939 en el ordinario de José del Carmen Aldana contra Carlos Rodríguez Maldonado. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez . . . . . 701

APELACION DE UN AUTO.—Se es-

Págs.

tima bien denegada la apelación de Manuel José Maya contra el auto de 10 de julio de 1939, dictado por el Tribunal Superior de Popayán.—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza ..... 709

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO POR VIOLENCIA EN EL CONSENTIMIENTO. — CONCEPTO JURIDICO DEL CONSENTIMIENTO EN LOS ACTOS JURIDICOS. — VIOLENCIA EN EL CONSENTIMIENTO — USO ABUSIVO DEL DERECHO. — CUANDO EL USO ABUSIVO DEL DERECHO OBLIGA A LA INDEMNIZACION. — NOCION MODERNA DEL ABUSO DEL DERECHO EN CUANTO A LA INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — Se casa en parte la sentencia que pronunció el Tribunal Superior de Bogotá el día 19 de julio de 1938, en el ordinario de Luis Carlos Corral y su mujer contra la Corporación Colombiana de Crédito. — Magistrado ponente, doctor Juan Francisco Mújica 711

ACCION DE NULIDAD RELATIVA DE UN CONTRATO.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 29 de octubre de 1937 dictada en el ordinario de Jorge Giraldo Urdaneta y Beatriz Pacheco de Van Meek contra Isabel Rodríguez de Albarracín. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón . . ..... 724

SE DECLARA EJECUTORIADA LA SENTENCIA RECURRIDA, o sea la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 7 de julio de 1938 dictada en el ordinario de María del Carmen Hernández de Blanco como representante legal de sus hijos menores contra Petronila Suárez—Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón . . . ..... 735

Págs.

ACCION DE PERJUICIOS. — ESTIMACION JURIDICA DE LA PRUEBA INDICIARIA—CUANDO PUEDE ALEGARSE EN CASACION ERROR DE HECHO O DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LOS INDICIOS—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué fechada el 12 de noviembre de 1938 y proferida en el ordinario de Camilo Marulanda contra el Municipio de Ibagué—Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez 736

ACCION DE DOMINIO. — BUENA FE. — ACCION DE RECOBRO.— PRESTACIONES MUTUAS. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona el 12 de agosto de 1938 en el ordinario de Felisa Sorzano de Canal contra Antonio Reyes Moncada—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca . . ..... 744

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. — COMPENSACION DE CULPAS. — INCONGRUENCIA. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 15 de septiembre de 1938 en el ordinario de Mario Galvis contra The Dorada Railway Company Limited—Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza ..... 755

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior, de Popayán en la causa contra Evangelista y Lucio Achicué por el delito de homicidio y se absuelve a los procesados.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez ..... 759

APLICACION SIMULTANEA DEL CODIGO PENAL DE 1890 Y DEL

Págs.

DE 1936, TRATANDOSE DE REINCIDENCIAS. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en la causa contra Ignacio Portilla por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez..... 761

EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD SOBRE PROCESADOS ABSUELTOS. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Neiva en la causa contra Jorge Cabal Jaramillo, Julio Duque y otros por los delitos de homicidio y robo.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez..... 763

EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD SOBRE EL VEREDICTO DEL JURADO.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Luis Enciso por el delito de homicidio—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez ..... 765

HOMICIDIO.—NULIDAD DEL PROCESO POR RECUSACION DE JURADOS NO AUTORIZADOS POR LOS SINDICADOS. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de 15 de octubre de 1938, que condenó a Antonio Delgado por el delito de homicidio; se declara nulo lo actuado a partir del auto de fecha 11 de agosto de 1937 y se ordena la reposición del procedimiento de allí en adelante.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias.. 769

CUERPO DEL DELITO DE HOMICIDIO. — INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO. — No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, de fecha 21 de julio de 1938, que condena a Clodomiro o Teodomiro Torres por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias.. 771

Págs.

NULIDAD DEL PROCESO—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira de fecha 19 de octubre de 1938 que condenó a Fernando Ortiz Cañas, José Fernando y José Mario Ortiz Foronda por el delito de homicidio; se declara nulo lo actuado a partir del auto de fecha 28 de septiembre de 1937 y se ordena reponer el procedimiento de allí en adelante—Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias..... 774

VEREDICTO CONTRADICTORIO—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, de fecha 26 de enero de 1939, que condenó a Luis A. Parra Serna por el delito de homicidio y en su lugar ordena la convocatoria de un nuevo jurado. Magistrado ponente, doctor Salvador Iglesias ..... 777

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO EN SUMARIO POR RESPONSABILIDAD DE FUNCIONARIOS PUBLICOS. — Se sobresee definitivamente en favor de los doctores Guillermo Morales Peña y Edilberto Arévalo Correal por razón de los cargos que les formuló Tomás Norberto Cerón Camargo.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo ..... 780

INAPLICABILIDAD DEL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL A LOS PROCESOS INICIADOS ANTES DEL 1º DE JULIO DE DICHO AÑO. — La Sala Dual confirma el auto del señor Magistrado doctor Iglesias en que se resuelve que la Ley 94 de 1938 — nuevo Código de Procedimiento Penal— no es aplicable respecto de procesos iniciados antes del 1º de julio de aquel año.—Sumario contra el ex-administrador de Hacienda Nacional de Santa Marta, señor Manuel Linero Castillo.—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo ..... 783

Págs.

INADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS QUE IMPONGAN MENOS DE SEIS AÑOS DE PENA CORPORAL, CUANDO SE TRATE DE PROCESOS INICIADOS ANTES DEL 1º DE JULIO DE 1938. No es admisible el recurso de casación contra sentencias que impongan menos de seis años de pena corporal, cuando se trate de procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938.—La Corte se **inhibe** de conocer en el recurso de casación de Teófilo Rodríguez contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil fechada en 26 de agosto de 1938.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo ..... 786

VEREDICTO CONTRADICTORIO—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pereira del 6 de julio de 1938, dictada en la causa contra Faustino Quintero por el delito de homicidio; en su lugar se declara notoriamente injusto el veredicto del jurado y se ordena la convocatoria de uno nuevo—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 789

CASACION DEL FALLO POR MALA APRECIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, el 25 de marzo de 1938, que condenó a Adelio o Delio Villar por el delito de homicidio; y en su lugar se condena al mismo Adelio o Delio Villar a la pena principal de tres años de reclusión—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo ..... 791

VEREDICTO CONTRADICTORIO—Se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, del 10 de junio de 1938, en la causa seguida contra Samuel Gómez y Evangelista Díaz por el delito de homicidio; en su lugar se resuelve declarar injusto, por contradictorio, el veredicto del Jurado, y se ordena la convocatoria de nuevo Jurado—Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo ..... 793

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO— PRESCRIPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO—Se declara probada la excepción de prescripción en lo que a la obligación del señor Delfino Díaz R. se refiere, y se ordena levantar la traba del embargo respecto de los bienes que a ella están sujetos.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.. 797

RESPONSABILIDAD POR CULPA DELICTUAL. — Se reforma la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio de Marcelino Ossa M. contra el Ferrocarril del Pacífico—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 801

BONOS COBRADOS EJECUTIVAMENTE POR EL TENEDOR—REQUISITO PREVIO DE LA PRESENTACION DE LOS CONTRATOS DE EMISION DE LOS PAPELES DE DEUDA—REPRESENTACION DE LOS TENEDORES POR PARTE DE LOS AGENTES FISCALES CONFORME A LOS CONTRATOS DE EMISION. — Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Medellín el 29 de julio de 1938 en el ejecutivo de Alfonso Paláu contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán ..... 808

EXCEPCION DE PRESCRIPCION CONTRA UN CREDITO DEL ESTADO. — Se declara probada la excepción de prescripción alegada por Rafael Durán Acebedo y se ordena

Págs.

la cesación del procedimiento y el consecuente desembargo de los bienes trabados.—Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán..... 818

EXCEPCIONES.—Se declara probada la excepción de insuficiencia del instrumento ejecutivo alegada por Leopoldo Porto M.—Magistrado ponente, doctor Francisco Vizcaíno..... 820

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA.—Se declara probada la propuesta por el representante de The Colombian Railways and Navegation Co. Ltd. en el ejecutivo iniciado por el Juzgado de Rentas Nacionales de Cartagena. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo . . ..... 828

REVOCACION DE UN AUTO EJECUTIVO.—Se revoca el auto ejecutivo dictado por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Luis Eduardo Díaz Agudelo. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 829

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

INCOMPETENCIA PARA CONOCER

Págs.

DE UNA DEMANDA.—Se niega la reposición del auto de 22 de julio pasado, en el cual se declara la abstención de conocer de la demanda presentada por Antonio Leví López M. contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo . . ..... 830

RECURSO DE SUPLICA. — INCOMPETENCIA DE LA SALA PARA CONOCER DE LA DEMANDA.— Se confirma el auto de fecha 30 de junio de 1939 por el cual no se admite la demanda presentada por Germán Molina Callejas contra la Nación y las entidades "Colombian Petroleum Company" y "South American Gulf Oil Company". — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez ..... 831

---

Nombramiento de Jueces Superiores, de Menores y de Circuito en todo el país . ..... 833

Jurisprudencia de los Tribunales..... 837

NOTAS . . ..... 840

# GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento" (Siete partidas —Ley XIII).
"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO XLVIII NOVIEMBRE DE 1939. NUMERO 1951.

## NOTAS EDITORIALES

SALVADOR IGLESIAS

## LA CONSTITUCION DEL ORGANO JUDICIAL

*Cursa en la Cámara de Representantes el proyecto de Acto Legislativo, reformatorio de la Constitución, presentado por el Ministro de Gobierno, por el cual se determina la manera de designar el Organo Judicial y se dictan algunas otras disposiciones.*

*La anterior legislatura también se ocupó de la materia.*

*No alcanzó a discutirse. No hubo un acuerdo entonces sobre el remedio tendiente a impedir la participación decisiva de la política en la formación del Organo Judicial.*

*Al respecto la exposición de motivos del Ministro de Gobierno, sintetiza así el principal objetivo de la reforma:*

*"Una de las exigencias más unánimente expresadas por la opinión pública en general, y por las más altas autoridades jurídicas, políticas y sociales del país, es la que se refiere a la necesidad de transformar sustancialmente los métodos existentes para designar los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público, con el objeto de darle a la administración de justicia una independencia absoluta, y apartarla por completo de toda influencia política. Acerca de la urgencia de llevar adelante esta reforma sería inútil insistir, puesto que sobre el particular existe una extensa bibliografía, y se han expuesto en reiteradas oportunidades con fundamentos de tal iniciativa. Las Cámaras mismas,*

*al ocuparse frecuentemente de este problema, sin haber logrado todavía darle una solución satisfactoria, han demostrado abundar en el mismo criterio".*

*La Comisión IX de la Cámara rinde informe y propone que se dé segundo debate al proyecto de Acto Legislativo sobre el particular propuesto por el Ministerio de Gobierno, teniendo en cuenta las modificaciones que en pliego separado acompaña.* (1)

*Al rendir este informe la Comisión IX estudió también varios proyectos, presentados a la Cámara en sus actuales sesiones.*

*La Cámara ha tenido a su estudio y crítica para llegar a las conclusiones favorables sobre el proyecto del Ministro de Gobierno, los elementos de organización del Poder Judicial que contienen esos otros proyectos.*

*Resumiéndolos en lo esencial, la Comisión IX los analiza así:*

*"PROYECTO DEL GOBIERNO — Contiene nueve artículos, que se refieren, respectivamente:*

*A las calidades exigidas para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.*

*Al conocimiento de los negocios contenciosos en que tenga parte el Estado o que constituyan litigios entre dos o más Departamentos, con excepción de los que la ley defina como administrativos;*

*A las condiciones que deben tener los Magistrados de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial;*

*Al sistema que debe emplearse para el nombramiento de los mismos funcionarios, debiendo formar la Corte Suprema de Justicia ternas para cada una de las plazas existentes y pasándolas a un cuerpo de electores, compuesto de siete miembros, el cual escogerá en un solo día los Magistrados principales y suplentes.*

*A los requisitos para ser Juez;*

*A la elección que deben hacer los Tribunales de todos los Jueces Superiores, de Circuito, Municipales y de Menores;*

*Al nombramiento de los Fiscales de los Tribunales Superiores y Administrativos;*

*A las condiciones que deben tener el Procurador General de la Nación y el Fiscal del Consejo de Estado, y, por último, a la reforma del numeral 4° del artículo 96 de la Constitución.*

*PROYECTO DE CASTILLO PINEDA—Contiene catorce artículos, y difiere del anterior en cuanto al sistema de elección de los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito y de los Fiscales;*

*Al período de los Magistrados en general;*

*A las facultades constitucionales de la Corte, entre las cuales pretende incorporar el conocimiento de las demandas de inexequibilidad de las leyes por medio de las cuales se aprueban contratos y sobre los contratos mismos, así como sobre la constitucionalidad de los proyectos de tratados públicos, acuerdos o convenciones internacionales, y al nombramiento que deben hacer la Corte y los Tribunales de los Magistrados interinos para llenar las vacantes temporales y absolutas.*

*PROYECTO DE BUSTILLO FRANCO, BERNAL JIMENEZ Y ESCOBAR CAMARGO — Contiene nueve artículos, que se relacionan con los siguientes puntos:*

*Elección de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, hecha por el Senado y la Cámara de Representantes, de listas que de uno y otra presente el Presidente de la República, tomando en cuenta la representación proporcional de los partidos, que cuente con miembros en ambas corporaciones;*

*Elecciones de Magistrados de los Tribunales Superiores por la Corte Suprema de Justicia, de listas de can-*

(1) Anales de la Cámara de Representantes. Informe de la Comisión IX. Noviembre 4 de 1939. Número 84. Página 1246.

*didatos que para estos cargos presenten las respectivas Asambleas Departamentales, debiendo quedar integradas de tantos nombres cuantos corresponda a cinco por cada Magistrado;*

*Incapacidad para los Magistrados que hagan la elección a que se refiere el punto anterior, de ejercer poderes ante las corporaciones o funcionarios en cuyo nombramiento hayan intervenido durante el período de éstas;*

*Inhabilidad de los Diputados principales y suplentes de las Asambleas para ser elegidos Jueces por los Tribunales correspondientes durante su período;*

*Aplicación del sistema electoral vigente para la elección de Jueces;*

*Nombramiento de los Jueces Municipales de las cabeceras de Distrito y Circuito por los Tribunales Superiores;*

*Requisitos para ser nombrado Juez de las cabeceras de Distrito;*

*Prohibición para los miembros de las Cámaras Legislativas de ejercer poderes ante las autoridades judiciales o administrativas mientras dure la inmunidad parlamentaria;*

*Ejercicio del Ministerio Público por la Cámara de Representantes, la Procuraduría General de la Nación, que estará integrada por tres funcionarios, los Fiscales de los Tribunales, los de los Juzgados Superiores y los Personeros Municipales.*

*PROYECTO DEL CONSEJO DE ESTADO—El proyecto que formuló el Consejo de Estado tiene diez artículos, y en él se hace referencia a la elevación del número mínimo de Magistrados que pueden componer la Corte;*

*A la determinación que deba hacer la ley, de las Salas en que ha de dividirse y del número de suplentes de los Magistrados;*

*A la edad mínima y máxima para poder ejercer ese cargo;*

*A la elección de Magistrados por las Cámaras Legislativas de listas que presente el Presidente de la República de tantos nombres cuantos Magistrados integren la Corte, multiplicado este número por tres;*

*A la elección directa de los Magistrados de los Tribunales Superiores por la Corte, debiendo recaer en ciudadanos naturales o vecinos del respectivo Departamento o de la Intendencia o Comisaría incorporada en el Distrito Judicial;*

*A las condiciones que deben tener los Magistrados de los Tribunales Superiores;*

*A la elección de Jueces Superiores, de Circuito y Municipales por los Tribunales Superiores, siendo necesario el título de abogado para el ejercicio del cargo de Juez Superior y de Circuito".*

*El proyecto del Ministro de Gobierno abarca no sólo la reforma de la constitución del Poder Judicial, Corte Suprema, Magistrados de los Tribunales, Jueces, sino también lo referente al Ministerio Público y lo relativo a los Fiscales de los Tribunales Administrativos.*

*Conforme tal proyecto, la formación de la Corte Suprema de Justicia permanece en su esencia tal como está. Los Magistrados de la Corte siguen siendo designados de ternas presentadas a las Cámaras por el Presidente de la República.*

* *

*Lo esencial de la reforma estriba en la formación de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.*

*Dispone el proyecto del Ministro de Gobierno que los Magistrados de los Tribunales Superiores y los suplentes respectivos serán designados en la forma siguiente:*

*"La Corte Suprema de Justicia formará ternas para cada una de las plazas existentes, y las pasará a un cuerpo de electores, compuesto de siete miembros, el cual escogerá en un solo día, que señalará la ley, todos los Magistrados principales y suplentes."*

*Con relación a los Jueces, inclusive los Jueces Municipales y Jueces de*

*Menores, serán elegidos por el respectivo Tribunal.*

*La innovación consiste en esta parte en quitar a los Concejos Municipales la facultad de elegir los Jueces respectivos de cada Municipio y en organizar su dependencia por consiguiente en el respectivo Tribunal, estableciendo así una jerarquía cónsona con la índole del Poder Judicial, que es uno en la República.*

*Desde un punto de vista enteramente personal, estando a la consideración pública la reforma, no es improcedente consignar una crítica.*

*Tiende ella a llamar la atención a puntos de vista fundados en apreciaciones de hecho.*

*El sistema de ternas tiene reconocidos inconvenientes. No es preciso enumerarlos.*

*Y desde el punto de vista político, mejor expresado, partidista, que es el que se trata de eliminar, subsiste en el proyecto, atenuado es verdad.*

*El Presidente de la República tiene una visión general de conveniencia de los intereses públicos y de ahí que sea preferible, en mi concepto, que en vez del sistema de ternas presentadas por él a las Cámaras para designación de los Magistrados de la Corte Suprema, como sucede hoy y como lo conserva el proyecto, el Presidente de la República pasase a las Cámaras la lista de los Magistrados y no pluralidad de ternas.*

*Las Cámaras aprobarán o no cada uno de los nombres que integren la lista.*

*Tiene este sistema la ventaja de una discriminación precisa y con ella la de fijar no una contingencia sino una selección, ratificada por el voto de las Cámaras. No se diluye la responsabilidad.*

*Subsiste para la designación de los Magistrados de los Tribunales, según lo preconiza el proyecto, también el sistema de ternas.*

*Quítase a las Asambleas el derecho de proponerlas a la Corte. Se entrega a ésta esa facultad; y se determina que sea un cuerpo de electores, de siete miembros, según el proyecto, y de nueve según la Comisión de la Cámara, quien escoja dentro de esas ternas los respectivos Magistrados, que deben ser en todo caso ciudadanos naturales o vecinos del respectivo Departamento.*

*Este cuerpo de electores, nombrados por el Senado, por la Cámara de Representantes y por el Presidente de la República, viene a ser pues en definitiva quien designa los Magistrados de los Tribunales Superiores.*

*Establece de esta suerte el proyecto un organismo nuevo, exótico en la índole de nuestra Constitución, con la mira —sin embargo plausible— de eliminar la ingerencia política en la constitución del Poder Judicial.*

*Es ello benéfico pero como iniciativa. Pero descendiendo al hecho desatiende realidades de la vida colombiana.*

*Estos electores, especie de* arcontes, *carecen de una fuente de información completa.*

*No se diga que porque hagan la elección sobre ternas formadas por la Corte Suprema, tienen ya todos los elementos para una designación acertada.*

*En efecto: el sistema de ternas implica una escogencia forzosa.*

*La Corte da las ternas, pero al formarlas carece del contacto directo con los respectivos Departamentos, y sólo podrá escoger acertadamente nombres de Magistrados en ejercicio, que serán los de los Jueces y Magistrados en relación con ella por efecto de la secuela de los juicios a su conocimiento.*

*Le falta a la Corte la apreciación del ambiente en cada Departamento y la apreciación directa de las peculiaridades de cada Sección. Por ese camino se corre el riesgo de formar ternas abstractamente, técnicamente perfectas, pero sin la concurrencia de los factores típicos y regionales de cada región.*

*No hay que olvidar que este país por su conformación geográfica y étnica*

*y por sus diversas condiciones económicas y de producción está integrado por elementos de características distintas, cuya índole se acusa en lo que se llama factor regional.*

*De otro lado, el conocimiento del medio ambiente no lo da sólo la técnica jurídica. Depende de condiciones variables de adaptación que en la administración de justicia son parte esencial para que ésta, que es la equidad, resulte en los fallos viniendo desde la captación de la prueba hasta la modalidad de la decisión judicial, aplicándose sin embargo una misma disposición legal en los litigios.*

*De ahí que el sistema de ternas resulte fallo por lo apuntado.*

* *

*En nuestro sentir es más acertado la formación de listas.*

*Dentro de este sistema y refiriéndonos a los Magistrados de los Tribunales, encuentro congruente con la índole del país y con la necesidad de la reforma, el sistema siguiente, de listas, preconizado por el doctor Jorge Gutiérez Gómez, Procurador Delegado en lo Penal.*

*Expone así el doctor Gutiérrez Gómez su proyecto:*

*"La intervención de la política en la elección de Magistrados es sin duda perjudicial; pero ello no quiere decir que sea cuerdo eliminar completamente el origen popular de los candidatos para miembros del Tribunal. Si es perniciosa la práctica actual, también lo sería el conferir la facultad de elección a una sola entidad, grupo o persona.*

*"Una de las causas principales que vician el actual sistema es la de tener un único origen la formación de las ternas, lo que trae como consecuencia que los favorecidos queden vinculados y comprometidos con los Diputados que les dieron sus votos.*

*"Otro de los aspectos más desagradables del mismo sistema es el de ver a los Magistrados en ejercicio pugnando por conquistar la simpatía de los Diputados, lo que le resta severidad e independencia a los miembros del Poder Judicial que asumen esa actitud suplicatoria o de intriga.*

*"Para eliminar estos males, me atrevo a pensar que podría adoptarse el siguiente procedimiento:*

*"Los Magistrados en ejercicio deberán ser candidatos natos. La Asamblea elegirá un número de candidatos igual al número de Magistrados de cada Tribunal. Y el Gobernador respectivo enviará a la Corte otra lista de candidatos, distintos de los escogidos por la Asamblea y de los Magistrados en ejercicio, igual al número de plazas del Tribunal. De las tres listas hará la Corte la escogencia del personal de Magistrados.*

*"Un ejemplo aclarará mi pensamiento: el Tribunal de Cundinamarca consta de trece Magistrados, que de hecho serán candidatos; la Asamblea designará trece candidatos; y la Gobernación enviará también una lista con trece nombres. De estos treinta y nueve candidatos elegirá la Corte los trece Magistrados del Tribunal.*

*"En esta forma, me parece, que se respeta la ingerencia de la opinión pública, en cuanto que las Asambleas escogen sus candidatos; se permite la intervención del Ejecutivo Departamental, que está especialmente capacitado para apreciar la idoneidad y la rectitud de los abogados de cada región y de los jueces que actúen en el Departamento y que tengan derecho a aspirar a un ascenso en el Organo Judicial; y, al propio tiempo, se deja una gran amplitud a la Corte para juzgar si el personal de los Tribunales debe ser elegido o renovado, total o parcialmente.*

*"Desde luego, la proporcionalidad de los partidos políticos deberá ser respetada al confeccionar las listas".*

*Este sistema, a mi modo de ver, reúne las siguientes ventajas:*

1ª *Elimina las ternas, y con ello una elección forzada.*

2ª *Asegura la carrera judicial, puesto que en la lista entran automática-*

*mente los Magistrados de cada Tribunal en ejercicio.*

3ª *Asegura la técnica jurídica, ya que la Corte tiene conocimiento por los fallos de esos Magistrados, de su competencia.*

4ª *Permite le ingerencia de la opinión pública de cada Departamento en la constitución de su respectivo Poder Judicial. Y si es verdad que los intereses políticos pueden influír en la formación de la lista parcial que haga cada Asamblea, no es forzoso para la Corte escoger esos nombres teñidos de partidismo. Le quedan los nombres restantes de la lista total.*

5ª *Refuerza la misma personería de las Secciones, puesto que el Gobernador forma la tercera lista y como previamente ya existe la automática compuesta de los Magistrados en ejercicio, la segunda formada por la Asamblea, la tercera que estará integrada por nombres distintos de las dos anteriores, permite al Gobernador hacer una selección teniendo en cuenta la opinión pública. Así la escogencia de esta lista última llena vacíos y corrige deficiencias. Estas tres listas parciales forman la lista total de candidatos. Sobre ella la Corte y teniendo la información requerida por tres fuentes distintas, procede a designar libremente sin sujeción a lo forzoso de las ternas los Magistrados de cada Tribunal.*

*De no menor importancia es esta otra realidad:*

*La designación directa que hiciese la Corte a la postre constituye una especie de oligarquía, pugna a nuestra índole la falta de contacto con la opinión pública. En el sistema de listas se salvan muchos inconvenientes y se atiende a la realidad colombiana. Las ternas quedan eliminadas, la elección forzosa dentro de ellas desaparece y no es menester recurrir a adehalas como ésta del cuerpo de electores independientes que preconiza el proyecto del señor Ministro de Gobierno,* arcontes *que desatenderían la índole de los Departamentos y el movimiento vital de la opinión pública.*

*Bogotá, 1º de diciembre de* 1939.

SALVADOR IGLESIAS
Presidente de la Corte Suprema de Justicia

# LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL

## POR DARIO ECHANDIA

**Insertamos a continuación el importante y sintético estudio que el señor doctor Darío Echandía envió al señor Ministro de Gobierno, desde Roma, en marzo del presente año.**

**El doctor Echandía es un jurista en el término prístino de este vocablo, que sin adjetivos, como es de usanza ahora, responde al concepto no desnaturalizado del** jus publici respondendi.

**Su participación decisiva en la Reforma Constitucional de 1936 y en las leyes de reforma de algunas instituciones civiles, como la Ley 45 de 1936, la Ley 28 de 1932, la Ley 200 de 1936, llamada Ley de Tierras, le dan autoridad de perito, asentada no en concesión graciosa sino en sus conocimientos, en su espíritu de crítica y en su orientación científica.**

**Refiriéndose al método de la reforma el doctor Echandía piensa, que como ideal legislativo, es preferible la codificación de conjunto, aun cuando sea más lenta y laboriosa, pero atemperándose a nuestra índole, piensa también que las reformas parciales no pueden calificarse de infructuosas, puesto que han permitido en Colombia rehacer tramos enteros del Código Civil.**

**Apunta la ventaja, además, de que de esta manera pueden experimentarse los efectos de la reforma y corregir sus imperfecciones; a lo que se agrega que las resistencias naturales al cambio de legislación suelen ser más fácilmente superadas, cuando se trata de leyes sobre materias especiales.**

**En este último punto, el jurista está de acuerdo con el concepto de la Corte sobre el método de la reforma, que deja a la jurisprudencia la construcción y adaptación de nuevas formas adecuadas y vivientes para la solución de muchos problemas jurídicos.**

**El estudio del doctor Echandía sobre la reforma del Código Civil consta en el siguiente importante documento:**

---

Roma, marzo 13 de 1939.

Señor doctor don Carlos Lozano y Lozano, Ministro de Gobierno.

Bogotá.

Señor Ministro:

Muy digna de sus muchos méritos como jurista, y adecuada, además a sus ideas políticas, me parece la iniciativa de revisar nuestras leyes civiles. Y me siento vivamente honrado de que usted quiera algunas opiniones mías sobre este proyecto, que habrá de contribuír eficazmente al progreso jurídico del país en que el liberalismo se ha venido empeñando desde que asumió el Poder.

Porque estará usted de acuerdo en que la reforma debe tener carácter político e inspirarse en una concepción

no meramente técnica, sino, sobre todo, social del derecho, a cuya realización debe contribuír la técnica jurídica. El partido liberal necesita tener una política del Código Civil como de la Constitución o de los problemas sociales. La renovación de los Códigos es consecuencia forzosa del cambio que se ha verificado en las direcciones políticas del país. Y el partido en el tiempo que lleva de influír efectivamente en la dirección de los negocios públicos, no ha descuidado, por cierto, esa renovación.

Empezó por la Constitución y se cuentan, además, entre los mejores empeños en este sentido, el cambio de la legislación penal, en el cual tuvo usted tan decisiva participación, y los estudios ya iniciados para modernizar el Código de Comercio. Ahora toca el turno al Civil, campo en el cual se han cumplido innovaciones de importancia trascendental gracias a las cuales ha venido a desaparecer, en mucha parte, la legislación vieja. Entre ellas recuerdo las siguientes: respecto de régimen de bienes en el matrimonio, la Ley 28 de 1932 cambia radicalmente el sistema del Código, o sea, el de comunidad de bienes e incapacidad de la mujer, por otro que da a ésta plena capacidad y establece como legal el sistema de separación, sin perjuicio de que, al disolverse el matrimonio, se provea eficazmente a hacer partícipes a ambos esposos en las adquisiciones hechas durante la vida común; la llamada Ley de Tierras, 200 de 1936, constituye también una modificación sustacial en lo relativo a dominio y posesión de bienes raíces. Esta reforma cambió el concepto mismo de posesión de inmuebles y el sistema de la prueba del dominio, asentó el principio de la relatividad de este derecho y la idea de aprovechamiento económico de la tierra como base de él, y consagró por primera vez entre nosotros, en una ley escrita, las doctrinas del enriquecimiento indebido, el abuso del derecho y el fraude a la ley. En punto a filiación natural, la Ley 45 de 1936 vino a "restaurar uno de los más vetustos tramos de nuestra arquitectura institucional". Ella "quiso devolver a millones de ciudadanos la dignidad y el derecho a la vida civil que leyes reaccionarias les habían arrebatado". Tiene gran importancia la 70 de 1931, que introdujo el patrimonio familiar al sistema del Código. En lo tocante a sucesiones, la misma Ley 45 de 1936, que admitió a los hijos naturales a concurrir con los legítimos en la sucesión del padre, y la 60 de 1935, que limitó el derecho herencial de los colaterales al cuarto grado, constituyen sin duda, innovaciones de fondo. Las Leyes 50 de 1936, sobre prescripciones y nulidades civiles, y 40 de 1932, sobre registro y matrícula de la propiedad, merecen mención. La primera versa sobre la prescripción e introdujo un cambio tan fecundo en consecuencias económicas como es el de acortar sus términos, y la disposición sobre nulidades que "cambia sustancialmente el sistema colombiano de las absolutas, ya que, de un lado, conserva la facultad que tienen los Jueces para declarar nulo el acto y el Ministerio Público para atacarlo y, además, concede acción a todo el que tenga interés en ello, incluyendo a quien ha ejecutado el acto o contrato nulo, para recurrir a la justicia a fin de que se destruyan los efectos de lo aparente". La ley de registro y matrícula de la propiedad ha contribuído muy eficazmente a modernizar nuestro sistema de la prueba de la propiedad raíz.

Me parece que este conjunto de reformas es tal en cuanto a extensión y profundidad, que sería injusto afirmar que después de ocho años de Gobierno liberal, el viejo Código Civil— tan atrasado por algunos conceptos — no ha sido transformado en gran parte y con sana dirección, tratando de resolver problemas propios, pero aprovechando la enseñanza y experiencia de

naciones de cultura más densa y de más larga travesía en el campo del derecho.

Pero reconocer que la reforma se ha venido cumpliendo en parte no desdeñable, no se opone en manera alguna a la necesidad de un nuevo y definitivo esfuerzo que complete la actualización de nuestras leyes civiles. Bien al contrario, por lo mismo que este Código de don Andrés Bello, por obra de recientes cambios, ha perdido ya la vieja fisonomía que le daban tradiciones francesas, españolas, canónicas y romanas, hasta el punto de que pueda decirse que como unidad orgánica, como Código, ha desaparecido, es por lo que parece de mayor oportunidad acometer una revisión total de sus preceptos con el objeto de poner los anticuados a nivel con los nuevos, de manera de alcanzar, sobre la base de las enmiendas últimamente hechas, la unidad lógica y la trabazón o articulación orgánica que han de constituír el futuro Código. Quiero decir que el mismo espíritu que ha inspirado las reformas parciales, debería presidir a la revisión del conjunto: el de la democratización de la ley civil. Concibo la reforma como una continuación del esfuerzo en el sentido de dar protección a los débiles en la lucha económica, de reconocer la relatividad de los derechos privados subordinándolos a su validez o licitud desde los puntos de vista social y moral. En una palabra, creo que la reforma civil debe ser el desarrollo del contenido del artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936.

LA CONSTITUCION Y EL CODIGO

Allí se lee: "La propiedad es una función social que implica obligaciones". La palabra "propiedad" está empleada en su más amplio sentido, como sinónimo de "derechos patrimoniales", sentido en el cual el artículo 670 del Código Civil dice que "sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad". Decir que la propiedad implica obligaciones resultantes de la función social que desempeña equivale a decir que los derechos privados están limitados por la finalidad social a que obedecen. Por eso el Código debería consagrar, como principio supremo de interpretación de la ley, el de que ésta no protege los derechos privados sino en cuanto su ejercicio se acomoda a su finalidad o función social. Es decir, la teoría del abuso del derecho. Esta es la nueva orientación constitucional del país, que debe traducirse en preceptos positivos del Código Civil. Para completar este concepto de *objetivización* o, si se quiere, *socialización* del derecho característico de la especulación jurídica moderna, deberían adoptarse también las ideas de enriquecimiento indebido y fraude a la ley. El enriquecimiento indebido es una fuente especial de obligaciones civiles, pero también un criterio general de apreciación de los actos jurídicos o de sus efectos o, mejor, un límite al ejercicio de la actividad jurídica individual, puesto en vista del interés social. Este principio establecido como regla que domine el conjunto de las instituciones civiles y agregado al del abuso del derecho, daría a los preceptos del Código una gran elasticidad y los colocaría bajo el signo del interés social y la regla moral. Por último, el principio del *fraude a la ley* completa el trinomio de teorías directrices que debería guiar a los Jueces.

Entre estampar al frente del Código la norma general de que las leyes no protegen el abuso del derecho, ni el enriquecimiento sin causa, ni el fraude a la ley, y decir como el artículo 5º de la Ley 153 de 1887, que dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador, hay apreciable distancia. La expresión *equidad natural* es vaga, suele presentar más que todo un sen-

timiento, hecho subjetivo que varía según las circunstancias y personas. En cambio, los conceptos de función social, del derecho privado, abuso del derecho o enriquecimiento indebido son más objetivos, constituyen figuras o construcciones de la ciencia o la doctrina jurídica con alcance más preciso y que limitan mejor el dominio de los derechos consagrados en el Código, que la simple idea de la justicia abstracta.

Los Códigos suelen ser parcos en reglas de interpretación de la ley. Indican sí la manera de suplir a la falta de textos legales aplicables a un caso determinado. La ley puede presentar vacíos o por incompleta visión de parte del legislador, de las varias posibles contingencias, o porque la evolución social produce relaciones siempre nuevas y cada día más complejas, y el artículo 48 de la Ley 153 de 1887 copió del Código napoleónico el principio de que los Jueces y Magistrados que rehusen juzgar pretextando oscuridad o insuficiencia de los textos incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia. Casi todos los Códigos se contentan con decir que en tal evento se apliquen las disposiciones que regulan casos análogos y a falta de éstas, *los principios generales del derecho.* El suizo establece que en los casos no prescritos por la ley, el Juez decide según la costumbre y, en defecto de ésta, según la regla que él mismo adoptaría si fuera legislador, inspirándose en la doctrina y en la jurisprudencia más autorizadas. Esta disposición ha escandalizado no poco a los tradicionalistas, como que da un poder excesivo al Juez al asimilarlo a legislador. Sin embargo, nuestra Ley 153 habla de la costumbre (artículo 13) que, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho a falta de legislación positiva, y de la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. La *doctrina constitucional,* por haber cambiado fundamentalmente en cuanto al concepto de derechos privados, ha venido a cobrar, como norma para suplir al silencio de la ley, una importancia grandísima no sospechada acaso por los legisladores de 1887. Y así resulta que la Ley 153, al pedir que, en defecto de textos legales aplicables, el Juez apele a la costumbre, o a la doctrina constitucional, o a las reglas generales del derecho, le da al intérprete facultades no menores que las del Código suizo.

Por lo demás, los conocidos argumentos contra el principio de la relatividad de los derechos privados, fundado en que con él se debilita la propiedad y se conmueven los fundamentos de la organización social, podrían y fueron efectivamente invocados contra la reforma de la Constitución. Inútil repetir las muchas razones con que se demuestra que lejos de poner en peligro la propiedad privada la solidifica porque le quita sus odiosos aspectos egoístas, según expresión del doctor Santos. Lo cierto es, sí, que estas teorías constituyen instrumentos de gran delicadeza y requieren para su acertado manejo buenos Jueces. Sería, pues, de la mayor oportunidad, que, al tiempo que se acomete la reforma legal se lograra al fin realizar la judicial. La una vendría a completar la otra.

No creo que sea la reforma del Libro cuarto del Código la sola urgente. Es verdad que a los libros primero, segundo y tercero se les han hecho modificaciones tan importantes como las de las Leyes 28 de 1932, 45 de 1936 y 60 de 1935, ya mencionadas. Pero también es cierto que se necesitaría acomodar a ellas el resto de la legislación. En materia de organización de la familia y del patrimonio corporal, es acaso donde las reformas tienen una repercusión más viva e inmediata y donde se prestan a mayores contradicciones y disputas según las toerías sociales y políticas que se profesen. Allí es donde, desde remotos siglos, se han consagrado las desigualdades sociales

más irritantes, las que dan aptitudes distintas para ejercer sus derechos a las personas según el sexo, condición u origen de ellas. Allí se establecieron las diferencias entre el hombre y la mujer en la vida civil o entre los hijos legítimos y los ilegítimos. Es lógico, pues, que una revisión del Código Civil con criterio liberal, empiece por el Libro primero.

SITUACION DE LA MUJER CASADA

El régimen legal de comunidad de bienes bajo la jefatura del marido, cuyo patrimonio y el de la sociedad conyugal se confundían y en que éste era el único de los cónyuges capaz de administrarlo, fue substituído por uno combinado que conserva teóricamente dicha sociedad para que produzca efectos al disolverse el matrimonio, pero de modo que durante éste cada uno de los esposos disfrute de plena libertad y capacidad jurídica y del goce completo de los bienes que adquiera. Este sistema, inspirado en algunas legislaciones muy recientes, tiene la indudable ventaja de combinar la libertad y capacidad plenas de la mujer con las realidades sociales y la justicia ya que tiene en cuenta el hecho de la cooperación de ambos cónyuges en la formación del patrimonio familiar. "Un régimen de separación, pura y simple lesionaría sus derechos (los de la mujer), porque habiendo ella trabajado toda su vida se verá sin ningún patrimonio a la muerte del marido; en tanto que la concepción de la comunidad de adquisiciones, sin menoscabar la libertad de los cónyuges durante su vida, asegura en fin de cuentas a la mujer una parte de las economías a cuya formación ella contribuyó ampliamente". En mi concepto, la Ley 28 de 1932 encontró una fórmula afortunada que debería conservarse en sus líneas generales.

Esta ley se inspiró en el deseo de igualar a los sexos frente al derecho privado. Pero algunas disposiciones sobre organización de la familia como la que niega toda participación en el ejercicio de la patria potestad a la madre en concurrencia con el padre, parecen anacrónicas y responden a los mismos prejuicios en que se fundaba el antiguo régimen de bienes. En lugar de imponer una rígida jefatura en el seno de la sociedad matrimonial, podrían adoptarse algunas disposiciones que establezcan la reciprocidad y colaboración de los esposos en todas las relaciones fundamentales de la vida doméstica.

OBLIGACION ALIMENTARIA

En el capítulo que trata de estas obligaciones, se echa de menos la disposición que las establezca entre hermanos a la manera del artículo 328 del Código suizo y de otros modernos.

BIENES

Evidentemente la división de los bienes en muebles o inmuebles con la intención de dar mayor protección a los últimos, resulta hoy superada por las realidades económicas. La parte más preciosa del patrimonio ya no suele ser la inmueble, y la división desde este punto de vista del mayor valor no coincide ya con la antigua, que se funda solametne en el hecho de que los cuerpos puedan o no cambiar de lugar. Por consiguiente, sería el caso de adoptar una clasificación que tenga en cuenta la mayor o menor importancia de las cosas en el patrimonio, sin perjuicio de conservar la de muebles e inmuebles dentro de los límites de su utilidad (publicidad de las transacciones, registro y matrícula, etc.). Parece, además, falta de fundamento y ocasionada a dificultades prácticas la teoría de los inmuebles por destinación (artículo 658 y siguientes del Código), que podrían reemplazarse simplemente por el concepto de *accesión* o de *pertenencia*, como en el proyecto del nuevo Código italiano:

"Pertenencias son las cosas que, según la opinión común, destinadas de manera permanente al servicio de otra cosa y efectivamente aplicadas a su servicio".

"Tal aplicación debe ser hecha por el propietario de una y otra cosa".

"Las pertenencias siguen la suerte de las cosas a que son destinadas, pero el propietario, salvo los derechos de terceros, puede hacerlas objeto de transacciones separadas".

NOCION DE PROPIEDAD

La definición del artículo 669 "Derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno", está evidentemente en oposición con el texto constitucional de 1936. El término "arbitrariamente" da su fisonomía característica a este concepto desusado de la propiedad privada. Introdúzcase la noción de función social en esta definición y sustitúyase por ella la de goce y disposición arbitraria, y se tendrá una idea que cuadra con la de la Constitución. Podría ser así: "el derecho de gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, *conforme a la función social del mismo derecho*, y dentro de los límites impuestos por las leyes y reglamentos y por los derechos ajenos". Si se hubiera de adoptar una definición de la propiedad — de la cual podría muy bien prescindirse dejándola a la doctrina — sería forzoso incluír en ella el concepto del interés social como limitativo de la potestad plena sobre la cosa.

LIMITACIONES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Dentro del criterio de la relatividad de los derechos subjetivos, se impone la necesidad de limitar el ejercicio de la propiedad por consideraciones de interés social. La primera limitación es la expropiación, que podría reglamentarse, en términos generales, dentro de las nuevas normas de la Constitución, sobre todo con el fin de precisar algunos casos en que no debe haber lugar a indemnización (inciso final del artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1936).

A esta idea de la limitación en interés general se refieren algunas disposiciones de los Códigos modernos, que caben dentro de lo que el nuestro llama servidumbres legales y que en otros suelen llamarse derechos de vecindad. Entre ellos está el del que es amenazado o perjudicado porque un propietario abusa de su derecho para obligarlo a volver las cosas al estado anterior o a tomar las medidas necesarias para evitar el peligro, sin perjuicio de la indemnización a que hubiere lugar por los daños causados (artículo 679 del Código suizo): "el propietario está obligado, en el ejercicio de su derecho, sobre todo cuando se trata de trabajo o empresas industriales, a abstenerse de todo abuso que perjudique a la propiedad vecinal, especialmente de las emanaciones de humo u otras incomodidades semejantes, ruidos, trepidaciones perjudiciales, que excedan la tolerancia debida entre vecinos según la costumbre local y la situación y naturaleza de los inmuebles" (artículo 684 ibídem). Igualmente se prohiben las construcciones o excavaciones hechas en el propio fundo pero que perjudiquen al vecino, exponiéndolo a un daño o comprometiendo las obras que en él se encuentren. En fin, deberían reglamentarse las obligaciones de vecindad completando el título de las servidumbres legales y dentro del principio de la limitación del ejercicio de la propiedad por las nociones del interés social y abuso del derecho.

LA POSESION DE INMUEBLES

La teoría de los artículos 785 y 789, o sea la llamada posesión inscrita consagrada simultáneamente con la ma-

terial, es acaso uno de los lugares más defectuosos y ocasionados a confusiones y embrollos de nuestro Código. En realidad la posesión es un hecho, el poder *de facto* que se tiene sobre la cosa, y la simple inscripción de un título puede no ir acompañada de este hecho. El mismo Código, al decir que la posesión es la *tenencia* de una cosa determinada con ánimo de dueño, está indicando claramente que se trata de un poderío material. Hay, pues, una evidente oposición entre la idea tradicional y económica de posesión y el precepto de que respecto de inmuebles ella no se puede adquirir y perder sino mediante una inscripción en el registro. La confusión más frecuente a que tal antinomia se presta es la que ocurre entre título de dominio y posesión, confusión que en la práctica es ocasionada a no pocos errores e injusticias, sin que por otra parte se vean las ventajas de este sistema híbrido y falso.

Un concepto de posesión que se funda en el aprovechamiento económico de las cosas no me parece compatible con la teoría de la posesión inscrita. En verdad, el criterio que consulta las realidades y conveniencias sociales ha sido expresado en el artículo 1° de la Ley de Tierras, y es el que debería generalizarse en el Código, que, por lo demás, sin perjuicio de lo que dispone en los citados artículos 785 y 789, lo acoge en el 981.

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS

### DIVISION DE MATERIAS

La división más racional del Libro IV parece ser la que destina una primera parte de este Libro a las obligaciones en general, y la segunda al estudio particular de los contratos. La subdivisión de la primera parte en los Códigos más modernos suele ser así: 1° Fuentes de las obligaciones (contratos en general, promesa unilateral, gestión de negocios, pago de lo no debido, enriquecimiento sin causa, actos ilícitos); 2° Efecto de las obligaciones; 3° Diversas especies de obligaciones; 4° Extinción de las obligaciones; 5° Cesión de los créditos; 6° Prueba de las obligaciones. En la segunda parte se reglamenta cada una de las categorías de contratos en particular.

### FUENTES DE LAS OBLIGACIONES

Es demasiado sabido que nuestra división de las fuentes (contratos, cuasi-contratos, delitos, ley), es errónea y arbitraria. Errónea, porque las expresiones cuasi-contratos y cuasi-delitos son una transcripción errada de textos romanos; arbitraria, porque esta división carece de fundamento racional. Las disposiciones de los artículos 1494 del Código y 34 de la Ley 57 de 1887 deben, pues, suprimirse, y sería preferible no reemplazarlas. Una clasificación de las fuentes de las obligaciones es cosa que no corresponde al Código sino a la doctrina. Por lo demás, parece que la única que tendría algun fundamento sería la que las dividiera según que las obligaciones nacen de la voluntad de las partes (contratos) o de la ley. Respecto de estas últimas es preferible enumerarlas a intentar clasificarlas. Por lo demás, la cuestión carece de importancia práctica.

En la noción misma de obligación es forzoso hacer entrar en el Código las concepciones modernas que, como resultado de cambios fundamentales en el medio social y en las circunstancias económicas, han traído una modificación profunda del antiguo concepto romano adoptado por el Código napoleónico y por el nuestro. La idea de interés social juega aquí también papel importante. Tratándose del derecho de las obligaciones, ella se manifiesta de dos maneras; por una tendencia a restringir la libertad de contratar teniendo en consideración los móviles del acto y la necesidad de proteger a la parte más débil, y por otra, a separar la noción de responsabilidad

jurídica de la culpabilidad subjetiva.

En esta materia de las obligaciones bien puede decirse que se siente más que en cualquiera otra parte de la legislación civil la base económica de las relaciones jurídicas. Las conveniencias y necesidades de este orden suelen valer tanto, por lo menos, como la consideración de la moral pura. Y ahora cuando la economía del mundo aparece revolucionada por causas superiores a la previsión y al control humanos, es también cuando el derecho de las obligaciones sufre transformaciones más hondas. Naturalmente en esta materia, nuestro Código, dada la antigüedad de su fecha de expedición, aparece muy retrasado, sobre todo si se tiene en cuenta, como usted muy acertadamente lo observa que "nuestra jurisprudencia se manifiesta un tanto incoherente y excesivamente tímida".

Las máquinas y el desarrollo industrial, la concentración de capitales y el advenimiento de las grandes empresas han influído principalmente en la teoría de los contratos. En esta materia, como usted lo insinúa muy acertadamente, es necesario injertar en nuestro Código algunas nociones o construcciones jurídicas contemporáneas, que respondan a las circunstancias económicas del día y consulten la justicia dentro de las realidades sociales. Las enmiendas, entre otras, podrían ser estas:

a) Dar al juez la facultad de reducir las obligaciones de una parte o de anularlas, si resultan manifiestamente desproporcionadas con la ventaja o ganancia que dicha parte obtiene con el contrato o con las prestaciones a que se obliga el contratante, sobre todo si dicha lesión ha sido ocasionada por la explotación de indigencia o necesidad o inexperiencia o reflexión de la parte perjudicada (teoría de la lesión);

b) Dar al juez la facultad de modificar los contratos para adaptarlos a los nuevos hechos siempre que, contra toda posible previsión en la época del contrato, sobrevienen posteriormente circunstancias económicas tales, que hacen la ejecución de él demasiado onerosa para algunas de las partes. Es decir, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* o de la teoría de la imprevisión o imposibilidad económica, dentro de la idea de que el contrato es "un organismo susceptible de desarrollo por causas posteriores a él", y de que el juez debe resolver los litigios no sólo desde el punto de vista abstracto del derecho sino también desde el punto de vista económico y social;

c) Reemplazar en la responsabilidad extracontractual la noción de *culpa* por la de *riesgo*, o ya que se conserve la de culpa, establecer que en el caso de daño causado por hecho de una persona la culpa se presume a menos que se pruebe que el daño fue causado por fuerza mayor, caso fortuito, hecho de tercero, o, en general, que se demuestre alguna causal de justificación o excusa;

d) Completar la reglamentación del Código en lo relativo a responsabilidad civil por los delitos y las culpas previendo casos especiales, como accidentes de automovilismo y aviación, y estableciendo la responsabilidad por abuso en el ejercicio de un derecho y la que incumbe a todo el que cree, vigile o dirija una organización cuyo funcionamiento sea susceptible de perjudicar a otros, y la responsabilidad de los médicos, cirujanos, farmaceutas y profesionales en general;

e) Renovar la teoría de las nulidades de manera de proteger al contratante considerado en condiciones de inferioridad (el público en los contratos de adhesión, los trabajadores u obreros en los contratos de trabajo, los colonos o arrendatarios en los contratos de arrendamiento de tierras, etc.), de manera de establecer cláusulas favorables a éstos, que se consideren de orden público y cuya renuncia sea nula, como sería la renuncia de la cláusula de responsabilidad en los con-

tratos de las compañías de trasporte, de término del desahucio en los arrendamientos, etc.

f) Consagrar el enriquecimiento inbebido como fuente de obligaciones, o sea, establecer que quien se enriquezca sin causa legítima y en perjuicio de otra persona, está obligado, dentro de los límites de dicho enriquecimiento a indemnizarla de la disminución patrimonial que por ello se le haya causado;

g) Modificar las condiciones generales de validez de los contratos, de manera de dar cabida al error de derecho como vicio del consentimiento cuando recae sobre la causa única o principal del contrato, y reglamentar mejor lo relativo a dolo, fraude y simulación, estableciendo que el silencio intencional de una de las partes respecto de un hecho tal que si el otro contratante lo hubiera conocido no habría contratado, vicia el contrato, admitiendo la anulación de éste por causa de dolo de un tercero, si una de las partes tuvo conocimiento de él, y previendo el fraude a la ley en los contratos;

h) Reglamentar especialmente ciertos contratos que tienen mayor importancia dentro de la economía agrícola colombiana, como el de arrendamiento de predios rústicos y de colonato, dentro del espíritu de la Ley de Tierras y por medio del establecimiento de presunciones y cláusulas tácitas, consideradas como no renunciables, con el ánimo de dar protección a los trabajadores del campo;

i) Reglamentar especialmente el contrato y las convenciones colectivas de trabajo, de acuerdo con la técnica moderna y con la finalidad de proteger a los trabajadores y cumplir y desarrollar el precepto constitucional de que "el trabajo... gozará de la especial protección del Estado".

Estas, tal vez, dentro del cuestionario del Ministerio, son las materias que más urgentemente reclaman reforma, para buscar la adaptación de las leyes civiles al espíritu de la nueva Constitución y al de las innovaciones ya cumplidas en el cuerpo del Código. Una duda de procedimiento surge: ¿será más oportuno y conveniente acometer la confección de un nuevo Código que continuar con el método, empleado hasta ahora, de las reformas parciales? Usted sabe que en Francia, donde el movimiento de transformación del derecho privado, por la vía legislativa y jurisprudencial, ha sido tan intenso, prevalece la opinión de que prefieren estas reformas parciales y paulatinas a una nueva codificación. Entre nosotros, como lo observé al principio, este procedimiento de las reformas parciales no puede calificarse de infructuoso, puesto que nos ha conducido a rehacer tramos enteros del Código, como los anotados atrás. Con la ventaja de que, por una parte, de esta manera pueden experimentarse los efectos de la reforma e ir corrigiendo sus imperfecciones, en tanto que una codificación general tiene siempre el carácter de algo hasta cierto punto definitivo y muy estable; y por otra, las resistencias naturales al cambio de legislación suelen ser más fácilmente superadas, cuando se trata de leyes sobre materias especiales. Si se piensa en lo laborioso de la expedición de leyes como la de régimen de bienes en el matrimonio o la de tierras, se comprende que es harto difícil la expedición de un Código que encierre reformas sustanciales en la reglamentación de la familia de los derechos patrimoniales. Pero ésta parece más bien una cuestión de táctica parlamentaria que de técnica jurídica. De todas maneras, como ideal legislativo, es ciertamente preferible la codificación de conjunto, aun cuando sea, necesariamente, mucho más lenta y laboriosa si se quiere hacer obra que preste garantías de estabilidad.

Soy del señor Ministro muy atento servidor,

DARIO ECHANDIA

# HOMENAJE A LOS MAGISTRADOS ACTUALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

**Discurso pronunciado por el doctor Arturo Tapias Pilonieta, Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, en el banquete que el Club de Abogados ofreció a los magistrados de la Corte la noche del primero de diciembre, y para contestar al orador del Club que hizo el ofrecimiento del agasajo:**

Una lamentable dolencia del distinguido presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor Salvador Iglesias, hace que yo venga a reemplazarlo en este momento para expresar el agradecimiento de los actuales magistrados por la realización de este homenaje, lleno de cordialidad y de simpatía, con que este ilustre centro social quiere celebrar la designación de los nuevos jueces de la más alta corporación judicial de la república, al propio tiempo que despedir a quienes después de cinco años de ruda y silenciosa labor pasarán a honrar otros campos de actividad ciudadana en donde seguramente brillarán en la misma medida en que todavía brillan por su saber, su inteligencia y su probidad en el sillón de la magistratura.

Es con profunda y explicable emoción con la que todos nosotros recibimos el significativo tributo de esta fiesta, rendido por el Club de Abogados, selecta agrupación de jurisconsultos que aquí vienen a refugiar el cansancio de la diaria batalla librada, unos en torno de códigos y expedientes, otros por modelar desde la cátedra las nuevas generaciones de abogados, sin que falte tampoco el político y estadista después de sus graves y hondas preocupaciones; y todos patriotas ejemplares, ajenos a la lisonja y para quienes la rectitud en el proceder, la sinceridad en la amistad y la hidalguía son el principal emblema de su escudo de caballeros.

Los que hoy sobrellevamos la ponderosa carga de ser cabeza de la jerarquía judicial en Colombia, a nada más podemos aspirar para dejar tranquila y sosegada nuestra conciencia de juzgadores que a vuestro veredicto severo de hombres probos, el que nos está diciendo que no fue vana nuestra porfía tenaz y silenciosa en persecución de la justicia para aplicarla y hacerla prevalecer en cada caso, señalando en confusas e intrincadas cuestiones de interpretación legal, los derroteros que estimamos más probables para descubrir la verdad. Y los que ya se aproximan a tomar la investidura que en cercana época los coloque muy más allá de toda agitación espiritual que no sea la que provenga del obligado y forzoso anhelo de todo magistrado de ser el guardián de la ley y el restaurador de la justicia quebrantada, experimentarán también satisfacción profunda al sentirse respaldados por el voto de aplauso y la señalada prueba de adhesión de tan encumbrados y autorizados ciudadanos como son todos los que componen el centro que esta noche inolvidable nos ofrece acogida tan entusiasta.

Qué grave y qué delicada es, señores, la misión de la Corte. Cuando en las serenas horas del reposo nuestra imaginación de magistrados se concentra a recorrer todo el inmenso y abrupto campo que la patria nos entrega para hacerle guardia, las más fundadas inquietudes conturban nuestro espíri-

tu, porque en ese campo y al cuidado de nuestras inteligencias están las fuentes más valiosas que incesantes deben alimentar y robustecer la vida espiritual del pueblo. A toda hora nos preguntamos en el fondo íntimo de la conciencia, si cada acto de nuestra vigilante actividad ha estado a la altura de aquella misión sagrada, encaminada principalmente a cerrarle el camino a las secretas filtraciones de la injusticia que, de dejarles descuidados cauces, lentamente podrían ir cegando o por lo menos enturbiando el precioso manantial en que se sustenta toda sociedad que quiera llevar el magnífico y orgulloso título de civilizada y cristiana: el religioso respeto del derecho en todas sus manifestaciones.

A la Corte le incumbe ser guardadora fiel de la integridad del Estatuto Constitucional. Ved ahí en sus manos la suerte misma de la estabilidad de la república y del mantenimiento del don nunca bien apreciado y excelso de la democracia. Considerad que un fallo equivocado en materia de tan sin igual trascendencia puede hacer irrevocable y darle apariencias de legalidad a cualquier desafuero cometido en menoscabo de la libertad dentro del orden natural y jurídico preestablecido, de la bien entendida igualdad ciudadana, del coordinado funcionamiento de los órganos del Estado que los lleva a ser cada cual dentro de su natural órbita de acción los operantes de la complicada maquinaria de gobierno del país, pilares todos tres sobre los cuales gira o debe girar nuestra república; o puede también interceptar anulándola, la saludable iniciativa del legislador o del gobierno que desarrollando principios consagrados en la Carta tienda eficazmente a retirar los escollos perturbadores del progreso material, o del bienestar y la tranquilidad de los colombianos. Así se comprende por qué a los magistrados de la Corte cuando cumplen la más trascendental de todas sus funciones, deteminando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de medidas legislativas o reglamentos ejecutivos, corrspóndeles juzgar los problemas sometidos a su competencia no con el criterio limitado por naturaleza de quien dirime intereses particulares, sino con el doble lente del estadista ilustrado y consciente de la responsabilidad de su obra, que antepone por sobre todo el interés de la patria, que es el interés mancomunado de los ciudadanos, y del jurisconsulto que con clara visión penetra en la entraña misma de las máximas tutelares de legislación con ánimo desprevenido, a salvar la equidad.

Las salas de casación civil y penal de la Corte actúan en el más seductor y llamativo campo de investigación. A una y a otra les corresponde por igual la unificación de la jurisprudencia nacional. En esa labor, bien lo habéis dicho doctor Posse Camargo en el interesante discurso con que nos habéis deleitado esta noche, grávido de sobria elocuencia y de ideas, la exposición jurisprudencial debe alejarse del comentario inerte de los preceptos legales, y en cambio convertirse —así lo requiere la categoría y la índole de la función adoctrinante— en elemento vivificador de los mismos para ponerlos a tono y atemperarlos a los sucesivos progresos sociales.

Por mi intervención directa en la elaboración de la jurisprudencia civil, como miembro desde hace tres años de la respectiva sala de casación, yo puedo atestiguar la ímproba y pesada actividad que le corresponde. Pero con qué ardoroso entusiasmo y con qué perseverante dedicación allí se realiza— como es de elemental equidad reconocer también el hecho, que es notorio, con respecto a las otras dos salas, de negocios generales y de casación penal— el examen de los complicados problemas que suscita el choque de los encontrados intereses de los particulares que a esa sala acuden en demanda

de justicia. Los resultados de ese esfuerzo que nosotros hemos aspirado a que sean fecundos no somos sus autores los encargados de juzgarlos; toca a la opinión pública calificarlos en su extensión y contenido. Por eso a ella entrega toda la Corte el juicio definitivo acerca de su incesante labor.

Por lo que atañe a la jurisprudencia civil esta idea que yo estimo primordial la debe presidir: El derecho no es una ciencia estática. Es ciencia en movimiento en la medida en que surgen nuevos y desconocidos factores que en su desarrollo desconcertante dentro de las colectividades humanas embarazan un orden ya conocido y normal de relaciones jurídicas. El fenómeno social de ayer tendrá así marcada diferencia con el de hoy. Un ejemplo palpitante de este cambio a veces lento y en ocasiones también sorpresivo e inesperado, nos lo ofrecen los acontecimientos de la gran crisis económica de la postguerra, cuyas magnas proporciones rebasaron todos los límites de la previsión humana y probaron la ineficacia de muchas de las viejas normas consideradas como intangibles y que venían rigiendo la vida industrial, comercial y económica de los pueblos. ¿Cómo va a ser así posible trasladar el criterio de interpretación legal inspirado por un hecho sencillo, ocurrido en el pasado, a otro hecho de la misma categoría pero al presente complicado ya en grado máximo por nuevos y desconocidos factores?

De aquí también la necesidad de la adaptación de las normas legales mediante reformas, cuando ellas choquen manifiestamente contra la realidad y el medio que han de regular, o interpretaciones humanizadas cuando el ordenamiento contenga una alma rica en fuentes de doctrina. Preocupación permanente de la Corte ha sido la de buscar en nuestro código civil estas nuevas fuentes y afortunadamente las ha hallado, porque el genio clarividente de Andrés Bello tuvo muchas veces la virtud de adelantarse a su época. Pero esto no significa que el Código civil actual tenga toda la perfección que fuera de desearse, y allí reside precisamente la oportunidad de muchas de las reformas que se le han hecho y que en el futuro se le harán con tino y sin premura.

Para terminar permitid que evoque en esta fiesta el nombre de tres grandes figuras del foro colombiano, que dieron lustre a la magistratura durante el período actual de la Corte, de donde se fueron retirando en años anteriores sucesiva y definitivamente, y en donde dejaron huella perdurable por su sabiduría, la gallardía señorial de sus respectivas personalidades y su poderosa inteligencia. Ya adivináis a quiénes me refiero: Eduardo Zuleta Angel, Miguel Moreno Jaramillo y Antonio Rocha. He ahí tres dechados de lo que debe ser el magistrado y el jurista.

# SALA DE CASACION EN LO CIVIL

## ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR PRETENDIDA SIMULACION

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

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza)

Octavio Fuentes demandó a Teodoro Leguizamón para que se declare nula, en subsidio resuelta y en subsidio rescindida por lesión enorme, la compraventa solemnizada por escritura número 227 de la Notaría 2ª de Soatá el 24 de abril de 1923 en que a ese título transfieren Paulio y Paz Leguizamón al demandado los varios inmuebles de La Uvita allí descritos. Pide el actor también se declare al reo excluído de la sucesión de sus padres, los dichos vendedores, y se le condene en costas.

El Juzgado 2º del Circuito de Soatá negó esas súplicas y absolvió de todos los cargos de la demanda al demandado, sin costas para el actor, en fallo de 16 de febrero de 1938 de que ambos apelaron. Por esto no hubo condenación de costas en la segunda instancia, en la que el Tribunal de Santa Rosa confirmó aquel fallo por sentencia de 28 de marzo de 1939, contra la cual el actor interpuso casación. En esta vista subió el proceso a la Corte, donde se repartió el 4 de julio y se admitió el recurso. Evacuados los traslados a recurrente y opositor en oportunidad, es llegada la de decidir. A que se procede.

Los consortes Paulino y Paz o Pacífica Leguizamón tuvieron tres hijos: Teodoro, Milcíades y Ana María. Casada ésta con Jesús Niño, ambos finados ya, dejaron de su matrimonio varios hijos, algunos de los cuales cedieron sus derechos en la sucesión de su madre y de sus dichos abuelos al señor Fuentes, quien en esta calidad de cesionario de Domingo y Florentina Niño Leguizamón formuló la demanda inicial de este pleito el 27 de agosto de 1936, fundándose en que la citada compraventa es simulada, no hubo precio ni mucho menos pago y en realidad fue una atribución herencial de los padres a su hijo Teodoro con el propósito o al menos con el resultado de dejar a los hijos de Ana María privados de su herencia. Cuanto al hijo Milcíades, el actor afirma que obtuvo de sus padres escritura análoga a la de Teodoro al mismo tiempo que éste.

De ese concepto de simulación deduce el de nulidad absoluta, que es la acción principal. La de resolución, propuesta en subsidio, la funda en que aunque se conceptúe que hubo compraventa y consiguientemente precio, éste no se pagó ni ha pagado. Y funda la acción rescisoria, propuesta también como subsidiaria, en que, en el evento de reputarse pagado el precio, éste fue inferior a la mitad del justo. La solicitud sobre exclusión del demandado de toda herencia de sus padres se funda en que, mediante la referida apariencia de compra, ocultó los bienes relictos.

Como el recurso de casación se concreta a la simulación, no es el caso de que la Corte entre a estudiar las restantes súplicas de la demanda, ya que, por otra parte, como se verá en seguida, los cargos formulados contra la sentencia recurrida no prosperan y, por tanto, no se produce la situación creada cuando el recurso triunfa y, casada total o parcialmente la sentencia de segunda instancia, la Corte ha de reemplazarla, situación en la cual, como es obvio, ha de entrar en el respectivo estudio cual si fuese senten-

ciador de instancia, que es efectivamente su deber en tal evento.

---

El recurrente aduce los dos primeros motivos de casación establecidos en el artículo 520 del C. J.

En el primero acusa de violación de ciertas disposiciones legales que adelante se citarán, por efecto de errónea apreciación de pruebas, y en el segundo sostiene que no hay consonancia de la sentencia con las pretensiones de los litigantes oportunamente aducidas. Se les estudia en este mismo orden.

La clave del recurso está en ese error de apreciación. El recurrente sostiene que el Tribunal ha incurrido en él tanto en derecho como en hecho y que éste tiene la evidencia exigida por la ley para que la acusación prospere. Trátase de las posiciones absueltas por el demandado y de las declaraciones de testigos presentados por el demandante. Unas y otras se analizan en seguida.

El 15 de febrero de 1937, como prueba pedida por el actor, en primera instancia, absolvió posiciones el demandado, quien respondió afirmativamente las preguntas 1ª y 8ª del cuadro respectivo. (Cdno. 2º, fols 54 a 58). El recurrente halla en esta respuesta como el Tribunal no la halló, lo acusa por la confesión de la simulación antedicha y error de hecho evidenciado al sólo leer esa diligencia y por error de derecho al aplicar indebidamente el artículo 612 del C. J., deduciéndole consecuencias a que no da lugar, y al desoír el artículo 1769 del C. C. que asigna el valor de plena prueba a la confesión cuando reúne los requisitos de la de que aquí se trata. Consecuencialmente se violaron por esto las aludidas disposiciones sustantivas.

La primera pregunta citada abarca múltiples hechos diversos y así, al igual de las restantes del referido cuadro, se aparta del precepto expreso y terminante del citado artículo 612, según el cual cada pregunta debe referirse "a un solo hecho y en forma tal que el absolvente pueda responder simplemente si es o no cierto" su contenido. Es tan larga la redacción de esa sola pregunta, que se extiende hasta llenar cuatro páginas en máquina. Interroga a Leguizamón sobre su nombre, sobre su edad y vecindad, sobre si es hijo de Paulino y Paz Leguizamón, sobre si se otorgó la escritura de 24 de abril de 1923 y sobre los nombres, ubicación y linderos de cada uno de los inmuebles detallados en esa escritura.

De ahí que el Tribunal observe acertadamente que el sí pronunciado por el absolvente no puede precisarse por el sentenciador como relativo al concepto de simulación deslizado en forma capciosa y apenas advertible a través de esas cuatro páginas. Observa con igual acierto que Teodoro Leguizamón no podía menos de contestar sí al preguntársele si así se llama, si es mayor, si es vecino de La Uvita, si es hijo de sus dichos padres y si éstos y él otorgaron la mencionada escritura.

Del propio modo, la pregunta octava desliza en forma apenas advertible el concepto de simulación de esa compraventa, en medio de otros hechos distintos al de ella, a que no podía dejar de responder en forma afirmativa, como el de haber comprado los derechos de su sobrino Paulino Nieto en la sucesión de los prenombrados abuelos de éste. Y el Tribunal se encontró ante esta pregunta, contentiva también de un haz de hechos, en la misma imposibilidad de decidir que tal afirmación corresponde precisamente a la simulación afirmada en la demanda respecto de la compra de Teodoro a sus padres.

Sobre el mismo pie, ante la novena pregunta de ese interrogatorio contestó el absolvente "no es cierto", sin embargo de contener, entre los diversos hechos presentados allí en conjunto, interrogación sobre si es honrado, persona de conciencia religiosa y fervoroso creyente. Y esa negativa se explica, porque en esta pregunta sí figura el concepto de simulación antedicho en forma franca y clara.

Cada una de las restantes preguntas del cuadro en referencia fue contestada como ésta, es decir, negativamente, y en todas ellas se interroga al demandado sobre la simulación en sí misma o sobre circunstancias que conducirían a demostrarla, como la falta de precio y de pago del precio. Por

donde inequívocamente se ve que él negó la simulación al absolver aquellas posiciones, sin que a reconocerlo así pueda ser óbice la respuesta afirmativa de las preguntas primera y octava, únicas contestadas "es cierto".

En suma: de un lado se tiene una sostenida y reiterada negativa a las preguntas sobre tal simulación, y del otro, la respuesta afirmativa a un grupo de hechos que el absolvente tenía que responder en esta forma, por más que entre su conjunto se deslizase disimulada y mañosamente el concepto de simulación.

Así las cosas, no puede admitirse que el Tribunal cayera en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos al no encontrar en las posiciones y su absolución la confesión por el demandado de la simulación afirmada por el demandante; ni puede admitirse tampoco que errara al aducir el artículo 612 del C. J. o al no estimar aplicable el 1769 del C. C., puesto que lo que hizo no fue negar a una confesión su valor probatorio, sino simplemente no ver una confesión donde no la hay.

Otro tanto acontece con las declaraciones de testigos en que el recurrente dice ver la prueba de la simulación, al punto de acusar al Tribunal por no haberla visto, tanto de error de hecho evidente como de error de derecho.

Ellas se rindieron también en la primera instancia. Las diligencias respectivas forman los folios 38 a 44 del cuaderno 2º. Se rindieron entre el 20 y el 30 de noviembre de 1936, y en su orden son: la de Bernabé Carreño, quien declara de oídas sobre que lo que habían hecho los consortes Leguizamón había sido un reparto de sus bienes entre sus hijos Teodoro y Milcíades mediante escrituras como de venta, y agrega: "también oí decir que no se habían dado dinero alguno respecto al contrato; esto, por boca de varias personas". Este testigo añade al dicho general a que alude, el de Paulino Leguizamón. El testigo Belarmino Leguizamón, primo de Teodoro, refiriéndose a la escritura contentiva de la venta aquí controvertida, dice: "por haberlo oído de boca de varias personas cuyos nombres no recuerdo, sé que esa negociación se consumó en forma de venta; pero en realidad los tres contratantes lo que se propusieron fue hacer la distribución de sus bienes... para evitar el juicio de sucesión costoso, sin que hubiera venta efectiva..." Agrega que no le consta si Teodoro pagó el precio. Trinidad Galvis manifiesta no constarle nada de lo que sobre estos temas le preguntan, y sobre el punto cardinal advierte que no le consta ni el otorgamiento de la escritura sino que tan sólo supo de él "por las noticias que corrieron en la vereda del Carmen". Antonio Niño declara análogamente sobre este punto; pero sí dice que por haberlo oído de boca del mismo Teodoro fue como supo que los padres de éste habían otorgado escrituras, de ellas la de Teodoro, para evitarse el juicio de sucesión y hacer una partición y no venta verdadera. Al testigo Justino León le consta que el contrato en referencia no fue venta verdadera sino partición amigable, y da como razón la circunstancia de que los prenombrados consortes le otorgaron una escritura a él el mismo día que la de Teodoro. Todos los testigos hablan de que la venta a éste es reputada como ficticia y como adjudicación de bienes de los padres al hijo, tanto en el Municipio de La Uvita como en el de Boavita. No todos hablan de éste último.

Como se ve, estas declaraciones están muy lejanas de lo que sería preciso para acreditar una simulación por medio de esta prueba. Todos los testigos son de oídas, menos el último, cuya fundamentación, aunque distinta, no es satisfactoria, puesto que la sola circunstancia de que a él le otorgaron una escritura las mismas personas que otorgaron la venta a Teodoro, el mismo día, no es de por sí nada que habilite a aquél para saber las intimidades de ese otro contrato.

Uno solo de los testigos afirma lo que sobre simulación dijo Paulino, y uno solo de los testigos afirma sobre lo que de ella dijo Teodoro. Por tanto, no se puede dar por probado ninguno de estos dos dichos. Si por pluralidad de testimonios sobre ambos ese dicho estuviese acreditado, no lo estaría por eso sólo la simulación, puesto que en tal evento se tendrían dos confesiones extraju-

diciales que habría que estudiar y valorar a la luz del artículo 608 del C. J., y si esto sería así en tal caso, bien se echa de ver cuánto mayor es la distancia en que de la comprobación de la simulación se halla la realidad de este proceso, siendo así que el conjunto de las declaraciones de testigos presentadas por el actor, apenas llega a lo que aquí se ha resumido.

El Código Judicial en su artículo 696, al analizar la fuerza probatoria de la declaración de un testigo, dice que por sí sola no forma plena prueba; en su artículo 697 sí da esta fuerza a la de dos testigos hábiles que depongan como allí mismo se exige, cuando es admisible este medio de prueba; en su artículo 698, salvando el hecho muy antiguo a la fama pública, terminantemente establece que "no tiene fuerza el dicho del testigo que depone sobre algún punto por haberlo oído a otros", y en su artículo 699 dice que "Las declaraciones sobre palabras no forman jamás pruebas sobre los hechos, pero sí sobre aquéllas, siempre que el testigo asegure haberlas oído proferir, y, en este caso, la uniformidad de los dos testigos debe referirse a las palabras e igualmente a las circunstancias que puedan alterar o modificar su sentido".

Al apreciar el Tribunal las declaraciones como lo hizo, sencillamente escuchó estos preceptos legales. Mal puede decirse, pues, que incurriera en esa apreciación en error de derecho quebrantando esas disposiciones o en error de hecho que se evidenciara al leer lo que depusieron los testigos.

El recurrente deriva de ese supuesto error la violación de disposiciones sustantivas, a saber: de los artículos 1502, 1523, 1524 y 1741 del C. C., en este concepto: el contrato en referencia requiere, entre otros elementos, consentimiento y licitud de objeto y causa; sin ésta no hay obligación; si ese contrato determinó una desheredación indebida, tiene objeto ilícito, y cuando concurren estos vicios hay nulidad absoluta; por consiguiente, al denegarse el sentenciador a reconocer esta nulidad, violó esas disposiciones.

Pero acontece que no está demostrada la ilicitud del objeto ni la de la causa, ni la falta de ésta o de consentimiento, y que, por lo mismo, ni lugar hubo a aplicar esas disposiciones o a tocarlas.

Formula el cargo de violación del artículo 1769 del C. C. Ya se vió que es infundado.

Formula el de violación del artículo 1757 ibídem, sin explicar el cargo. No se advierte el porqué, puesto que esta disposición impone la carga de la prueba a quien alega, ya la obligación, ya su extinción, y dice en qué consisten las pruebas.

Da también por violados los artículos 1239, 1240, 1265, 1266 y 1267 de esa obra, cuyo contenido, en su orden, es: definición de la legítima, enumeración de los legitimarios, definición del desheredamiento, lista de causales de éste, y expresión de los requisitos necesarios para que valga.

El concepto de violación de estas disposiciones y con ellas del artículo 1741 ya visto, es el de que los hijos de Ana María son legitimarios de sus prenombrados abuelos y que éstos, sin motivo legal que lo justificara, procedieron a su desheredamiento, mediante la ficción de una venta a que el Tribunal, apesar de eso, da todo el valor que sólo en apariencia tiene.

Apenas habrá para qué repetir a este respecto que el Tribunal sencillamente ha procedido como corresponde a la decisiva circunstancia de no haberse comprobado por el demandante los hechos en que funda su pretensión. Si los hubiese acreditado, habría habido ocasión y obligación de estudiar la situación así establecida y de decidir lo que a ella correspondiese; pero, no mediando tales pruebas, el sentenciador no puede menos de reconocer al instrumento público contentivo de esa compraventa todo su valor legal.

---

El segundo motivo de casación, invocado por el recurrente en este caso, consiste en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes: así reza en lo pertinente el artículo 520 del C. J.

Para hallar improcedente e infundado el cargo, basta releer la parte resolutiva del fallo del Juzgado confirmado por el Tribunal, a la que se llegó tras detenido estudio

de cada una de las cuestiones materia de la controversia. Aquel fallo resuelve no estar probadas "las acciones de nulidad absoluta por causa de simulación y resolución por falta de pago instauradas como principal y subsidiaria respectivamente"; agrega la declaración de ser "improcedente la acción rescisoria por lesión enorme"; y añade: "En consecuencia, se absuelve al demandado Teodoro Leguizamón de los cargos de la demanda..."

---

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia recurrida, o sea, la pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo el veintiocho de marzo del año en curso.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

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

ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO POR SIMULACION.—DISTINTAS MANERAS DE OBLIGARSE PARA CON OTRO.—TEORIA DE LA SIMULACION.

1.—La ley sólo concibe dos maneras de que una persona se obligue para con otra en un contrato: directamente, interviniendo la persona en la discusión y firma de la convención; o indirectamente, por medio de apoderado debidamente constituído; pero en ambos casos la persona del contratante debe revelarse en el título, sin que su conocimiento quede al azar de posteriores indagaciones para saber cómo se llama en definitiva. Exigencia ésta tan rigurosa que la ley ha dispuesto lo conducente en los artículos 2594 y 2595 del Código Civil. — 2.—La simulación, por sí misma, no es causa de nulidad de los contratos, como varias veces lo ha dicho la Corte. La simulación puede ser ABSOLUTA o RELATIVA. La primera tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real; es decir, cuando la contraestipulación se ha limitado a destruír los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo. La simulación es RELATIVA cuando se emplea para encubrir los efectos jurídicos de otro acto real que es el que las partes han querido celebrar, como en el caso de venta simulada para disfrazar una donación, o cualquiera otra operación destinada a cambiar o a modificar positivamente las relaciones de los contratantes del acto aparente. En estos casos decíase: "colorem habet, substantiam vero alteram" (tiene color pero la sustancia es otra). Sobre esta base es natural que quien demanda la simulación de un contrato debe aportar la prueba de ella, es decir, que la causa expresada en el título no corresponde a la realidad. Producida esta prueba, la simulación, que es una acción de inexistencia del contrato ostensible, tiene que prosperar; entonces al demandante protegido por interés legítimo, lógicamente le asiste el derecho de utilizar los efectos de la inexistencia de ese acto, consistentes en que se restablezca la verdad de las cosas y se elimine la sombra de título que había hecho creer a terceros que el deudor perseguido por sus acreedores carecía de bienes por haberlos vendido, o que una persona estaba recargada de deudas cuantiosas que lo hacían aparecer en insolvencia, etc. Empero, habrá ocasiones en que, descorrido el velo de la simulación, el demandado pretenda que la obligación reconoce otra causa verdadera, es decir, que bajo el engaño del acto ostensible surge otro acto, eficaz para frustrar los efectos de la declaración de inexistencia de aquél. En tal evento, como esa actitud equivale a proponer una excepción, pues se alega un contraderecho que anula o desvirtúa los efectos naturales de la inexistencia, el demandado en calidad de excepcionante asume la obligación de acreditar el contraderecho con que se defiende, probando la existencia del acto oculto, su eficacia y que está ceñido a todas las condiciones de fondo requeridas por la ley. No sería dado al juzgador abstenerse de estudiar el el contrato oculto a pretexto de que la demanda no lo precisó o lo dejó de plantear tal ocmo fue celebrado, porque el contrato oculto que el demandado pretenda esgrimir como arma de su defensa ha quedado por esto mismo SUB JUDICE; observándose, además, que no sería lógico y sí aberrante exigir al actor, lesionado con el contrato aparente por cuyo motivo trata de hacerlo desaparecer, conocer o adivinar toda la trama de pactos secretos de los contratantes celebrados alrededor de la simulación, en cuya reserva cabalmente ellos fincan el éxito de llevar el engaño a los terceros. Al demandante en ese caso no se le puede reclamar porque en la demanda sitúe sus postulados sobre la base de una simulación absoluta, sin contenido positivo alguno. Lo dicho no se opone a que el demandante, ya sea el tercero en el contrato, o ya sea la misma parte contratante, tenga que probar el acto oculto cuando su acción se encamina a hacerlo prevalecer para aprovecharse de todas las consecuencias favorables que ese acto le reporta. Este beneficio del acto oculto para los terceros o para la misma parte que lo celebró se condiciona y se explica según en diferentes sentencias sobre el problema de la simulación se ha pronunciado la Corte. En semejantes circunstancias al actor le incumbe demostrar la contraestipulación creadora de otra situación oculta cuyas ventajas aspira a conseguir, porque quien pretende prevalerse de determinada situación jurídica contraria a las relaciones que preséntanse como normales entre partes, debe probarla; y porque esa es la función que voluntariamente toma a su cargo quien en la demanda se propone utilizar los derechos que a su favor nacen de determinado convenio. Sería inadmisible conceder las ventajas a quien no comience por establecer la situación de que ellas se deriven.

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

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

---

## CAPITULO I

### Antecedentes del juicio

Por medio de escritura pública número 54 de fecha 27 de enero de 1916, otorgada en la notaría de Duitama, departamento de Boyacá, el doctor Francisco Becerra Camacho, sacerdote católico, dijo vender a la señorita Mercedes Sánchez Arango, "en su carácter de Superiora de una comunidad religiosa establecida en Santa Rosa de Viterbo", y por la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000) pagados de contado, el derecho de dominio sobre varias fincas raíces consistentes en una casa de tapia y teja, ubicada en una de las esquinas de la plaza de Duitama; una huerta de árboles frutales, situada en la misma jurisdicción; un terreno compuesto de potrero y sembradero con casa de paja, ubicado en la vereda de Bonza, de la misma jurisdicción; y un terreno compuesto de sembradero y potreros, ubicado también en la vereda de Bonza, pero de jurisdicción del municipio de Paipa; todas estas fincas deslindadas conforme los detalles de la escritura.

Hizo la venta el doctor Becerra Camacho con el fin de que "se establezca en el municipio de Duitama un Asilo para mujeres jóvenes pobres donde se formen sirvientas católicas y cristianas, según las prácticas y enseñanzas de la Comunidad a que pertenece la Superiora nombrada arriba". Además agregó que "se reserva por toda su vida el goce, manejo y usufructo de las citadas fincas, y que la compradora no podrá entrar en posesión material de ellas sino después del fallecimiento del vendedor, pues éste por lo pronto sólo vende la nuda o desnuda propiedad, la cual no se juntará con el goce y usufructo sino después del fallecimiento del vendedor". La compradora después de la fórmula de aceptación de la venta en las condiciones expresadas, dijo que "se compromete a que la Reverenda Madre Superiora de las Hermanas de la Caridad en Colombia lleve a efecto la fundación respectiva del Asilo para sirvientas de que se ha hecho mención". Ambos contratantes convinieron por último, "que en caso de no poderse establecer el Asilo por falta de número se establecerá un Colegio u otra obra de beneficencia en Duitama".

El doctor Becerra Camacho murió en Duitama el 24 de enero de 1935, y en la sucesión abierta en el juzgado 2º del circuito de Santa Rosa fueron declarados como sus herederos los señores Luis María Becerra, Concepción Becerra de Salcedo y Elisa Becerra de Salcedo, en su calidad de colaterales como sobrinos legítimos del causante.

## CAPITULO II

### El juicio

La heredera Concepción Becerra de Salcedo instauró el juicio ordinario de que dan cuenta estos autos, contra la señorita Mercedes Sánchez Arango, que en religión lleva el nombre de Hermana San Pablo, como miembro de la comunidad religiosa de las Hermanas de la Caridad, para que en sentencia definitiva se hagan en favor de la sucesión del doctor Francisco Becerra Camacho, en cuyo nombre habla la demandante, las siguientes declaraciones:

I. Que es absolutamente nulo, por causa de simulación, el contrato de compraventa relacionado anteriormente;

II. Que en consecuencia los bienes materia de ese contrato pertenecen en pleno dominio y posesión a la herencia ilíquida del doctor Francisco Becerra Camacho, hoy a sus herederos;

III. Que la demandada debe entregar los mismos bienes a la sucesión del doctor Becerra Camacho, y como aquélla es poseedora de mala fe, debe pagar el valor de los frutos naturales y civiles de los bienes a partir del día 23 de enero de 1935, fecha de la muerte del mencionado doctor.

Como hechos fundamentales de esta acción afirma el demandante que la señorita Sánchez Arango no es más que mera intermediaria del doctor Becerra Camacho, para realizar los fines que éste se propuso con la venta; que el contrato fue pura ficción, porque no hubo entrega de precio, ni el presbítero tuvo la intención de transferir por ese precio el derecho de dominio a la aparente compradora; que tanto la señorita Sánchez, compradora, como el presbítero Becerra, entendieron que se trataba de una donación o de una destinación de bienes para la fundación de un asilo, de suerte que lo de la venta fue una ficción perfecta; y que la demandada entró en posesión de los bienes.

El juez de primer grado en la sentencia declaró probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la demandada, absolviéndola por eso de los cargos del libelo.

El tribunal superior de Bogotá, confirmó esta resolución.

### Extracto de la sentencia recurrida

El tribunal se apoya en que de la escritura de contrato resulta patente que la Srita. Sánchez Arango apenas concurrió a otorgarla "en su carácter de superiora de una comunidad religiosa establecida en Santa Rosa de Viterbo", de manera que no compareció en nombre propio. La calidad de superiora de esa comunidad en que comparece excluye la comparecencia en nombre propio. Verdad es que en el resto del cuerpo de la escritura no se vuelve a hacer alusión a esa calidad especial, pero ello no era necesario, porque es la cláusula transcrita la que gobierna el resto de la escritura. Con qué objeto se aludía al **carácter** de superiora de una comunidad religiosa, si la compradora contrataba en nombre propio?

El que la señorita Mercedes Sánchez Arango, por escritura pública diera en venta a la Comunidad de las Hermanas de la Caridad los mismos bienes que dijo venderle el doctor Becerra, nada arguye en favor de la tesis de que ella compareciera en nombre propio a adquirir de aquél. Fuera de que el sentido de la escritura es perfectamente claro, de modo que no hay para qué recurrir a interpretaciones indirectas para descubrir que la compradora no obró en nombre propio; cuando ella en nombre propio vende los mismos bienes a la Comunidad de las Hermanas de la Caridad, "no hizo sino cumplir lo pactado en la escritura base del juicio, ratificar que no había obrado en esta escritura en nombre propio sino en nombre de la comunidad, atemperarse a la intención de ambos contratantes", en la escritura número 54.

Con el consenso de ambas partes está aceptado en el juicio que la demandada pertenecía a una comunidad religiosa; así las cosas es lógico que, aceptando lo que ella confiesa, de que como tal no podía tener en cabeza propia ningún derecho, "dado que según nuestros estatutos o constituciones, somos consideradas como hijas de familia y debemos traspasar a la Comunidad cualquiera clase de bienes", es lógico que "al contratar con el doctor Becerra lo hizo para la Comunidad."

Para los efectos de la excepción estudiada carece de importancia establecer si la señorita Sánchez obró como representante de una comunidad religiosa o estipuló para esa comunidad religiosa sin representarla. "El hecho nítido, que se destaca con absoluta certeza, es que no obró en nombre propio y si no obró en nombre propio mal se le puede demandar en nombre propio".

## CAPITULO III

### El recurso de casación

La parte demandante interpuso el recurso de casación, de cuya demanda pasa a ocuparse ahora la Corte, no sin antes observar que el memorial que la contiene es un largo escrito en que la profusión de citas legales sin plan ni método unida a un razonamiento inconexo, hace sumamente difícil la comprensión de lo que se intenta alegar.

Empero, de todo ese extenso memorial se puede aprovechar lo que aparece escrito a los folios 12 v. y 13, en donde el abogado recurrente logró mejor claridad en la expo-

sición, presentándole así a la Corte la única alegación que por no estar reñida, como las demás, con la técnica del recurso, da asidero a examinarla en calidad de causal, ya que ello le permite a la sala abordar el estudio a fondo de la sentencia del tribunal para rectificar la equivocada teoría que en ella se sustenta. Con lo que se está anticipando que la alegación tiene fundamento, lo cual naturalmente es suficiente a producir la infirmación del fallo, según lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

Haciendo la síntesis clara del expresado razonamiento, en él se sostiene que el tribunal sentenciador le quitó a la señorita Sánchez Arango su calidad y título de persona civil, capaz de obligarse y ser sujeto de derechos y obligaciones; y al propio tiempo sí le concede "títulos para contratar, capacidad, libre consentimiento y atributos de la persona natural, pero no en propio nombre, sino para otro".

"Las estipulaciones del contrato acusado una a una se acordaron entre las dòs personas naturales del doctor Francisco Becerra Camacho y la señorita Mercedes Sánchez Arango. El vínculo jurídico se estableció entre ellos; con todo, el tribunal, que para unos càsos acepta la personería real y física de la señorita Sánchez, para deducir las consecuencias jurídicas del acto acusado le resta esa personería natural y física".

Según el tribunal la intención del doctor Becerra en el contrato que celebró con la señorita Sánchez fue la de traspasar los bienes, no a ella directamente, sino a una comunidad religiosa. Le dio así a dicha señorita la calidad de representante de una persona jurídica, la comunidad de las Hermanas de la Caridad, en lo cual hay errores de hecho o de derecho, porque en el expediente están entre otras las escrituras públicas números 1166 de 15 de junio de 1923 y 148 de 22 de enero de 1921, en que consta, con la certificación del ilustrísimo arzobispo primado de Colombia, que la Congregación de las Hermanas de la Caridad de la Presentación, está establecida en Colombia con autorización de la autoridad eclesiástica; y que la representación legal de dicha Congregación la tiene la superiora provincial.

Con aquellos errores se infringieron los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 57 de 1887, el 80 de la Ley 153 de 1887, y los artículos 633, 634 y 650 del Código Civil, al conceder a la señorita Sánchez Arango una representación inexistente, interpretando equivocadamente el contrato por ella celebrado con el doctor Francisco Becerra Camacho.

Se considera:

Ciertamente la equivocación del tribunal en su intento por interpretar el contrato contenido en la escritura base de este pleito, es patente. El sentenciador entiende que por la circunstancia de que la adquirente señorita Sánchez Arango manifestó que intervenía "en su carácter de superiora de una comunidad religiosa establecida en Santa Rosa de Viterbo", comunidad que dejó sin más determinación, no obró en nombre propio sino que adquirió para esa comunidad.

Pero la realidad de los hechos puesta de manifiesto por los términos mismos del contrato no tolera semejante interpretación. La compradora Sánchez Arango sí intervino en propio nombre en el contrato; de modo que la trasmisión de los bienes se hizo directamente a ella, y en manera alguna a una comunidad que no determinó, cuya existencia se ignora, a la luz de la escritura, a tal punto que de aceptarse el pensamiento del fallador, el vínculo jurídico que enlaza a las partes en todo contrato quedaría incierto en lo tocante a uno de los extremos de la relación, porque el contrato lo calla.

La ley sólo concibe dos maneras de que una persona se obligue para con otra en un contrato: directamente, interviniendo la persona en la discusión y firma de la convención; o indirectamente, por medio de apoderado debidamente constituído; pero en ambos casos la persona del contratante debe revelarse en el título, sin que su conocimiento quede al azar de posteriores indagaciones para saber cómo se llama en definitiva. Esta exigencia es tan rigurosa, que el artículo 2594 del Código Civil dispone que en toda escritura pública deben figurar los nombres y apellidos, sexo, vecindad o edad de los otorgantes o de sus representantes legales, debiendo las personas jurídicas ser

designadas por el nombre con que se las distingue en la vida civil; y el artículo siguiente hace de tal formalidad una de las sustanciales de las escrituras públicas, junto con la designación del notario, la expresión del lugar y fecha del otorgamiento y las firmas de los otorgantes, testigos y notario, cuya ausencia invalida por sí sola el instrumento.

Así, pues, cuando la señorita Sánchez Arango manifestó en la escritura de contrato que obrara en su carácter de superiora de una comunidad religiosa establecida en Santa Rosa de Viterbo, sin más determinación, apenas quiso mencionar ese hecho, tendiendo a destacar su elevada posición dentro de la vida religiosa de la ciudad donde vivía; mas no fue su ánimo representar a la comunidad en la adquisición, pues fuera de que para ello habría necesitado singularizar por su verdadero nombre civil la persona jurídica a cuyo nombre obraba, del sentido de todas las cláusulas de la escritura se desprende con deslumbrante claridad que el contrato lo suscribió la Srita. Sánchez Arango en propio nombre, ya que es a ella directamente a quien el doctor Becerra Camacho enajena los bienes; ella quien los recibe y los paga según la escritura (el doctor Becerra declara que los $ 2,000 del precio los ha recibido "de manos de la compradora"); y por último, es ella directamente como compradora la que se compromete "a que la Reverenda Madre Superiora de las Hermanas de la Caridad en Colombia lleve a efecto la fundación respectiva del Asilo para sirvientes" para cuyo fin el vendedor efectuó la enajenación.

El tribunal al traer a cuento en pro de su descaminada idea la escritura de enajenación por medio de la cual la señorita Sánchez traspasó los mismos bienes que había adquirido del doctor Becerra, a la Comunidad de las Hermanas de la Caridad, persona jurídica representada entonces sí por su legítimo representante, no vio que de esa escritura surge precisamente el más vigoroso de los argumentos en contrario, pues si la señorita Sánchez vendió en nombre propio era porque también se creía dueña por haber adquirido en nombre propio los bienes que enajenaba; como tampoco vio que en esa escritura está la prueba de que la Comunidad de las Hermanas de la Caridad, de la cual era miembro activo la adquirente, es una persona jurídica con actividades en toda la república pero gerenciada como corporación religiosa en la vida civil por una sola dirección, cuya personería la debe testificar siempre, según el artículo 26 de la Ley 57 de 1887, la respectiva "superioridad eclesiástica".

Por último fue grande el desacierto del tribunal al apoyarse en la declaración de la demandada cuando manifiesta que la congregación a que pertenece les prohibe tener en cabeza propia ningún bien, porque las que allí ingresan son consideradas como hijas de familia "y debemos traspasar a la comunidad cualquier clase de bienes cualquiera que sea su título de adjudicación". No cayó en la cuenta que el argumento equivale a restarle capacidad civil a una persona por la sola existencia del reglamento interno de una congregación, de efectos limitados a la vida privada de la institución, los que naturalmente carecen de toda influencia en la actividad jurídica de sus miembros, regulada exclusivamente por la ley civil.

En consecuencia, en el contrato materia del juicio no hay ni por asomo una adquisición de bienes por mediación de representante. Mucho menos una adquisición estipulada para otro, conforme el artículo 1506 del C. C., hipótesis que también ve posible el tribunal, por las mismas razones de falta de singularización adecuada del tercero y claridad de los términos de la escritura, cuyo contexto repugna con una cualquiera de tales hipótesis.

Este razonamiento convence de que el fallador efectivamente incidió en error de derecho al examinar el contenido jurídico del contrato base del juicio, con el cual violó las disposiciones citadas por el recurrente: los artículos 633, 634 y 650 del C. Civil, concernientes al reconocimiento de la institución de las personas jurídicas como personas capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones; y los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 57 de 1887, relativos a la personería de que en Colombia gozan las iglesias y asociaciones religiosas de la reli-

gión católica y órganos que llevan esa personería, así como la manera de establecerla. El tribunal se olvidó de todos esos preceptos al pensar que podía estipularse en nombre o para una congregación religiosa, sin designarla cual se designa en un contrato a toda persona jurídica con vida propia y con legítimos órganos de expresión, atribuyéndole así a la señorita Sánchez Arango una calidad muy distinta de aquella con la cual contrató.

De consiguiente, impónese la infirmación del fallo del tribunal por haber declarado, acorde con el juez de primera instancia, acreditada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de la demandada, sin ser el caso.

Corresponde así a la Corte dictar la sentencia de instancia que ha de reemplazar las de grado.

## CAPITULO IV

### Sentencia de instancia

— A —

### Cuál es la acción ejercitada

Eliminado el escollo que encontró el tribunal para avocar el estudio de fondo de la acción, a la sala incumbe hacerlo.

Por el contrato celebrado entre el doctor Becerra Camacho y la señorita Sánchez Arango, el primero enajenó a la segunda los bienes raíces en la escritura detallados comprometiéndose la adquirente a estos dos hechos: primero, que los bienes serían destinados a la fundación en la población de Duitama de un Asilo para la preparación en el servicio doméstico de mujeres jóvenes, y según prácticas de la Comunidad a la cual pertenecía la compradora, fundación que se haría por la directora de las Hermanas de la Caridad en Colombia; y segundo, a obtener que dicha directora fundara el Asilo, o en subsidio estableciera un colegio u otra obra de beneficencia en Duitama.

La primera no es una condición, sino una carga a que se somete la adquirente, aceptando el destino especial que a los bienes trasmitidos quiso darles el enajenante: se trata así de una verdadera convención con cláusula **modal**, de una fundación de beneficencia, autorizada por el artículo 1550 del Código Civil, en que la adquirente contrae la obligación de aplicar los bienes al fin especial previsto por el enajenante.

La segunda, es la obligación que contrae un contratante para que por una tercera persona, de quien no es representante, se efectúe determinado acto (en el contrato la fundación de beneficencia), sin que esta tercera persona (en el contrato la persona jurídica de la Comunidad de las Hermanas de la Caridad), quede obligada sino por la ratificación, según el artículo 1507 del Código Civil.

La acción ejercitada por la heredera del doctor Becerra Camacho es la de nulidad por simulación del contrato celebrado con la señorita Sánchez Arango.

La simulación, como tántas veces lo ha establecido esta sala, por sí misma no es causa de nulidad de los contratos.

Pero acomodando la demanda a la nueva jurisprudencia de la Corte, explicada en muchas sentencias de casación civil dictadas a partir del año de 1935, se tiene lo siguiente:

No hay inconveniente en interpretar la demanda en el sentido de obtener la declaración de que es simulado el mencionado contrato, para deducir de ahí la reintegración de los bienes al patrimonio herencial del doctor Becerra, de donde efectivamente no han salido o no han podido salir merced a la sola existencia de un acto aparente de enajenación.

— B —

### La teoría de la simulación y su desarrollo práctico en el proceso

La simulación puede ser **absoluta** o **relativa**. La primera tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real; es decir cuando la contraestipulación se ha limitado a destruír los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo. Es el caso típico de las llamadas ventas de confianza, hechas generalmente por el deudor en perjuicio de los acreedores. Por ejemplo, Pedro recargado de deudas

vende a Diego su casa para evitar que se la embarguen los acreedores. Se otorga la respectiva escritura, en la cual se declara pagado el precio de la venta. La escritura se registra. La venta tiene así todas las apariencias de ser verdadera. Pero resulta que en el fondo todo es una farsa; entre las partes contratantes no hay tal venta, ni pago de precio, ni trasferencia de la propiedad, ni acuerdo distinto del de que conjurado el peligro del embargo, la casa volverá a su dueño, quien no obstante la venta ha continuado, con el tácito acuerdo de su paniaguado, reputándose privadamente propietario único. En este caso el acto presenta las apariencias de venta, pero en realidad no hay tal acuerdo ni ningún otro que haya alterado entre los contratantes la propiedad del bien. Pueden igualmente encontrarse donaciones aparentes, préstamos que no han tenido ninguna realidad, etc. Por ello decíase: **colorem habet, substantiam vero nullam** (tiene color pero substancia ninguna).

La simulación es **relativa** cuando se emplea para encubrir los efectos jurídicos de otro acto real que es el que las partes han querido celebrar, como en el caso de venta simulada para disfrazar una donación, o cualquiera otra operación destinada a cambiar o a modificar positivamente las relaciones de los contratantes del acto aparente. En estos casos decíase: **colorem habet, substantiam vero alteram** (tiene color pero la substancia es otra).

Sobre esta base es natural que quien demanda la simulación de un contrato debe aportar la prueba de ella, es decir que la causa expresada en el título no corresponde a la realidad. Producida esta prueba, la simulación, que es una acción de inexistencia del contrato ostensible, tiene que prosperar; entonces al demandante protegido por interés legítimo, lógicamente le asiste el derecho de utilizar los efectos de la inexistencia de ese acto, consistentes en que se restablezca la verdad de las cosas y se elimine la sombra de título que había hecho creer a terceros que el deudor perseguido por sus acreedores carecía de bienes por haberlos vendido, o que una persona estaba recargada de deudas cuantiosas que lo hacían aparecer en insolvencia, etc. Empero, habrá ocasiones en que, descorrido el velo de la simulación, el demandado pretenda que la obligación reconoce otra causa verdadera, es decir, que bajo el engaño del acto ostensible surge otro acto, eficaz para frustrar los efectos de la declaración de inexistencia de aquél. En tal evento, como esa actitud equivale a proponer una excepción, pues se alega un contraderecho que anula o desvirtúa los efectos naturales de la inexistencia, el demandado en calidad de excepcionante asume la obligación de acreditar el contraderecho con que se defiende, probando la existencia del acto oculto, su eficacia y que está ceñido a todas las condiciones de fondo requeridas por la ley. Así, demostrado que una venta es ficticia, la consecuencia sería que el bien no habría salido en realidad del patrimonio del vendedor y que los acreedores o los herederos demandantes, en su caso, tendrían los primeros el derecho de persecución y los segundos el derecho de herencia sobre el bien ficticiamente enajenado. Mas, si tras la venta se esconde por ejemplo una donación, una dación en pago, o cualquier otro contrato serio, el juzgador está obligado a examinar los elementos aportados al juicio y constitutivos de ese contrato, con el objeto de determinar si reúne las necesarias condiciones de validez y es suficiente por sí mismo para operar el resultado de la enajenación del dominio. Porque si así fuere, los efectos de la declaración de simulación quedaron detenidos e interceptados por los del contrato oculto, cuya realidad y eficacia sería arbitrario desconocer.

No sería dado al juzgador abstenerse de estudiar en sí el contrato oculto a pretexto de que la demanda no lo precisó o lo dejó de plantear tal como fue celebrado, porque el contrato oculto que el demandado pretenda esgrimir como arma de su defensa ha quedado por esto mismo **sub judice**; observándose además que no sería lógico y sí aberrante, exigir al actor, lesionado con el contrato aparente por cuyo motivo trata de hacerlo desaparecer, conocer o adivinar toda la trama de pactos secretos de los contratantes celebrados alrededor de la simulación, en cuya reserva cabalmente ellos fincan el éxito de llevar el engaño a los ter-

ceros. Al demandante en ese caso no se le puede reclamar porque en la demanda sitúe sus postulados sobre la base de una simulación absoluta, sin contenido positivo alguno.

Lo dicho no se opone a que el demandante, ya sea el tercero en el contrato, o ya sea la misma parte contratante, tenga que probar el acto oculto cuando su acción se encamina a hacerlo prevalecer para aprovecharse de todas las consecuencias favorables que ese acto le reporte. Este beneficio del acto oculto para los terceros o para la misma parte que lo celebró se condiciona y se explica según en diferentes sentencias sobre el problema de la simulación se ha pronunciado la Corte. En semejantes circunstancias al actor le incumbe demostrar la contraestipulación creadora de esa situación oculta cuyas ventajas aspira a conseguir, porque quien pretende prevalerse de determinada situación jurídica contraria a las relaciones que preséntanse como las normales entre partes, debe probarla; y porque esa es la función que voluntariamente toma a su cargo quien en la demanda se propone utilizar los derechos que a su favor nacen de determinado convenio. Sería inadmisible conceder las ventajas a quien no comience por establecer la situación de que ellas se deriven.

— C —

**Cuál fue en realidad el contrato celebrado.**

En el presente juicio se ha pretendido que como consecuencia de la simulación del contrato celebrado entre el doctor Becerra y la señorita Sánchez Arango los bienes ficticiamente vendidos no salieron del patrimonio de aquél, a donde deben ser restituídos por la supuesta compradora.

La demandada en posiciones confiesa que entre ella y el doctor Becerra no medió en realidad la estipulación de precio de que habla la escritura, pues en el fondo no hubo otra cosa que el noble propósito del doctor Becerra de que la Comunidad de las Hermanas de la Caridad fundara el Asilo para sirvientas pobres.

De los mismos términos en que están planteados los hechos de la demanda, se colige sin esfuerzo que todo el problema de la simulación gira alrededor de la simulación del precio acordado en la escritura y en el nombre de venta que se le dio al contrato. Mas en torno a esa cuestión hay acuerdo entre los litigantes, pues con las confesiones de la demandada se descubre que no hubo precio.

Pero el detalle de la falta de precio, que equivale apenas a una mera simulación de una de las estipulaciones del contrato, coloca el convenio dentro de su verdadera conformación jurídica, la cual no armoniza con la denominación de venta que le dieron las partes, ni por ende con la estipulación de precio.

Resulta en efecto extraño que, tratándose de los fines de beneficencia revelados por el propio contexto de la escritura, se hable allí de venta y más aún de precio pagado por quien, según la voluntad del enajenante, no podía aprovecharse de los bienes, sino que apenas recibía el dominio pleno después de la muerte de éste, pero para dedicarlo a los fines previstos en el título, que deberían cumplirse por una tercera persona, la Comunidad de la cual era miembro destacado la adquirente, fines con cuya realización ningún beneficio o provecho personal iba ésta a recibir. El solo compromiso de atender a la destinación de los bienes, de hacer la fundación prevista en el título, era de por sí una carga que pesaba sobre la adquirente y que hacía innecesaria la estipulación de precio en orden a darle causa suficiente a la trasmisión del dominio en favor de la señorita Sánchez Arango.

Atendida pues la naturaleza esencial del contrato materia de este juicio, con precio o sin precio prometido por parte de la señorita Sánchez Arango, la tradición del dominio de los bienes enajenados siempre se efectuó a favor de ésta, porque medió tanto la intención positiva y capacidad de las partes (artículo 740 del C. C.), como título justificativo y suficiente de esa tradición (art. 745 ibidem).

Título que por otra parte tampoco corresponde al de una donación en favor de la demandada, ya que ésta por la índole de la convención no debe reportar ninguna ventaja apreciable en dinero (artículo 1455 del

C. C.); de manera que, aun cuando el doctor Becerra se desprendió a título gratuito de los bienes, la destinación impuesta a todos ellos es un gravamen para la adquirente respecto de la cual no hubo intención de hacerle una liberalidad. Se trata por consiguiente de un acto de estructuración peculiar y válido en sí mismo aun sin estipulación de precio, ya que una enajenación semejante de bienes, con los fines indicados por el enajenante, en nada se opone al orden público, ni va contra la ley, ni tiene por objeto defraudar a terceros. Es un pacto que encuadra muy bien dentro de la legislación civil, cuya verdadera fisonomía es la que corresponde a una fundación de beneficencia, de la cual la adquirente no es la donataria ni por ende la destinataria, sino la intermediaria de que el fundador se vale para conseguir los fines de beneficencia contemplados en el título.

---

En consecuencia, aun habiéndose demostrado la simulación del contrato a que se refiere la demanda por haberse establecido la ausencia de precio, la transferencia del dominio a favor de la señorita Sánchez Arango se operó en virtud de la verdadera y efectiva convención que celebraron los contratantes consistente en una fundación de beneficencia, por acto entre vivos, no afectada de visible nulidad.

## CAPITULO V

### Sentencia

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### Resuelve:

1º Casar la sentencia recurrida, dictada por el tribunal superior de Bogotá en este negocio el 28 de octubre del año próximo pasado;

2º Revócase la sentencia del juez de primera instancia, de fecha 17 de diciembre de 1936;

3º Niéganse las declaraciones solicitadas en la demanda inicial del presente pleito. En consecuencia, se declara absuelta a la señorita Mercedes Sánchez Arango de los cargos contra ella formulados en dicha demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese este fallo en el próximo número de la **Gaceta Judicial.**

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

## SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGIS TRADO DR. HERNAN SALAMANCA

Nada tengo que observar sobre la forma como ha sido decidido el recurso de casación. La divergencia de opinión que me lleva a formular este breve y respetuoso salvamento se refiere a algunos conceptos consignados en la parte motiva del fallo, en su parágrafo b) del Capítulo IV, relacionados con la técnica en el ejercicio de la acción especial de simulación.

La sentencia acepta dos acciones de simulación —acción del contrato aparente y acción del contrato oculto— según que la demanda se enderece a atacar el contrato público u ostensible, o según se encamine a hacer prevalecer el acto privado o secreto para aprovecharse de las consecuencias favorables que ese acto le reporte al actor. En el primer caso el demandante puede pedir simplemente que se declare la inexistencia del contrato aparente, por ser simulado, para que en el curso del juicio, establecida su irrealidad, el demandado que funda su derecho en un contrato secreto pueda excepcionar para detener la acción de inexistencia, quedando obligado a probar el contrato oculto que genera su derecho y al cual el actor no aludió en su demanda. En el segundo caso, como el demandante pretende aprovecharse de una situación jurídica secreta, sí tiene la obligación de acreditar la existencia de la contraestipulación, del contrato oculto fuente de las ventajas que pretende derivar.

Esta dualidad de acciones, inaceptable en mi concepto, introduce un factor de perturbación y confusionismo en la aplicación lógica de la nueva teoría aceptada y adoptada por la Corte en materia de simulación.

Sobre la esencia del fenómeno jurídico de la simulación y el objetivo de la acción legal destinada a obtener su declaración, ha dicho esta Sala, repitiéndolo en decisiones ya muy numerosas:

"Negocio simulado es el que tiene aspecto contrario a la realidad, porque no existe en absoluto o porque es distinto de como aparece. Lo caracteriza una divergencia intencional entre la declaración y el querer. Supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno visible y el otro invisible. El privado suprime, adiciona, altera, modifica o desvía los efectos del público, y en el lenguaje de la Corte se llama contraestipulación. (**Gaceta Judicial**, Tomo XLIV, página 167).

"La simulación en los contratos supone siempre dos convenciones coexistentes, y total o parcialmente contradictorias entre sí, la una ostensible y la otra oculta o secreta". (G. J., T. XLII, pág. 337).

"Consiste la acción o la excepción de simulación en hacer prevalecer entre las partes las obligaciones o efectos jurídicos de un contrato oculto, sobre lo estipulado ostensiblemente entre las mismas partes, en atención a que el contrato privado u oculto envuelve la verdadera y real voluntad de ellas y sin perjuicio de terceros. Si este contrato, el pactado en la convención secreta para alterar lo convenido en la pública, es en sí mismo válido, y por lo tanto no va contra el orden público o las buenas costumbres, es lícito y pueden invocarlo los mismos contratantes y todo el que en ello tenga un interés serio, protegido por el derecho". (G. J., T. XLIII, página 829).

"Cabalmente la acción de simulación consiste en que prime el acto privado sobre el público, y la puede ejercitar todo el que tenga un interés protegido por la ley.... La acción es simplemente de prevalencia, a menos que, como se ha visto en algunos ejemplos, para hacer efectivo el pacto secreto, se necesite que sobreviva alguna parte del público, caso en el cual subsistirá el secreto en cuanto sea válido y el público en cuanto deba subsistir como base del secreto". (G. J., T. XLIV, página 168).

A la luz de la jurisprudencia y la doctrina que prevaleció en la Corte hasta el año de 1935, según la cual la simulación viciaba de nulidad porque la ficción entraña ilícita falta de causa y la ley desconoce las obligaciones sin causa real y lícita, en la acción que entonces se usaba, la de nulidad absoluta, se atacaba directamente la validez del acto aparente alegando que carecía de causa y consentimiento, elementos indispensables generales de validez contractual. Se enfocaba así en la demanda un contrato, negándole realidad y validez; y entonces sí cabía perfectamente, sin faltar a la técnica procedimental que el demandado excepcionara en los casos en que la simulación era relativa, esto es, en que aparecía celebrado un contrato cuando era otro el verdadero, con su consiguiente obligación de dar la prueba. (Es verdad que fue simulada la venta; no hubo precio; pero mi aparente vendedor me transfirió el dominio a título gratuito; me la regaló). En este evento, siendo la acción simplemente negativa (carencia de consentimiento y causa), la oposición y demostración de una causa cualquiera lícita que vinculara el consentimiento, aunque bajo la realidad de un contrato distinto, destruía la acción. La acción se enfocaba entonces sobre la nada jurídica, sobre el vacío de consentimiento y de causa, sobre la nulidad absoluta, de tal modo que cualquier cosa que descubriera y probara en su defensa el reo, asumía el carácter de una verdadera excepción que inhibía la acción. Por eso la jurisprudencia en estos casos se inclinó a no declarar la nulidad cuando las pruebas del juicio revelaban o descubrían una causa real y lícita aunque sí se configurara un contrato distinto del aparentemente celebrado. Se decía entonces: si no hay causa, no hay obligación, el contrato es nulo absolutamente. Si hay causa real pero distinta de la expresada, y es lícita, el fenómeno que debe operarse dentro de nuestro sistema jurídico de libertad contractual que permite callar la causa y da esta calidad a la simple liberalidad, es la transformación o degeneración (en el sentido de cambiar o desfigurar) del contrato acusado en uno distinto, pero en manera alguna la nulidad absoluta que la ley reserva para los casos de falta de causa y de causa ilícita.

Pero dentro de la nueva explicación doctrinaria de la simulación, adoptada sin vacilaciones por la Corte desde el año de 1935 en numerosas decisiones, y en que se estima que la simulación no constituye por sí misma ningún vicio de nulidad, la acción especial destinada a obtener su declaración judicial está sometida a una técnica diferente. Esta acción de simulación, no siendo ésta determinante por sí misma de ninguna invalidez, no puede encaminarse a atacar directamente el contrato aparente, sino a hacer prevalecer sobre éste que no liga realmente la voluntad de los contratantes, el privado o secreto (la contraestipulación) que lo destruye, altera o modifica, con fuerza obligatoria porque él sí constituye la ley de las partes. De esta manera la convención ostensible (no atacada especialmente), se destruye o modifica en sus efectos, no por simulada, sino por incompatibilidad total o parcial con la celebrada secretamente (contraestipulación), que es el verdadero vínculo contractual que gobierna las relaciones entre los contratantes.

La acción de simulación nada tiene que ver con la acción de nulidad. No es propiamente una acción de inexistencia del contrato aparente, como se dice en la sentencia. Dentro de su técnica jurídica es exclusivamente una acción de prevalencia de un contrato ciertamente celebrado (que puede adolecer de cualquiera de los vicios que afectan los contratos), mantenido en secreto, sobre otro ostensiblemente celebrado al mismo tiempo, pero mentirosamente convenido. La demanda que ejercite esta acción debe contener, por consiguiente, y de manera indefectible la contraposición expresa de estas dos convenciones (la pública y su contraestipulación o escritura privada), que nacieron simultáneamente al consumar la simulación para que, demostrado y probado el verdadero y real, que es el oculto, desaparezca por incompatibilidad total o parcial el público, contentivo de la mentira. Demostrada probatoriamente la existencia del contrato oculto, éste puede ser analizado en su validez como cualquier otro contrato para deducir en relación con él las consecuen-

cias jurídicas previstas en la demanda. (El contrato de venta que celebró mi padre es simulado y estoy en capacidad de demostrar que su contraestipulación hizo que el dominio del bien permaneciera en su patrimonio. O el contrato que celebró mi padre como venta es simulado porque lo que en realidad hizo, según la contraestipulación que puedo probar, fue una donación y como ésta menoscaba mi derecho herencial, o fue hecha a un incapaz o por un incapaz, o sin el requisito de la insinuación, o por cualquiera otra causa, pido que se declare que esa donación está afectada de nulidad...").

A quien demanda en acción de simulación es a quien corresponde siempre y exclusivamente dar la prueba de la convención secreta (contraestipulación), en cuya prevalencia tiene que residir su interés de actor, según el principio general de que quien demanda debe probar los hechos en que funda su derecho. El libelo inicial en acción de simulación contractual debe contener todos los elementos que la integran, enunciando precisamente cuál es la convención oculta (la contraestipulación), que se aspira a hacer prevalecer sobre cuál ostensible, determinando asimismo por medio de las súplicas de la demanda las consecuencias jurídicas que se quieran hacer desprender de la prevalencia contractual. La expresión de todos estos elementos configura la acción especial de simulación, el caso de simulación, que da las bases inmodificables de la **litis contestatio,** que a su vez constituye la pauta obligatoria e insustituíble para la sentencia. "Cuando se alega en juicio la simulación, como cualquiera otra figura, son necesarios los hechos que la individualicen y sirvan para la futura ordenación y estimación de las pruebas, y para el leal juicio del fallador". (G. J., T. XLIII, pág. 168).

Aceptar que basta afirmar en una demanda que un contrato es simulado para que se abra el proceso judicial de investigación para descubrir el negocio jurídico verdadero que oculta, es confundir la técnica jurídica que corresponde a la acción de **simulación-nulidad** con la que corresponde inconfundiblemente a la acción de **simulación-prevalencia contractual.** Al hablar de simulación contractual no es posible callar la contra estipulación, porque se desnaturaliza y desfigura el fenómeno y se expresa una noción jurídicamente incompleta. El mecanismo de la acción de simulación como medio de hacer prevalecer el contrato verdadero sobre el mentiroso, el reverso invisible y auténtico sobre el anverso visible y ficticio de un mismo negocio jurídico, hace inoperante la tesis de la excepción como fórmula para revelar o descubrir el contrato oculto. Es el actor quien debe probar la realidad jurídica secreta para tener derecho de hacerla prevalecer sobre la ficticia o jurídicamente ilusoria. Sólo las acciones en derecho penal pueden tener este carácter de investigación o descubrimiento; las acciones civiles no pueden ser puerta de entrada al misterio o a la revelación, sino vías legales de demostración probatoria de hechos precisos y concretos de los cuales se hacen desprender consecuencias jurídicas predeterminadas. Aceptar por ejemplo que judicialmente es posible decidir sobre la validez o nulidad de una donación entre vivos que se pretende descubierta en un juicio que se inició para que se declarara una simulación absoluta (venta de confianza, o sea venta con contraestipulación totalmente destructora), pero no sometida expresamente en la demanda como contrato oculto y verdadero a la calificación judicial de su validez, es aceptar que se puede declarar oficiosamente cualquier nulidad, así sea simplemente relativa y de convenciones cuya validez no se ha colocado **sub judice.** Esto, sin parar mientes en la violación que esto implica de las normas y principios que enseñan que la relación jurídico-procesal de la litis no puede alterarse en la sentencia. En el campo de la simulación no es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias una venta simulada que una donación disfrazada de venta. Quien demanda la declaración de simulación en el primer caso (venta de confianza), señalando como contraestipulación la voluntad supresora o destructora entre los contratantes de su venta aparente, vinculando su interés a la prevalencia de esa voluntad oculta y eficaz, está obligado a demostrarla plenamente. Si no prueba, esta contraestipulación, o si de los elementos probatorios aducidos por el de-

mandado en el curso del juicio resulta una contraestipulación distinta de la que tenía que probar el actor (v. g., una donación), la técnica del fallo impone la simple absolución del demandado como en todos los casos corrientes en que el demandante no cumple satisfactoriamente su obligación de probar los hechos determinados en su demanda para tener derecho a sus consecuencias jurídicas. El esfuerzo probatorio del demandado para obtener su absolución demostrando que la convención secreta o contraestipulación señalada como hecho fundamental de la acción de su demandante es falsa, no puede considerarse como una excepción para invertir la carga de la prueba sobre él desfigurando la acción de simulación y la simulación misma caracterizada en la demanda, ni para ampliar el radio de la jurisdicción, ya circunscrita inmodificablemente en los términos de la litis y al frente de un interés que puede dejar de existir delante de la nueva convención. "En cualquiera de las dos hipótesis contempladas, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquella en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro. Dada la forma como demandó el actor, éste está obligado a establecer el contenido verdadero de la relación jurídica creada por los contratantes y a probar también en la segunda de las hipótesis contempladas, que esa relación no reúne todas las condiciones requeridas para su validez". (G. J., T. XLII, pág. 337).

Bogotá, noviembre 13 de 1939.

**Hernán Salamanca**

## ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO —CONDICION — PLAZO—DIFERENCIAS ENTRE EL PLAZO Y LA CONDICION

**1.—Para que haya condición se requieren dos elementos esenciales: a) debe consistir en un acontecimiento futuro, que lleve en su seno el evento de su realización; y b) debe ser incierto, esto es, que por su propia naturaleza pueda suceder o no, dado que la contingencia e incertidumbre de su cumplimiento es lo que constituye y caracteriza a la condición. Cuando la modalidad a que se sujeta la obligación consiste, no en un acontecimiento sino en un día, se hace necesario hacer esta distinción: si se trata de un día incierto, sea determinado o no, constituye una condición; en cambio, si el día es cierto, sea determinado o simplemente determinable, configura una obligación a plazo hasta el día que necesariamente ha de llegar. Las obligaciones contraídas a plazo y que deben cumplirse en un día incierto, sea determinado o no, tienen el valor de condiciones y como tales deben considerarse dentro de una sana hermenéutica. — 2.—Los elementos esenciales del plazo son su carácter de fecha futura y su calidad de certidumbre, ya que si fuera el plazo una fecha pasada o presente, o hubiera evento o incertidumbre en su llegada, carecería de base esta modalidad o degeneraría en una condición. El plazo, como modalidad de la obligación, produce el efecto jurídico fundamental de que no influye en la existencia misma de la obligación, sino que solamente retarda su cumplimiento. Consecuencia de tal efecto es que el derecho sometido a plazo no es exigible antes de su vencimiento, salvo, naturalmente, las excepciones taxativamente señaladas en el artículo 1553 del C. C., en que han desmejorado en sus condiciones de solvencia el deudor mismo o sus cauciones; y aun en este último caso puede conservarse el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones. — 3.—Las diferencias entre el plazo y la condición son las siguientes: a) la condición es el acontecimiento futuro e incierto y el plazo es futuro pero cierto, sea determinado o indeterminado, expreso o tácito; b) la condición, cuando es suspensiva, detiene la formación de la obligación, no sabiéndose si ésta habrá de nacer, y el plazo sólo suspende su exigibilidad en la obligación ya constituída; c) el plazo produce sus efectos sin retroactividad y la condición con retroactividad; d) en la obligación bajo condición suspensiva el riesgo lo soporta el deudor si la cosa perece antes del cumplimiento y en la obligación a plazo el riesgo lo sufre el acreedor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1607 del C. C.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Fulgencio Lequerica Vélez)

### Antecedentes

1.—Por escritura número 454, otorgada el 16 de octubre de 1928, en la Notaría del circuito de Antioquia, Ana J. Présiga de Molina vendió a Laurencio y Andrés Londoño C., proindiviso, una finca rural denominada "La Florida", ubicada en Carolina (Antioquia), por precio de doce mil pesos ($ 12,000.00); y una finca urbana con casa de tejas, tapias y solar, ubicada dentro del perímetro urbano de Liborina, por precio de cuatro mil pesos ($ 4,000.00). El plazo para el pago total del precio, o sea, diez y seis mil pesos ($ 16,000.00), fue de ocho años, que se vencían el primero de octubre de 1936. Se pactaron intereses a cambio de recibir inmediatamente la finca, pudiendo pagar el precio total o abonos no menores de quinientos pesos ($ 500.00), durante ese plazo.

2.—En ese instrumento se insertó una cláusula sobre existencia y cancelación de un gravamen hipotecario, cuya interpretación y alcance viene a ser la materia medular de este pleito, que a la letra dice: "Tercero. Que están libre de gravamen, censo, hipoteca y embargo, pero sobre la casa que vende, situada en la población de Liobrina, pesa un gravamen hipotecario por valor de mil quinientos pesos ($ 1,500.00), y los intereses no cubiertos al uno y cuarto por ciento mensual a favor de Lisandro Molina,

hoy de la sucesión de éste, según consta en la escritura número 1485, de dos de julio de mil novecientos veinticinco, otorgada en la Notaría cuarta de Medellín, hipoteca que se obliga a cancelar la vendedora, y que los compradores no están obligados a cumplir los principales de la venta que hoy les hace la vendedora, mientras ella no haya llenado este deber".

3.—La vendedora señora de Molina y sus compradores Londoño hicieron algunas modificaciones al contrato anterior, mediante escritura número 45 de mil novecientos treinta y dos, Notaría de Antioquia, modificaciones consistentes en disolver el vínculo de solidaridad que para el pago se había pactado, quedando cada comprador con la mitad proindiviso de los bienes comprados y de las obligaciones adquiridas, lo que equivale a decir que cada comprador asumía el pago de ocho mil pesos ($ 8,000.00), como mitad del precio de ambas fincas. El comprador Andrés Londoño C. abonó a dicha deuda la cantidad de dos mil quinientos veinticuatro pesos con nueve centavos ($ 2,524.09), abono que hizo en los bienes que esa escritura (la número 45), detalla, quedándole a deber a la vendedora la cantidad de cinco mil cuatrocientos setenta y cinco pesos con noventa y un centavos ($ 5,475.91). En esa escritura número 45 la vendedora relacionó un nuevo gravamen hipotecario sobre la finca "La Florida", que consta en escritura número 1860 de 1923, Notaría segunda de Medellín, gravamen que se obliga a cancelar y del que no habló en el instrumento de venta.

4.—Con posterioridad y por mutuo acuerdo la vendedora y el otro comprador, Laurencio Londoño, declararon resuelto el contrato de compraventa, quedando por lo tanto como condóminos por mitad, de las propiedades, la vendedora señora de Molina y el comprador Andrés Londoño C.

5.—El plazo de la obligación hipotecaria por mil quinientos pesos ($ 1,500.00) de que se confesó deudora la vendedora y que pesaba sobre la casa de Liborina (escritura número 1485 de 1925), fue de cuatro años a partir del dos de julio de 1925; de manera que vencía el primero de julio de 1929, unos nueve meses después del contrato de venta que hizo la vendedora al comprador Londoño, en cuya cláusula tercera se comprometió a hacer la cancelación.

6.—Transcurrieron siete años más sin que la vendedora obtuviera la cancelación de ese crédito hipotecario; y muerto el acreedor hipotecario, su heredera y albacea Cecilia Molina ejercitó acción real de venta del bien hipotecado y obtuvo su embargo el 20 de octubre de 1936 (mil novecientos treinta y seis), precisamente en el mismo mes en que se venció el que el comprador Andrés Londoño C. tenía para pagar el precio de la finca. Hay constancia en los autos de que tal embargo judicial fue posteriormente cancelado; pero no de que las hipotecas que pesaban sobre las propiedades vendidas lo hubieran sido en forma legal, formal o aparente.

**Juicio ordinario**

En vista de que al vencerse los ocho años del plazo estipulado para el pago del precio, la vendedora no había cumplido la obligación de pagar los créditos hipotecarios a que se había comprometido, el comprador Andrés Londoño C. presentó demanda ordinaria ante el Juzgado del Circuito de Antioquia el 1º de diciembre de 1936 (dos meses después de vencido el plazo del crédito), contra la vendedora Ana J. Présiga de Molina, suplicando se hicieran estas declaraciones; a) Que está resuelto el contrato de compraventa celebrado por escritura número 454 de 1928; b) que en consecuencia él queda libre de toda obligación por razón de tal contrato; c) que la vendedora está obligada a devolverle la suma de dos mil quinientos veinticuatro pesos con nueve centavos ($ 2,524.09), que pagó en abono del precio; ch) que la vendedora está obligada a devolverle dos mil novecientos setenta y dos pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 2,972.64), que le ha pagado por intereses; d) que en caso de que se le condene a devolver la mitad de los frutos, se declare que tiene derecho al valor de los gastos hechos en la producción de esos frutos; e) que la vendedora está obligada a pagarle los

perjuicios provenientes de su incumplimiento, por infracción del contrato; y f) que la vendedora está obligada a pagar las costas de este proceso.

Surtida la primera instancia, el juez a quo la falló en sentencia de 16 de agosto de 1937, en la cual declaró probada la excepción de petición antes de tiempo y absolvió a la vendedora demandada de todos los cargos formulados en la demanda.

Apelada esa providencia por la parte actora, el Tribunal Superior de Medellín falló la segunda instancia en sentencia del doce de diciembre de 1938, en virtud de la cual confirma en todas sus partes la sentencia recurrida.

Fundó su decisión el juez de primer grado, en que cuando en un contrato no se fija el tiempo preciso dentro del cual debe cumplirse la obligación, como en el caso de autos, es necesario, para demandar su cumplimiento, aun tratándose de contratos bilaterales, requerir al deudor para que la satisfaga, como lo manda el artículo 325 del C. J. en armonía con el 1608 del C. C.; formalidad que a juicio del juez se extiende a toda clase de contratos contentivos de obligaciones de dar, hacer o no hacer alguna cosa, porque este último artículo no contiene excepciones. Todo induce a considerar que en el caso de autos, no habiéndose fijado el día, fecha o tiempo preciso para que la demandada cancelara las hipotecas y cumpliera los demás compromisos contraídos, debía ser requerida judicialmente por el actor Londoño; y no habiéndolo sido conforme a la ley, es evidente que no podía considerársela como constituída en mora ni mucho menos demandársela como se hizo; de aquí que, a juicio del Juez, surja evidenciada la excepción de petición antes de tiempo, como fundamento de su fallo absolutorio.

### La sentencia acusada

El Tribunal en su sentencia confirmó la absolución decretada por el juez de primer grado a favor de la demandada, pero por razones distintas, que pasan a enunciarse brevemente. Estima que, investigando el alcance y valor de la cláusula tercera de la compraventa, es indudable que, dados sus términos, se estipuló una obligación condicional (artículo 1530 del C. C.), porque el deber de cancelar el crédito hipotecario quedó compensado por el derecho de los compradores a no "cumplir los principales de la venta que hoy les hace la vendedora, mientras no haya llenado este deber". Recalca que no se fijó plazo para la cancelación de la deuda, ni expresa ni tácitamente; de suerte que allí no se estipuló una obligación a plazo (artículo 1551 del C. C.), como lo insinúa el Juzgado, sino una obligación condicional suspensiva, porque la vendedora no podía exigir de los compradores el cumplimiento de las obligaciones por ellos contraídas, mientras la cancelación no se hiciera.

Concluye el Tribunal que no hubo incumplimiento culposo en la demora de la demandada para hacer la cancelación a que se obligó; que si se tratara de una obligación a plazo, entonces sí habría lugar y motivo para determinar si la demandada cumplió o no la obligación que se impuso, si tal obligación estaba con plazo expreso o tácito, o si era necesario requerimiento judicial para colocarla en mora de su cumplimiento. Agrega que la tesis jurídica de existencia de una condición suspensiva conduce a la misma conclusión sobre reconocimiento de la excepción perentoria de petición antes de tiempo.

### El recurso de casación

El apoderado del actor Londoño se alzó en casación contra ese fallo, acusándolo por el motivo señalado en el numeral primero del artículo 520 del C. J. Se pasan a resumir las causales de acusación alegadas contra la sentencia.

**Primera causal**—Violación de los artículos 329, 343 y 344 del C. J., en cuanto fueron indebidamente aplicados y son de carácter sustantivo; arts. 1530, 1534, 1535 y 1536 del C. C., por errónea interpretación e indebida aplicación.

Combate el recurrente la tesis del Tribunal al sostener que en aquella cláusula contractual aparece contraída por la demandada una obligación condicional suspensiva, que podía no cumplir sin incurrir en mora.

Argumenta que si la esencia de la convención está en su evento, en un acontecimiento futuro e incierto, no puede decirse que la obligación de la señora Présigo era condicional ,ni mucho menos que se tratara de una condición suspensiva, como tenía que ser para que su obligación no existiera al tiempo de presentarse la demanda. Para el recurrente el Tribunal no estudió a fondo este problema, y lo prueba el hecho de que halla como derecho correlativo de la obligación de cancelar el crédito hipotecario, para compensarla, el que tenía el comprador, de no cumplir su obligación principal, o sea, de no pagar el precio. De manera que si en la cláusula que ha originado la controversia hay alguna obligación condicional, ésta sería la del comprador Londoño y no la de la vendedora Présigo; lo condicional era la obligación del comprador y recurrente, y lo condicionado, el derecho de la vendedora, es decir, el precio. Esto significa que la obligación de cancelar el gravamen, se dio como un hecho condicional de la obligación de pagar el precio, pero no a la inversa; ni mucho menos podía considerarse tal obligación de cancelar el gravamen como obligación condicionada por hecho alguno, sometida a ningún evento.

Concluye el recurrente que el Tribunal apreció erróneamente la cláusula contractual que se aportó como prueba, al estimar que allí se pactó una condición suspensiva y no una obligación pura y simple, aunque fuera a plazo. Por esa razón estima violados los preceptos legales mencionados.

**Segunda causal**—Violación de los artículos 1546, 1551 y 1608 del C. C., por errónea interpretación y falta de debida aplicación.

Sostiene el recurrente que en este juicio la cláusula contractual impuso a la vendedora una obligación a plazo tácito, determinado por los elementos del contrato; ese plazo se cumplió, y la vendedora quedó en estado de mora de cumplir su obligación, sin necesidad de requerimiento judicial, por tratarse de un plazo que si no puede calificarse de expreso, al menos sí era tácito, pero cierto y determinado.

De manera que el plazo para cumplir su obligación de pagar el crédito hipotecario sí estaba fijado de manera indirecta, no sólo una vez sino dos: una dentro de los términos generales del contrato de venta, o sea, ocho años; y otra, en el término señalado para cancelar dicho crédito, que fue de cuatro años. Ahora bien: como esos dos plazos estaban vencidos cuando el comprador presentó esta demanda, es claro que la vendedora estaba en mora de cumplir su obligación de cancelarlo, cosa que debió haber hecho al vencerse el término señalado para la cancelación del crédito, o en último término, al vencerse el plazo de ocho años fijado para pagar el precio de la venta; sin necesidad de requerimiento judicial, porque la expiración de esos plazos la colocaba en estado de mora automáticamente y autorizaba al comprador Londoño, por esas circunstancias, para ejercer la acción resolutoria de la venta, por incumplimiento de la vendedora en una de sus obligaciones primordiales.

---

**Estudio de los cargos**

El Juez de primer grado consideró que la cláusula tercera del contrato de compraventa impuso a la vendedora una obligación a plazo indefinido para cancelar el crédito hipotecario, y que para demandar su cumplimiento era indispensable previo requerimiento judicial, para constituírla en mora; de allí dedujo la existencia de la excepción de petición antes de tiempo. En cambio, el Tribunal estimó que la mencionada cláusula contenía una obligación condicional suspensiva, que ahorraba la necesidad del previo requerimiento, pero que conducía igualmente al reconocimiento del mismo medio defensivo. Como el estudio de la naturaleza jurídica, interpretación y alcance de dicha cláusula viene a ser en esencia el fundamento de los cargos alegados en casación, se pasa a definir la cuestión mediante estas consideraciones:

Las obligaciones civiles pueden ser puras y simples o sujetas a ciertas modalidades que influyen poderosamente en su nacimiento, cumplimiento y ejecución. Tales moda-

lidades son la condición, el plazo y el modo, las que por su propia índole constituyen una excepción y por eso deben expresarse.

De estas modalidades, la condición es la que tiene en nuestra legislación civil más diversas acepciones y se presta para mayores dificultades en su determinación jurídica, ya que en unos casos se acepta como sinónima de "requisito"; en otros como situación social de las personas, para luego darle el significado que en realidad le corresponde, o sea, el acontecimiento futuro que puede suceder o no (artículo 1530 del C. C.) La condición tiene su fuente fecunda en el contrato, como expresión cabal de la voluntad de las partes; pero también se origina en ocasiones del testamento, como medio regulador de última voluntad para el traspaso del patrimonio herencial. Es de recordarse que la ley habla de la condición resolutoria tácita, cuando en los contratos bilaterales uno de los contratantes deja de cumplir lo pactado. (Artículo 1546 del C. C.)

Para que una modalidad de esta índole constituya una condición debe contener dos elementos esenciales, a saber: a) debe consistir en un acontecimiento futuro, que lleve en su seno el evento de su realización; y b) debe ser incierto, vale decir que por su propia naturaleza pueda suceder o no, dado que la contingencia e incertidumbre de su cumplimiento es lo que constituye y caracteriza a la condición.

Cuando la modalidad a que se sujeta la obligación consiste, no en un acontecimiento sino en un día, se hace necesario hacer esta distinción: si se trata de un día incierto, sea determinado o no, constituye una condición; en cambio, si el día es cierto. sea determinado o simplemente determinable, configura una obligación a plazo hasta el día que necesariamente ha de llegar. Según el artículo 1142, inciso 2º del C. C., el día cierto y determinado equivale a una condición en las asignaciones testamentarias cuando el testador exige el requisito de existir el asignatario en ese día; pero bien se ve que la condición no está en el día, sino en esa exigencia adicional.

Como consecuencia de lo dicho, hay que aceptar que las obligaciones contraídas a plazo y que deben cumplirse en un día incierto, sea determinado o no, tienen el valor de condiciones y como tales deben considerarse dentro de una sana hermenéutica.

El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación, y, haciendo más extensivo este concepto, es una fecha futura y cierta de la cual depende la exigibilidad o la extinción de una obligación. (Artículo 1551 del C. C.). Los elementos esenciales del plazo son su carácter de fecha futura y su calidad de certidumbre, ya que si fuera el plazo una fecha pasada o presente, o hubiera evento o incertidumbre en su llegada, carecería de base esta modalidad o degeneraría en una condición.

El plazo puede ser determinado o indeterminado, expreso o tácito, según que se haya fijado un día preciso o un acontecimiento futuro y cierto como la muerte de una persona, en el primer caso; o que en pacto contractual se haya señalado el día preciso del cumplimiento de la obligación o no se haya determinado de esa manera precisa y expresa, pero que pueda deducirse de la naturaleza misma de la obligación y del propósito que las partes tuvieran en mientes al contratar (artículo 1608 del C. C.) El plazo, como modalidad de la obligación, produce el efecto jurídico fundamental de que no influye en la existencia misma de la obligación, sino que solamente retarde su cumplimiento. Consecuencia de tal efecto, es que el derecho sometido a plazo no es exigible antes de su vencimiento, salvo naturalmente las excepciones taxativamente señaladas en el artículo 1553 del C. C., en que han desmejorado en sus condiciones de solvencia el deudor mismo o sus cauciones; y aun en este último caso puede conservarse el beneficio del plazo, renovando o mejorando las garantías.

Pueden concretarse las diferencias entre el plazo y la condición en las siguientes: a) la condición es el acontecimiento futuro e incierto, y el plazo es futuro pero cierto, sea determinado o indeterminado, expreso o tácito; b) la condición, cuando es suspensiva detiene la formación de la obligación, no sabiéndose si ésta habrá de nacer,, y el plazo sólo suspende su exigibilidad en la obli-

gación ya constituída; c) el plazo produce sus efectos sin retroactividad y la condición con retroactividad; d) en la obligación bajo condición suspensiva el riesgo lo soporta el deudor si la cosa perece antes del cumplimiento, y en la obligación a plazo el riesgo lo sufre el acreedor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1607 del C. C.

El artículo 1608 del C. C. reglamenta los tres casos en que el deudor está en mora. En el ordinal 1º contempla el caso de reconvención contractual expresa, al declarar en mora al deudor que no cumple dentro del término estipulado; en el ordinal 2º consagra la reconvención contractual tácita, al constituírlo como tál cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y así no lo hizo; el ordinal tercero establece el caso de reconvención extracontrato, como regla general para que tal estado produzca sus importantes efectos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por su acreedor. Esta última es la regla general y las dos primeras tienen carácter de excepción y deben ser aplicadas e interpretadas restrictivamente.

---

Aplicándose tales reglas de interpretación, consagradas por nuestra legislación civil, al caso de autos, hay que aceptar que el Tribunal se equivocó cuando al estudiar la naturaleza jurídica y el alcance de la cláusula tercera de la compraventa, sostuvo que se está en presencia de una obligación condicional suspensiva por parte de la vendedora.

Al efecto, la demandada Présiga se comprometió en la referida cláusula a cancelar la hipoteca que pesaba sobre uno de los inmuebles vendidos, sin determinar fecha expresa y precisa para su cumplimiento; agregándose a continuación que "los compradores no están obligados a cumplir los principales de la venta mientras ella no haya llenado ese deber".

Si la condición es un acontecimiento futuro e incierto, que puede suceder o no, lo que equivale a decir que su esencia está en la eventualidad de que ocurra, no puede sostenerse dentro de una sana hermenéutica que la obligación positiva de cancelar un gravamen, por parte de la vendedora, fuera condicional, ni menos que se tratara de una condición suspensiva y a tiempo definido, porque no se halla en la cláusula la determinación del suceso futuro e incierto, positivo o negativo, del cual dependiera directamente la obligación sencilla y escueta contraída por la vendedora, de cancelar el crédito que gravaba la finca vendida.

Estima la Corte que al apreciar tal modalidad el Tribunal padeció una confusión, consistente en la errada relación que hizo de las dos situaciones en que se colocaran los contrayentes. El deber de satisfacer la hipoteca en nada quedaba condicionado por el correlativo del comprador de cubrir el precio; tal compromiso contractual (el de deshipotecar) era en sí puro y simple, tan sólo que no se fijó un término especial para cumplirlo. Su efectividad no dependía en forma alguna del cumplimiento por parte del comprador de pagar el precio, sino que, por el contrario, era únicamente el comprador quien podía suspender ese pago en caso de que la vendedora, al vencerse el plazo del contrato, no hubiera cumplido su prestación de cancelar la hipoteca. Salta a la vista, con la sola lectura de la cláusula sometida a este debate, que no se señaló ningún hecho, positivo o negativo, de cuyo cumplimiento o no cumplimiento dependiera suspensivamente la obligación contraída por la vendedora de cubrir el crédito hipotecario.

Pero hay algo más: de haberse estipulado una condición, ésta sería potestativa; por depender de la exclusiva voluntad del deudor (artículo 1534 del C. C.); y si por tal se quisiera estimarla habría que rechazarla y tenerla por no escrita, por así ordenarlo el artículo 1535, ibídem, cuando estatuye que son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consiste en la mera voluntad de la persona que se obliga.

Por lo dicho se impone el concepto de que la obligación no es condicional sino a plazo. Quiere esto decir que se está en presencia de un plazo tácito, definido y regulado por la ley como el indispensable para cumplirlo (artículo 1551 del C. C.)

Aceptada la conclusión de que se contempla una obligación a plazo tácito, no es me-

nester acudir al poder judicial para que lo regule y determine, atendida la naturaleza de la convención o la costumbre imperante en la región. Interpretándose solamente la voluntad y propósito de las partes, bien puede regularse el término del cumplimiento, con los elementos y factores que ofrece el contrato mismo, como pasa a demostrarse.

Al crédito hipotecario se fijó en el instrumento respectivo un término de cuatro años para su cancelación que se venció el 1º de julio de 1929, nueve meses después de la fecha del contrato de venta. Desde tal fecha se hizo exigible ejecutivamente la obligación hipotecaria, y era natural y lógico que la vendedora lo hubiera satisfecho al expirar ese plazo, no sólo porque era ésta una obligación de normal cumplimiento que la colocaba en mora con su acreedor hipotecario, sino porque el ejercicio por parte de éste de una acción real de venta del bien gravado ocasionaba manifiestos perjuicios al comprador Londoño y lo privaba de su quieta y pacífica posesión. En forma tal que desde la expiración del plazo de la hipoteca debió cumplirse la obligación de cancelarla.

Hay también otro factor para determinar tal plazo tácito, y es el término de ocho años fijados en la convención de venta, que igualmente se venció desde octubre de 1936, sin que la vendedora demostrara haber cancelado en forma regular y legal el gravamen real constituído sobre uno de los inmuebles. Como al vencerse dicho término nacía para el comprador Londoño la obligación de pagar el precio de la venta o el saldo que estaba pendiente, no es necesario hacer un esfuerzo de raciocinio para deducir que para esa fecha debía estar la vendedora a paz y salvo con todas sus prestaciones, en especial con la de hacer desaparecer ese gravamen, a fin de poder colocar al comprador en la obligación de satisfacer la suya, o de colocarlo automáticamente en mora de su cumplimiento. Resulta de toda evidencia que al dejar expirar tanto el plazo contractual para cancelar la deuda hipotecaria como el otro término contractual para recibir el precio de la venta, expiraba el plazo tácito implícitamente convenido por las partes y se situaba en estado de mora para la cancelación de la hipoteca.

De lo dicho se concluye que el Tribunal interpretó erróneamente la cláusula tercera del contrato cuando consideró que se había pactado la obligación de cancelación bajo una condición suspensiva; ni tampoco es del caso aceptar en toda su extensión e integridad la tesis del juez de instancia, cuando sostuvo que era de rigor requerimiento judicial previo para considerar a la vendedora en mora de cumplirla. Es indudable que, por estas circunstancias, se han violado por los conceptos expresados en casación los preceptos legales indicados, lo que impone el deber de casar la sentencia acusada, a fin de decidir como tribunal de instancia sobre el fondo de la cuestión controvertida.

---

**Sentencia de instancia**

El actor ha suplicado, como consecuencia del incumplimiento de sus prestaciones por parte de la demandada, la resolución del pacto, con todos los efectos jurídicos que nuestro derecho positivo reconoce a tal decisión judicial. Habiéndose demostrado, por una parte, que efectivamente la vendedora no satisfizo oportunamente el deber de sanear una de las fincas del gravamen que pesaba sobre ella; y existiendo, por la otra, la comprobación manifiesta de que el comprador Londoño sí estuvo dispuesto a cumplir su obligación de pagar el precio de la venta, lo que se deduce no sólo de sus manifestaciones sino del hecho de haber pagado parte de ese precio sin estar obligado a hacerlo, es procedente decretar esa resolución, al tenor de lo estatuído en el artículo 1546 del C. C.

Decretada tal resolución, los principales efectos jurídicos que está llamada a producir son los siguientes:

a) ordenar la cancelación de las dos escrituras públicas que hacen referencia a la venta (números 454 de 1928 y 45 de 1932), lo mismo que las inscripciones de tales instrumentos en el registro civil de la propiedad inmueble; b) ordenar la restitución de

la cuota de precio recibida por una parte y de la mitad de los inmuebles recibidos por la otra.

Pero no es del caso reconocer la súplica concerniente a la devolución de las cuotas pagadas por el comprador como intereses del precio debido, durante el plazo señalado, porque si se estudia detenidamente la modalidad señalada al contrato de venta, consistente en el plazo de ocho años para pagar el precio y la entrega inmediata de las fincas vendidas, a fin de que el comprador tuviera el uso y goce pleno de la mitad vendida, bien claro se ve que la intención y voluntad de las partes fue que los intereses estipulados por el precio quedaran compensados con los frutos naturales y civiles de tales inmuebles, en forma de que las dos prestaciones, como accesorias de su principal, vinieran a establecer una especie de equivalencia en los dos patrimonios. Interpretándose en esa forma el móvil de los contratantes, se atiende perfectamente a la noción de causa, que en el derecho moderno se considera como fundamental para la vida y regulación de esta clase de contratos.

Ahora bien: en cuanto a la condenación al pago de la indemnización de perjuicios, tal súplica debe prosperar, dado que el artículo 1615 del C. C. la consagra, y en obedecimiento a tal precepto tal indemnización se debe desde el momento en que el deudor se ha constituído en mora. En el caso de autos tales perjuicios, consistentes en el daño emergente y el lucro cesante, se deben desde que la vendedora se constituyó en retardo culpable de cumplir su obligación de cancelar el crédito hipotecario, que la Corte considera que proviene desde el día en que se venció el plazo para realizar el pago del precio de la venta, o sea desde el primero de octubre de mil novecientos treinta y seis. La regulación deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 553 del C. J.

---

## Fallo

Por las razones antes expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación en lo Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín el día doce de diciembre de mil novecientos treinta y ocho, y, revocando la de primer grado dictada por el Juez del Circuito de Antioquia el diez y seis de agosto de mil novecientos treinta y siete, FALLA este pleito así:

PRIMERO: Declárase resuelto el contrato de compraventa celebrado entre Andrés Londoño C. y Ana Josefa Présiga de Molina, por medio de la escritura pública número cuatrocientos cincuenta y cuatro (454) de diez y seis de octubre de mil novecientos veintiocho, de la Notaría de Antioquia, aclarada y modificada por escritura número cuarenta y cinco (45) de mil novecientos treinta y dos, de la misma Notaría. En consecuencia, queda radicada en cabeza de Ana Josefa Présiga de Molina la mitad del derecho de dominio sobre las fincas materia de la venta.

Parágrafo. Ofíciese al Notario de Antioquia y al Registrador del mismo Circuito, para que procedan a cancelar tanto los referidos instrumentos como las respectivas inscripciones en el Registro Civil, pero sólo en lo que se relaciona con la venta hecha a Andrés Londoño de la mitad de las fincas relacionadas en esos instrumentos.

SEGUNDO: Declárase al comprador Andrés Londoño C. libre de todo compromiso respecto del pago del precio de la venta.

TERCERO: La demandada Présiga de Molina está obligada a restituír al actor Londoño C. la cantidad de **dos mil quinientos veinticuatro pesos con nueve centavos** ($ 2,524.09), que recibió como cuotaparte del precio de la venta, restitución que hará dentro del término de seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, sin intereses.

CUARTO: El actor Londoño C. hará entrega a la señora Présiga de Molina de la mitad de los dos inmuebles que fueron materia del contrato resuelto, libres por parte de él de todo gravamen o limitación del dominio, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

QUINTO: Condénase a la demandada Ana Josefa Présiga de Molina a pagar al actor Londoño C. los perjuicios provenientes del incumplimiento del contrato resuelto, los que se deberán desde el día primero de octubre de mil novecientos treinta y seis y que consistirán en los elementos determinados en la motivación de esta providencia. Tales perjuicios se apreciarán en la forma determinada en el artículo 553 del Código Judicial.

SEXTO: No es del caso hacer las demás declaraciones solicitadas.

SEPTIMO: Sin costas ni en las instancias ni en el recurso.

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

**Hernán Salamanca — Liborio Escallón — Ricardo Hinestrosa Daza — Fulgencio Lequerica Vélez — Juan Francisco Mújica — Arturo Tapias Pilonieta — Emilio Prieto,** Oficial Mayor.

ACCION DE DOMINIO. — DERECHO DE TRASMISION. — LA SUCESION COMO MODO DE ADQUISICION DEL DOMINIO. — DECRETO DE POSESION EFECTIVA DE LOS BIENES HERENCIALES

**1. Conforme al artículo 1,014 del C. C., la condición de haber fallecido el trasmitente sin haber aceptado ni repudiado la herencia que se le ha deferido, constituye la esencia del fenómeno de la trasmisión hereditaria, puesto que lo que se trasmite es el derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado deferido. — 2. La sucesión por causa de muerte da nacimiento al derecho de herencia, que es un derecho real que tiene la peculiaridad de ser universal, en lo cual se diferencia del derecho real de dominio que versa sobre cosas singulares. La herencia, aunque es comprensiva de ellos, es un derecho distinto de los bienes mismos que la integran o componen. Por la muerte de un individuo su heredero adquiere PER UNIVERSITATEM el dominio de los bienes de la sucesión, pero no la propiedad singular de cada uno de ellos mientras no se realice la liquidación y adjudicación del acervo herencial de acuerdo con la ley. Son cosas distintas la adquisición del derecho de herencia, que versa sobre la universalidad jurídica con la esperanza de concretarse en el dominio de uno o más bienes especiales y que tiene por título la ley o la voluntad del causante, y la adquisición de las cosas hereditarias singularmente, cuyo título es la cosarrespondiente adjudicación. — 3. El decreto de posesión efectiva no es otra cosa que un auto destinado a ser inscrito, para que cancele los registros hechos en favor del DE CUJUS, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando su nombre, disponga de los bienes herenciales o los grave, y para que confiera a los herederos, conjuntamente, facultades dispositivas respecto de los mismos bienes. El decreto de posesión efectiva no otorga la calidad de heredero, ni suple la falta de títulos, ni excluye de la herencia a quienes se presenten más tarde con la prueba necesaria para que se extienda también a su favor dicho decreto; pero sí sirve, por excepción, de justo título al heredero putativo para que sea considerado como poseedor regular, como se desprende de los artículos 766, inciso último, y 1326 del C. C.— 4. Aunque el heredero puede reivindicar para la sucesión que representa las cosas hereditarias reivindicables, esa acción, consagrada por el artículo 1325 del C. C., no consigna nada distinto o que no armonice exactamente con la doctrina jurídica y los principios generales de la reivindicación. En ella se da al heredero el derecho de reivindicar, naturalmente para la sucesión ilíquida, las cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y que no hayan sido prescritas por ellos, esto es, para la sucesión que es el dueño y sobre cosas singulares que le pertenezcan. No se puede reivindicar como cosa singular o cuerpo cierto lo que corresponde o pertenece a una universalidad herencial en la que se tiene apenas un derecho de herencia ilíquido que figura en el acervo herencial de otra sucesión, también ilíquida, demandando en favor de esta última.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil—Bogotá, noviembre 6 de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca).

En libelo que lleva fecha 30 de enero de 1937, el Municipio de Tinjacá, por medio de apoderado legalmente constituído, demandó ante el Juzgado del Circuito de Chiquinquirá, por la vía ordinaria, a Leonidas Peña, Pedro y Eliseo Ortegón Pava, para que se declare que pertenece en pleno dominio a la sucesión de Victoria Sasa o Isaza de Páez, representada por el Municipio de Tinjacá, a cuyo favor se dictó decreto de posesión efectiva de los bienes sucesorales, el terreno denominado Piedra-Ancha, ubicado en jurisdicción de ese distrito, por los linderos que se expresan, y para que se les condene, en consecuencia, a restituírlo al actor en la porción en que los demandados lo poseen, junto con los frutos naturales y civiles en quince años y los que su dueño hubiera podido percibir si hubiera tenido el terreno en su poder, considerados los reos como poseedores de mala fe, más las costas del juicio.

La acción de dominio así ejercitada se

origina en los hechos fundamentales que pueden sintetizarse así:

Victoria Sasa o Isaza de Páez adquirió la propiedad del lote determinado en la demanda como se acredita en las escrituras públicas números 116 de 22 de abril de 1913, de la Notaría del Circuito de Leiva, y 121 de 10 de octubre de 1919, de la Notaría de Tinjacá.

Adquirido el dominio de Piedra Ancha, según los precitados títulos escriturarios, Victoria Sasa o Isaza de Páez murió **ab intestato** en Tinjacá en el mes de agosto de 1920, sin haber transferido el dominio de sus fincas a ninguna persona.

Aristarco Villamil "se apoderó, apropió y dispuso" de todos los bienes sucesorales de Victoria Sasa o Isaza de Páez, entre ellos del terreno de cuya reivindicación se trata, y a través de varios contratos celebrados con él obtuvieron los demandados la posesión y aparente dominio de la finca en discusión.

Victoria Sasa o Isaza de Páez "no dejó herederos y sus bienes fueron denunciados como bienes ocultos o mostrencos". Iniciado el juicio de sucesión respectivo en el Juzgado 1º del Circuito de Chiquinquirá en el cual se inventarió Piedra Ancha, fue declarado heredero universal el municipio de Tinjacá, y en su favor, en providencia de 15 de marzo de 1932, se decretó la posesión efectiva de los bienes hereditarios.

Se opusieron los demandados a las pretensiones del actor, negaron los hechos fundamentales de la demanda y propusieron varias excepciones perentorias, entre otras, "las de carencia de acción y petición de un modo indebido". Agotada la tramitación del primer grado, el Juzgado del conocimiento —2º del Circuito de Chiquinquirá— desató la litis en sentencia de 24 de mayo de 1938, decretando la reivindicación solicitada al tenor de las súplicas, con excepción de la condena en costas.

Apelada esta sentencia por la parte vencida, fue revocada por la del Tribunal Superior del Distrito de Tunja, de fecha 13 de diciembre de 1938, en la cual se absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda por haber declarado probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido.

Esta sentencia definitiva de segunda instancia ha sido acusada en casación en el recurso oportunamente interpuesto por el apoderado del Municipio, que hoy se procede a decidir por estar legalmente preparado.

### La sentencia acusada

Para ver si resulta satisfecha la primordial obligación del actor en acción reivindicatoria de probar su calidad de dueño de la cosa singular que quiere reivindicar y de que está en posesión su demandado, considera y estudia el Tribunal los títulos escriturarios aducidos por el Municipio para establecer el dominio de Victoria Sasa o Isaza de Páez sobre el terreno de Piedra Ancha, en nombre de cuya sucesión demanda. Estos títulos, presentados con la demanda, consisten en las prenombradas escrituras públicas: la número 116 de 22 de abril de 1913, pasada ante el Notario de Leiva, contentiva del contrato en que Aristarco Villamil vendió a Victoria de Páez, entre otros bienes el inmueble que se reivindica, registrada el día 26 de abril de 1921, y la número 121 de 10 de octubre de 1919, de la Notaría de Tinjacá, que contiene la venta que el mismo Aristarco Villamil le hace a Manuel Antonio Páez del mismo inmueble que había vendido a Victoria de Páez en 1913, y que aparece registrada el 15 de octubre de 1919, con anterioridad a la fecha en que fue inscrita aquella otra escritura.

Esta situación de venta de la misma cosa a dos personas, prevista y reglamentada en el artículo 1873 del C. C., la resuelve la sentencia, en vista de las fechas de la inscripción de las escrituras de venta en el registro público, en el sentido de que el dominio de Piedra Ancha quedó radicado en el patrimonio de Manuel Antonio Páez y no en el de Victoria Sasa o Isaza de Páez. "Y como el demandante en este juicio apoya su acción en las escrituras citadas anteriormente, la conclusión no puede ser otra sino la de que la sucesión de Victoria Sasa o Isaza de Páez no ha acreditado el primer factor o requisito esencial para la prosperidad de la acción reivindicatoria, o sea el dominio del inmueble denominado Piedra Ancha".

Descartada la adquisición directa de la finca por compra a Villamil, se pasa a considerar en la sentencia lo posibilidad de que Victoria de Páez hubiera adquirido el inmueble a título de sucesión por causa de muerte de Manuel Antonio Páez, su hijo legítimo quien la precedió diez días en la muerte sin dejar otro heredero que su madre, según partidas de origen eclesiástico traídas a los autos. Este nuevo modo legal de adquisición del dominio, no mencionado en ninguna forma en la demanda, pero cuya alegación se desprende del hecho de aducir el título de adquisición del hijo con las pruebas de su defunción y parentesco con la causante del Municipio demandante, tampoco lo halló el Tribunal bastante para la prosperidad de la reivindicación incoada, porque aunque acepta que en este caso se verificó el fenómeno de la transmisión herencial de Manuel Antonio Páez a la sucesión de su madre legítima, ésta no adquirió el dominio de la finca de que trata la demanda sino derechos hereditarios en la mortuoria de su hijo, de donde deduce que mientras ésta no se liquide legalmente es ella la que conserva la propiedad de la finca y es en nombre y favor de esa sucesión como ha debido demandarse.

Estas son, sintéticamente expresadas, las razones fundamentales de la excepción perentoria de petición de un modo indebido en que basó su absolución la sentencia acusada.

### El recurso

Se acusa la sentencia por el primero de los motivos legales de casación enumerados en el artículo 520 del C. J., por violar la ley sustantiva, directamente, por aplicación indebida y por falta de aplicación de algunas disposiciones, lo mismo que como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas.

Se indican como violados los artículos 673, 757, 1013, 1014, 1298, 1299, 1321 y 1325 del C. C., y se explica en la demanda de casación que fueron infringidos estos preceptos legales porque el Tribunal partió de la base de que en el caso en cuestión se trataba del derecho de transmisión definido en el artículo 1014 del C. C., lo cual es equivocado, porque de acuerdo con pruebas del proceso, erróneamente apreciadas, Victoria Sasa o Isaza de Páez murió después de haber aceptado la herencia de su hijo Manuel Antonio Páez. En estas condiciones no era posible desligar o separar las dos sucesiones que quedaron confundidas por virtud de la aceptación de la del hijo por parte de la madre, que en esta forma pasó al Municipio de Tinjacá, declarado heredero de ésta; de modo que al afirmar el Tribunal que el inmueble de Piedra Ancha pertenece a la sucesión de Manuel Antonio Páez olvida y desconoce que los bienes que fueron de éste se habían deferido y radicado ya en cabeza de su madre Victoria de Páez, y que fue en la sucesión de ésta donde el Distrito actor encontró la herencia y los bienes del difunto Manuel Antonio, incurriendo de esta manera en la violación de las disposiciones que le dan al demandante la posesión legal de dichos bienes y el derecho a reivindicarlos.

**Se considera:**

En realidad, bien puede deducirse en este caso que el Tribunal sentenciador quebrantó la disposición contenida en el artículo 1014 del C. C. por indebida aplicación, porque los elementos de información que ofrece el proceso no dan lugar ni aplicabilidad a la doctrina jurídica de la transmisión, o facultad que tiene el heredero de una persona cuya sucesión ha aceptado para suceder en los derechos que esta persona tiene respecto de una herencia o legado que le dejó un tercero y que no alcanzó a aceptar o repudiar. Esta última condición negativa, de haber fallecido el transmitente sin haber aceptado ni repudiado la herencia que se le ha deferido, constituye la esencia del fenómeno de la transmisión hereditaria, puesto que lo que se transmite es el derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado deferido, y es precisamente el que falta en el caso de estudio porque es evidente que Victoria Sasa o Isaza de Páez aceptó la herencia de su hijo Manuel Antonio Páez según resulta de las escrituras públicas números 233 y 237, ambas de la Notaría de Tinjacá, otorgadas el 20 y el 21 de agosto de 1920, de las cuales aparece que la causante del Mu-

nicipio de Tinjacá tomó el título de heredera de su hijo Manuel Antonio al conferir poder para la administración de los bienes que adquirió por muerte de aquél, lo que equivale a la aceptación de su herencia en los términos de los artículos 1298 y 1299 del C. C.

Sin embargo, la violación de estos textos legales en la forma que acaba de verse no conduce a la casación del fallo acusado, porque el mal entendimiento que el Tribunal hizo del fenómeno de la transmisión, no incide sobre la fórmula con que fue desatado el litigio. De esta manera, los fines del recurso quedan satisfechos con la rectificación de la doctrina jurídica.

Por lo que respecta a los demás artículos del código civil citados en la demanda, no es posible deducir ningún quebranto directo ni indirecto por el hecho de haber negado la sentencia la reivindicación de la finca de Piedra Ancha sobre el concepto de que la sucesión de Victoria Sasa o Isaza de Páez, en cuya representación y a favor ha demandado el Municipio de Tinjacá, no tiene el dominio singularizado de este inmueble perteneciente al acervo herencial de Manuel Antonio Páez.

La sucesión por causa de muerte es, en efecto, uno de los modos legales de adquirir los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de una persona difunta, o una cuota de ellos; o una o más especies o cuerpos ciertos; o una o más especies indeterminadas de cierto género, según que se suceda a título universal o a título singular. La sucesión a título universal es la manera ordinaria de adquirir la universalidad de los bienes de otra persona, esto es, su patrimonio. La asignación de Victoria Sasa o Isaza de Páez en la sucesión **ab intestato** de su hijo Manuel Antonio Páez es una asignación de esta especie, porque por medio de ella lo sucedió en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, y no simplemente en el dominio de una o más especies o cuerpos ciertos.

La sucesión por causa de muerte da nacimiento al derecho de herencia, que es un derecho real que tiene la peculiaridad de ser universal, en lo cual se diferencia del derecho real de dominio que versa sobre cosas singulares. La herencia, aunque es comprensiva de ellos, es un derecho distinto de los bienes mismos que la integran o componen. Por la muerte de un individuo su heredero adquiere **per universitatem** el dominio de los bienes de la sucesión, pero no la propiedad singular de cada uno de ellos mientras no se realice la liquidación y adjudicación del acervo herencial de acuerdo con la ley. Son cosas distintas la adquisición del derecho de herencia, que versa sobre una universalidad jurídica con la esperanza de concretarse en el dominio de uno o más bienes especiales y que tiene por título la ley o la voluntad del causante, y la adquisición de las cosas hereditarias singularmente, cuyo título es la correspondiente adjudicación.

La posesión efectiva de los bienes de la herencia de Victoria Sasa o Isaza de Páez, decretada, según se vio, en favor del Municipio de Tinjacá, no produce otros efectos que los que legalmente corresponden a este acto y respecto de los cuales dijo esta Sala en decisión sobre las mismas cuestiones de este litigio: "El decreto de posesión efectiva no es otra cosa, dice la Comisión redactora del C. J., que un auto destinado a ser inscrito, para que cancele los registros hechos en favor del **de cujus**, a intento de que no subsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando su nombre, disponga de los bienes herenciales o los grave, y para que confiera a los herederos, conjuntamente, facultades dispositivas respecto de los mismos bienes. A lo dicho por los abogados redactores agrega la Corte que el decreto de posesión no otorga la calidad de heredero, ni suple la falta de títulos, ni excluye de la herencia a quienes se presenten más tarde con la prueba necesaria para que se extienda también a su favor dicho decreto; pero sí sirve, por excepción, de justo título al heredero putativo para que sea considerado como poseedor regular, como se desprende de los artículos 766, inciso último, y 1326 del Código Civil". (G. J., T. XLIV, página 158).

La acción reivindicatoria, originada en el derecho real de dominio, no puede tener por objeto sino una cosa singular, esto es, particular, determinada y cierta, calidades éstas indispensables que no se reúnen en tratándose del derecho real de herencia, que

tiene la condición propia de versar sobre una universalidad de derecho, no de hecho, que lo inhabilita para ser material reivindicable y que da lugar a la acción especial de petición de herencia.

Es cierto que el heredero puede también ejercitar la acción reivindicatoria, en nombre y para la sucesión que representa, respecto de cada uno de los bienes singulares pertenecientes a la herencia que ha adquirido a título de sucesión por causa de muerte. Pero esta acción, consagrada por el artículo 1325 del C. C., no consigna nada distinto o que no armonice exactamente con la doctrina jurídica y los principios generales de la reivindicación. En ella se da al heredero el derecho de reivindicar, naturalmente para la sucesión ilíquida, las cosas hereditarias **reivindicables** que hayan pasado a terceros y que no hayan sido prescritas por ellos, esto es, para la sucesión que es el dueño y sobre cosas singulares que le pertenezcan. La calidad de cosa reividicable se halla determinada en los artículos 946 a 949 del código civil en forma inconfundible.

En el caso que se considera, Victoria Sasa o Isaza de Páez, causante del actor, no fue dueña con derecho real de dominio de la finca de Piedra Ancha, de propiedad de su hijo premuerto, sino de un derecho real de herencia en la sucesión intestada de éste. Este predio no se puede decir que forma parte de la sucesión de Victoria de Páez, como cosa singular de su pertenencia, porque ella no lo adquirió, como se vio al principio, por compra a Aristarco Villamil, ni a ningún título singular, sino como asignataria universal en la sucesión ilíquida de Manuel Antonio Páez, quien sí fue su dueño. No se puede reivindicar como cosa singular o cuerpo cierto lo que corresponde o pertenece a una universalidad herencial en la que se tiene apenas un derecho de herencia ilíquido que figura en el acervo herencial de otra sucesión, también ilíquida, demandando en favor de esta última. Victoria de Páez, o su sucesión, es heredera de Manuel Antonio Páez. El Municipio demandante no puede ejercitar, como es obvio, sino la acción que corresponde a su causante, única que le fue transmitida, y es evidente que Victoria Sasa o Isaza de Páez no habría podido intentar la reivindicación para sí sino para la sucesión ilíquida de su hijo Manuel Antonio Páez.

No estando hechas ni la liquidación ni la adjudicación de la herencia del hijo, ni decretada judicialmente en favor de la madre, o del Distrito heredero en representación de su mortuoria, la posesión efectiva de sus bienes, la sucesión de Victoria de Páez, ni aún como heredera única de su hijo Manuel Antonio Páez tiene personería sustantiva para demandar en nombre propio o para sí la restitución en acción de dominio de un bien que se ha visto pertenece a la sucesión ilíquida de aquél. Habría sido necesario que una adjudicación en singular del fundo cuestionado o el decreto de posesión efectiva de los bienes herenciales de Manuel Antonio hubiera conferido a la causante del Municipio de Tinjacá un título de dominio que cancelara el de su antecesor.

Por lo demás, no desnaturaliza estas conclusiones la circunstancia, a que de manera incidental se hace referencia en este juicio, de que Victoria de Páez fuera la heredera única de su hijo Manuel Antonio, dueño de Piedra Ancha. "Cuando el heredero es único — ha dicho la Corte — o cuando habiendo varios enajenan sus derechos a un solo individuo, la comunidad no ha existido o ha terminado, pero no por ello desaparece el carácter de universalidad que tiene la sucesión, lo cual inhabilita al heredero para ejercitar para sí la acción reivindicatoria. Una herencia puede estar gravada con deudas o estar afectada con legados si es testamentaria, todo lo cual requiere que la sucesión se liquide y se le adjudiquen al heredero, por más que sea único, los bienes y derechos que hayan de corresponderle. Esa adjudicación será un verdadero título de dominio. Cesa entonces la universalidad de derecho para dar lugar a la adquisición del dominio singular". (G. J., T. XXX, página 246). O se decrete ahora, tratándose de heredero único, la posesión efectiva de la herencia, de acuerdo con el artículo 968 del C. J.

Las breves consideraciones que anteceden ponen de manifiesto que el Tribunal no quebrantó las disposiciones a que se refiere la demanda de casación, en forma capaz

de determinar la invalidación del fallo acusado. Por lo cual, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, con fecha 13 de diciembre de 1938, que ha sido materia de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

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

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

ACCION SOBRE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES — INTERPRETACION DEL CONTRATO—ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES—MANDATO.

**1.—Es el juez, y no las partes, el que califica la naturaleza de un pacto, cuando éste es materia de su interpretación y en sus consecuencias, de una litis. — 2.—Por su esencia, naturaleza y efectos, el contrato de mandato es distinto del pacto sobre arrendamiento de servicios inmateriales, que reglamentan los artículos 2063 y 2069 del C. C. En el mandato, el mandatario obra ostensible u ocultamente —puesto que la legislación colombiana, más amplia que la francesa al respecto— consagra el mandato sin representación, en nombre del mandante y por cuenta y riesgo de éste. El mandatario ejecuta actos jurídicos que envuelven capacidad y voluntad y vincula al mandante cuando desarrolla su actuación dentro de los términos del mandato. En el arrendamiento de servicios inmateriales, el arrendatario es un mero dependiente del arrendador, que no puede realizar ningún acto jurídico en desempeño del contrato, ni ligar ni obligar al arrendador. Se limita a ejecutar un trabajo en su propio nombre, en beneficio del arrendador, pero sin vincular a éste con terceros.**

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

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón).

Los antecedentes de este pleito son estos:

1º Con fecha 22 de marzo de 1928 Julio Sotomayor y Dolores Morales v. de Bozzi celebraron un contrato en virtud del cual la segunda, en su calidad de tenedora fiduciaria del legado dejado por Francisco Javier Balmaceda al Hospital de San Lázaro, encarga a Julio Sotomayor de toda gestión administrativa, judicial o extrajudicial tendiente a defender el derecho otorgado por Balmaceda a favor del Hospital de San Lázaro, establecido hoy en Caño de Loro, y a favor del derecho establecido en el legado para la contratante. "Es entendido, reza el contrato, que Dolores Morales v. de Bozzi contrata los servicios de Sotomayor, como abogado, en vista de que muchos individuos han ocupado de hecho y hasta por la fuerza los terrenos en que consiste el legado mencionado y de que sus gestiones personales ante las autoridades y sus reclamos privados a dichos individuos, han sido inútiles." La mencionada señora v. de Bozzi se obligó a pagar a Sotomayor el veinticinco por ciento (25 por 100) del producto o renta bruta de los terrenos del Hospital de San Lázaro.

2º En la misma fecha y entre los mismos contratantes, se celebró otro convenio, por medio del cual se estipuló que la señora de Bozzi se compromete a pagar a Julio Sotomayor en razón de las gestiones que ha tomado a su cargo en favor del legado dejado por Balmaceda al Hospital de San Lázaro, "y de las que realice para verificar la venta o renunciación del derecho que tiene como tenedora fiduciaria de dicho legado, el veinticinco por ciento (25 por 100) de la mencionada venta o renuncia, una vez que el mencionado importe sea entregado".

3º Con fecha 20 de julio de 1928, se celebró un contrato entre las mismas partes, por el cual Sotomayor se encarga de gestionar a nombre de la señora Morales v. de Bozzi, el juicio de división material de la comunidad Alcibia y Preceptor, ante los juzgados y tribunales de Cartagena, ciudad donde se celebraron los contratos. Se encargó asímismo Sotomayor de todas las gestiones que sean necesarias para llevar a cabo la urbanización y venta de lotes en el terreno que la señora de Bozzi tiene ocupado como condueña en dicha comunidad y se encargó de la gestión de venta de las acciones que en número de siete tiene la señora expresada en la referida comunidad y de la venta de posesión u ocupación que tiene en el mencionado lote. Por su parte la señora Bozzi se comprometió a pagar a Sotomayor

por esos servicios el 25 por 100 del producto bruto de la venta de lotes urbanizados y de su cuota de acción correspondiente. "Este 25 por 100, dice el documento, lo entregará a Sotomayor tan pronto como reciba el precio de la venta de todo el globo ocupado, o a medida que reciba el precio del lote".

4º En virtud de varios contratos verbales Sotomayor prestó a la señora de Bozzi varios servicios profesionales, distintos de los estipulados en los pactos que se acaban de mencionar.

En libelo de 10 de marzo de 1934, Julio Sotomayor demandó a Dolores v. de Bozzi, para que previo un juicio civil ordinario se le condene a pagarle en concepto de honorarios, "la suma de pesos, con la ley coetánea con esos servicios o su equivalente, que determinen peritos en la materia, suma que estimo puede ser mayor de quince mil pesos ($ 15,000)".

Como hechos de la demanda adujo los contratos escritos de que se ha hecho mérito y relacionó las gestiones que en cada uno de ellos había hecho, como también las que había verificado en virtud de los convenios verbales.

Aun cuando la parte demandada, sistemáticamente en la contestación de la demanda, no da asentimiento a los hechos fundamentales, con todo sí conviene en la existencia de los contratos celebrados con el demandante y en que éste adelantó algunas gestiones en virtud de esos pactos.

El Juez 2º del Circuito de Cartàgena falló el pleito, en sentencia de 15 de noviembre de 1935, condenando a la demandada a pagar al demandante la suma de $ 16,550 moneda corriente, seis días después de la ejecutoria de la sentencia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en sentencia de 30 de agosto del año próximo pasado, reformó la del inferior elevando la condenación contra la demandada a la cantidad de $ 17,250. Este aumento fue debido a que el Tribunal encontró justificada la existencia de los contratos verbales, celebrados entre demandante y demandada, que no halló el juez **a quo**, y a que corrigió un error aritmético en que incurrió el juez de primera instancia, al acoger los dictámenes periciales.

La demandada interpuso recurso de casación, que tramitado legalmente pasa a fallarse.

### Fundamentos de la sentencia

En cuestión de derecho, el Tribunal partió de la base de que se trataba de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y no de un mandato y aplicó, para el caso, las disposiciones que condicionan y rigen el primero de los contratos mencionados. El Tribunal se expresó así sobre el particular: "Aparece, pues, evidente de las piezas que se dejan analizadas, la existencia de un vínculo contractual escrito cuya denominación jurídica, al tenor de sus voces, no puede ser otra que la prestación de servicios inmateriales, inmaterialidad que nace de la propia naturaleza de los términos de que se valieron los contratantes para determinar la clase del servicio que habría de prestarse como de las circunstancias de no haberse incluído expresamente un poder al cual estuviera unida la facultad de representar y obligar con respecto a terceros a la demandada... En su alegato de segunda instancia, el apoderado de la demandada, partiendo de la base de que se trata de un mandato, lo cual es desde todo punto de vista erróneo por las razones de que se ha hecho mérito anteriormente, sostiene estos dos puntos de vista..."

En lo referente a la cuestión de hecho, el Tribunal estimó plenamente acreditadas diversas gestiones de índole judicial y administrativa y aun particular llevadas a cabo por Sotomayor en la ejecución de sus contratos y señaló por sus gestiones la cantidad designada por los peritos, cantidad que es la totalización de las sumas fijadas por éstos, en cada una de las gestiones hechas por el demandante.

### Demanda de casación

El recurrente acusa la sentencia por las causales 2ª y 1ª del artículo 520 del C. J.

Se expresa así respecto de la segunda:

"La sentencia es manifiestamente incongruente con la demanda, pues en ella se cambió la causa que de modo claro y específico se invocó en la demanda como fundamento de su derecho, viniendo a constituír así este fallo una decisión ultra petita, con franca violación del artículo 471 del C. J. El doctor Julio Angel Sotomayor alegó como causa concreta de su pretensión, presentándola así en los hechos y en el derecho, un contrato, o varios contratos de mandato".

**Estudio del cargo**

La Corte considera: El demandante pidió que la demandada fuera condenada a pagarle una suma de dinero por servicios o agencias que aquél le prestó a ésta. El Tribunal condenó a las prestaciones solicitadas, fundado en que se trataba de arrendamiento de servicios inmateriales. Mas, aun cuando este concepto sea erróneo y habrá que rectificarlo en seguida, por vía de doctrina, con todo, no puede decirse que la causa de la demanda haya sido variada, porque, se repite, Sotomayor demandó una suma de pesos a la señora Morales de Bozzi, a quien le prestó varios servicios o en cuyo favor desempeñó varias y múltiples gestiones. Además, es el juez y no las partes el que califica la naturaleza de un pacto, cuando éste es materia en su interpretación y en sus consecuencias, de una litis. No puede decirse que haya habido ultra petita, porque el Tribunal no condenó más allá de lo pedido, ni extra petita, porque no condenó fuera de lo pedido.

Por su esencia, naturaleza y efectos, el contrato de mandato a que se refiere el título 28 del libro 4º del C. C., es distinto del pacto sobre arrendamiento de servicios inmateriales, qué reglamentan los artículos 2063 y 2069 de dicha obra. En el mandato, el mandatario obra ostensible u ocultamente —puesto que la legislación colombiana, más amplia que la francesa al respecto— consagra el mandato sin representación, en nombre del mandante y por cuenta y riesgo de éste. El mandatario ejecuta actos jurídicos que envuelven capacidad y voluntad y vincula al mandante cuando desarrolla su actuación dentro de los términos del mandato.

En el arrendamiento de servicios inmateriales, el arrendatario es un mero dependiente del arrendador que no puede realizar ningún acto jurídico en desempeño del contrato, ni ligar ni obligar al arrendador. Se limita a ejecutar un trabajo en su propio nombre, en beneficio del arrendador, pero sin vincular a éste con terceros.

En sentencia muy reciente de la Corte, que lleva fecha 3 de octubre último, dictada en el juicio ordinario promovido por José del Carmen Aldana contra Carlos Rodríguez Maldonado se fijaron con toda precisión esas diferencias. Por la analogía de los casos, se transcribe aquí lo pertinente de dicho fallo: "Según el Código Civil francés, el mandato es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer alguna cosa para el mandante y en su nombre (artículo 1984, Cód. Napoleón). La mayoría de los tratadistas franceses hallan defectuosa y deficiente tal definición, porque trata de ver siempre en la procuración una actividad rígidamente representativa y no hace la debida separación entre los actos materiales y los jurídicos.

"De ahí que el mandato, según la concepción francesa, viene a ser esencialmente representativo, ya que, como lo observa con razón Josserand, es imposible ver en el no representativo un verdadero mandato y, expurgado de su característica natural, no es más que la sombra de sí mismo.

"Es indudable que el Código colombiano tuvo una concepción más amplia y generosa cuando lo define como 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. (Art. 2142 del C. C.).

"De tal manifestación se desprende, ante todo, que no se confunde el mandato con la procuración, y así mismo lo deslinda del arrendamiento de servicios, porque en vez de actos alude a negocios encomendados a otra persona. En el mandato civil el apoderado actúa por cuenta y riesgo de su mandante, que le ha confiado la gestión de uno o más negocios y viene a ser, por esa circunstancia, un simple intermediario u ór-

gano de la voluntad del mandante, pero no parte contratante.

"Es claro que el mandatario, en ejercicio de su cargo, puede contratar en su propio nombre, ocultando el nombre de su mandante, porque en el derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo como en el francés. Dentro de su configuración caben tanto el mandato ostensible como el oculto, celebrado por interposición de personas, en todas sus formas lícitas (artículo 2177 del C. C.). En tal caso se radican en la persona del apoderado todos los efectos legales del contrato, tanto activa como pasivamente, sin perjuicio de los vínculos jurídicos que lo ligan a su comitente y que se originan del mandato, tales como la rendición de cuentas y entrega de los beneficios obtenidos, ya que el derecho colombiano distingue la representación del interés, al no exigir que obre a nombre del mandante, pero sí por cuenta y riesgo de este último.

"A pesar de la confusión que de ellos se suele hacer en el común sentir de las gentes, hay diferencias esenciales entre el mandato y el arrendamiento de servicios. El mandatario, en cualquier forma que actúe, obra por cuenta y riesgo de su comitente, lo representa de manera ostensible u oculta y para él son los beneficios derivados de los contratos o negocios que realice; en una palabra, obra jurídicamente en lugar del mandante y contrata para él, como si éste directamente realizara los actos jurídicos o negocios celebrados a su nombre. El mandatario obra con su voluntad, contribuye con ella, y vincula al mandante.

"En el arrendamiento de servicios, quien los presta no realiza ningún acto jurídico a favor del patrono, ni tiene facultad legal para representarlo y obligarlo. Se limita a ejercer un oficio o profesión, o a ejecutar un trabajo en su propio nombre, aunque todo el resultado de sus labores se reduzca en exclusivo beneficio de su patrono. En forma tal que estas dos clases de convenciones se distinguen en lo tocante a la formación del contrato, a los deberes del que presta el servicio o gestión, a la calidad del honorario o sueldo y a su reglamentación legal.

Agréguese a todo lo dicho que el mandato puede ser en ocasiones gratuito, en tanto que el arrendamiento de servicios siempre es oneroso".

Considerando entonces, las diferencias que acaban de apuntarse entre los dos contratos y los pactos que en apoyo de sus pretensiones adujo el actor, se concluye que en el presente caso se trata de contratos de mandato y no de arrendamiento de servicios. Con esto queda rectificado el concepto del Tribunal sobre el particular, pero sin que esa rectificación, por lo expuesto antes, sea suficiente para casar la sentencia.

Por lo tanto se rechaza el cargo.

Al invocar la primera causal de casación, y en el tercer motivo, el recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 1602, 1609, 1546, 1757 del C. C. y 696 del C. J.

Para mayor claridad en el estudio de este ataque, la Corte empieza por hacer un resumen de los hechos vinculados a esta acusación.

Según contrato de 20 de junio de 1928, Sotomayor se encargó a nombre de la señora Morales de Bozzi, de hacer las gestiones para la venta del predio "El Cairo", de propiedad de dicha señora, en la comunidad de "Alcibia y Preceptor". En lo pertinente dice así el contrato: "Dolores Morales v. de Bozzi se compromete a pagar a Sotomayor por los servicios que le encomienda el veinticinco por ciento (25 por 100) del producto bruto de la venta de los lotes urbanizados y de su cuota de acción correspondiente o de todo el globo de terreno ocupado y de las acciones respectivas. Este 25 por 100 por servicio u honorarios lo entregará a Sotomayor **tan pronto como reciba el el precio de la venta de todo el lote ocupado** (subraya la Corte), **o a medida que reciba el precio de lotes".**

Sotomayor hizo una gestión sobre el particular con los señores Pombo Hermanos de Cartagena, quienes ofrecieron la suma de $ 40,000 por dicho lote, siendo entendido que si en el término de siete días a contar desde el 20 de diciembre de 1928, fecha de la carta de oferta, la señora Bozzi no confirmaba por escrito la propuesta, la tendrían por no hecha. La señora demandada no confirmó esa propuesta y por eso Pombo

Hermanos, con fecha 30 de ese diciembre, se dirigieron a Sotomayor manifestándole que como la señora de Bozzi no había confirmado la propuesta por escrito, tenían por no hecha la oferta.

El Tribunal se limitó a referirse a las cartas anteriores y sin hacer un estudio de ellas y menos del contrato entre Sotomayor y la señora Bozzi, respecto de la venta del lote, se atuvo a dicho pacto, como si la venta se hubiera verificado, e hizo, por ese capítulo la condenación en diez mil pesos ($ 10,000) a favor del demandante y en contra de la demandada.

El recurrente al respecto se expresa así: "Al considerar el Tribunal que las simples gestiones de oferta de venta, en caso de que verdaderamente esas gestiones se hubieran realizado, daban derecho al doctor Sotomayor del 25 por 100 del valor del terreno a vender, incurrió en un manifiesto error de hecho en la apreciación del aludido contrato de 20 de junio de 1928, con violación de los artículos 1602, 1609 y 1546 del C. C."

En otra parte de su demanda dice así: "Lo que al doctor Sotomayor daba derecho a honorarios dentro de una terminación convencional de las relaciones que lo habían ligado con la señora Morales, no eran esas gestiones de simple oferta de venta, sino de las gestiones de la venta misma realizada y consumada. Tal es lo que se desprende de los términos del contrato de 20 de junio de 1928".

En el negocio de la venta del globo de terreno, Sotomayor procedía ad referendum y así se ve claramente de la carta de fecha 20 de diciembre de 1928 dirigida a Pombo Hermanos. En esa carta se lee lo siguiente: "En relación con las varias entrevistas que con ustedes he tenido, sobre la venta de terrenos nombrados 'El Cairo', de propiedad de la señora doña Dolores Morales v. de Bozzi, en cuyo nombre les he hablado, les formulo por la presente la oferta de cerrar el negocio por la suma de cuarenta mil pesos oro legal, **ad referendum**, es decir con la condición de que en el término de siete días la vendedora señora Morales v. de Bozzi confirme por escrito la propuesta anterior... Espero que ustedes me confirmen por escrito la aceptación **ad referendum** de la propuesta que les he hecho, autorizado por contrato con la señora Morales de Bozzi, que les he puesto a su vista, a fin de ultimar con dicha señora el cierre definitivo de dicha negociación" (fojas 64 del cuaderno de pruebas del demandante).

Según la etimología de la expresión **ad referendum**, según su alcance e interpretación general, cuando un mandatario propone de ese modo, significa que no tiene la autorización o pleno poder para cerrar un negocio de su mandante, sino que es necesario la confirmación por parte de éste. Luego de la carta, que acaba de transcribirse en lo principal, se deduce que Sotomayor desde que negociaba **ad referendum**, no tenía la facultad de la señora de Bozzi para cerrar el negocio por la suma de cuarenta mil pesos. De la carta mencionada, se deduce que Sotomayor mostró a los señores Pombos el contrato celebrado con la señora Bozzi para vender el globo de terreno, pero de ese contrato no aparece que Sotomayor estuviera facultado para vender tal globo en cuarenta mil pesos.

Y, no puede sostenerse ni menos concluírse que la señora de Bozzi hubiera sido la renuente a aceptar la propuesta de compra del globo de terreno, hecha por los señores Pombos a Sotomayor, ante los términos de la carta de 3 de junio de 1930, dirigida por Sotomayor a la señora Bozzi y que corre al folio 68 del cuaderno de pruebas de éste, y de la cual se transcribe lo pertinente: "Sobre el contrato de que trata el párrafo segundo he cumplido con el deber de ir diariamente al juzgado a mover el juicio de división y he movido el punto de la venta de modo extraordinario. Le ví tal margen de buen éxito que no quise cerrar operación por cuarenta mil pesos ($ 40,000), precio mínimo que usted me fijó para la venta de acciones y el globo total de 'El Cairo'. Debido a la tirantez o escasez de dinero ulterior, era inútil mover lo pertinente a venta, con ánimo de conseguir más de cuarenta mil pesos ($ 40,000). Creo que ya es la hora de tratar de vender en globo y para el efecto, deseo saber si no se puede poner en venta ni cerrar operación por menos de esa suma, y si puedo cerrarla definitivamente por cua-

renta mil pesos o más de esa suma, si fuere posible".

Caso de que estuviera comprobado, que no lo está, que Sotomayor hubiera tenido facultad para vender el globo de terreno por cuarenta mil pesos, si esa venta no se realizó fue porque Sotomayor no quiso, según se ve claramente de la carta transcrita. Caso de que no tuviera esa facultad, y la Corte se inclina a este extremo, que corrobora la carta que acaba de transcribirse, Sotomayor tenía que atenerse en definitiva, sobre ese negocio, a la decisión de dicha señora demandada. No se ve por otra parte que la señora de Bozzi hubiera tenido conocimiento de la oferta a Pombo Hermanos, dentro de los términos de la opción de los siete días, y suponiendo que lo hubiera tenido, no estaba obligada a aceptarla, porque no está establecido en autos que Sotomayor pudiera cerrar el negocio por la suma ofrecida ni que la señora tuviera compromiso con Sotomayor para vender el globo por ese precio.

En vista de todo lo anterior la Corte considera:

a) En el contrato de 20 de junio de 1928, se pactó entre Sotomayor y la señora Morales de Bozzi, una obligación condicional, a saber: Sotomayor recibiría el 25 por 100 del producto bruto de la venta, tan pronto como la señora Morales recibiera el precio, o a medida que lo fuera recibiendo; b) Si la venta no se realizaba, es claro según los términos de dicho pacto y las normas que rigen las obligaciones condicionales, que Sotomayor no podía obtener comisión ninguna, porque ésta dependía de una alia: que debido a las gestiones del demandante la demandada hubiera vendido el lote de terreno o parte de él, para sobre esa venta calcular el porcientaje; c) Sotomayor propuso la venta a Pombo Hermanos y ésta no se efectuó, porque no fue confirmada la oferta, según las cartas que obran en los autos, folios 65 y 66 y a que se ha referido este fallo; d) No se ha comprobado que la señora Bozzi hubiera tenido conocimiento de esa oferta durante el plazo de la opción, ni aun comprobado esto la señora de Bozzi tenía obligación de ratificarla, porque no se ha demostrado la autorización que tuviera Sotomayor, de la señora, para cerrar el negocio por la suma ofrecida; e) Según la carta de 3 de junio de 1930 ya transcrita, quien no quiso cerrar el negocio fue Sotomayor; f) Aun prescindiendo de esto último, que es de importancia muy grande en este debate, Sotomayor obraba **ad referendum** en el negocio, lo cual daba a la demandada una gran libertad de acción al respecto; g) El pacto de que se ha hecho mérito obligaba a la señora Morales de Bozzi a pagar a Sotomayor el 25 por 100 **del producto de la venta**, que se repite, no se efectuó; h) El Tribunal pasó por alto el estudio y análisis de la estipulación contractual sobre el particular, e interpretó las cartas cruzadas entre Sotomayor y Pombo Hermanos como si la venta se hubiera verificado y prescindió además de otros elementos probatorios, que no sólo demuestran lo contrario sino que establecen que Sotomayor no quiso vender el predio, cerrar la operación, por los cuarenta mil pesos; i) Con sólo esa interpretación, que constituye un manifiesto error de hecho, puesto que el pacto sobre las condiciones de pago a Sotomayor, en caso de venta del lote, es de una claridad meridiana, y considerando que ni el lote se vendió, ni parte de él, ni las cartas de Pombo Hermanos pueden interpretarse como que la venta se hubiera consumado, sino todo lo contrario, el Tribunal violó, a consecuencia de ese error los artículos 1602 y 1757 del C. Civil.

Lo anterior lleva a la casación del fallo, sin que sea necesario entrar en el estudio de los otros cargos, según el artículo 538 del C. J.

Se procede, por lo tanto, a dictar la correspondiente sentencia de instancia.

En el fallo que ha de reemplazar al del Tribunal, prescinde la Corte de la convención a que se refiere el contrato de 20 de junio de 1928, en lo referente a las gestiones encomendadas a Sotomayor para la venta del globo de terreno de propiedad de la demandada, porque ese pacto quedó ya analizado al estudiar el motivo de casación que prosperó y la Corte llegó a la conclusión de que tal convenio no da derecho a Sotomayor para cobrar honorarios o comisión por ese concepto.

Habrá pues de reducirse el estudio a los demás pactos.

Los documentos que corren a los folios 3º y 4º del cuaderno de pruebas número 5 del demandante, y de que se hizo relación al principio de esta sentencia, acreditan la existencia de dos contratos de mandato celebrados entre el actor y la demandada. Contratos de mandato al tenor del artículo 2142 del C. C., porque de aquellos se ve que la demandada confió al demandante la gestión de varios negocios y él se hizo cargo de ellos por cuenta de la primera, empleando para esto sus servicios profesionales principalmente.

Fuera de esos contratos escritos, se celebraron otros, también de mandato, entre las dos partes litigantes en este juicio, a saber: Asistencia a la demandada en los juzgados primero y segundo del Circuito de Cartagena en los siguientes asuntos: venta o adjudicación de bienes hipotecados contra Bernardo Polanco, juicio seguido por la demandada como cesionaria de Manuel Narciso Araújo; venta o adjudicación de bienes hipotecados contra Benigno Torres; juicio especial de venta contra Lorenza Vásquez.

Lo anterior está comprobado con las inspecciones oculares practicadas en dichos juzgados y con las declaraciones de los Secretarios de los Juzgados 1º y 2º mencionados.

No siendo el mandato un contrato solemne y pudiéndose constituír aun por la simple aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra (artículo 2149 del C. C.), con las pruebas anteriores quedan establecidos los diversos contratos de mandato, en los juicios mencionados, celebrados entre la señora de Bozzi y el doctor Sotomayor.

Establecida la existencia del vínculo contractual entre las partes, es preciso considerar si el mandatario cumplió con los deberes que le imponían los diversos pactos. El mandatario no concluyó todas las gestiones a que se comprometió en los contratos escritos, ni ha hecho semejante aseveración; pero no renunció a su encargo, ni fue retirado de él por falta de cumplimiento de sus obligaciones. No hay prueba plena en los autos que acredite estos extremos. Lo que se desprende del proceso y especialmente de las posiciones absueltas por la demandada, es que si ésta no revocó expresamente el mandato, sí quiso determinarlo ofreciendo a Sotomayor en pago de sus servicios un lote de terreno, propuesta que el demandante no aceptó.

La intención y el ánimo de poner fin al mandato, por parte de la demandada, se deduce no sólo de esa confesión sino también de los términos de la contestación de la demanda.

Las gestiones de diversa índole, especialmente judiciales y administrativas hechas por el mandatario Sotomayor en pro de su mandante la señora Morales de Bozzi, están plenamente acreditadas en los autos. En efecto, de las inspecciones oculares practicadas en los Juzgados de Circuito de Cartagena aparece la intervención de Sotomayor en el juicio sobre división de la comunidad "Alcibia y Preceptor" en que la misma señora de Bozzi confirió un poder al demandante para que en su nombre y representación asistiera a la junta de condueños de esa comunidad.

Bernardo Lara declaró que es cierto que Sotomayor en compañía del declarante y con varios Agentes de Policía fue al terreno denominado "El Cairo" en el año de 1930 en representación de la señora de Bozzi y que le consta que varios individuos que desmontaban el terreno por orden de Julio Mordecay, los cercaban y construían ranchos, desistieron por haber sido reconocida la señora de Bozzi como dueña y que el declarante fue a esa diligencia como Teniente de la Policía Departamental. Ascanio Mulford declara que, durante su permanencia en la Alcaldía de Cartagena, Sotomayor estuvo haciendo gestiones en ese despacho a nombre de la señora Morales de Bozzi para que no se dieran permisos para construír edificaciones en los terrenos del Lazareto en la comunidad de "Alcibia" y "Preceptor" y que la Alcaldía procedió en conformidad con lo solicitado por el demandante. Domingo López Escauriaza declara que Sotomayor le llevó para su publicación en el diario **La Patria**, que entonces dirigía el declarante, un memorial dirigido al Ministro de Educación y Salubridad Pública, firmado por la

señora de Bozzi, memorial que fue publicado en dicho periódico. Primitivo Carrillo declara que el mes de marzo de 1930 se presentó Julio Sotomayor al terreno "El Cairo" y a nombre de la señora de Bozzi le interrumpió al declarante las cercas y construcciones que estaba haciendo por cuenta del señor Julio Mordecay en dicho terreno y que le consta que por las gestiones de Sotomayor la señora entró en posesión de dicho terreno. Agrega el declarante que gracias a la compañía de varios Agentes de Policía los obreros que trabajaban en "El Cairo" no le hicieron ningún daño al señor Sotomayor. El doctor Alejandro Amador y Cortés declara que vio a Sotomayor en la Inspección de Policía de "Alcibia" gestionando a nombre de la señora de Bozzi varias demandas de lanzamiento contra los ocupantes de unos terrenos. José Santos García declara, que por haber sido Secretario del Juzgado 4º del Circuito de Cartagena, le consta que Sotomayor presentó en nombre de la señora Morales de Bozzi una demanda sobre nombramiento de Síndico de la comunidad de "Alcibia y Preceptor", en el mes de mayo de 1928, y continuó gestionando y atendiendo ese negocio, lo mismo que otros que cursaban en el Juzgado y en los que estaba interesada la Sra. de Bozzi. Las declaraciones de Julio Mordecay y Ernesto Jiménez demuestran otras gestiones realizadas por Sotomayor en favor de su mandante.

Además de lo anterior, aparece de autos, debidamente registrado, el libro de Inventarios y Balances de la administración de los terrenos de "Alcibia y Preceptor", levantado y llevado por el demandante, así como también varias copias y borradores de memoriales hechos por el señor Sotomayor y dirigidos a varias autoridades administrativas, en defensa de los derechos de su mandante la señora de Bozzi.

Todo lo anterior establece plenamente que el demandante Sotomayor hizo múltiples, continuas y adecuadas gestiones, algunas con éxito en pro de su mandante.

De las pruebas presentadas por la parte demandada, no concluye la Corte que con ellas se infirme la existencia de los contratos de mandato, máxime si se tiene en cuenta que la misma demandada no los niega en la contestación de la demanda. Tampoco demuestran esas pruebas que el demandante no hubiera hecho gestión alguna en la ejecución de esos contratos o que hubiera renunciado su cargo. Tales pruebas van más que todo encaminadas a disminuír o a atenuar la importancia y multiplicidad de las gestiones que Sotomayor realizó en favor de la señora Morales de Bozzi, pero no a negarlas. Concluír que Sotomayor no hizo gestiones en favor de su mandante, equivaldría a cerrar los ojos ante lo que consta en autos.

De lo anterior se deduce, que son exactos los siguientes corolarios del alegato de la parte opositora: que la demandada debe pagar los servicios prestados a ésta por el demandante; que el mandatario tiene siempre acción para el pago de honorarios en cuanto la ejecución parcial aproveche al mandante, según el artículo 2187 del C. C.

Como no hubo acuerdo entre las partes respecto del pago de los honorarios, por las gestiones que adelantó Sotomayor, se acudió a la prueba pericial para determinar el valor de aquellos en cada uno de éstas. El numeral 3º del artículo 2184 del C. C., estatuye entre las obligaciones del mandante la de pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual y el mandante no puede disculparse de cumplir esta obligación alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costo, salvo que le pruebe la culpa.

Como varias de las gestiones adelantadas y llevadas a cabo por Sotomayor no terminaron, no puede estarse en materia de honorarios a lo pactado en los convenios escritos y de ahí que la prueba pericial para el avalúo de los honorarios de Sotomayor, por las gestiones que adelantó, sea la adecuada en este caso.

Los peritos avaluaron las gestiones del mandante en esta forma: Las realizadas en virtud de los contratos de 22 de marzo de 1928 en la suma de $ 1,550; gestiones realizadas en el juicio de división material de los terrenos pertenecientes a la comunidad

de "Alcibia y Preceptor", $ 1,100; gestiones para el nombramiento de Administrador de la misma comunidad, $ 300; gestiones judiciales y administrativas para obtener la desocupación de dicho globo de terreno $ 4,000, y las gestiones practicadas en virtud de los contratos verbales, $ 300.

El dictamen fue puesto en conocimiento de las partes y no objetado por ellas. Ahora bien, como las gestiones a que se refiere tal dictamen están acreditadas en los autos, es preciso dar aplicación al artículo 721 del C. J. Debe por lo tanto la demandada pagar la cantidad total de esos avalúos o sea la suma de $ 7,250 moneda corriente. Y ésta es toda la obligación de la demandada a favor del demandante, puesto que, como ya se vio, el honorario por las gestiones de venta del globo de terreno, no puede cobrarlo el demandante.

La parte demandada alegó la prescripción de la acción invocando el artículo 2542 del C. C.

Mas basta observar que de las posiciones absueltas por la demandada aparece que en el año de 1933 el actor y ella hablaron sobre los negocios o asuntos pendientes entre ellos sobre el pie de que el mandato existía aún y la señora demandada le ofreció en ese año a Sotomayor un lote de terreno en pago de sus servicios.

La demanda se notificó a la señora de Bozzi el 20 de marzo de 1934, de donde se concluye que el plazo para la prescripción de que trata el mencionado artículo 2542, no se había cumplido.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa parcialmente** la sentencia recurrida o sea la de treinta de agosto de mil novecientos treinta y ocho, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena; **revoca** la del Juez de primera instancia, de fecha quince de noviembre de mil novecientos treinta y cinco y **falla** así este pleito:

1º No está probada la excepción de prescripción de la acción;

2º Condénase a la señora Dolores Morales v. de Bozzi a pagar al doctor Julio Sotomayor, seis días después de ejecutoriado el auto de obedecimiento y cumplimiento que debe dictarse por el Juez de primera instancia, en cumplimiento de este fallo, la suma de siete mil doscientos cincuenta pesos ($ 7,250);

3º Se niegan las demás peticiones de la demanda y se absuelve de ellas por lo tanto a la demandada;

4º Sin costas ni en el juicio ni en el recurso.

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

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

## CUENTAS

**1. El alcance en los juicios de cuentas tiene un carácter provisional y está sujeto a rectificaciones a lo largo del juicio de cuentas, y solamente adquiere la calidad de definitivo como crédito exigible en favor de la correspondiente entidad de derecho público, cuando es deducido como tal en el auto con que culmina el procedimiento fiscal que da base al ejercicio de la jurisdicción coactiva. El alcance deducido con observancia de los trámites correspondientes viene a constituir en el campo del derecho civil el crédito de la entidad pública contra el responsable de la cuenta. Antes de esto, no hay en realidad obligación cierta y exigible, y mientras no termine el proceso administrativo de comprobación de abonos e inversiones para deducir un saldo fiscal, no hay obligación jurídicamente configurada. Estos procedimientos de contabilidad oficial son de privativa competencia administrativa.**

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

(Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca).

Por medio de contrato celebrado con la Dirección General de Caminos del Departamento de Antioquia, Antonio Betancourt se obligó a prestarle sus servicios como Cajero de la Carretera Troncal del Norte, y para asegurar el manejo de los fondos de la obra dio como fiador solidario a Pedro Teodoro Arango, según documento de fianza que lleva fecha 7 de abril de 1927. Nombrado posteriormente Betancourt empleado público por decreto de la Gobernación, número 104 de 4 de julio de 1927, para el desempeño de las mismas funciones que venía prestando como contratista, garantizó el cumplimiento de sus obligaciones con la misma fianza personal de Arango, según aparece de las declaraciones hechas por el empleado y su fiador el 27 de julio citado, visibles en nota escrita al pie del primitivo documento de fianza.

Con fecha 14 de septiembre de 1932 la Dirección General de Caminos se dirigió en nota a la Visitaduría General del Departamento para comunicarle que el empleado Betancourt había dejado de prestar sus servicios desde el 16 de febrero de 1931, por supresión de su empleo, sin dejar saldadas sus cuentas, y como la Dirección tenía conocimiento de algunas irregularidades en la oficina pagadora, solicitaba se tomaran las providencias del caso. En vista de esta comunicación el Visitador General del Departamento, Ramón Jaramillo, ordenó la práctica de una visita a la oficina que estuvo a cargo de Betancourt, para lo cual comisionó al Visitador Fiscal Luis Martínez López.

En los días 17 y 19 de septiembre de 1932 se llevó a cabo esta visita, de la cual se dejó un acta pormenorizada distinguida con el número 14, en la cual se lee que el empleado visitador llegó a la conclusión de que Antonio Betancourt es responsable civilmente de la cantidad de $ 2,418.82, cantidad que debe consignar inmediatamente en la oficina de caja de la Dirección General de Caminos. En esta misma acta consta que al serle notificada esta resolución del visitador al responsable, su fiador Pedro T. Arango expidió y entregó su cheque número 60761/7 por valor de $ 2,418.82, a favor de la Dirección General de Caminos de Antioquia y a cargo del Banco de Bogotá, a sesenta días fecha.

Apeló Betancourt de esta resolución para ante la Gobernación del Departamento, alegando que la suma por la cual se le hacía responsable la había pagado conforme a comprobantes que existían en el Tribunal de Cuentas, y solicitando la práctica de una nueva visita para el estudio total de sus cuentas y la devolución del cheque referido. La Gobernación dispuso la nueva visita, y en resolución número 73 del 10 de octubre de 1932, negó la devolución del cheque y or-

denó adelantar "por la entidad correspondiente el juicio de cuentas, sobre las glosas formuladas".

Del 17 de octubre al 7 de noviembre de 1932 tuvo lugar la práctica de la nueva visita a la Pagaduría de la Carretera Troncal del Norte, hecha por el mismo Visitador General Ramón Jaramillo que había comisionado a uno de los visitadores fiscales para la anterior. En este nuevo examen de las cuentas se llegó a conclusiones opuestas a las del examen anterior, y el Visitador fue de concepto que se debía devolver a Betancourt el cheque consignado por su fiador para cubrir el alcance que se le había deducido, según se lee en el acta correspondiente número 17.

La forma como fue girado el cheque por el fiador, a sesenta días fecha, se hizo con el objeto de dejar un margen de tiempo en que el responsable pudiera justificar sus descargos, y como a esta conclusión llegó Pedro T. Arango dentro del plazo y en presencia de los resultados de la visita practicada por el visitador Jaramillo, contraordenó su cheque al Banco de Bogotá—Sucursal de Medellín.

A pesar de estar contraordenado este cheque que había permanecido en poder del Departamento, por descuido del empleado encargado de visar y aceptar los cheques girados contra el Banco, fue pagado a su beneficiario el 4 de junio de 1934.

Así las cosas, el 26 de agosto de 1936, más de dos años corridos desde el pago del cheque, el Gobernador del Departamento de Antioquia y su Secretario de Hacienda otorgaron un documento en que hacen constar que según la visita practicada por el Visitador Martínez López en la Oficina Pagadora de la Carretera Troncal del Norte resultó contra el responsable Antonio Betancourt un saldo de $ 2,418.82; que al notificar este hecho al Cajero, su fiador Pedro T. Arango presentó para el pago el cheque a que se ha hecho referencia; que ese cheque fue pagado por el Banco de Bogotá—Sucursal de Medellín—, pero que como según manifestación del Banco de Bogotá ese instrumento estaba contraordenado cuando se efectuó, el Banco "ha venido a quedar en las condiciones de pagador por cuenta ajena, contra la voluntad del deudor, caso contemplado en el artículo 1632 del C. C."; y, finalmente, que el Departamento se abstiene de devolver al Banco el valor del cheque "pero conviene en ceder a la citada sociedad, Banco de Bogotá, su acción contra los señores Antonio Betancourt y Pedro T. Arango, responsables del alcance el primero y girador del cheque y fiador de Betancourt el segundo, con la advertencia expresa de que esta cesión tiene únicamente el alcance del citado artículo 1632, es decir, que el Departamento no responde al Banco de Bogotá de que con ella pueda obtener el reembolso del valor del cheque".

Dos días después de creado este instrumento, el 28 del mismo agosto, el Gerente del Banco de Bogotá, a su turno, hace constar en otro documento similar, que Pedro T. Arango giró el cheque a que se ha hecho referencia, pero el girador dio orden al Banco de Bogotá, en la sucursal de Medellín, de que no fuera pagado o cubierto dicho cheque; que el Banco lo pagó al beneficiario porque el empleado Rubén Uribe A., encargado de visar y aceptar los cheques girados contra el Banco, le dio el pase, no obstante que el Banco le había advertido a Uribe que el cheque estaba contraordenado; que el empleado Uribe es responsable al Banco por este, y que como el Banco ya hizo un arreglo con Uribe para el pago de la suma mencionada, o valor del cheque, cede a su favor sus acciones contra Pedro T. Arango, resultante del pago del cheque y las acciones que le cedió el Departamento de Antioquia contra el mismo Arango, sin responsabilidad de ninguna especie para el Banco.

Del cumplimiento de estos antecedentes y la creación de estos dos instrumentos arranca este pleito, porque armado de las precitadas cesiones, Rubén Uribe A., en libelo de 28 de agosto de 1936, repartido al Juzgado 4º del Circuito de Medellín, demandó por la vía ordinaria a Pedro T. Arango, para que en la sentencia definitiva se declarara que el demandado estaba en la obligación de entregar o pagar al Departamento de Antioquia, por medio del Cajero del Ramo de Caminos o de la Dirección General de Caminos, la cantidad de $ 2,418.82, por con-

secuencia de la fianza otorgada en favor del señor Antonio Betancourt y del giro número 7, de la serie 60,761; que está obligado a pagarle al demandado esa cantidad y sus intereses corrientes desde el 4 de junio de 1934 hasta el día del pago; y que el demandado debe pagar las costas del presente juicio.

El Juzgado del Circuito desató la primera instancia del juicio en sentencia que lleva fecha 21 de abril de 1937, en la cual se declararon probadas las excepciones de carencia de acción e inexistencia de la obligación que se demanda, y se absolvió, en consecuencia, al demandado de todos los cargos de la demanda. Fue condenado el actor en las costas del grado.

Recurrido por el demandante el fallo del Juzgado, conoció de la apelación el Tribunal Superior de Medellín, el cual, luégo de agotar los trámites pertinentes, revocó la sentencia apelada y en su lugar decidió en fallo del 30 de mayo de 1938:

"1º Se declaran no probadas las excepciones propuestas. 2º El señor Pedro T. Arango en su carácter de fiador solidario del señor Antonio Betancourt E. está en la obligación de pagar al señor Rubén Uribe A. la suma de $ 2,418.82 con sus intereses legales a contar del 4 de junio de 1934, fecha en que el cheque fue pagado, hasta que el pago se verifique. Dicha suma se le dedujo al pagador Betancourt como alcance en sus cuentas según consta en las actas de visita de los visitadores fiscales, confirmada la de Martínez López por el señor Gobernador. 3º El pago se verificará una vez ejecutoriada la sentencia. 4º No se hacen las demás declaraciones solicitadas en la demanda. 5º Sin costas, porque la parte desfavorecida fue absuelta en la primera instancia."

Es esta sentencia definitiva de segunda instancia la que ha sido acusada en el recurso de casación que hoy se falla por estar legalmente preparado.

### La sentencia acusada

Para llegar a la resolución que atrás se copió comienza el Tribunal por enunciar y apreciar las pruebas que establecen la realidad de que Antonio Betancourt fue empleado de manejo del Departamento de Antioquia, como Cajero de la Carretera Troncal del Norte, que la responsabilidad que como a tal le competía por el manejo de los fondos la garantizó, con la fianza solidaria de Pedro Teodoro Arango. Estudia a continuación la existencia de la obligación concreta que el Departamento tiene el derecho de cobrar de su empleado y de su fiador proveniente de alcance en el manejo de los dineros públicos, y en la consideración de este punto esencial se reduce a confrontar las actas de las dos visitas practicadas en la oficina pagadora de la Carretera Troncal del Norte, la hecha por el visitador Martínez López y la practicada por el Jefe de la Visitaduría Departamental Ramón Jaramillo, y como resultado de esta confrontación, sin ningún otro elemento de prueba, acoge el sentenciador las conclusiones del primer visitador y tiene por establecida, sobre el mérito del acta de visita, la obligación del pagador y su fiador en favor del Departamento de Antioquia en la cuantía que declaró en su sentencia.

Después de esto, concluye el Tribunal:

"El señor Pedro T. Arango como fiador solidario fue demandado por la vía ordinaria para que se declarara que estaba obligado al pago. El señor Rubén Uribe A., como cesionario del Departamento, adquirió el derecho de reclamar los derechos que la citada entidad pudiera tener contra aquél. Y como de las cuentas aparece contra Antonio Betancourt el referido saldo, que no fue consignado ni comprobado, debe concluírse que la obligación existe no ya en favor del Departamento sino del demandante. Si el fiador convino con el señor Secretario de Hacienda que una vez que se encontraran los comprobantes de los cargos podría contraordenar el cheque, no podía contraordenarlo sin que esos comprobantes aparecieran..... El señor Pedro T. Arango al expedir el cheque número 60761/7 el 24 de septiembre de 1932, a sesenta días fecha, por valor de $ 2,418.82, a favor de la Dirección General de Caminos, lo hizo como fiador del señor Antonio Betancourt por la suma que éste debía al Departamento por al-

cance en sus cuentas. Si después aparecieron comprobantes de que su fiador señor Betancourt no tenía ningún alcance, ha debido demandar al Departamento por pago de lo no debido, pero no contraordenar el pago del cheque, pues con ello pudo perjudicar a terceros....."

Estos son, en síntesis, los fundamentos de la sentencia acusada.

**El recurso**

La acusación se formula por la primera de las causales de casación enumeradas en el artículo 520 del C. J., por violación de la ley sustantiva como consecuencia de errores de hecho y de de derecho cometidos en la apreciación de algunas pruebas y por falta de apreciación de otras. Entre las disposiciones legales que el recurrente cita como infringidas por el Tribunal de Antioquia en el pronunciamiento del fallo que se estudia, se encuentran los artículos 1494, 1495, 1632, 1669 y 1757 del C. C. A la consideración del cargo por quebranto de estos textos reduce la Sala el estudio del recurso de acuerdo con la disposición del artículo 538 del C. J., por encontrar en él fundamentación bastante para infirmar el fallo acusado.

El fundamento del cargo consiste en que el Tribunal dio por establecida y existente la obligación de Antonio Betancourt y consecuencialmente la de su fiador Arango para con el Departamento de Antioquia por la cantidad de $ 2,418.82, apreciando equivocadamente como prueba de ella el acta de una visita al empleado de manejo, en la que se dedujo un alcance por esta suma, que en manera alguna puede tener el carácter de definitivo, equiparable a un crédito del Departamento contra uno de los responsables de su erario, para lo cual es indispensable la observancia de los trámites administrativos correspondientes. Ni aún aceptando como suficiente la prueba de la obligación declarada en la sentencia contra Betancourt y su fiador sería legal la conclusión a que llegó el Tribunal, porque la realidad del proceso, enfocada sin entendimiento, no da base para configurar un caso de pago con subrogación.

Se considera:

Dentro de la administración pública el juicio de cuentas, que es el que se sigue por los funcionarios u oficinas de control a los empleados públicos que manejan fondos del tesoro oficial, tiene como objetivo primordial la investigación de las inversiones comprobadas de los dineros públicos. El procedimiento que se sigue en esta especie de juicios obedece a normas generales determinadas en su función esencial de control de los fondos públicos y tiene un carácter exclusivamente administrativo. Con pequeñas diferencias de trámites, su mecanismo global es el mismo, trátese de empleados responsables de fondos nacionales, departamentales o municipales, y en líneas generales puede compendiarse así: el empleado u oficina de control examina la cuenta del responsable, y si halla cosas que observar o alcances que deducir, dicta un **auto de observaciones**, que se notifica al empleado y con el cual se da comienzo al juicio de cuentas. El responsable deberá contestar las observaciones dentro de un término más o menos largo, según la legislación aplicable, y computable a partir de la notificación del auto. Si no contesta, o contesta en forma que no satisface, el empleado de control o contralor dicta un **fenecimiento** deduciéndole como alcance al empleado responsable todas las sumas observadas, en el primer caso, o las no justificadas, en el segundo. Si todas las explicaciones son satisfactorias, el fenecimiento es absolutorio. Notificado el fenecimiento al responsable, y a falta de éste a sus fiadores, dispone de un término, también variable, dentro del cual puede solicitar la reconsideración o reposición de los cargos que quedaron en pie y con fundamento en nuevos documentos o nuevas explicaciones justificativas, o la interposición del recurso de apelación ante el superior correspondiente. Es en la decisión en que este superior falla el recurso, o en la que el contralor sostiene su fenecimiento cuando sólo se ha interpuesto recurso de reposición, donde se deduce al alcance definitivo, que se notifica al responsable, y que, ejecutoriado, se envía a los funcionarios con juris-

dicción coactiva para que procedan a cobrarlo por los trámites que establece la ley.

Como se ve, el **alcance**, que administrativamente es la cantidad que se deja a cargo del empleado al ser examinada por quien corresponda su cuenta de manejo de fondos por no hallarse debidamente comprobada su inversión, tiene un carácter provisional y está sujeto a rectificaciones a lo largo del juicio de cuentas, y solamente adquiere la calidad de definitivo como crédito exigible en favor de la correspondiente entidad de derecho público, cuando es deducido como tal en el auto con que culmina el procedimiento fiscal, que da base al ejercicio de la jurisdicción coactiva. El alcance deducido con observancia y al final de los trámites administrativos pertinentes con carácter de definitivo es lo que propiamente viene a constituír en el campo del derecho civil el crédito de la entidad pública contra el responsable de la cuenta. Antes de esto, no hay en realidad obligación cierta y exigible, y mientras no termine el proceso administrativo de comprobación de abonos e inversiones para deducir un saldo final, no hay obligación jurídicamente configurada. Sobra advertir que estos procedimientos de contabilidad oficial destinados a realizar el control de las inversiones públicas son de privativa competencia administrativa y extraños completamente a la naturaleza y funcionamiento de la jurisdicción ordinaria del órgano judicial.

"Para deducir un alcance líquido definitivo es necesaria la observancia de todas las reglas que se prescriben en las leyes u ordenanzas para poder formarse aquél. El alcance deducido en una visita que hace un empleado a otro de manejo, es sólo un alcance provisional, sujeto a las rectificaciones y explicaciones que el visitado pueda hacer en el juicio o procedimiento especial previsto para cada caso, en que una persona que maneja bienes o dineros públicos deba rendir sus cuentas". (Sentencia de la Sala de Negocios Generales. G. J., T. XLII, página 239).

Los Reglamentos de la Contabilidad Departamental de Antioquia, según citas verificadas que contiene la demanda de casación, establecen un juicio de cuentas cuyos lineamientos generales coinciden con los que rigen para el examen o control de cuentas nacionales, cuyo esquema se hizo atrás, juicio definitivo como "el que se verifica mediante la observancia de las reglas prescritas en este reglamento y en las Ordenanzas y Decretos válidos sobre la materia, para averiguar si los empleados de manejo han cumplido con sus deberes en lo relativo al reconocimiento y percepción de las cantidades que deben ingresar al Tesoro Departamental y a la formación, rendición y comprobación de sus cuentas, y para deducir la responsabilidad civil o pecuniaria a que haya lugar". De acuerdo con los procedimientos generales, el juicio de cuentas, reglamentado allí comienza desde que el responsable rinde su cuenta y la somete al examen del contralor respectivo y termina con la ejecutoria del auto de fenecimiento definitivo, absolutorio o con alcance.

A este procedimiento en materia de cuentas, establecido en la legislación departamental de Antioquia, para su examen y fenecimiento, debía someterse Betancourt como empleado pagador de la Carretera Troncal del Norte. En el documento respectivo en que se hicieron constar sus obligaciones, garantizadas por su fiador Arango, se lee: "Primero. A cumplir bien y fielmente con sus obligaciones, sometiéndose en un todo a los reglamentos y demás disposiciones sobre contabilidad, vigentes y que se expidan en la sucesivo..... Tercero. A rendir detalladas y debidamente comprobadas las cuentas de su manejo en la forma legal. Cuarto. A consignar en la oficina respectiva, en el mismo tiempo de la rendición de las cuentas, los saldos en dinero que éstas arrojen..... Séptimo. A consignar en la Oficina respectiva el valor de los alcances líquidos y de las multas que se le dedujeren".

El Tribunal, como se dejó dicho, concedió fe de prueba plena al acta de la visita que el Visitador Fiscal Luis Martínez López verificó en la Oficina Pagadora de la Carretera Troncal del Norte a cargo de Antonio Betancourt y en la que le dedujo un alcance por la cantidad de $ 2,418.82, valor

del cheque que el fiador Arango entregó ese mismo día a la Dirección General de Caminos de Antioquia, girado a sesenta días fecha en consideración como está advertido en la sentencia, a que en ese lapso pudiera el responsable justificar plenamente sus inversiones y demostrar que estaba a paz y salvo con el tesoro antioqueño. El Tribunal no tuvo a su consideración para deducir la existencia del crédito departamental contra el empleado de manejo sino el acta de esta visita, y la de la practicada poco después sobre las mismas cuentas y para estudiar la misma responsabilidad, por el Visitador General Ramón Jaramillo, en la cual se llegó a conclusiones totalmente contrarias a la anterior y se dejó constancia de que Betancourt había satisfecho cabalmente sus obligaciones de empleado de manejo departamental. Se equivocó, por tanto, el Tribunal, al aceptar como prueba suficiente de la pretendida obligación de Betancourt, un acta de visita en que apenas se dedujo un alcance provisional de donde debía desprenderse la secuela de un juicio administrativo de cuentas en busca del saldo definitivo, y se equivocó igualmente al hacer la confrontación de las cifras de las dos visitas, ambas insuficientes para apoyar conclusiones definitivas, como si hubiera tenido jurisdicción contencioso-administrativa para el análisis y decisión de ese punto.

"En todo caso la verdadera responsabilidad se aclarará en el juicio de cuentas", se escribió en el acta de la visita de Martínez López en que se dedujo el alcance referido. Y en la que pocos días después practicó Jaramillo se lee: "Visto lo que antecede es preciso llegar a la conclusión de que el dinero que consignó Betancourt, por medio de su fiador, debe, mientras no le resulte cargo distinto, devolvérsele, toda vez que no ha faltado en la caja de la Dirección y que, como él lo ha sostenido, desde un principio, las sumas recibidas, todas fueron pagadas y que como en verdad, los encontró el suscrito y que si no hubiesen existido era de suponer el alcance al señor Director. Si las cuentas han sido mal presentadas y mal fenecidas, serán cuestiones que se esclarecerán al hacer en breve la visita general de la oficina de la cual formó parte el pagador.... Sin que esto implique que no le pueda recaer alguna responsabilidad, si la tiene se entiende, al hacer el estudio de la oficina de la cual formó parte y de sus distintas dependencias".

En la resolución dictada por la Gobernación de Antioquia para decidir la apelación que Betancourt interpuso contra lo resuelto en la visita hecha por Martínez López (número 73 de 10 de octubre de 1932), se dijo: "También solicita el interesado se ordene la continuación del juicio de cuentas sobre la glosa formulada, lo cual acepta la Gobernación, ya que con ello se presenta al solicitante la oportunidad de aportar todos los documentos, recibos o comprobantes que tenga para obtener sin alcance el fenecimiento definitivo de sus cuentas", termina con esta orden: "Adelántese por la entidad correspondiente el juicio de cuentas, sobre las glosas formuladas".

Este juicio de cuentas, que era la vía legal para llegar a la declaración de obligaciones contra Betancourt, o su fiador, como responsable del manejo de los fondos de la carretera varias veces nombrada, no ha sido seguido como se ve del certificado expedido por la Junta Departamental de Caminos (f. 3, cuad. de pruebas del demandado), del cual resulta que en la Dirección de Caminos no se ha adelantado contra el ex-pagador de la Carretera Troncal del Norte el juicio de cuentas ordenado por la Gobernación y que no aparece "después de la visita practicada por el Agente Fiscal Ramón Jaramillo, se le haya elevado alcance alguno en resoluciones oficiales por concepto de las cuentas que manejaba como pagador de la carretera antes citada.

De lo expuesto en referencia con los elementos probatorios precitados, resulta evidentemente que el Tribunal erró en la apreciación de estas pruebas al dar por establecida sobre el mérito de ellas las obligaciones por la suma de $ 2,418.82 a cargo del empleado Betancourt y de su fiador Arango, y que como consecuencia de estos errores quebrantó la disposición del artículo 1757 del C. C., según la cual incumbe probar las obligaciones a quien las alega.

Suficiente es lo anterior para la infirmación del fallo y el pronunciamiento del que ha de reemplazarlo, porque la acción que ha ejercitado el demandante Rubén Uribe, según los términos inconfundibles y los hechos de su libelo, la edifica sobre la existencia de la obligación que Pedro Teodoro Arango tenía de pagar $ 2,418.82 al Departamento de Antioquia como fiador de Betancourt por alcance de éste en el manejo de los fondos públicos de una vía departamental, de tal manera que, demostrada la equivocación de la sentencia al apreciar las pruebas de existencia de esa obligación, todas las pretensiones consecuenciales de ese hecho fundamental se quedan sin base ni razón. Sin embargo, para abundar en la motivación del fallo de instancia y destacar a la vez otra violación de ley en que incurre la sentencia, conviene una ligera referencia al fenómeno de la subrogación que contempló el Tribunal y sobre el cual, a pesar de su evidente importancia, se limitó a afirmar que Rubén Uribe A., como cesionario del Departamento "adquirió el derecho de reclamar los derechos" que Antioquia pudiera tener contra Pedro Teodoro Arango como fiador solidario de Antonio Betancourt, empleado departamental de manejo.

En concepto del Tribunal, el curioso documento a que se hizo referencia al enunciar los antecedentes de este pleito, en que el Gobernador de Antioquia y su Secretario de Hacienda, al cabo de más de dos años de haber cobrado el cheque girado por el fiador Arango y oportunamente contraordenado por él, se niega a devolverle al Banco de Bogotá —sucursal de Medellín— el valor de este instrumento, pero en cambio le cede, con salvedad de responsabilidad, la acción del Departamento contra Betancourt y su fiador, obró el efecto, a través de la nueva cesión que hizo el Banco al actor, de localizar en el patrimonio de éste los pretendidos derechos que ha pedido en su demanda. En opinión del Gobernador de Antioquia, según se estampó en el documento referido, la circunstancia de haber pagado el Banco al Departamento el cheque contraordenado, colocó a aquél en el caso contemplado en el artículo 1632 del C. C., que reglamenta los efectos del pago contra la voluntad del deudor, y en este entendimiento le cedió voluntariamente su acción para que pudiera pedir al deudor el reembolso de lo pagado por él.

La realidad procesal interpretada con acierto jurídico, revela, sin embargo, que el Gobernador se equivocó en la apreciación de esta cuestión de derecho, en la misma forma que el Tribunal al considerar que con tales actos de cesión de derechos se investía al cesionario Rubén Uribe de la personería sustantiva necesaria para demandar el cumplimiento de obligaciones originadas entre Antonio Betancourt y su fiador con el Departamento de Antioquia por virtud del ejercicio de un cargo público departamental. Aparte, en efecto, la imposibilidad de que se realizara este fenómeno por la inexistencia de la obligación que se pretendía ceder, y aceptando hipotéticamente la verdad de que el Departamento tenía un crédito contra Betancourt por mal manejo de sus caudales públicos, sigue siendo equivocada la solución de la sentencia, porque en manera alguna es posible deducir en la ocurrencia de autos los elementos jurídicos que integran el caso previsto y gobernado por el artículo 1632 del C. C.

En cualquiera de las tres situaciones jurídicas en que puede encontrarse el tercero o extraño que paga a nombre del deudor, pago con el consentimiento, sin el conocimiento o contra la voluntad del deudor, es indispensable que quien paga se coloque dentro de la relación jurídica preexistente de acreedor y deudor para que se produzca el efecto legal de la extinción de la deuda y la sustitución de personas en la acreencia, de acuerdo con la ley. En la última de estas situaciones se ha contemplado el caso de que el deudor no quiera pagar su obligación, porque no le conviene, por ejemplo, tratándose de un contrato bilateral en que su contraparte no ha cumplido la suya. En este estado, el tercero que paga por el deudor a pesar de la prohibición hecha por éste, extingue la obligación, pero sufre las consecuencias de su porfía porque la ley le niega el derecho de exigir el reembolso de lo que pagó, a menos que el acreedor le ceda volun-

tariamente la acción que tenga contra el deudor.

No es esto lo que ocurrió en el caso del pleito. Aquí, según se ha visto, la obligación de que se trata se generó en la pretendida malversación en que incurrió Antonio Betancourt de los dineros antioqueños que manejó como pagador de la Carretera Troncal del Norte. El deudor de esta obligación era Betancourt y su acreedor el Departamento de Antioquia. Aparece, dentro de la hipótesis de que existía la obligación, que fue pagada por su fiador Pedro Teodoro Arango con el cheque girado al efecto y cobrado por la Dirección General de Caminos. En virtud de esto, la obligación se extinguió para el Departamento, y éste pago obró el efecto jurídico de la transmisión de los derechos de esta entidad, por ministerio de la ley, a favor de Arango, quien se hallaba obligado al pago solidariamente, y aun contra la voluntad del acreedor (1668, ord. 3º, C. C.).

No es acertado decir que el Banco de Bogotá pagó la pretendida deuda de Betancourt por haber verificado el pago del cheque girado por el fiador Arango, ni que lo hubiera hecho contra la voluntad del deudor por la circunstancia de que se hubiera contraordenado el pago del referido instrumento, porque el Banco no pretendió ni quiso extinguir ninguna obligación de Antonio Betancourt, ni siquiera satisfacer ninguna deuda del girador del cheque, Pedro Teodoro Arango, sino simplemente atender otra clase de relaciones jurídicas con su cliente determinadas por el giro del instrumento, y completamente extrañas a la vinculación de acreedor y deudor entre el Departamento de Antioquia y su empleado de manejo. La contraorden para el pago del cheque no puede confundirse con la adversa voluntad del deudor para impedir el pago de su deuda porque si el girador era el deudor de Antioquia, ni el Banco quería pagar ninguna deuda de nadie, ni había propiamente voluntad de no pagar en quien contraordenó el cheque sino negación de la obligación, que es cosa bien distinta. Una vez verificado el pago al Departamento por haberse cobrado el cheque girado por Arango (en el supuesto de que existía la obligación de Betancourt), se extinguió completamente la deuda. Qué cedió entonces el Gobernador si la obligación del empleado, por alcance en su manejo, ya había sido pagada por su fiador, hacía más de dos años? Y qué cedió el Banco de Bogotá a su empleado Rubén Uribe, actor en este juicio?

No da noticia el proceso de si el Banco de Bogotá reconoció en favor de su cliente Pedro Teodoro Arango el valor del cheque pagado, por la circunstancia de haber sido contraordenado; pero parece deducirse que así sucedió. Este hecho no altera, sin embargo, las conclusiones a que hasta aquí se ha llegado, y apenas serviría para dar base a la consideración de que el Departamento de Antioquia se enriqueció indebidamente a costa del Banco por haber cobrado el cheque, para cubrirse con su valor de un alcance imputado a uno de sus empleados de manejo, que por no ser todavía definitivo, no tenía la calidad de un crédito jurídicamente conformado y exigible por Antioquia por no haberse observado y agotado en relación con él el procedimiento administrativo correspondiente. El Banco, según se vio atrás, sí reclamó al Departamento la devolución del valor del cheque, pero éste, en vez de acceder a la solicitud, retuvo el dinero y cedió en cambio a la institución bancaria sus acciones contra Betancourt y Arango, que ya se ha visto que no corresponden a ninguna realidad jurídica. No podría entenderse que el Gobernador y el Secretario de Hacienda pudieron ceder al Banco de Bogotá la facultad de derecho público que corresponde al Departamento de exigir la rendición de cuentas a los empleados que manejan sus fondos, porque tal acción es incesible por su naturaleza jurídica, y porque en el juicio administrativo de cuentas las entidades estatales no tienen propiamente interés de litigante, interés de ganar un pleito, sino que intervienen más bien con ánimo y objeto de facilitar al responsable del erario la comprobación cabal de todos sus descargos y la legítima inversión de los dineros públicos puestos bajo su cuidado y responsabilidad.

No hay duda de que las negociaciones en-

tre Antioquia y el Banco de Bogotá y entre éste y el demandante Rubén Uribe, de que dan cuenta y noticia los documentos precitados de cesión, acompañados a la demanda, se originaron en fuente distinta y que nada tiene qué ver con las posibles obligaciones que correspondan a Antonio Betancourt y su fiador por malversación de los dineros antioqueños. Esas pretendidas subrogaciones convencionales, carentes de todos los requisitos indispensables para su validez según las reglas aplicables que norman la cesión de créditos, tuvieron su origen y causa en el fenómeno de derecho cambiario que se operó con el pago que el Banco de Bogotá le hizo al Departamento de un cheque oportunamente contraordenado por su girador Pedro Teodoro Arango. Así se explica que en el segundo documento de cesión exprese el Banco por boca de su gerente que cede sus acciones, las propias y las adquiridas por cesión del Departamento, a su empleado Rubén Uribe, responsable del pago del cheque, por haber hecho arreglos con él. Esta acción, generada en una culpa personal de un empleado del Banco, no tiene por qué desviarse contra Pedro T. Arango y Antonio Betancourt, personas totalmente desvinculadas en esta relación jurídica y ausentes del campo en que tuvieron nacimiento. Que el cheque haya sido bien o mal pagado es cosa que dice referencia a relaciones de otra índole y distinta procedencia, entre el Banco y uno de sus clientes, sobre el derecho que tenga de cargar su cuenta con el valor del cheque, pero que ningún contacto ni tangencia tienen con las cuentas pendientes y posibles obligaciones entre el empleado Betancourt y su fiador, de un lado, y el Departamento de Antioquia, del otro. Las consecuencias que puedan originarse de la contraorden del instrumento y de su pago son cuestiones que no pueden entenderse sometidas a decisión en la sentencia que debe desatar este litigio, iniciado y desarrollado sobre bases muy claras y términos inconfundibles enteramente distintas.

Las consideraciones que se han expuesto con el doble fin de poner de relieve los quebrantos legales en que incurrió el Tribunal y basar la decisión del juicio, muestran la legalidad del fallo que desató el primer grado del pleito absolviendo al demandado con fundamento en la inexistencia de la obligación demandada y en la carencia de acción para demandar. Sólo es necesario, para adoptar aquel fallo como la fórmula justa de decisión de este pleito, la pequeña reforma consistente en la supresión del justiprecio que contiene en cifra determinada de las agencias en derecho de la parte demandada, emprendida en la condenación en costas a cargo del actor. La técnica del procedimiento no permite hacer en la sentencia misma la estimación de las costas. En ésta, como en los autos interlocutorios que deciden un incidente, apenas se resuelve si se condena o no en costas a alguno de los litigantes, según las reglas que al respecto da la ley procedimental. Pero su liquidación, en la que intervienen, en su parte correspondiente, el Juez y su Secretario, es cosa distinta sometida a trámites especiales en que existen traslados, oposiciones y hasta oportunidades probatorias antes de recibir la aprobación judicial que le comunica exigibilidad y mérito ejecutivo. Es claro que involucrada la liquidación de costas con la decisión definitiva del pleito, se haría irreformable por virtud de la ejecutoria de la sentencia, con violación de las normas de procedimiento a que se ha hecho referencia.

Con apoyo en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **casa** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el día 30 de mayo de 1938 y en su lugar confirma la del Juzgado 4º Civil del Circuito de Medellín, de fecha 21 de abril de 1937, con supresión de lo referente al justiprecio de las agencias en derecho que contiene.

Sin costas en el recurso.

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

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

NULIDAD DE UNA CESION—CANCELACION DE INSTRUMENTOS PUBLICOS

**Conforme a los artículos 2611 y 2612 del C. C., cuando no es el mismo otorgante del instrumento que se desea cancelar el que se presenta a cancelarlo, sino su apoderado o causahabientes a título universal (herederos), o a título singular (compradores, legatarios o cesionarios a cualquier título), ante el notario corresponde comprobar, claro está que sumariamente, y para que la cancelación sea válida, el carácter de apoderado o de sucesor; debiéndose además agregar a la escritura el COMPROBANTE de la personería que el notario tuvo a la vista y con la cual admitió que se hiciera la cancelación. Faltando la agregación de la prueba o la constancia del notario destinada a dar fe de ella, el instrumento por sí mismo nada dice en relación con el derecho que se tuviera para consumar el acto a nombre del primer otorgante. En tales circunstancias la escritura sale desprovista de elementos fundamentales, que sirvan a los terceros de base para determinar el derecho con que la escritura se otorgó. El notario habrá comprometido entonces su responsabilidad por el perjuicio que esa omisión irrogue a terceros; y los mismos otorgantes deben soportar las consecuencias que para ellos tenga en el futuro el hecho de que el instrumento no dé fe de que les asistió el perfecto poder de suscribirlo, desde luego que ellos también estaban comprometidos a dejar la prueba de su personería o a exigirle al notario que la constatara en la mejor forma posible.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre veintitrés (23) de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Arturo Tapias Pilonieta)

## CAPITULO I

### Antecedentes

Por escritura pública número 457, otorgada en la notaría de Buga el 29 de septiembre de 1931, la señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra constituyóse deudora del señor Absalón Arzayús G. por la suma de $ 7,222, recibida a título de mutuo a la rata del 1% mensual, con dos años de plazo, dando en garantía de la obligación la hipoteca de un predio rústico de propiedad de la deudora, ubicado en el distrito de Guacarí, con una extensión superficiaria de ciento ochenta y dos fanegadas, según los linderos descritos en la escritura.

Por escritura número 44 de fecha 26 de julio del año siguiente, 1932, otorgada en la notaría del Cerrito, las señoritas Bertilda, Rosa Elisa, Inés, Dolores y Encarnación Arzayús García, de una parte, diciéndose cesionarias del crédito hipotecario antedicho, y de otra parte, la deudora señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra, convinieron en cancelarlo junto con la hipoteca que lo respaldaba, sustituyéndolo por otro crédito constituído directamente a favor de las expresadas señoritas por la cantidad de $ 8,000 procedentes de lo siguiente: $ 7,222 valor de la suma que la deudora había recibido de Absalón Arzayús, materia de la obligación anterior; y $ 778 valor de los intereses devengados y debidos de dicha obligación. Para el nuevo crédito estipulóse un plazo de tres años con el interés del 9% anual e hipoteca de la misma finca de Guacarí. Las otorgantes afirman que las señoritas Arzayús García son cesionarias de éste, según consta en la respectiva nota puesta al pie de la escritura 457 y que la segunda escritura copia literalmente así: "Cedo a favor de las señoritas Bertilda, Rosa Elisa, Inés, Dolores y Encarnación Arzayús García, a título de venta y por igual valor recibido el presente crédito hipotecario a cargo de la señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra y les traspaso sin reserva alguna

todos mis derechos de acreedor hipotecario y las garantías y privilegios anexos a la hipoteca. Para que conste firmo en Buga a 29 de diciembre de 1931. Absalón Arzayús G.—Testigo, Joaquín María Escobar.—Testigo, Luis F. Varela V."—Se agrega que esta cesión había sido aceptada ya por la deudora.

Como consecuencia de esta novación, la escritura a favor de Absalón Arzayús fue inmediatamente cancelada lo mismo que los correspondientes registros.

Muerto Absalón Arzayús el 28 de junio de 1932, abrióse el juicio de sucesión respectivo en el cual fueron reconocidos como herederos Mariano, Ernesto, María Orfilia, Miguel Antonio, Amada Arzayús de Martínez y Armando Arzayús, los tres primeros como hermanos legítimos de Absalón, y los tres últimos en representación de Miguel Robel Arzayús, hermano también del difunto.

Estos seis herederos entablaron inmediatamente el presente juicio ordinario, en cuya demanda inicial dirigida contra las señoritas Bertilda, Encarnación, Inés, Rosa Elisa y Dolores Arzayús García, y contra la señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra, solicitan estas declaraciones en síntesis:

**Primera.** Que las demandadas Arzayús García nunca han sido dueñas del crédito hipotecario constituído por Mercedes Galvis v. de Saavedra a favor de Asbalón Arzayús, mediante la escritura pública antes citada, y por lo tanto ellas no han pódido legalmente cobrar ese crédito, ni novarlo, cancelarlo ni ejecutar con respecto a él la operación que llevaron a cabo en la escritura número 44, con el carácter de cesionarias.

**Segunda.** Que la señora Mercedes Galvis v. de Saavedra no ha pagado al señor Absalón Arzayús ni a sus herederos el crédito hipotecario que aparece en la escritura número 457 de 29 de septiembre de 1931.

**Tercera.** Que si la nota de cesión que aparece trascrita en la escritura número 44, en virtud de la cual se dicen dueñas las señoritas Arzayús García del crédito contenido en la escritura número 457, existiere en realidad sobre la copia de esta escritura, tal nota "es falsa y simulada por ser suplantada y falsa la firma que apareciera como puesta por el señor Absalón Arzayús y consiguientemente falso el contenido de la cesión".

**Cuarta.** Que en consecuencia, el crédito hipotecario constituído en la escritura número 457, a favor de Absalón Arzayús, existe actualmente en las condiciones determinadas por dicha escritura, de tal manera que la deudora señora Mercedes Galvis v. de Saavedra debe al señor Absalón Arzayús, o a sus herederos, la cantidad de **siete mil doscientos veintidós pesos** ($ 7,222.00) oro colombiano, por concepto de capital, más el interés estipulado desde que se debe hasta el día del pago.

**Quinta.** Que por quedar en todo su valor legal la escritura número 457, la escritura número 44, que la intenta reemplazar, carece de fuerza obligatoria contra la señora Mercedes Galvis v. de Saavedra, por representar la misma obligación de que trata la primera escritura.

En calidad de **peticiones subsidiarias** figuran las siguientes:

**Primera.** Que las demandadas conjunta o separadamente deben a la sucesión de don Absalón Arzayús el valor del crédito constituído a su favor por doña Mercedes Galvis v. de Saavedra, junto con sus intereses, por haberlo cancelado ellas indebidamente.

**Segunda.** Que las mismas demandadas y la señora Mercedes Galvis v. de Saavedra deben pagar a la sucesión del señor Absalón Arzayús los perjuicios causados por razón de la cancelación dolosa del dicho crédito, efectuada mediante la escritura número 44 de la notaría del Cerrito.

Los hechos sustanciales de esta demanda son:

A) Al morir el señor Absalón Arzayús las demandadas Arzayús García "en forma arbitraria se apoderaron de los documentos que le pertenecían" a éste, entre los cuales se encontraba la copia de la escritura número 457, contentiva del crédito hipotecario contra la señora Galvis v. de Saavedra.

B) Las referidas señoritas, titulándose dueñas del crédito, se presentaron en la notaría del Cerrito con posterioridad a la muerte de Absalón Arzayús y confabulándose dolosamente con la señora Galvis v. de

Saavedra, quien obró movida y halagada por la prórroga del plazo de la deuda, la capitalización de algunos intereses debidos y la rebaja del interés estipulado, otorgaron la escritura número 44, con la que cancelaron la escritura hipotecaria número 457.

C) El señor Arzayús nunca cedió a nadie el crédito contenido en la escritura hipotecaria número 457 de 29 de septiembre de 1931, por lo cual las señoritas Arzayús García jamás han tenido derecho para cobrar, cancelar o sustituír tal crédito, de manera que el contrato celebrado en la escritura número 44, de sustitución de la obligación por otra nueva, descansa sobre hechos falsos.

## CAPITULO II

### Los fallos de instancia

El juez tercero del circuito de Buga, ante quien se propuso la demanda, falló el pleito absolviendo a las demandadas y condenando a los demandantes en costas.

El tribunal del mismo distrito judicial confirmó esta sentencia el 10 de febrero del año en curso, proveído contra el cual la parte actora ha interpuesto el recurso de casación, para cuyo estudio se anticipa a continuación una síntesis de los fundamentos que expuso aquella corporación.

A los demandantes —dice el tribunal— "lo que les correspondía demostrar era la inexistencia de la cesión, que ella no podía producir los efectos legales por no concurrir los requisitos del capítulo 1º, libro IV, título 25 del Código Civil. Pero como según las constancias de los autos, la cesión existió, pues que da fe de ella la misma escritura número 44", agregado todo esto a la aceptación que hizo la deudora del traspaso, novando la obligación, es preciso concluír "que por parte alguna han podido demostrar los actores la invalidez de la cesión, que como consecuencia lógica trae la refrendación legal del contrato escriturario número 44 de 26 de julio de 1932, otorgado en la notaría del Cerrito".

El tribunal, después de este argumento básico, se extiende largamente sobre los efectos probatorios del incidente de exhibición, surtido en el juicio, de la copia de la escritura número 457, que perteneció a Absalón Arzayús y en que se dice figura la nota de cesión en que se apoyaron las demandadas Arzayús García para cancelar el respectivo crédito, incidente que se desarrolló así:

En el término de prueba de la primera instancia, los demandantes con audiencia de todas las demandadas pidieron que éstas exhibieran la mencionada copia, por encontrarse en poder de las Arzayús García, a quienes la entregó el notario del Cerrito, después de cancelada, según el certificado dado por este funcionario y acompañado con la solicitud de exhibición.

El juez negó el pedimento, pero el tribunal de Buga en auto de 18 de septiembre de 1934 revocó lo resuelto por el juez y en su lugar dispuso que "la señorita Bertilda Arzayús se sirva exhibir la copia que recibió del señor notario del Cerrito de la escritura número 457 de 29 de septiembre de 1931, otorgada en la notaría de Buga, en la fecha, hora y lugar que indique el señor juez del conocimiento y que se deje copia en el juzgado de la escritura de cuya exhibición se trata, al tenor de lo dispuesto por el artículo 301 del Código Judicial".

El juzgado en acatamiento de la orden del tribunal señaló día y hora para efectuar la exhibición. Mas esta diligencia no pudo llevarse a cabo porque la señorita Bertilda manifestó "que no puede presentar dicha copia porque no la tiene en su poder, pues como lo ha dicho en posiciones que absolvió en este mismo juicio se la entregó a la señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra, puesto que cancelado el instrumento, a ella le correspondía tenerlo por haber otorgado otra escritura, según consta en este mismo juicio".

Al pedir la exhibición los demandantes dijeron que se proponían demostrar: en primer lugar que las señoritas Arzayús carecían de título que las acreditara como dueñas del crédito; y subsidiariamente, que si existía algún acto que les diera el dominio sobre el crédito, "ese acto o contrato es inexistente, falso y nulo, sin valor legal alguno, y representa una suplantación de la firma del señor Absalón Arzayús, en cuyo

nombre existía con la plenitud de derecho y validez a la fecha de la muerte, el crédito hipotecario contenido en la escritura número 457, a la cual se refiere la presente exhibición".

Para decretar la exhibición el tribunal en su auto interlocutorio de 18 de septiembre de 1934 dice que está demostrado que la copia de la escritura número 457 se encuentra en poder de la señorita Bertilda Arzayús, porque ésta y sus hermanas confesaron haberla recibido cuando extendieron la escritura de novación del crédito, y si bien es cierto que en la confesión agregan que ellas a su turno la entregaron a la deudora Mercedes v. de Saavedra, la explicación debieron probarla las confesantes, por implicar el planteamiento de una excepción; defensa que no respalda la manifestación de la mencionada señora, de haber recibido efectivamente el día de su cancelación la copia de la escritura contentiva del crédito cancelado, de manos de las Arzayús, porque lo dicho por aquélla no merece fe en atención a su interés en el asunto por el interés que ella tuvo en que le novaran el crédito, y porque tal manifestación se encuentra contradicha por el certificado del notario del Cerrito, donde se otorgó la segunda escritura, de que la copia quedó en poder de la señorita Bertilda Arzayús. Por eso el tribunal condenó únicamente a Bertilda a la exhibición del documento.

El tribunal en la sentencia recurrida, siguiendo la tesis expuesta por el juez, negóse a darle aplicación al artículo 303 del C. Judicial, que ordena dar por probados los hechos que la parte se proponía acreditar con la exhibición, fundado en los siguientes motivos:

Que los demandantes con la exhibición se propusieron establecer el hecho de que la nota de cesión es falsa y nula "porque representa una suplantación de la firma del señor Arzayús". Respecto de la existencia de este hecho es inadmisible la prueba de confesión por constituír un hecho criminoso sancionado por la ley penal.

Que las demandadas tampoco fueron renuentes a la orden de exhibición. Si el tribunal tuviera que atenerse a su misma decisión interlocutoria en que decretó la exhibición, no cabría duda de que debería condenar a las demandadas a indemnizar perjuicios, que es la sanción imponible en subsidio cuando la parte desobedece la orden de exhibir un documento; mas, examinadas en su conjunto todas las pruebas del proceso para formar juicio definitivo, se tiene que a los perjuicios tampoco se puede condenar, porque un estudio atento de las posiciones que absolvió la señora Galvis, lleva a la conclusión de que su testimonio sí es valedero cuando afirma que recibió de manos de las señoritas Arzayús la escritura del crédito hipotecario. Igualmente es valedera como confesión simple la que rindieron las mencionadas señoritas, sobre que entregaron a la señora Galvis la escritura una vez cancelada, lo cual es perfectamente aceptable como quiera que era su deber entregar a la deudora el título que acababan de cancelar.

Por otra parte sigue diciendo el tribunal, en la acción exhibitoria sólo está condenada la señorita Bertilda Arzayús. Contra las otras demandadas no ha existido la misma orden. De consiguiente, siendo como es la hipoteca un derecho indivisible, mal puede quedar vulnerado el derecho que corresponde a las demás demandadas Arzayús, cuando a ellas no se les obligó a la exhibición del título demostrativo de la cesión. Resultaría un contrasentido el que siendo válida para ellas la cesión, no lo fuese para Bertilda.

En los autos tampoco existen indicios suficientes para deducir la inexistencia de la cesión, como también que sea falsa por haberse suplantado la firma del señor Arzayús.

## CAPITULO III

### El recurso de casación

Entre los diferentes cargos con que la parte recurrente ataca todas y cada una de las anteriores apreciaciones del tribunal, encuéntrase el siguiente que le ofrece a la Corte suficiente base para infirmar la sentencia:

La existencia de la nota de cesión del cré-

dito contenido en la escritura número 457 a favor de Absalón Arzayús sólo figura en una simple declaración hecha por los interesados en la escritura número 44. Esta cláusula, como lo testifica el respectivo notario, fue redactada por los otorgantes de la última escritura sin su intervención, de manera que él no da fe de que existiera la nota de traspaso y por el contrario posteriormente declaró que no recordaba haberla visto. Además, en la cancelación tampoco se cumplió con el requisito exigido por el artículo 2612 del C. Civil, de protocolizar la prueba de la personería con que los otorgantes de la escritura número 44 cancelaban la anterior.

De consiguiente, cuando el tribunal declara probada la existencia de la cesión y la cancelación del crédito, incurre en un evidente error de hecho, si supone que el notario que autorizó la escritura número 44 dio fe de algo de que en realidad no dio fe; en un error de derecho, extendiendo contra terceros la fuerza probatoria del instrumento público, bajo la fe del notario, a simples declaraciones de los otorgantes que sólo tienen efecto contra ellos; y a otro error de derecho al admitir que el instrumento número 457 podía cancelarse sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley. Estos errores llevaron al tribunal a dar por probada la cesión del señor Absalón Arzayús a las señoritas Arzayús, y, por consiguiente, a violar los artículos 2611 y 2612, sobre la manera de cancelar las escrituras públicas; y 1759, 2950 y 2951 de la misma obra, sobre el valor que tienen las declaraciones de los otorgantes del instrumento público.

Se considera:

Según los artículos 2611 y 2612 del Código Civil, invocados en la demanda de casación, cuando la cancelación de un instrumento público se hace por manifestación de las mismas personas que lo han otorgado, o de sus personeros, representantes legales, o herederos que se presentan ante el notario a verificar la cancelación, se otorgará un instrumento en que ésta conste, suscrito por los testigos, el notario, los otorgantes, sus personeros o representantes legales, o herederos, agregando respectivamente el comprobante de la representación de la persona que se presente a cancelar a nombre ajeno.

Quieren decir claramente estas normas legales que cuando no es el mismo otorgante del instrumento que se desea cancelar, el que se presenta a cancelarlo, sino su apoderado o causahabientes a título universal (herederos) o a título singular (compradores, legatarios o cesionarios a cualquier otro título), ante el notario corresponde acreditar, claro está que sumariamente, y para que la cancelación sea válida, el carácter de apoderado o de sucesor; debiéndose además agregar a la escritura el **comprobante** de la personería que el notario tuvo a la vista y con la cual admitió que se hiciera la cancelación. No es posible siquiera suponer que la ley haya querido dejar al solo poder de la afirmación de quien por otro se presenta a cumplir acto de tan vasta trascendencia, como es la cancelación de un instrumento, la capacidad suficiente para realizarla, en forma que el notario apenas deba limitarse a observar una actitud meramente pasiva, de mero espectador obligado luégo a autorizar la escritura. El acto es obviamente más exigente, y así como el notario cuando quien cancela es el mismo otorgante del primer instrumento, debe adquirir la certidumbre de su identidad con el fin de garantizar que sea ese otorgante y no persona distinta, la que arbitrariamente pueda usurpar su nombre, de igual manera en el caso de que el acto se cumpla por tercera persona, el notario tiene que cerciorarse tanto de la identidad de las partes como de que, cuando menos en el aspecto formal o extrínseco, ese tercero que asume la personería del otorgante del primer instrumento posee la calidad que a sí mismo se atribuye. Obrando en contrario, el depositario de la fe pública deja de cumplir uno de sus deberes primordiales autorizando el instrumento de cancelación sin exigir la prueba de que su autor tiene en realidad el derecho de hacerlo, instrumento que por ende, aun cuando en derecho es inoponible a las respectivas partes de resultar que la representación que se atribuye el otorgante

no obedece a la realidad, en el hecho origina situaciones gravemente conturbadoras de los intereses legítimos de aquellas.

No es pues de dudar que cuando el notario se presta a autorizar una escritura de cancelación otorgada por el cesionario, el heredero, etc., del autor del instrumento que se va a cancelar, le compete la función primordial de calificar por su aspecto meramente formal o aparente el comprobante del carácter de apoderado, heredero, cesionario o representante legal. Pero no se detiene ahí su actuación; también le concierne otra, que comprende por igual a las partes, y es la de agregar a la escritura de cancelación, cuando las circunstancias lo permitan, el comprobante que le haya servido al notario para autorizar el acto de dejar sin efecto otra escritura; esto con el objeto apenas natural de que los terceros interesados estén capacitados en cualquier momento para examinar el derecho con que se hizo aquello. Sucederá empero que en ocasiones esa agregación se hace difícil o imposible, como cuando el cesionario por endoso privado de un crédito hipotecario se limita a efectuar una cancelación tan sólo parcial de la deuda. En ese y en otros casos semejantes, en que el acreedor no puede desprenderse del título, bastará que el notario expresamente dé fe de que realmente existe la prueba de la personería del otorgante que cancela y cuál es su texto, prueba con la cual accedió a prestar sus oficios.

Faltando la agregación de la prueba o la constancia del notario destinada a dar fe de ella, el instrumento por sí mismo nada dice en relación con el derecho que se tuviera para consumar el acto a nombre del primer otorgante. En tales circunstancias la escritura sale desprovista de elementos fundamentales, que sirvan a los terceros de base para determinar el derecho con que la escritura se otorgó. El notario habrá comprometido entonces su responsabilidad por el perjuicio que esa omisión culpable irrogue a terceros; y los mismos otorgantes deben soportar las consecuencias que para ellos tenga en el futuro el hecho de que el instrumento no dé fe de que les asistió el perfecto poder de suscribirlo, desde luego que ellos también estaban comprometidos a dejar la prueba de su personería o a exigirle al notario que la constatara en la mejor forma posible.

Es el caso de la escritura número 44 de 26 de julio de 1932, otorgada por el notario del Cerrito. En el indicado día presentáronse ante este funcionario las señoritas Arzayús García junto con la señora Mercedes Galvis v. de Saavedra, y las primeras atribuyéndose el carácter de cesionarias del crédito hipotecario que la segunda tenía a su cargo y a favor de Absalón Arzayús, según nota de cesión hecha por éste antes de su muerte en la escritura hipotecaria, entraron en arreglos con la deudora, consistentes en que doña Mercedes aceptó la extinción de su deuda con Absalón, a trueque de constituírse deudora directa y personal de las supuestas cesionarias, con idéntica garantía hipotecaria y por el mismo capital, ligeramente aumentado por intereses debidos y no pagados, pero con plazo un poco mayor e intereses más reducidos.

Con todo, ni el notario ni los otorgantes tuvieron la elemental precaución de agregar al nuevo instrumento, el cancelado, en donde debía figurar la nota de cesión con la firma de Arzayús, ni tampoco el notario da fe de que él hubiera tenido a la vista aquella nota. La trascripción de ésta en la escritura no la hace el notario sino los otorgantes; las supuestas cesionarias de don Absalón Arzayús dicen que tienen ese carácter, de acuerdo con el traspaso que trascriben; pero del contexto de la escritura se ignora si realmente el notario se cercioró de que el traspaso existía, u obedece a simple afirmación caprichosa de las partes ante la cual el notario y la misma deudora se inclinaron indebidamente, influídos por el hecho de presentarse las Arzayús García portando materialmente el título. Aún más, dándole mérito a la testificación del mismo notario traída al juicio, y que fue expedida apenas siete meses después de que autorizó la escritura número 44, resulta que ésta se extendió a virtud de minuta que le presentaron las señoritas Arzayús, agregando que él no intervino en la redacción de las declaraciones en ella contenidas, pues limitóse a

ponerle la nota de cancelación a la escritura número 457, "por no interesarle lo demás que contenía la escritura".

De consiguiente, es manifiestamente falsa la base de que partió el tribunal para dar por demostrada la existencia de la nota de cesión como firmada por el cesionario en el título hipotecario, deduciéndola del contenido de la escritura de novación; allí sólo figuran las declaraciones de las otorgantes, carentes de respaldo, aun del más sencillo que hubiera sido la constatación del notario acerca de la real existencia del traspaso. En circunstancias tan desfavorables la declaración de los otorgantes sobre la existencia de la cesión limita su fuerza probatoria entre ellos únicamente ;contra los demandantes, herederos de don Absalón Arzayús, que fueron ajenos a la convención escrituraria, la declaración está despojada de todo efecto demostrativo, conforme el artículo 1759 del C. Civil. Contra ellos es del todo ilegal y arbitrario sacar ninguna consecuencia probatoria, así sea la más leve, dado que a nadie se le puede oponer lo que a otros se les ocurra declarar en una escritura, máxime si lo hecho a la postre redunda en detrimento del derecho de aquel a quien se pretende oponer.

Este error básico del tribunal en la apreciación de la escritura número 44, condújolo efectivamente a infringir las disposiciones citadas por el recurrente, por el error de hecho de ver la prueba del traspaso en la sola trascripción, sin respaldo, que allí hicieron los otorgantes de una hipotética nota de traspaso a favor de las Arzayús García; y por el error de derecho de conferirle a esa trascripción alcance plenamente probatorio contra los demandantes, a quienes no alcanza a perjudicar de acuerdo con los artículos 1759 y 2950 del C. Civil, disposiciones estas que con los artículos 2611 y 2612, constituyen el conjunto de normas legales violadas por el tribunal.

Se impone así la casación del fallo por haberse derrumbado su fundamento básico y la natural consecuencia de proferir la sentencia de instancia que reemplace la del tribunal.

## CAPITULO IV

### Sentencia de instancia

El actor en la demanda planteó la acción negando que las señoritas Arzayús García tuvieran el carácter de cesionarias del crédito hipotecario por ellas cancelado a la deudora Galvis v. de Saavedra; y para el caso de que existiera en realidad alguna nota de cesión del crédito sobre la escritura número 457, debía considerarse como falsa por ser suplantada la firma que allí apareciera como de Absalón Arzayús.

En consecuencia, circunscrito así el debate, a las demandadas les correspondía demostrar que la cesión existió tal como ellas afírmanla en la escritura 44. Y demostrada, surgía entonces la oportunidad de discutir acerca de su atenticidad.

A todas las demandadas, incluyendo a la señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra, incumbía en igual grado la exigencia de patentizar la existencia de la cesión: a las Arzayús García, porque presentándose con calidad de adquirentes del crédito, debían poner de relieve el hecho positivo, cierto y determinado del traspaso que las hiciera dueñas; y a la señora Galvis de Saavedra, deudora del supuesto cedente, porque habiendo solucionado el crédito con personas distintas del acreedor, le correspondía naturalmente el imperativo de justificar que el pago fue válido en consideración a que las personas que él reconoció como nuevos acreedores legítimamente reemplazaban, por cesión, al primitivo dueño de la obligación.

En el capítulo anterior ya vióse cómo la escritura número 44, en donde la nota de cesión figura en copia, no constituye prueba frente a los demandantes, herederos de don Absalón. Y descartada esta prueba, nada más hay en el proceso que respalde en ínfimo grado siquiera la posición de las demandadas. Esto da de por sí ancha base para condenarlas.

Requeridas por la parte actora las demandadas Arzayús en acción exhibitoria a que presentaran en el juicio la copia de la escritura número 457, en donde según ellas figura la nota de cesión a su favor, no la

exhibieron, alegando que se la habían entregado a la deudora Galvis de Saavedra, inmediatamente después de otorgada la nueva escritura. Explicación aceptable, puesto que practicada la cancelación era a la deudora a la que correspondía conservar la copia, ya que no la agregaron a la escritura de cancelación como era de rigor. La deudora, no obstante ser la mayormente interesada en que la cesión se conociese a fin de justificar su actitud, tampoco la exhibió, excusándose con que la había destruído. Como es obvio, esta excusa y la consiguiente falta de presentación de la copia de la escritura cancelada, durante el juicio, presentación a que estaba obligada no por efecto de ninguna acción exhibitoria especial, sino por las necesidades de su defensa, colocan a la deudora en situación de vencida, ya que contra lo que le correspondía, nada hizo con el fin de legitimar el procedimiento que adoptó de pagar la deuda a quien no aparece que fuera el acreedor; pues el hecho simple y escueto de que una persona retenga materialmente en su poder el título de una deuda, sin más formalidades, no le confiere el carácter de acreedor, pero ni siquiera el de poseedor aparente del crédito con el que pudiera defenderse el pago como hecho de buena fe, de acuerdo con el artículo 1634 del C. Civil; la posesión del crédito contemplada en este artículo no es la simplemente material; es la que ostenta apariencias de legitimidad, capaz de inducir al deudor de buena fe a considerar como acreedor a la persona a quien paga.

Y a todas las demandadas era necesaria, más que a la parte actora, la exhibición espontánea en el juicio del título cancelado. Porque mientras no se presentara tampoco había ocasión para que se entrase siquiera a discutir sobre la autenticidad o falsedad de la cesión. Dicha parte dijo: no hay cesión; pero si algún traspaso apareciere en la copia de la escritura, la respectiva nota es falsa, y suplantada la firma del acreedor. De esta manera la ausencia de la escritura y de la nota de cesión en el juicio, de primordial importancia probatoria con relación a todas las demandadas, acarrea fatalmente la consecuencia de tener que reputar a las señoritas Arzayús García, sin la menor facultad del acreedor para declarar extinguido el crédito, ni para novarlo o entrar en los arreglos de que da cuenta la escritura número 44, con la deudora; y a ésta también sin derecho para pagarle a persona distinta del mencionado acreedor, o sus herederos, ya que el expediente no arroja ni siquiera indicios encaminados a hacer ver que para ella las señoritas Arzayús eran en apariencia las acreedoras. Las demandadas confiaron en la eficacia de su mera afirmación en la escritura 44 sobre existencia de la cesión, y eso las pierde.

En el alegato de oposición al recurso de casación el respectivo apoderado apunta que los demandantes en los interrogatorios que sometieron a las demandadas para que éstas absolvieran posiciones durante el debate, confesaron implícitamente la existencia de la cesión. Pero esa es una grave equivocación. Hay que leer la pregunta **séptima** de los interrogatorios en donde se cree hallar principalmente la confesión: "Cómo es verdad que la nota de cesión y la firma de Absalón Arzayús que se dice haber sido puesta a la copia de la escritura número 457 que contiene el crédito hipotecario, se escribió y se firmó en el mes de **julio** de 1932? En primer lugar nótese que los preguntantes colócanse expresamente bajo la hipótesis de la cesión sostenida por las demandadas a fin de deducir determinada consecuencia; en segundo lugar la pregunta persigue la confesión de las absolventes sobre esa consecuencia, o sea que la cesión "se escribió y se firmó en el mes de julio de 1932", suplantando así la firma del acreedor Arzayús, cuya muerte ocurrió en el mes de junio del mismo año.

---

En suma, no habiendo acreditado las demandadas la realidad de la cesión que ellas en la escritura número 44, dijeron que constaba en los términos de la nota allí copiada, ni que la deudora Mercedes Galvis v. de Saavedra hubiera tenido motivos legalmente aceptables para entenderse con las supuestas cesionarias, se impone la conclusión de que el crédito hipotecario contenido en la escritura número 457 permanece insoluto a

cargo de la deudora Mercedes Galvis v. de Saavedra, siendo por lo tanto inválida la escritura número 44, con que se pretendió novar dicho crédito. Prosperan así las peticiones principales de la demanda de los herederos de don Absalón Arzayús. La Corte formulará únicamente las declaraciones que son necesarias para restablecer la verdad.

## CAPITULO V

### La sentencia

Por las consideraciones expuestas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **resuelve:**

1º Casar la sentencia pronunciada en este juicio por el tribunal superior de Buga el diez de febrero del corriente año;

2º Revocar la sentencia de primera instancia. Y en su lugar el pleito se define así:

A) El crédito hipotecario constituído por la escritura pública número cuatrocientos cincuenta y siete (457) de veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y uno (1931), de la notaría primera del circuito de Buga, por la señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra a favor del señor Absalón Arzayús, subsiste actualmente en los términos en ella estipulados, escritura que por ende conserva todo su valor legal y la fuerza obligatoria que le es inherente.

B) Como consecuencia de recobrar todo su valor esa escritura, y por el hecho de que la número cuarenta y cuatro (44) de fecha veintiseis de julio de mil novecientos treinta y dos (1932) de la notaría de El Cerrito tiende a reemplazarla, este último instrumento carece de fuerza obligatoria contra la señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra, por representar la misma obligación de que trata la escritura número cuatrocientos cincuenta y siete (457). Por lo tanto, ordénase cancelar la escritura número cuarenta y cuatro (44) y su registro.

C) La señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra no ha pagado al acreedor señor Absalón Arzayús ni a sus herederos el crédito hipotecario contenido en la precitada escritura número cuatrocientos cincuenta y siete (457), por cuyo motivo sobre aquélla pesan todas las obligaciones emanadas de este título, que se declara vigente. En consecuencia, la nota de cancelación puesta a esta escritura en la notaría primera de Buga, por efecto del otorgamiento de la escritura número cuarenta y cuatro (44), carece de fuerza legal.

D) La hipoteca constituída por la deudora señora Mercedes Galvis viuda de Saavedra para garantizar al señor Absalón Arzayús el crédito contenido en la escritura número cuatrocientos cincuenta y siete (457), de que hablan los numerales anteriores, subsiste y grava el inmueble allí descrito desde la fecha en que se anotó en el libro de hipotecas de la oficina de registro de instrumentos públicos de Buga la copia respectiva.

E) Ofíciese al notario primero del circuito de Buga para que expida a los demandantes señores Ernesto Arzayús, Mariano Arzayús, Orfilia Arzayús de Castillo, Miguel Antonio Arzayús, Armando Arzayús y Amada Arzayús de Martínez una copia de la escritura pública número cuatrocientos cincuenta y siete (457) de veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos treinta y uno (1931), otorgada en esa notaría, en la que el registrador de instrumentos públicos respectivo deberá reproducir la inscripción correspondiente tomada del libro anotador de hipotecas. La copia debe expedirla el notario sin la nota de cancelación que el original lleva como consecuencia de haberse otorgado la escritura número cuarenta y cuatro (44).

F) No hay costas en las instancias a cargo de ninguna de las partes.

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

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

# SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

## HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

**Es doctrina constante de la Corte, sostenida en numerosos fallos, la de que para que un homicidio pueda quedar catalogado en alguno de los casos que deben sancionarse con pena atenuada, se requiere que las circunstancias especiales que hayan mediado en la comisión del delito se determinen desde el auto de proceder, o se consignen de modo expreso en el veredicto, a fin de que el juez de derecho las tome en cuenta en la sentencia, ya que él no puede desvirtuar la apreciación del jurado buscando en el proceso fundamentos distintos para aminorar la responsabilidad del reo, sin desconocer la importancia y eficacia que la ley otorga al jurado y sin asumir funciones de hecho que no le están asignadas.**

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre dieciocho de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Alejo Rodríguez)

El defensor de Enrique Correa interpuso recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en la cual se condena a éste a la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Manuel Esquivel.

Sirvió de fundamento para la condenación de Correa el siguiente cuestionario sometido al Jurado:

"El acusado Enrique Correa, mayor de edad, natural de Titiribí (A.) y vecino de Mocatán (C.), es responsable, sí o nó, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte al señor Manuel Esquivel, por medio de una herida que le infirió con proyectil de arma de fuego (escopeta) a consecuencia de la cual falleció el citado Esquivel, hecho que tuvo lugar a las siete de la mañana del quince de abril de mil novecientos treinta y cinco en el paraje o punto denominado "Tumurrama', de jurisdicción de Mocatán perteneciente a este distrito judicial, y en la comisión del acto procedió el acusado premeditamente?".

La contestación del jurado reza: "Sí, sin premeditación".

Ante la Corte el señor apoderado constituído por el reo para sustentar el recurso de casación, lo funda en que la sentencia es violatoria de la ley penal por errónea interpretación e indebida aplicación de la misma, y encamina todas sus razones a sostener que ha debido imponerse a su defendido la sanción del artículo 603, inciso 2º, del Código de 1890, que establece un caso especial de homicidio castigado con pena atenuada.

Por su parte el señor Procurador delegado en lo penal opina que ha de mantenerse firme el fallo recurrido, apoyándose en la doctrina de la Corte conforme a la cual para aplicar las disposiciones sobre homicidios atenuados es necesario que en el auto de proceder o en el veredicto del jurado se consignen las circunstancias de hecho que prevén esos artículos.

La Corte observa:

Suprimida como fue en este caso por el jurado la circunstancia de la premeditación, que agravaba la responsabilidad del reo, el veredicto reconoció la existencia de un homicidio simplemente voluntario, que fue bien sancionado por el Tribunal con la pena establecida en el artículo 600 del Código Penal de 1890.

En repetidas ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que para que un homicidio pueda quedar catalogado en alguno de los casos que deben sancionarse con pena atenuada, se requiere que las circunstancias especiales que hayan mediado en la comisión del delito se determinen desde el auto de proceder, o se consignen de modo expreso en el veredicto, a fin de que el juez de derecho las tome en cuenta en la sentencia, ya que él no puede desvirtuar la apreciación del jurado buscando en el proceso fundamentos distintos para aminorar la responsabilidad del reo, sin desconocer la importancia y eficacia que la ley otorga al jurado y sin asumir funciones de hecho que no le están asignadas.

No apareciendo, pues, en el presente caso, ni de las constancias procesales, ni del veredicto del jurado modalidad ninguna que imprima carácter especial al homicidio de que se trata, y que pudiera colocarlo en gravedad menor que la del simplemente voluntario, forzoso es concluír que el Tribunal de Pereira aplicó rectamente la ley al sancionar a Enrique Correa con la pena establecida en el artículo 600 del Código Penal, y que por ende no son procedentes los motivos de casación invocados.

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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, fechada el seis de febrero de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a Enrique Correa la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Manuel Esquivel.

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

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

## VEREDICTO CONTRADICTORIO

**Adolece de contradicción el veredicto que en su primera parte afirma la responsabilidad del acusado y en la segunda agrega la circunstancia de haberse ejecutado el hecho delictuoso en momentos en que el acusado padecía de una grave anomalía psíquica.**

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

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Alejo Rodríguez)

Al segundo jurado que conoció de la causa contra Jesús Antonio Ospina se sometió el siguiente cuestionario:

"El acusado Jesús Antonio Ospina Orozco, varón, mayor de edad, soltero, natural y vecino de Marquetalia, agricultor y católico, es responsable de haberle causado la muerte voluntariamente a José Neftalí Martínez, por medio de una herida que le infirió con arma cortante y punzante (cuchilio), hecho ocurrido a eso de las once y treinta minutos de la mañana del quince de noviembre de mil novecientos treinta y siete, en la calle frente a la casa municipal de la cabecera del Municipio de Marquetalia, comprensión de este distrito judicial?".

Contestó el Jurado: "Sí pero en momentos en que padecía grave anomalía psíquica".

Puesto que el Tribunal de Manizales condenó a Ospina a la pena de seis años de presidio de que trata el artículo 600 del Código Penal de 1890, el defensor del reo interpuso casación, y la sustenta la Corte apoyándose en la causal 1ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, sobre indebida aplicación de la ley penal.

El señor Procurador delegado coadyuva el recurso, pero descarta aquella causal, y se basa en la 6ª de la misma ley 118 de 1931, o sea haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Para resolver, la Corte considera:

Muy en lo cierto está el señor Procurador al calificar de contradictorio el veredicto, pues desde el momento en que el artículo 29 del Código Penal de 1890 establece que no es punible "el que se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón", y a tanto equivale afirmar que el acusado "padecía grave anomalía psíquica" en los momentos en que ocurrió el hecho, aseverar con un sí la responsabilidad de Ospina implica asentar simultáneamente dos conclusiones opuestas.

Prospera así el recurso por la causal 6ª que aduce el señor Procurador delegado, y la Corte halla acertada la sugerencia de que se convoque un nuevo jurado, sin que obste para ello el hecho de haber declarado el Tribunal de Manizales notoriamente injusto el veredicto absolutorio de un jurado anterior, entre otros motivos porque el que sirvió de base a la sentencia recurrida, que ni absuelve ni condena, es un veredicto innexistente.

Y la invalidación del fallo para que se reúna otro cuerpo de jurados —dice atinadamente el señor Procurador— "tiene la ventaja de dar la oportunidad para que, antes de la audiencia, se haga practicar un estudio psiquiátrico del acusado Ospina por parte de la Oficina Central de Medicina Legal de Bogotá. Esto, porque en el expediente hay datos de que Ospina está sifilítico y puede también padecer de epilepsia".

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 Manizales fechada el dos de febrero de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a Jesús Antonio Ospina Orozco la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de José Neftalí Martínez, y en su lugar dispone que se convoque un nuevo jurado; antes de reunirse el cual deberá practicarse el estudio psiquiátrico a que se refiere la vista del señor Procurador.

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

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

## INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN JUICIO MILITAR

**El conocimiento de las apelaciones y consultas en las causas militares está atribuído por el ordinal 5º del artículo 44 de la Ley 94 de 1938 a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.**

Corte Suprema de Justicia — Sala Penal.—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Alejo Rodríguez)

**Vistos:**

Con fecha 10 de febrero del corriente año se inició este proceso militar contra los cabos Gabriel Angulo Reyes y Carlos Guillermo Hernández por deserción.

**Resultando:**

1º Angulo y Hernández fueron condenados por el Consejo de Guerra reunido en Buenavista a quince meses de prisión el primero y a un año de la misma pena el segundo.

2º Remitido el expediente en consulta al Tribunal Superior de Santa Marta, según el numeral 5º, artículo 44 de la Ley 94 de 1938 —nuevo Código de Procedimiento Penal— esa entidad resolvió, después de algunos trámites, declarar nulo lo actuado ante ella y enviar los autos a esta Sala por estimar el asunto de competencia de la Corte.

**Considerando:**

1º Las razones expuestas por el Tribunal de Santa Marta para remitir el proceso a la Corte, son del tenor siguiente:

"Según el artículo 170 de la Constitución Nacional, 'de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, **con arreglo a las prescripciones del Código Militar** (subraya el tribunal).

De suerte, pues, que esos tribunales militares deben sujetarse estrictamente en los procedimientos judiciales, a lo que estatuye el código militar. Y éste, en su artículo 98, dispone que una vez leída la sentencia por el presidente del Consejo, debe 'ser notificada a las partes y pasado luégo el proceso al Comando Superior, **para que sea enviado a la Corte Suprema de Justicia, en consulta de la sentencia, si ésta no fuere recurrida**' (subraya el tribunal).

El Consejo juzgador cumplió lo dispuesto en el artículo 98 del código militar. Pero el Comando Superior, a quien fue remitido el proceso de acuerdo con el citado artículo 98, en vez de enviarlo 'a la Corte Suprema de Justicia en consulta de la sentencia', lo remitió a este Tribunal en obedecimiento de lo que dispone el ordinal 5º del artículo 44 del Código de Procedimiento Penal.

Parece evidente que mientras no se reforme el Código militar en este sentido, los tribunales militares deben cumplir íntegramente lo dispuesto en el artículo 98 de ese Código, por mandato del precepto constitucional antes mencionado.

Hay, pues, una incompetencia de jurisdicción improrrogable de parte del Tribunal para conocer de este negocio, la cual trae como consecuencia una nulidad de lo actuado en la segunda instancia (C. de P. P., artículo 198)".

2º No comparte la Corte esta tesis sostenida por el Tribunal de Santa Márta, y por ello de plano se abstiene de asumir el conocimiento del negocio, por las siguientes razones:

Cierto es que el artículo 170 de la Carta dispone que "de los delitos cometidos por militares en servicio activo y en relación

con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o Tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código penal militar"; y que tanto en el capítulo 8º, Título único, Libro 2º, de la Ley 84 de 1931 (de justicia militar), como en el artículo 35, numeral 1º, de la Ley 105 de 1931, se confería a la Corte Suprema el conocimiento de los recursos de nulidad, apelación o consulta de las causas militares.

Pero como una ley puede ser reformada por otra, no hay inconveniente en que a las arriba citadas las haya modificado el ordinal 5º, artículo 44, de la Ley 94 de 1938, en el sentido de atribuír a los Tribunales Superiores el conocimiento de las apelaciones y consultas en esas causas. Lo que equivale a decir que el precitado ordinal 5º debe considerarse incorporado en el Código militar.

El hecho de que se modifique por una ley la jurisdicción ordinaria para el conocimiento en segunda instancia de las causas militares, en nada peca contra el artículo 170 de la Constitución, mientras en esa instancia se conserve el fuero militar y se apliquen las disposiciones penales militares, que es a lo que tal disposición se refiere.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, se inhibe para conocer del presente juicio militar y ordena devolverlo al Tribunal Superior de Santa Marta por ser de su competencia.

Cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

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

## INVALIDACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA POR LA CAUSAL 3ª

**No debe confundirse la figura jurídica del concurso de delincuentes con el delito específico de cuadrilla de malhechores. La ley exige como elementos esenciales de este delito: 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.**

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal. — Bogotá, noviembre dieciseis de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Alejo Rodríguez)

La sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que impuso a Luis Moncada y a Sinforoso Moncada la pena principal de veinte años de presidio y cinco de reclusión por los delitos de cuadrilla de malhechores, incendio, heridas y homicidio de varias personas, fue recurrida en casación por los Moncadas.

Son dos las causales que procede analizar: La 2ª del artículo 3º, Ley 118 de 1931, porque los recurrentes sostienen que el juicio adolece de nulidad; y la 3ª ibidem, sobre cuerpo del delito de cuadrilla de malhechores, que también la invoca y sustenta el señor Procurador delegado en lo penal.

De paso debe observarse, como ya se hizo a propósito de otro fallo del mismo Tribunal Superior de Pamplona, que allí se incurrió en una incongruencia relativa a las penas accesorias impuestas a los reos, pues en ese punto se atuvo el Tribunal al código de 1936, a pesar de que la sanción principal la toma del de 1890; pero la Corte se abstiene de analizar esta cuestión, porque ni los recurrentes ni el señor Procurador hacen reparo sobre el particular.

**Causal 2ª**

Alegan los reos que el juicio es nulo por cuanto se acumularon sumarios que debieron adelantarse separadamente.

La Corte estima que el cargo es infundado, porque como lo anota con todo acierto el señor Procurador, "dada la conexidad existente entre los delitos cometidos y el ser éstos imputables a unas mismas personas, por razón del vínculo de la complicidad que las une, nada más acertado que seguir contra ellas un solo proceso, según claro precepto del artículo 23 de la Ley 104 de 1922".

**Causal 3ª**

El señor Procurador limita sus reparos a la manera como el Tribunal de Pamplona 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 incendio, heridas y varios homicidios.

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 de 1890 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 reos, no hay prueba de la asociación o mancomunidad permanente. Lo único que aparece es una confabulación o concurso en los diferentes delitos de que hablan los autos.

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,

**Resuelve:**

1º Invalídase parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, fechada el veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y nueve, en cuanto condenó a Luis y Sinforoso Moncada 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 infirmar, 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 incendio, heridas y homicidio de varias personas.

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

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

## REVISION

**En materia de revisión de lo que se trata es de destacar la posibilidad de un error judicial cometido en los fallos de instancia, y, por tanto, la prueba en esas condiciones debe asumir tales caracteres de verosimilidad que induzca a desconocer toda la armazón de un proceso controvertido y, consecuencialmente, a ordenar que éste se rehaga.**

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro Alejo Rodríguez)

### Vistos

En sentencia pronunciada el 17 de febrero de 1938 el Juzgado 1º del circuito penal de Bogotá impuso a Ester Fernández la pena de cuarenta y dos meses diez días de presidio como responsable de heridas en Ricardo Lancheros, José Vicente Delgado y José Vicente Bonilla.

Consultado el proveído de primera instancia el Tribunal Superior lo reformó bajándole a Ester Fernández la pena a treinta y cuatro meses diez días de presidio.

**Resultando:**

1º Contra los fallos condenatorios interpuso la sentencia recurso de revisión, con base en el artículo 571, numeral 5º, del nuevo Código de Procedimiento Penal, que dice: "Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

2º Como fundamento de su demanda presentó la recurrente tres declaraciones similares, que fueron ratificadas en el término probatorio, y de ellas se transcribe la siguiente:

"3º En la noche del veintidós de febrero del año de mil novecientos treinta y cinco, me encontraba en mi casa de habitación número 6-83 de la carrera 12, a la diagonal del Pasaje Beltrán, de esta ciudad; me encontraba allí por ser mi casa de habitación y estar ahí con mi esposa y mis hijos y un obrero Pedro Carlos Amaya. Estábamos preparando un piquete para festejar al día siguiente mi santo o cumpleaños con un paseo a La Picota. 4º Es verdad que desde mi citada casa oí voces altas de hombres que insultaban a otros, en términos de hijos de...', y otros por el estilo. Movido por la curiosidad, salí hasta la mitad de la calle, en compañía de mi esposa y de Pedro Amaya, y presencié que cinco individuos, ya conocidos por mí, de profesión alpargateros, santandereanos, de apellidos Lancheros unos, y José Vicente Bonilla y José Vicente Delgado, atacaban a Moisés Fernández, quien se defendía con una jarra esmaltada, en la mano derecha pero que al fin cayó al suelo. 5º Es cierto que en seguida oí que Ester Fernández, hermana del agredido, gritaba 'auxilio', 'un policía', repetidas veces y en ese momento vimos que José Vicente Bonilla la atacó con un puñal, causándole una herida en el pecho, de la cual le brotaba la sangre. También ví en ese momento que estando riñendo Ricardo Lancheros y Moisés Fernández, atacado éste también por los compañeros de Lancheros, y cuando la Fernández gritaba 'auxilio', gritaba también Lancheros que no fueran brutos, que no lo hirieran a él, 'que al que tenían que herir era a Moisés', quien se encontraba en el suelo, y, efectivamente, Lancheros presentaba una herida en la cara, y le decía a Bonilla que cómo iba a herirlo a él, 'que hirie-

ra a ese hijo de... de Moisés', que 'no fuera bruto'. Ester Fernández estaba desarmada y retirada del grupo, y no hacía sino gritar 'policía', 'auxilio', matan a mi hermano'. Entonces yo también grité por varias veces, como gritaron también otras personas, 'policía', 'auxilio' y al fin se presentó un policía en la esquina y lo gritamos todos, éste se vino o se dirigió al grupo y terminó la molestia y se los llevaron para la policía todos ensangrentados. Me consta perfectamente por haberla visto, que como una hora antes de la molestia, Ester Fernández estaba sana, y después de la molestia ya apareció herida en el pecho. Es verdad que nosotros conocemos desde hace tiempos a los agresores de Moisés y Ester Fernández, como hombres pendencieros y agresivos, motivo por el cual no nos acercamos a declarar en el sumario, puesto meses antes tuvieron una molestia entre los mismos y resultaron heridos, uno en la cara y otro en una mano. Es cierto que Ester Fernández, como ya dije, esa noche no tenía arma ninguna, y solamente gritaba 'auxilio' y 'policía', pero no ví que ella atacara a nadie".

3º En su vista el señor Procurador delegado en lo penal dice:

"Durante el término probatorio se ratificaron las declaraciones de Abelardo Flórez, Rosa Torres de Flórez y Pedro C. Amaya, quienes, en síntesis, afirman que la Fernández no fue agresora sino agredida. También se trajo una copia de los reconocimientos practicados por la oficina médico-legal de Bogotá.

Como la revisión no es una tercera instancia y como las sentencias ejecutoriadas de los Tribunales no se pueden invalidar con testimonios encaminados a impugnar lo demostrado en los juicios penales, sino en los casos muy excepcionales previstos en las disposiciones que regulan la revisión, no hay lugar a que ésta prospere en el presente caso.

Por tanto, sin entrar en otras consideraciones, la Procuraduría pide atentamente a la H. Corte que niegue la revisión solicitada".

**Considerando:**

1º Las sentencias cuya revisión ha pedido Ester Fernández —y es de observarse que contra la de primer grado no interpuso ella apelación— se fundan en hechos comprobados que establecen su responsabilidad, que no fueron en manera alguna desvirtuados en las instancias, ni lo han sido ahora mediante las declaraciones aducidas, como lo observa el señor Procurador.

2º Es verdad que el precepto trascrito del nuevo Código de procedimiento penal habla de pruebas y hasta de indicios graves no conocidos al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado, y pruebas son las declaraciones de testigos en donde se hable de hechos exculpativos; pero no puede perderse de vista que en materia de revisión de lo que se trata es de destacar la posibilidad de un error judicial cometido en los fallos de instancia, y por tanto la prueba en esas condiciones debe asumir tales caracteres de verosimilitud que induzcan a desconocer toda la armazón de un proceso controvertido y consecuencialmente a ordenar que éste se rehaga.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, niega a Ester Fernández la revisión solicitada.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

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

# SALA DE NEGOCIOS GENERALES

## SOBRE AUTO PARA MEJOR PROVEER

**I.—Se ha dicho que el auto para mejor proveer es sólo para aclarar puntos obscuros y que se juzguen dudosos, y que por consiguiente no pueden proferirse para aportar probanzas. Si se constriñe el juzgador de esa manera, ningún objeto práctico tendría tal providencia, porque ella va siempre encaminada a obtener algún dato que esclarezca o disipe dudas, y ese dato naturalmente, al llegar al proceso se estima como elemento de convicción.**

**II.—Cuando regía el artículo 19 de la Ley 100 de 1892, pudo la Jurisprudencia establecer esta doctrina. "En el juicio ejecutivo, tratándose de dictar la sentencia de excepciones, que tiene carácter de definitiva, pueden tener cabida los autos para mejor proveer". Entonces la norma vigente no exigía la condición de que el asunto fuera de segunda instancia, como lo dice hoy el artículo 600 del C. J.**

**III.—Empero si los negocios de segunda instancia permiten dicho auto, en atención a que ya no tienen más instancia, porqué no lo han de permitir los que sólo tienen una instancia, como las excepciones en juicio por jurisdicción coactiva? Existe para ello el mismo motivo, y donde hay la misma razón debe haber la misma disposición. Luego es lógica jurídica considerar que el artículo 600 del C. J. comprende no sólo asuntos definitivos en segunda instancia, sino los que sólo tienen una instancia, porque en ambos eventos se producen los mismos resultados.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio cuatro de mil novecientos treinta y nueve.

auto para mejor proveer, del cual pide repo-

En el presente juicio ejecutivo, para el cobro de unos impuestos, el ejecutado señor Sixto A. Carvajalino propuso excepciones, y en el incidente la Sala de Negocios Generales antes de proceder a la decisión dictó un sición el señor Procurador Delegado en lo Civil, argumentando así:

"De conformidad con el artículo 600 del Código Judicial el Juez o Tribunal que vaya a fallar definitivamente un asunto en **segunda instancia** (subraya el suscrito) puede dictar un auto para mejor proveer **con el solo objeto de que se aclaren los puntos oscuros o dudosos** (subrayo).

"Por manera que se requieren dos condiciones para que se pueda dictar auto para mejor proveer: 1ª Que se trate de un asunto en segunda instancia. 2ª Que haya puntos oscuros o dudosos cuya aclaración se persiga por medio de diligencias que se ordene practicar.

"Ninguna de estas circunstancias se reúne en el caso de autos. Ni se trata de un asunto en segunda instancia, ni se persigue aclarar puntos oscuros o dudosos, sino sencillamente producir un elemento probatorio que ha debido traer al proceso el excepcionante. Si toda vez que se observara carencia de prueba o imperfección de la producida por una de las partes, o falta de determinados elementos probatorios que por ellas han debido traerse, pudiera dictarse auto para mejor proveer, se daría en tierra con el principio básico de derecho probatorio según el cual es a las partes a quienes corresponde la producción de la prueba en orden a los hechos fundamentales de la acción o de la excepción".

Si se tuviera en cuenta solamente la letra de la ley, las razones transcritas serían incontestables; pero si se para la atención en el contenido ideológico del artículo 600 citado, el auto para mejor proveer encuentra inconmovible base. En efecto: si la senten-

cia de excepción es definitiva, por este aspecto la providencia de que se trata no tiene reparo alguno. Por eso, cuando regía el artículo 19 de la Ley 100 de 1892, pudo la Jurisprudencia establecer esta doctrina: "En el juicio ejecutivo, tratándose de dictar la sentencia de excepciones, que tiene carácter de definitiva, pueden tener cabida los autos para mejor proveer".

Entonces la norma vigente no exigía la condición de que el asunto fuera de segunda instancia, como lo dice hoy la letra del texto.

Es este el argumento de mayor fuerza aparente entre los presentados por el Ministerio Público. Empero, si los negocios en 2ª instancia permiten dicho auto, en atención a que ya no tienen más instancias, por qué no lo han de permitir los que sólo tienen una instancia, como las excepciones en juicio por jurisdicción coactiva?

Existe para ello el mismo motivo, y donde hay la misma razón debe haber la misma disposición. Luego es de lógica jurídica considerar que el artículo 600 del C. J. comprende no sólo asuntos definitivos en segunda instancia, sino los que sólo tienen una instancia, porque en ambos eventos se producen los mismos resultados.

Con el criterio del señor Procurador, no cabría un auto para mejor proveer en ciertos negocios de importancia suma, como lo son muchos de los juicios ordinarios adscritos a la competencia de la Sala Civil de Unica Instancia. Semejante interpretación contraría el querer del artículo 472 del mismo Código.

Se dice también que el auto para mejor proveer es sólo para aclarar puntos obscuros y que se juzguen dudosos, y que por consiguiente no pueden proferirse para aportar probanzas.

Si se constriñe el juzgador de esa manera, ningún objeto práctico tendría tal providencia, porque ella va siempre encaminada a obtener algún dato que esclarezca o disipe dudas, y ese dato naturalmente, al llegar al proceso, se estima como elemento de convicción.

Ha sido constante jurisprudencia de esta Sala desde la vigencia de la Ley 105 de 1931, dar cabida en esta clase de excepciones a autos para mejor proveer. Puede verse, por ejemplo, el fallo de 5 de agosto de 1938 publicado en el número 1944 de la Gaceta Judicial de la Corte, y en el cual consta que se pidió en auto para mejor proveer a una oficina de Administración de Hacienda Nacional el memorándum de una liquidación de impuesto sobre la renta.

La Sala de casación civil, haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 539 del C. J. también ha dictado proveídos de esta clase, tendientes a la obtención de datos que eran necesarios para aclarar y disipar dudas y que no habían sido aportados por las partes.

En auto de 16 de diciembre de 1936 (números 1918 y 1919 de la Gaceta de la Corte, página 539), dicha Sala dijo: "Tráigase a este expediente copia de las demandas que, acumuladas, cursan en la Sala Plena, sobre inconstitucionalidad de leyes y decretos sobre deudas, así como la sentencia, en su caso, en lo pertinente a la Ley 46 de 1933".

En el caso ocurrente, apareciendo en el reconocimiento, que es un instrumento formado por funcionarios públicos y que hace parte del juicio, afirmaciones que es preciso confrontar con datos reales, la Sala optó por pedir a la respectiva oficina la documentación que naturalmente forma parte integrante del reconocimiento.

Se ha hecho esta larga explicación, para mostrar los fundamentos del proveído; pero no para dar evasión a la reposición impetrada, puesto que esta actuación es potestativa del juzgador y no obedece a una prescripción obligatoria ni depende de solicitud de las partes.

Por eso dice categóricamente el mismo artículo 600 ya nombrado: "Contra esta clase de providencias no se admite recurso alguno".

Y en consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema declara improcedente la reposición impetrada por el señor Procurador Delegado en lo civil.

Notifíquese.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán — Gustavo Gómez Hernández,** Srio. en ppdad.

## PENSION

**I.—Los Notarios y Registradores tienen el carácter de empleados públicos. Creen algunos que ellos no son funcionarios ora porque no representan al Estado, propiamente, en la esfera de su competencia, bien porque no perciben sueldo sino estipendios pagados por los particulares.**

**II.—Los Notarios y Registradores sí son funcionarios oficiales, porque el servicio que prestan lo impone la ley y no nace de convenios privados y el C. C. es muy explícito al detallar los deberes y funciones de los Notarios y Registradores. El artículo 187 de la Constitución vigente da asidero a la doctrina preconizada, cuando estatuye: "Compete a la ley la creación y supresión de círculos de Notaría y de Registro, y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los Notarios y Registradores".**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, diez y nueve de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Ante el Tribunal Superior del distrito judicial de Manizales, el señor Alejandro Laserna, en libelo de cuatro de octubre de mil novecientos treinta y ocho, demandó a la Nación para que sea condenada a pagarle al peticionario, la suma de ochenta pesos ($ 80,00), como pensión mensual que le corresponde en conformidad con la Ley 29 de 1905.

Como fundamentos de hecho adujo los siguientes:

Que por un lapso mayor de treinta años, ha desempeñado empleos públicos; que en el desempeño de tales funciones observó buena conducta; que carece de medios de subsistencia; que no ha recibido pensión ni recompensa alguna del Tesoro Nacional.

En providencia de veintinueve de marzo del año en curso, el Tribunal desató la "litis" accediendo a las peticiones del actor y condenando a la entidad demandada al pago de ochenta pesos, como pensión mensual que le corresponde al señor Alejandro Laserna, desde el cuatro de octubre, fecha de la presentación de la demanda.

La sentencia vino en consulta a la Sala de Negocios Generales de la Corte, donde tramitado el negocio en legal forma, ha llegado el momento de decidirlo.

Se considera:

El señor Procurador Delegado en lo civil al descorrer el traslado, planteó una cuestión previa sobre nulidad de lo actuado, basado en que según su opinión la Ley 153 de 1938, había quitado a la Corte la competencia sobre pensiones.

La Sala ad quem consideró pertinente tramitar la solicitud del Ministerio Público como una articulación y el 22 de agosto al resolverla, negando lo solicitado por el señor Procurador Delegado, dijo:

"Se arguye primeramente que no debe olvidarse que la Ley 153 de 1938 habla de pensiones de que en la actualidad conoce la Corte y no de las que conocía, cuando entró a regir la ley. Sobre esto, en auto de junio 21 de este año dijo la Sala:

"Es verdad que hay quienes restringen el significado y alcance de la siguiente frase de la ley... de que en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia, sea en virtud de atribución o por procedimientos especiales, o por los trámites ordinarios.

"Quienes así piensan se figuran que la expresión en la **actualidad** se refiere tan sólo a los negocios que se hallen en tramitación ante la Corte al entrar a regir la ley. Mas ello no es así, porque una interpretación más lógica comprende no sólo estos negocios sino todas aquellas pensiones y recompensas, cuyo conocimiento le compete a esta entidad en una instancia o en segunda. Conocer es 'el acto de entender en las causas y determinarlas'.

"Cuando se dice que la Corte conoce de tales asuntos se expresa una facultad jurisdiccional. La inflexión verbal está empleada para consagrar un principio, una verdad de duración indefinida, sin que la frase "en la actualidad" restrinja la norma.

"Una interpretación distinta contraría los fines que el legislador se propuso.

"Si la Corte no puede conocer en segunda instancia, al Tribunal no le compete el conocimiento de la primera, porque ello llevaría al absurdo de que tales juicios ordinarios carecían del recurso de apelación o de consulta.

"Se arguye también que después de iniciado el respectivo juicio ordinario, al someter el asunto al Consejo de Estado, prácticamente se violaría la disposición que indica que las actuaciones iniciadas deben continuar bajo el imperio de las normas vigentes a su iniciación, porque en esa ocurrencia, actuaciones comenzadas vendrían a continuar bajo el imperio de distintas ritualidades.

"Si la palabra actuación significara todo un proceso, la objeción sería de fuerza incontrastable, mas esto no es así, porque el proceso se compone de muchos actos sucesivos, diferentes uno de otro, de tal suerte que unos pueden estar consumados, otros iniciados y otros sin comenzar aún.

"Ya la Sala en sentencia fechada el 4 del presente sentó la siguiente doctrina, aplicable exactamente al caso que ahora se discute:

"El señor Procurador Delegado en lo Civil solicita que se revoque el fallo de primera instancia, por falta de competencia, y se ordena enviar el expediente al Consejo de Estado. Se funda en que la Ley 153 de 1938, que empezó a regir desde su sanción, o sea, desde el 8 de noviembre de 1938, dice que el Consejo de Estado conocerá en lo sucesivo de las demandas sobre pensiones de que conoce la Corte Suprema de Justicia. Agrega que cuando el Tribunal Superior de Popayán dictó el fallo, el 7 de febrero de este año, ya no tenía competencia para conocer del proceso, pues esto había pasado al Consejo de Estado en virtud de la referida ley.

"En este caso se trata no de un cambio de normas de sustanciación y de ritualidades procedimentales en los juicios, sino de un cambio de jurisdicción. Pero es claro que tal mandato se refiere al tránsito de un código judicial a otro, es decir, siempre dentro de las normas de la justicia ordinaria. En el caso de pensiones, se contemplan dos jurisdicciones distintas, la judicial y la administrativa, y es obvio, por tanto, que la disposición mencionada no es aplicable.

"Tampoco sería aplicable el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que dice que las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que debe empezar a regir, porque ese texto no comprende las cuestiones relativas a jurisdicción.

"Como las leyes que determinan la jurisdicción son de orden público, deben tener una aplicación inmediata. Con esta consideración debe hacerse la jurisprudencia, pero sin desconocer en cada caso las situaciones procesales que pudieran recibir perjuicios.

"En el asunto que se estudia, la sentencia de primera instancia fue dictada cuando ya había empezado a regir la ley que pasó el conocimiento de las pensiones al Consejo de Estado, pero la actuación iniciada bajo la vigencia de las disposiciones anteriores ya se había cumplido casi en su totalidad y se habían producido las pruebas necesarias para acreditar los hechos fundamentales de la acción. Correspondía al Tribunal la calificación y apreciación del proceso levantado por la vía ordinaria, porque de lo contrario, podía presentarse la anomalía de tener que entrar una entidad administrativa a decidir sobre cuestiones ya adelantadas por el Organo Judicial. A la Corte le corresponde el conocimiento de las sentencias dictadas por los Tribunales por vía de consulta, en los casos en que se decretan obligaciones a cargo de la Nación, y por consiguiente, dando a las disposiciones sobre jurisdicción la interpretación que se ha expuesto, que es la justa y la que consulta la equidad, tanto el Tribunal como la Corte tienen competencia para conocer de este negocio".

Resuelta en estos términos la cuestión

previa de la competencia, la Sala considera:

La Ley 29 de 1905, exige para el reconocimiento de pensiones civiles a cargo del Estado, treinta años de servicio. Por consiguiente es el caso de examinar si de las pruebas traídas al proceso resulta cierto uno de los hechos principales invocados por el actor.

**Empleos desempeñados:**

| | Años | meses | días |
|---|---|---|---|
| Maestro de escuela (folios 2 vto., 3, 5, 6 y 7, cuad. ppal. | 1 | 2 | 7 |
| Secretario de la Alcaldía de Pereira (folios 2 vto., 3, 5, 6 y 7, ibídem) ..... | 0 | 2 | 15 |
| Inspector de Policía de Manizales (folios 11, 23, 25, 26, ibídem ..... | 0 | 3 | 13 |
| Juez 2º del Cto. de Manizales (folios 13 vto., 23, 24, 25 y 26, ibídem) ..... | 1 | 2 | 1 |
| Secretario del Juzgado del Cto. de Manizales (folios 13 vto., 23 vto., 24, 25 y 26, ibídem). | 0 | 10 | 17 |
| Secretario del Juzgado 1º Superior de Manizales (fls. 17, 23 vto., 24, 25, 26, ibídem).. | 3 | 7 | |
| Notario primero del Cto. de Manizales (folios 20, 22, 23 vto., 24, 25, 26, ibídem).... | 9 | 11 | 11 |
| Notario segundo del Cto. de Manizales (folios 19 vto., 20, 23 vto., 24, 25, 26, ibídem).. | 12 | 11 | 0 |
| Total..... | 30 | 2 | 4 |

Sobre las anteriores pruebas, la contraparte no hizo objeción alguna, aceptándolas en consecuencia y por tanto tienen toda la fuerza probatoria legal.

Importa analizar si los Notarios y Registradores tienen el carácter de empleados públicos.

Creen algunos que ellos no son funcionarios públicos ora porque no representan al Estado, propiamente, en la esfera de su competencia, bien porque no perciben sueldo sino estipendios pagados por los particulares.

Esta Sala ha estimado que ellos sí son funcionarios oficiales, porque el servicio que prestan lo impone la ley y no nace de convenios privados y porque el C. C. es muy explícito al detallar los deberes y funciones de los Notarios y Registradores. El artículo 187 de la Constitución vigente da asidero a la doctrina preconizada, cuando estatuye: "Compete a la ley la creación y supresión de círculos de Notaría y de Registro, y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores".

Podría decirse que tales empleados pertenecen a una categoría especial de funcionarios públicos cuyas labores auxilian eficazmente la administración de justicia.

Los emolumentos o derecho que ellos devengan están determinados por la ley.

La Sala de Casación en sentencia de 30 de agosto de 1923, los consideró como empleados públicos, cuando estaba aún vigente el artículo 682 del C. J. abolido dijo: "además, no es admisible la prueba testimonial para comprobar el hecho de que el Notario interino no había sido nombrado, por quien tenía facultad para ello, porque la calidad de empleado exige la prueba escrita preestablecida por la ley, cual es el decreto de nombramiento y el acta de posesión..."

En cuanto a la fijación de la cuantía de la pensión la Sala ha adoptado el sistema de buscar un promedio, como se hizo en la sentencia consultada.

En fallo de 6 de diciembre de 1937 la Corte adoptó el criterio que el señor Procurador Delegado en lo Civil estimó como más equitativo, cuando en el caso de una pensión a un Notario conceptuó así:

"En efecto, no es el caso de acreditar la cuantía del último sueldo devengado, sino como expresa y llanamente lo dice el texto, la gracia debe otorgarse por la "mitad del sueldo del último empleo". Son, pues, dos hechos enteramente distintos.

"Lo que sucede en la práctica es que para acreditar el monto del sueldo del último empleo, basta con presentar un documento auténtico que se refiere al último sueldo, entendiendo por sueldo, una suma fija y periódica que se devenga en razón de los servicios prestados por un funcionario.

"En el caso de autos, el último empleo a cargo del demandante fue el de notraio público. Como estos funcionarios no trabajan a sueldo fijo, sino que están sujetos a una remuneración esencialmente variable, en relación con el volumen de asuntos que entran para el protocolo, la prueba de esta remuneración no puede acreditarse en la misma forma que la anterior.

"Ganando, pues, esta clase de empleados, emolumentos y no sueldos, como lo exige la ley, pudiera sostenerse que ésta no toma en cuenta, en la fijación de la cuantía 'del sueldo del último empleo', los destinos públicos cuya remuneración consista en lo primero. Y de este modo, habría que investigar cuál fue el último destino sujeto a sueldo fijo y periódico para esa determinación.

"Exacto criterio adoptó este despacho y fue aceptado por la honorable Corte, en el negocio de Ulpiano Toledo Arias, donde también se trataba de fijar el monto de la pensión. De la vista respectiva son estos párrafos:

'Sostiene el Tribunal (del Distrito Judicial de San Gil), que como el último cargo desempeñado por el señor Toledo fue el de Notario 2º del Circuito del Socorro, y este puesto no tiene asignación o sueldo fijo mensual o anual, para decretar el valor de la pensión debe tenerse en cuenta el último cargo público con sueldo, es decir, el de Juez 3º del circuito de esa misma ciudad.' La Procuraduría acoge esta última parte de la sentencia que ha venido en consulta.

"La misma aplicación pudiera hacerse en este negocio, radicando, como radica la controversia, sobre idéntica cuestión. En tal evento, habría que saber cuál fue la suma que devengó el demandante en el puesto inmediatamente anterior, o sea, el de Visitador Fiscal de Boyacá y Comisaría de Arauca, con el objeto de fijar el valor de esta pensión.

"Pero profundizando un poco más, al adoptar este criterio de interpretación, se tropezaría en la práctica con graves inconvenientes, como sería el del caso de un antiguo empleado público que reclamase su pensión, después de haber servido por los treinta años respectivos el cargo único de Notario o cualquier otro en que no hubiera devengado sueldo, sino emolumentos. Tal reclamante apenas podría obtener el reconocimiento de su derecho, sin que esto se tradujera en la realidad en el goce de ningún beneficio patrimonial, por falta de base en la determinación del valor de la gracia.

"De donde puede desprenderse, que si la tesis es hasta cierto punto equitativa en su aplicación a determinados casos, resultaría altamente injusta para otros, como el del ejemplo propuesto, doctrinariamente, pues como fórmula de aplicación para todos los casos, debe ser rechazada.

"Lo anterior conduce a este despacho a sostener que en la palabra "sueldo" mencionada en el artículo 2º de la ley varias veces citada, han quedado comprendidos los emolumentos, estipendios, o, en una palabra, el fruto patrimonial que reciben los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. Es necesario, pues tener en cuenta los estipendios que obtienen los notarios públicos para los efectos de tasar el monto de las pensiones civiles a que tienen derecho de acuerdo con las leyes.

"Resta saber solamente la manera como debe fijarse el valor de los estipendios de dichos empleados, cada vez que sea necesario determinar la mitad de ellos para el otorgamiento de la pensión respectiva.

"En este negocio, el demandante trata de acreditar como sueldo en el empleo de notario, el valor que obtuvo como honorarios en el mes postrero de sus funciones de empleado público. Pero en concepto de la Procuraduría aceptar esta forma de prueba en tales casos especiales, sería además contrario al artículo 2º de la mentada ley de pensiones, sentar un principio que no consulta la equidad y la justicia.

"En efecto, sabiendo que el fruto del trabajo de los notarios consiste en una suma que varía según las circunstancias, las jubilaciones de tales empleados quedarían sujetas a la eventualidad en las ganancias excesivamente crecidas, y entonces obtienen el derecho a una pensión que de acuerdo con su categoría de empleado no merecen; por el contrario, ha correspondido en suerte, al terminar sus funciones, una remune-

ración mínima, y entonces también sería injusto concederle una pensión que no concuerda con la importancia de los servicios que ha prestado a la sociedad.

Parece lo más cuerdo y racional, y este es el concepto de la Procuraduría, que el valor de esos estipendios se determine sacando un promedio de todas las mensualidades o anualidades durante el tiempo de servicios. Esta interpretación se ajusta más con el espíritu y la letra del artículo 2º comentado, ya que con tal promedio se obtiene una suma fija y periódica que se identifica con el concepto de "sueldo" de que habla el texto.

En el caso de autos, el señor Laserna estableció en legal forma, por medio de la prueba pericial practicada por los señores Peregrino Hurtado y Elías Ruiz (fls. 6, 7 y 8, cuaderno número 2), que el promedio de los emolumentos devengados durante el lapso en el cual desempeñó sus funciones notariales fue de pesos 198-41.

La Ley 29 de 1905 en su artículo 2º da derecho a los empleados públicos que durante treinta años hayan desempeñado destinos oficiales, a una pensión de jubilación mensual equivalente a la mitad del sueldo del último empleo que hubieren ejercido.

El último destino ejercido por el actor fue el de Notario 2º, y de acuerdo con la doctrina anterior, se estableció que el promedio mensual de los estipendios devengados en calidad de Notario, fue de $ 198.41, cuya mitad sería $ 99.20½.

El demandante fijó la cuantía de su demanda en ochenta pesos mensuales, y a esta suma condenó el Tribunal a la Nación por concepto de la jubilación que le corresponde al señor Alejandro Laserna, de acuerdo con el fallo consultado.

El artículo 3º de la misma ley citada antes, señala además otros requisitos que deben comprobarse, y son los siguientes:

1º Que carecen de medios de subsistencia;

2º Que en los destinos desempeñados se hayan portado con honradez y consagración;

3º Que no han recibido pensión ni recompensa ni están en goce de ella;

4º Que observan buena conducta;

5º Que han cumplido sesenta años; y

6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

Con las declaraciones de los señores Ramón Jaramillo, Vicente Hoyos, Justiniano Londoño, Erasmo Valencia y Peregrino Hurtado, recibidas en las ritualidades de ley, se ha establecido que el señor Laserna desempeñó los destinos a que se refiere la demanda con honradez y consagración; que carece de medios de subsistencia y observa muy buena conducta (fls. 23 vto., 24, 25 y 26 del cuaderno principal).

Consta igualmente en los autos que no ha recibido pensión ni recompensa y que está a paz y salvo con el Tesoro Nacional (fls. 13 y 15, cuaderno número 2).

Según el certificado de origen eclesiástico (fls. 27, cuaderno principal), la partida de bautismo del señor Laserna no se encontró en los libros respectivos, pero la prueba supletoria acreditada al negocio demuestra claramente que tiene sesenta años.

La Sala encuentra completa la documentación presentada por el demandante y está de acuerdo con el Tribunal en la forma como resolvió el libelo petitorio.

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 en todas sus partes la sentencia consultada.

Copia de esta sentencia será enviada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Contralor General de la República.

Notifíquese, publíquese, cópiese y oportunamente devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**Pedro Alejandro Gómez Naranjo—Eleuterio Serna—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres**, Srio. en ppdad.

## EXCEPCIONES

**1. Cuando se ha consagrado en un contrato celebrado legalmente por la Nación la exención de impuestos nacionales, no puede el Gobierno por medio de una resolución administrativa interpretar de manera unilateral el contrato y ordenar el cobro de los impuestos. En estos casos es necesario que previamente la autoridad judicial competente, que conforme al artículo 40 del C. J. es la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, defina la cuestión y fije el alcance de la cláusula respectiva en un juicio contradictorio seguido por los trámites ordinarios. — 2. La Nación, como persona jurídica, puede celebrar contratos con particulares, contraer obligaciones y quedar, en consecuencia, sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan tales actos, y en esos contratos el Estado contratante se coloca en igual condición jurídica que el contratista, sin que pueda interpretar unilateralmente sus cláusulas.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos treinta y nueve.

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

El señor John H. Hope Blackett, apoderado general de The Dorada Railway Company, sociedad anónima domiciliada en Londres, Inglaterra, con asiento de negocios en el Municipio de Mariquita, en el juicio ejecutivo que para el pago de los impuestos sobre la renta y patrimonio de los años de 1935 y 1936 se adelanta contra la mencionada Compañía en la Recaudación de Hacienda Nacional de Honda, propuso las excepciones de exención contractual de impuestos y por lo tanto de los que se cobran, inexistencia de la obligación, error de cuenta, petición antes de tiempo e incompetencia de jurisdicción. Enviado el incidente a la Corte y tramitado legalmente en esta Sala, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

La Recaudación de Hacienda Nacional de Honda reconoció a favor de la Nación y a cargo de The Dorada Railway Company, Limited, la cantidad de $ 358,716.85, por el impuesto sobre la renta en los años de 1935 y 1936. Por esta suma más los intereses y las costas, la misma oficina libró orden de pago por la vía ejecutiva contra la mencionada Compañía, con fecha 19 de noviembre de 1937. El auto ejecutivo fue apelado por el representante de la Compañía, por estimar que el Recaudador no era competente para dictarlo, porque entre la Nación y la Compañía concesionaria del Ferrocarril de La Dorada hay una controversia sobre el alcance de la exención de impuestos que pactaron, y que sólo la Corte puede resolver cuál de los dos contratantes tiene la razón.

La Sala, en providencia de fecha 22 de marzo del año pasado, confirmó el auto ejecutivo, porque consideró que los motivos expuestos por el señor apoderado son materia de un incidente de excepciones,—en el cual tienen las partes término para presentar las pruebas que juzguen convenientes para la decisión de la controversia,—pero no de la apelación del auto ejecutivo.

Tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como el apoderado de la entidad ejecutada, doctor Miguel S. Uribe Holguín, presentaron en oportunidad sus alegatos de conclusión. El señor Procurador pide que se declaren no probadas las excepciones y el doctor Uribe Holguín solicita que se declare de preferencia la excepción de incompetencia de jurisdicción y en subsidio la de petición antes de tiempo. La Sala considera que lógicamente las mencionadas excepciones son las que deben estudiarse primero. Si se encuentra probada alguna de ellas, no es ne-

cesario entrar en el estudio de las otras que han sido propuestas.

Entre otras razones el excepcionante alega para fundamentar la excepción de incompetencia de jurisdicción la de que en el presente caso los funcionarios que han intervenido en la interpretación de las cláusulas de los contratos de concesión del Ferrocarril de La Dorada y en el cobro de los impuestos nacionales de que el concesionario está exento, carecen de jurisdicción para ello. Pero como la excepción de declinatoria de jurisdicción se refiere al caso de que el Juez carezca de ella, o no sea competente para conocer de la demanda promovida, según el artículo 331 del C. J., y esto no ocurre en este juicio, porque tanto el Recaudador de Honda para iniciar el juicio ejecutivo como la Corte para conocer de las excepciones tienen su competencia fijada en las leyes de procedimiento, no puede prosperar la referida excepción.

La excepción de petición antes de tiempo la funda el actor en los siguientes motivos: conforme al contrato de concesión (de 17 de julio de 1905), las controversias que se susciten entre el Gobierno y el concesionario con motivo del contrato, exceptuando las cláusulas de caducidad, deben decidirse por la Corte Suprema de Justicia; el artículo 40 del C. J., atribuye a la sala civil de única instancia de la Corte el conocimiento privativo, 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; ni el Recaudador de Honda, ni el Ministerio de Hacienda ni la Jefatura de Impuestos, tienen autoridad para decidir en relación con el pago de impuestos; los contratos eximen al concesionario de impuestos nacionales; sólo después de una sentencia de la Corte en juicio iniciado por la parte contratante que desconoce la validez de las exenciones o les restringe o limita su aplicación, puede el Gobierno, en el caso de que el fallo sea desfavorable a la otra parte, hacer el reconocimiento y cobro de los impuestos; pero como se ha iniciado la ejecución sin que esto ocurra, ha habido una petición antes de tiempo.

Sobre esta excepción, observa la Sala:

La Ley 104 de 1892, autorizó al Gobierno Nacional para contratar la construcción de las vías férreas que estimara convenientes y lo facultó para que a las empresas concesionarias y a todas sus anexidades y dependencias les concediera exención del pago de las contribuciones e impuestos nacionales y de las extraordinarias; durante la vigencia de esa ley, el Gobierno celebró con Tomás Germán Rubio el contrato de 9 de mayo de 1893, sobre construcción y explotación del ferrocarril que primero se denominó Ferrocarril Nacional de Occidente de Colombia y posteriormente ferrocarril de La Dorada; más tarde el Gobierno celebró el contrato de 17 de julio de 1905, que modificó aquel (Diario Oficial número 23270 de 31 de agosto de 1936); en virtud de varios traspasos la concesión pasó a The Dorada Railway, actual propietaria; en los contratos se estipuló por el Gobierno Nacional una excepción para el concesionario de toda contribución nacional, departamental o municipal); en el contrato de 17 de julio de 1905, cláusula relativa a la exención quedó así:

"10º Exención de toda contribución nacional o departamental y de empréstitos forzosos, exacciones y contribuciones de guerra, como también de todo empréstito o contribución municipal que no sea de carácter general".

El 27 de diciembre del mismo año, se modificó el contrato anterior y la cláusula de las exenciones quedó en estos términos, que son iguales a los pactados en el año de 1893:

"Artículo 10. Inciso 10. Exención de toda contribución nacional, departamental o municipal, del impuesto fluvial y de empréstitos forzosos, exacciones y contribuciones de guerra. Tampoco podrán ser gravados los efectos y pasajeros que transiten por el ferrocarril, con contribuciones o impuestos especiales durante el tránsito por la vía".

La Jefatura de Rentas e Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en Resoluciones números 374

y 742 de 1937, interpretó los contratos celebrados por la Nación con The Dorada Railway Company Limited en el sentido de establecer que en concepto del Ministerio esa empresa no está exenta de pagar los impuestos sobre la renta, patrimonio y exceso de utilidades. En estas resoluciones se apoyó la Recaudación de Hacienda Nacional de Honda para hacer el reconocimiento y cobro ejecutivo del impuesto referente a los años de 1935 y 1936.

La Compañía mencionada no ha aceptado la interpretación unilateral del contrato hecha por el Ministerio y sostiene por su parte que la cláusula sobre exención de impuestos nacionales es clara en los contratos. Hay por tanto, una controversia emanada del contrato celebrado por la Nación y la Compañía, y es obvio que mientras esa cuestión no se decida por la entidad competente, no se puede adelantar ninguna acción ejecutiva por razón de impuestos contra la sociedad mencionada. Está, pues, comprobada la exención de petición antes de tiempo. En autos figura copia de todos los contratos celebrados en relación con el Ferrocarril de La Dorada, lo mismo que de las resoluciones del Ministerio.

Sobre esta excepción dice el señor Procurador Delegado en lo Civil lo siguiente:

"Es preciso ante todo aclarar un punto que podría dar ocasión a la aplicación errónea de la doctrina sentada por la Sala de Negocios Generales en las excepciones propuestas por la Andian National Corporation dentro del juicio ejecutivo que se le siguió en el año de 1935.

"Admito que mientras subsistan diferencias entre los contratistas sobre obligaciones del contratista o del Gobierno no puede éste exigir de aquél el cumplimiento de las prestaciones a que se haya obligado en el contrato mismo, caso en el cual es necesaria una previa definición de la controversia por la autoridad competente para ello. Esta es una consecuencia que dimana fácilmente del concepto de estado de derecho.

"Pero cuando como en el caso presente, el Gobierno no está exigiendo a la Compañía el cumplimiento de obligaciones contractuales sino el pago de un tributo, esto es, una obligación de derecho público, nacida ex-lege, no es operante aquella restricción puesto que por medio de las leyes fiscales creadoras de los impuestos el Estado da competencia a los funcionarios para crear unilateralmente a cargo de los contribuyentes, obligaciones exigibles en dinero. Al crear el título de recaudo, el funcionario competente actúa dentro de la órbita fijada por la disposición reglamentaria general y establece legítimamente a favor del patrimonio administrativo y a cargo del contribuyente una obligación legal incondicional, puesto que en las modernas concepciones de la ciencia fiscal el impuesto es una contribución obligatoria, es el precio que la soberanía exige del individuo en virtud del principio de la solidaridad nacional, exigido únicamente por razón del hecho de que dichos individuos son miembros de una comunidad política. El impuesto, es, pues, "la obligación específica, en cabeza de cada individuo, por razón de la necesidad inherente a toda sociedad política", es una prestación pecuniaria de valores que no viene seguida de una contraprestación especial de los agentes públicos, es esencialmente un pago forzado a que los contribuyentes están jurídicamente obligados por el solo hecho de hacer parte de una comunidad políticamente organizada".

La sentencia a que hace referencia el señor Procurador, es la de doce de abril de 1935, dictada en las excepciones propuestas por la Andian National Corporation Limited en el juicio ejecutivo que se le siguió para el cobro de un impuesto. En ese fallo se declaró probada la excepción consistente en no haber nacido el derecho de la Nación para hacer efectivo ejecutivamente el cobro del impuesto. Esta sentencia no es errónea, como lo estima el señor Procurador, como se verá a continuación.

En tesis general, lo sostenido por el señor Procurador en cuanto se relaciona con el poder del Estado para cobrar impuestos, es exacto. Pero cuando se ha consagrado en un contrato celebrado legalmente por la Nación la exención de impuestos nacionales, no puede el Gobierno por medio de una resolución administrativa interpretar de ma-

nera unilateral el contrato y ordenar el cobro de los impuestos. En estos casos es necesario que previamente la autoridad judicial competente, que conforme al artículo 40 del C. J. es la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, defina la cuestión y fije el alcance de la cláusula respectiva en un juicio contradictorio seguido por los trámites ordinarios. En el caso de la Andian el juicio ordinario se adelantó ante la Sala Plena en lo Civil, con arreglo al artículo 8º de la Ley 37 de 1931, por tratarse de un contrato de petróleos, y el asunto fue fallado por sentencia de fecha nueve de mayo de 1938, en la cual se decidió que la Compañía no estaba obligada a pagar el impuesto que se le cobraba.

La doctrina sentada por la Corte en la sentencia de 1935, es la misma preconizada en numerosos fallos de la corporación, en los cuales se ha sostenido que la Nación como persona jurídica puede celebrar contratos con particulares, contraer obligaciones y quedar, en consecuencia, sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan tales actos, y que en esos contratos, el Estado contratante se coloca en igual condición jurídica que el contratista, sin que pueda interpretar unilateralmente sus cláusulas. En sentencia de fecha 19 de octubre de 1923, esta Sala dijo:

"Es indispensable que mientras haya diferencias entre los contratantes, sobre obligaciones del contratista o del Gobierno, o sobre la inteligencia del contrato, el Poder Judicial o los Tribunales de lo Contencioso Administrativo son los que deben resolver, en lo que les corresponda, sobre demandas en que se exija del contratista el cumplimiento de sus obligaciones al Gobierno, de acuerdo con la parte final de la cláusula mencionada. De lo cual se desprende que durante el tiempo en que esté pendiente la decisión definitiva de esas diferencias, el Juez de Ejecuciones Fiscales no puede ejecutar a la Compañía, porque aunque haya una partida de reconocimiento oficial de deuda del contratista, se ignora si éste debe la cantidad reconocida, puesto que él sostiene que de acuerdo con lo estipulado no la debe".

La excepción presentada por el apoderado general de The Dorada Railway Company Limited se funda en que no pueden aceptarse otras fuentes de obligación que los contratos celebrados con la Nación, en los cuales se eximió a la Compañía del pago de impuestos nacionales y en los que se estipuló que las diferencias de interpretación de los contratos se decidirían por el órgano judicial. Por tanto, es necesario concluír que en el caso que se estudia el documento que se tiene por recaudo ejecutivo, aunque tiene la apariencia plena de prueba contra el deudor, estudiado en el fondo como corresponde hacerlo en el incidente de excepciones, no tiene la consistencia jurídica necesaria para que pueda servir de base a una ejecución, pues hay hechos que ponen de manifiesto que la liquidación actual y el cobro del impuesto pueden contrariar el contrato. Queda de esta manera demostrada la carencia de acción ejecutiva, pues mientras no se decidan por la justicia ordinaria las diferencias que han surgido acerca del contenido jurídico de los contratos celebrados para la construcción del Ferrocarril de La Dorada, no es posible estimar si la Compañía es deudora o no, ni tampoco puede prosperar la acción ejecutiva.

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 fundada en los motivos expresados en este fallo, siendo por tanto ineficaces la acción intentada y el mandamiento de pago dictado por la jurisdicción coactiva. Como consecuencia se ordena cesar el juicio y se decreta el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva. Sin costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres**, Srio. en ppdad.

## EXCEPCION DE COSA JUZGADA

**Conforme al artículo 474 del C. J., para que haya cosa juzgada se exigen tres requisitos: identidad de objeto y de causa e identidad jurídica entre las personas de los litigantes. Si falta alguno de estos requisitos, es obvio que la excepción no puede prosperar. No debe confundirse la identidad de la cosa demandada con la identidad de la CAUSA PETENDI, que representan dos ideas distintas en concepto del legislador. Es regla admitida que la cosa juzgada está en la parte dispositiva de la sentencia y no en las razones que la han motivado.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos treinta y nueve.

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

El Tribunal Superior de Tunja, en sentencia de fecha 16 de febrero de este año, decidió el incidente de excepciones propuestas por el apoderado del Departamento de Boyacá en el juicio iniciado contra esta entidad por el señor Gregorio Jaramillo E., en el sentido de declarar no probada la excepción de pleito pendiente y probada la de cosa juzgada. Se condenó en costas al demandante señor Jaramillo. El apoderado de éste, doctor Tobías Monroy, apeló del fallo y el recurso se le concedió en el efecto suspensivo. Tramitado legalmente en esta Sala, se pasa a ponerle fin, previas las siguientes consideraciones:

Se funda la excepción de pleito pendiente en la existencia de otro juicio entre las mismas partes que figuran en el presente y sobre el mismo objeto, o sea el siguiente: los perjuicios que el demandante alega haber sufrido por violación del contrato de fecha 11 de noviembre de 1933, celebrado entre él y el Departamento de Boyacá. Sobre este punto es jurídica la decisión del Tribunal, porque la primera acción judicial finalizó por sentencia firme de dos de mayo de mil novecientos treinta y ocho, pronunciada por esta Sala, y sólo existe el procedimiento de que trata el artículo 553 del C. J., para la ejecución del fallo referido. No hay, por consiguiente, pleito pendiente entre las mismas partes y sobre la misma cosa. No puede, por tanto, prosperar la excepción.

La excepción de cosa juzgada se funda en la sentencia firme que acaba de citarse. Se refiere el señor Procurador a la demanda que dio origen al fallo de la Corte y dice así en su vista:

"Por manera que el perjuicio alegado en aquella primera demanda con causa en la infracción de la cláusula sexta del contrato, fue materia de la litis contestatio y del fallo que la desató. Y como a ese mismo perjuicio, con causa en la misma infracción, es al que se refiere la primera petición de la nueva demanda, es de toda lógica jurídica concluír que en esa parte se reúnen los elementos constitutivos de la **exceptio rei judicatae**, ya que la identidad jurídica de las personas en las dos acciones está fuera de toda discusión.

"No sucede lo propio con la segunda petición de la nueva demanda y sus consecuenciales, esto es todo lo referente a perjuicios que el demandante alega — con causa en la declaración administrativa de caducidad — del contrato de 11 de noviembre de 1933, pues tal cosa no fue materia de la primera demanda, ni, por consiguiente, quedó comprendida en el fallo que a ella recayó. Basta leer el contenido de aquélla, según la relación que se hace en el fallo, para concluír que el hecho de la declaración de caducidad del contrato no se expresó entre los fundamentos de la primera demanda como causa de perjuicios para el demandante. En esa parte no hay, pues, identidad jurídica de

causa petendi en las dos acciones ejercitadas. Y hasta podría decirse que no hay tampoco identidad de objeto, pues una cosa es el daño patrimonial por infracción de una o más cláusulas determinadas del contrato, y otra distinta el que se hace provenir de la declaración de caducidad del mismo, no habiéndose alegado ésta entre las violaciones imputadas al Gobierno de Boyacá en la primera demanda".

La Sala comparte el concepto del señor Procurador en relación con la segunda petición de la nueva demanda y acoge sus razonamientos como fundamento de su decisión para declarar que no está probada la excepción de cosa juzgada en esta parte del libelo, en oposición a lo resuelto por el Tribunal, que debe ser revocado.

Pero no comparte la opinión de aquel alto funcionario ni la del Tribunal de primera instancia en lo relativo a la primera petición de la nueva demanda, por estimar que tampoco en esta parte está acreditada la excepción de cosa juzgada, como se verá a continuación.

La parte resolutiva del fallo de esta Sala, que recayó a la primera demanda del señor Jaramillo, dice así:

"**Primero.** Revócase la sentencia de primera instancia, de fecha diez de marzo de mil novecientos treinta y seis, de que se ha hecho mérito, menos en lo referente a costas. — **Segundo.** El demandante Gregorio Jaramillo cumplió el contrato celebrado el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres con el Departamento de Boyacá, mientras dicho contrato estuvo vigente. — **Tercero.** El Departamento de Boyacá, por medio de sus agentes, infringió el contrato de que se ha hecho mención en este fallo. En consecuencia, por ser civilmente responsable de los perjuicios causados a partir desde el día en que se puso en vigencia el contrato de veinticinco de enero de mil novecientos treinta y cuatro, celebrado con Luis E. Buitrago B., se le condena al pago de ellos hasta el día en que el contrato ajustado con el demandante se declaró caducado (5 de octubre de 1934). Estos perjuicios se fijarán en forma legal (artículo 553 del Código Judicial), teniéndose en cuenta los causados con los contratos otorgados a Buitrago, Gutiérrez y Riaño, respecto a los lugares a que esos contratos se refirieron. — **Cuarto.** Se absuelve al Departamento demandado de los demás cargos formulados en la demanda. — **Quinto.** Sin costas en esta instancia".

Las peticiones de la nueva demanda, o sea, la presentada con fecha primero de septiembre del año pasado, son éstas:

"**Primera.** Que el Departamento de Boyacá, por obra de su representante administrativo, el señor Gobernador, al negarse a darle licencia al contratista Gregorio Jaramillo E. para establecer fábricas similares en los municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada, según la cláusula sexta del contrato de fecha once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, dicho Departamento violó el mencionado contrato, y se hizo responsable de los perjuicios causados al dicho contratista desde el 1º de agosto de 1934, fecha en que Jaramillo hizo su solicitud, hasta la terminación del contrato, esto es, hasta el 11 de noviembre de 1935, por cuanto ya Jaramillo E. había cumplido la condición allí estipulada.

"**Segunda.** Que por obra de la Resolución de caducidad dictada por el Gobernador del Departamento de Boyacá, en su carácter de Director y Jefe de la Administración Seccional, con fecha 5 de octubre de 1934, la entidad jurídica, Departamento de Boyacá, violó el contrato bilateral, celebrado por ella con el actor Gregorio Jaramillo E., el once de noviembre de mil novecientos treinta y tres; contrato de que da cuenta el documento privado protocolizado en la Notaría Primera del Circuito de Tunja, el diez y ocho de noviembre del mismo año y al cual se refiere la escritura pública registrada número setecientos quince de esa misma Notaría.

"**Tercera.** Que el Departamento de Boyacá por obra de la citada resolución de caducidad y por otros hechos realizados por sus agentes con autoridad, también constitutivos de violación del contrato de fecha once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, al romper unilateralmente los vínculos

contractuales que lo ligaban con el actor Gregorio Jaramillo E., se hizo civilmente responsable del pago de todos los perjuicios causados a éste, hasta el vencimiento del contrato aludido, es decir, hasta el once de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

"**Cuarta.** Que por virtud de la unidad e indivisibilidad del contrato de fecha once de noviembre de mil novecientos treinta y tres, los mencionados perjuicios se refieren a la totalidad de los municipios comprendidos en dicho contrato.

"**Quinta.** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones el Departamento de Boyacá debe al actor Jaramillo por concepto de perjuicios, la suma de dinero que se pruebe en este juicio o la que se fije en la ejecución de la respectiva sentencia.

"**Sexta.** Que por virtud de la declaración inmediatamente anterior se condena al Departamento de Boyacá al pago de las sumas dichas, dentro del término que el sentenciador fije".

Basta comparar la parte resolutiva de la sentencia de la Sala con la primera petición de la nueva demanda, para ver que el objeto de la litis es distinto. La Corte falló sobre los perjuicios causados a partir desde el día en que se puso en vigencia el contrato de veinticinco de enero de 1934, celebrado con Luis E. Buitrago B., hasta el día en que el contrato ajustado con el demandante se declaró caducado (5 de octubre de 1934), y se ordenó fijar los perjuicios teniendo en cuenta los causados con los contratos otorgados a Buitrago, Gutiérrez y Riaño, respecto de los lugares a que esos contratos se refirieron; la nueva demanda se refiere en su primera petición a los perjuicios causados por el Departamento de Boyacá al demandante señor Jaramillo al negarse a darle licencia para establecer fábricas similares en los municipios de Duitama, Samacá, Tibaná, Ramiriquí, Turmequé y Ventaquemada, según la cláusula sexta del contrato de fecha 11 de noviembre de 1933; en la sentencia se condenó a pagar los perjuicios por la causa ya anotada, desde el día en que se puso en vigencia el contrato de 25 de enero de 1934 celebrado con Luis E. Buitrago B., hasta el día 5 de octubre de 1934, en que el contrato celebrado con el demandante se declaró caducado; la nueva demanda se refiere a perjuicios por otra causa y comprende fechas distintas, o sea, desde el 1º de agosto de 1934, fecha en que Jaramillo hizo su solicitud, hasta la terminación del contrato, esto es, hasta el 11 de noviembre de 1935.

Dice el señor Procurador que en la primera demanda se adujo como hecho el siguiente:

"Que según la cláusula sexta del contrato, el Departamento se comprometió a darle licencia semejante a la concedida en el contrato, para establecer fábricas en otros municipios. Que aunque en algunos de los municipios en que él tenía la exclusividad se había producido un aumento en el consumo de fermentadas, a pesar de sus solicitudes, el Gobierno no ha cumplido con la obligación de concederle esas licencias".

Y agrega que como el fallo recayó sobre lo pedido y en la nueva demanda se solicita otra vez el pago de los perjuicios por incumplimiento de la cláusula sexta del contrato, hay identidad de objeto y por consiguiente, cosa juzgada.

Sobre esto se observa que en la sentencia que puso fin a la primera demanda no se hizo condenación por violación de la cláusula sexta del contrato y que en la parte resolutiva de la sentencia es donde debe buscarse si hay identidad de objeto.

El artículo 474 del C. J., dice:

"Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes.

"Se entiende que hay identidad jurídica de personas siempre que las partes en el segundo pleito sean causahabientes a título universal de las que figuran en el primero, o a título singular por legado o por enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda, si se trata de inmuebles, o a la notificación de ésta, si de muebles".

De manera que conforme a esta disposición, se exigen tres requisitos para que se pueda oponer en un juicio la excepción de

cosa juzgada: identidad de objeto y de causa e identidad jurídica entre las personas de los litigantes. Si falta alguno de estos requisitos, es obvio que la excepción no puede prosperar.

No debe confundirse la identidad de la cosa demandada con la identidad de la **causa petendi**, que representan dos ideas distintas en concepto del legislador, como se ha visto en la disposición transcrita.

En el caso que se estudia, aun cuando se estime que la causa para demandar es la misma, o sea, la obligación de indemnizar perjuicios por violación de un contrato, el objeto no es el mismo, como se ha visto al comparar la sentencia con la nueva demanda.

Ricci, en su tratado de las pruebas, al hablar de la cosa juzgada dice: "La sentencia contiene dos partes: una, en que se decide el litigio; la otra, en la que se desenvuelven los motivos de hecho y de derecho, en los cuales el juez ha fundado su decisión. Es regla admitida que la cosa juzgada esté en la parte dispositiva de la sentencia y no en las razones que la han motivado".

En otra parte de su estudio dice el mismo autor que la cosa juzgada que se opone, debe resultar claramente de la sentencia de la cual se deduce, y que cuando se ha opuesto la excepción, corresponde al juez examinar la sentencia, para ver si la excepción es o no fundada. Aplicando estos principios al caso que se estudia, se llega a la conclusión de que la excepción que se opone a la nueva demanda no resulta claramente de la sentencia dictada y que, por tanto, no puede prosperar.

Pero aun admitiendo que sobre el particular se presentan dudas, por las opiniones expresadas por el señor Procurador, la conclusión de esta providencia debe ser la misma. El autor citado, que es una autoridad en la materia, dice así:

"En caso de duda respecto de si hubiere o no verdadera cosa juzgada, más bien se ha de rechazar que garantiza la excepción que la prejuzga".

Por estas razones, se debe declarar que no está probada tampoco en el juicio la excepción de cosa juzgada.

Además, la excepción de cosa juzgada puede proponerse como perentoria o como dilatoria, esta última para que sea decidida antes de la contestación de la demanda. En el caso que se estudia, fue propuesta como dilatoria. Por consiguiente, al fallar el negocio, habrá ocasión de decidir en el fondo sobre todas las cuestiones relacionadas con la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Se confirma el punto primero de la sentencia apelada que declara no probada la excepción de pleito pendiente.

2º Se revoca el punto segundo y se declara en cambio que no está probada tampoco la excepción dilatoria de cosa juzgada.

3º Se revoca el punto tercero y se declara que no hay lugar a hacer condenación en costas.

4º La contestación de la demanda deberá hacerse dentro del término que señala el artículo 337 del C. J.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres**, Srio. en ppdad.

## EXCEPCIONES

**1.—Las exigencias establecidas por las ordenanzas en desarrollo de las normas generales de la ley civil sobre fianzas, deben estimarse en beneficio y seguridad de los intereses públicos, pero no puede sostenerse que tienen el poder de variar los preceptos de la ley civil para la validez de los actos o declaraciones de voluntad. — 2.— No puede involucrarse en un mismo procedimiento el incidente de nulidad de un juicio y el de excepciones, pues ambos son distintos y tienen su diferente tramitación.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre trece de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

Esta Sala, en sentencia de fecha 10 de mayo de 1937, declaró probada la excepción de nulidad e ineficacia del instrumento que en copia se acompañó al expediente para que sirviera de recaudo ejecutivo, en el juicio seguido por el Administrador General del Tesoro de Manizales, contra 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, juicio que se apoyó en un alcance que el Contralor del Departamento dedujo contra el señor Llano, almacenista-pagador de la carretera Aranzazu-Salamina. La Sala se fundó en lo siguiente: "Como lo estima el Tribunal, no está probado que existan motivos de falsedad de la diligencia de fianza. Pero observa la Sala que sí hay irregularidades acreditadas en autos que hacen ineficaz el documento que sirvió de recaudo ejecutivo, es decir, nulo para proceder con apoyo en él".

Conforme a la providencia citada, la Sala dejó establecido que la diligencia de fianza otorgada por el señor Luis González J. para responder del manejo del señor Luis Evelio Llano, no adolece de motivos de falsedad. Pero encontró la Sala irregularidades como haber presentado el documento de fianza en copia, las cuales sirvieron de apoyo para declarar probada la excepción de nulidad e ineficacia del instrumento acompañado en copia.

Corregidas satisfactoriamente las irregularidades anotadas por la Corte, ya que se acompañó a los autos el original del documento de fianza, el Administrador General del Tesoro de Manizales, libró nuevo mandamiento ejecutivo contra el señor Luis González J., como fiador del señor Luis Evelio Llano, por la cantidad expresada. El doctor Luis Salas B. como apoderado del señor González, propuso las excepciones siguientes: inexistencia de la obligación que se cobra, nulidad de lo actuado, incompetencia de jurisdicción por el empleado que decretó el embargo, nulidad del documento que sirvió como recaudo ejecutivo, carencia de acción, petición antes de tiempo y error de cuenta.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en sentencia de fecha cinco de agosto del año pasado, declaró probada la excepción de error de cuenta por la cantidad de un peso moneda corriente, y negó las otras. El fallo fue apelado por el doctor Salas y el asunto subió a la Corte. Tramitado legalmente el recurso, se pasa a decidirlo, estudiando separadamente las excepciones propuestas.

### Inexistencia de la obligación

Se funda en lo siguiente: "En que la obligación de deber no existe en contra de mi poderdante González J., por cuanto que a la diligencia de fianza le faltaron requisitos de

orden legal, que la hacen nula, de nulidad absoluta, y consecuencialmente inexistente la obligación. Como se ve de las diligencias ejecutivas a que me refiero, no aparece en ellas que se hubieran llenado los requisitos que exigían los artículos 343 a 345 de la Ordenanza 62 de 30 de abril de 1923, pues no hay constancia de que la fianza hubiera sido aprobada y que el nombramiento de Luis Evelio Llano hubiese sido confirmado por la Secretaría de Hacienda. Tampoco hay constancia en los autos de que se hubiese comprobado la solvencia del fiador y menos de que tal diligencia de fianza se hubiese prestado por dos personas".

Se observa:

Conforme a la Ordenanza citada, la fianza se acepta por el Secretario de Hacienda o por el empleado que éste comisione al efecto. Consta en el documento respectivo que el Secretario de Obras Públicas aceptó la obligación a nombre del Departamento. También figura en autos copia del nombramiento y de la posesión del empleado señor Luis Evelio Llano. El documento de fianza fue debidamente estampillado y reconocido judicialmente por el fiador.

La caución se constituyó válidamente. Aun admitiendo que los requisitos señalados por el excepcionante no se hubieran cumplido, no por eso podría admitirse que no existe la obigación, porque esos requisitos conforme a las reglas generales del Código Civil, no constituyen solemnidades esenciales para la validez del acto. Las exigencias establecidas por las ordenanzas en desarrollo de las normas generales de la ley civil sobre fianzas, deben estimarse en beneficio y seguridad de los intereses públicos, pero no puede sostenerse que tienen el poder de variar los preceptos de la ley civil para la validez de los actos o declaraciones de voluntad.

Consta igualmente en el documento que se comprobó la solvencia del fiador al constituír la obligación, por lo cual no tiene razón lo alegado por el excepcionante.

Sobre esta excepción, que la Sala considera que no está probada, es pertinente citar la doctrina de la Corte, acogida en sentencia de 6 de febrero de 1926, que dice así:

"Las exigencias de la ley fiscal en lo que hace a las seguridades que deben prestar los empleados de manejo, están establecidas en beneficio de los intereses generales. De ahí que prescriba que la fianza debe constar por escritura pública y ser hipotecaria; o prendaria; de ahí también que el empleado que acepta una fianza sin las condiciones dichas lo haga responsable hasta por una suma igual a la señalada como fianza. Si se otorga una fianza personal por medio de documento privado, no puede concluírse que carezca de valor o que caducó o se extinguió por el solo hecho de no haberse prestado la caución real correspondiente en el plazo señalado por la ley, ni por la circunstancia de que la misma ley torne en fiador al funcionario que aceptó la fianza. De otra suerte se dejarían en descubierto los intereses nacionales, lo cual peca contra el principio que informa las disposiciones pertinentes del Código Fiscal". (T. XXXII, 184, 2º).

**Nulidad de lo actuado**

Se funda esta excepción en que con el procedimiento seguido en estas diligencias se han violado las siguientes disposiciones: artículo 22 de la Constitución y artículos 317, 395, 1000 y 448 del C. J. En el alegato agrega el excepcionante que hubo falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Como lo observa el señor Procurador Delegado en lo Civil, se han confundido en este caso las nulidades procedimentales con las excepciones. Las excepciones en juicio ejecutivo son hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. La nulidad de lo actuado es cosa distinta y no puede fallarse en un incidente de excepciones porque se involucran cuestiones totalmente diversas.

Pero estudiando a fondo el asunto, se observa que el procedimiento se siguió de acuerdo con las normas legales y que el nombramiento de curador **ad-litem** se hizo con arreglo a los mandatos del Código Judi-

cial. No puede prosperar, por consiguiente, la excepción de nulidad de lo actuado, por ser improcedente.

### Incompetencia de jurisdicción

La tercera excepción es la de incompetencia de jurisdicción por el empleado que decretó el embargo. Se funda en que el Visitador Fiscal del Departamento no tiene jurisdicción para decretar embargos preventivos.

Se observa que lo relativo al embargo preventivo de bienes, ha debido hacerse valer en la oportunidad. El juicio ejecutivo ha sido seguido por el Administrador General del Tesoro, empleado que tiene jurisdicción para adelantar las ejecuciones contra los deudores del fisco departamental.

Por otra parte, según lo observa el Tribunal, el Visitador Fiscal sí tenía facultades para proceder a embargar preventivamente los bienes de los deudores morosos del Departamento.

Tampoco puede prosperar la excepción de incompetencia de jurisdicción.

### Nulidad del documento que sirvió de recaudo ejecutivo

Estima el excepcionante que el documento de fianza no está en consonancia con la ley, para que preste mérito ejecutivo.

Al tratar de la primera excepción se vio que no hay motivo para considerar que el documento de fianza adolezca de nulidad. Se extendió en forma legal. Este aspecto de la cuestión fue estudiado por la Sala al fallar las primeras excepciones y sólo encontró irregularidades por haberse presentado en copia el documento de fianza, las cuales como se ha visto, fueron corregidas al iniciarse la nueva ejecución.

### Carencia de acción

Dice el excepcionante que la acción está dirigida contra persona distinta de la obligada, pues al tenor de lo preceptuado por el artículo 347 de la Ordenanza 62 de 1923, el responsable es el Secretario de Hacienda, por haber violado la ley.

En primer lugar, no está establecido que el funcionario nombrado violara la ley para hacer responsable de la sanción que contempla el artículo citado. Por otra parte, la Sala acoge las siguientes razones expuestas por el señor Procurador para llegar a la conclusión de que debe negarse la excepción propuesta:

"El texto de ley u ordenanza que establece que el funcionario que no exija las cauciones de que ella trata o que las admita en condiciones distintas de las expresadas, se hace responsable solidariamente con el empleado por el alcance que contra éste se deduzca, hasta concurrencia de la cantidad señalada como monto de la caución, hace nacer un beneficio a favor del patrimonio general, quien se encuentra así protegido más eficientemente. Pero la facultad de dirigir la acción para el reintegro de las sumas defraudadas por un empleado de manejo contra uno de los deudores solidarios pertenece a ese patrimonio general, quien puede escogitar libremente el deudor solidario que crea garantizar mejor sus intereses, de la misma manera que un acreedor particular puede escoger al deudor solidario que crea más idóneo y solvente, sin que dicho deudor tenga el derecho de exigir se dirija la acción en forma diversa. Es pues un beneficio a favor del patrimonio general, no a favor de los deudores".

### Petición antes de tiempo y de modo indebido

Se alega como fundamento de esta excepción que al ejecutado no se le oyó y venció en el juicio de cuentas, contra previo pedimento de la parte afectada.

Sobre esta excepción no se presentó prueba de ninguna clase durante el término respectivo del incidente, como ha debido hacerlo quien la alegó. Además, de autos aparece que el juicio ejecutivo se apoyó en el fenecimiento número 373 de la Contraloría Departamental de Caldas, por medio del cual se elevó a alcance a cargo de Luis Evelio Llano la suma de $ 6,575.94 y se ordenó que la reintegrara a las cajas del Tesoro De-

partamental, por sí o por medio de su fiador solidario señor González, a quien se le notificó el fenecimiento el 25 de marzo de 1935.

No tiene fundamento la excepción de petición antes de tiempo, por lo que se ha expuesto.

**Error de cuenta**

Sobre esta excepción, la Sala encuentra fundado lo resuelto por el Tribunal y que dicha entidad sustenta en la siguiente forma:

"El hecho alegado como fundamento de esta excepción está demostrado en parte, porque rectificando la suma de las cantidades deducidas como alcance en el auto de fenecimiento, se llega a la conclusión de que la suma total que dan dichas cantidades no es la de seis mil quinientos setenta y cinco pesos con noventa y cuatro centavos. Es decir, existe el error o exceso de un peso, por el cual se declara probada la excepción que se analiza".

Como se ha visto por el estudio que se ha hecho del negocio, la sentencia apelada es jurídica en todas sus partes y debe ser confirmada.

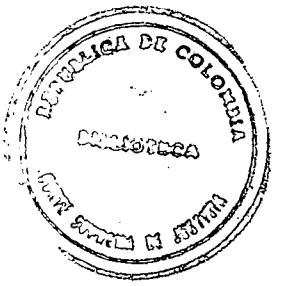
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Sin costas.

Cúmplase el artículo 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres,** Srio. en ppdad.



## INCIDENTE DE NULIDAD

**El incidente de nulidad de un juicio ejecutivo debe tener dos instancias, la primera ante el funcionario que adelanta la ejecución y la segunda ante la entidad que establezca la ley, de acuerdo con la cuantía. Carece de jurisdicción el Tribunal ante quien se propone un incidente semejante, cuando se ha pretermitido una instancia.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos treinta y nueve.

El doctor Alcibíades Rincón, apoderado de la sociedad minera Delarroche, Gavia & Co., S. A., en el juicio ejecutivo de la Nación contra la expresada Compañía, pidió la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería de la parte demandada. Se funda en que no se acompañó a la demanda el certificado de que tratan los artículos 40 y 41 de la Ley 28 de 1931. La solicitud se tramitó legalmente y se procede a decidir el incidente, previas las siguientes consideraciones:

La petición se refiere a la nulidad del juicio por falta de personería de una de las partes y no a la nulidad de la actuación de la Sala, que ha tramitado el negocio por haber sido enviado para el conocimiento de una tercería.

El incidente de nulidad del juicio ejecutivo, debe tener dos instancias, la primera ante el funcionario que adelanta la ejecución y la segunda ante la entidad que establezca la ley, de acuerdo con la cuantía. En el caso que se estudia se ha pretermitido una instancia, porque la solicitud de nulidad del juicio se ha dirigido a esta Sala, que sólo conoce del negocio para el fallo de un incidente de tercería. Por consiguiente, carece de jurisdicción para resolver.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de resolver sobre el incidente de nulidad del juicio ejecutivo, propuesto por el doctor Alcibíades Rincón, por carecer de jurisdicción.

Continúe la tramitación legal de la tercería.

Cópiese y notifíquese.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Francisco Niño Torres**, Srio. en ppdad.

## EXCEPCIONES

**1.—Los empleados de correos no tienen período fijo y pueden durar indefinidamente en el desempeño de sus cargos, sin necesidad de nuevo nombramiento. — 2—Conforme al artículo 2373 del C. C. la fianza no puede extenderse a más del tenor de lo expreso.**

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Doctor Pedro A. Gómez Naranjo)

Por auto de 26 de julio de 1938, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales decretó la acumulación de varios juicios ejecutivos seguidos contra Luis Angel Gómez y Floro Emilio Zuluaga, el primero como deudor principal y el segundo como fiador solidario, para seguir adelantándolos bajo una misma cuerda. Las ejecuciones mencionadas son las siguientes:

1ª Una por la suma de $ 96.70, por alcances deducidos a Gómez, como Jefe de la Oficina de Giros Postales de Santuario (Antioquia), en las cuentas correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 1935;

2ª Otra por $ 200.18 y $ 10 de multa, como Administrador de Correos de Santuario (Antioquia), según Resolución número 577 de 1936, del Ministerio de Correos y Telégrafos;

3ª Otra por la suma de $ 867.88, como responsable de la pérdida de valores declarados y multa, como Administrador de Correos del Municipio nombrado, según Resolución número 483 de 1936 del Ministerio de Correos y Telégrafos;

4ª Otra por la suma de $ 47.37, como alcance deducido por la Contraloría en la cuenta del mes de octubre (1º al 16) de 1935, como Administrador de Correos de Santuario.

El doctor Jesús María Arias, apoderado del señor Zuluaga, propuso varias excepciones. Remitido el incidente a la Corte y tramitado legalmente en esta Sala, se pasa a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

Como se trata de excepciones propuestas por el apoderado del fiador, lógicamente debe estudiarse de preferencia la de inexistencia de la obligación, por referirse a los términos y alcance de las cláusulas del documento de fianza.

Los hechos en que se apoya la excepción, son los siguientes:

"a) Los mismos expuestos para fundamentar la excepción de error de cuenta, y los demás que se exponen en seguida;

"b) La fianza la constituyó mi poderdante para garantizar el manejo del señor Gómez en el empleo para que fue nombrado por el Decreto número 2173 de 1929, y no se posesionó de dicho empleo, sino que siguió ejerciendo con la posesión que tenía antes para otro empleo similar;

"c) Esa fianza la constituyó mi poderdante para determinados empleos y posteriormente se le adscribieron otras funciones distintas, de manejo de dineros, por las cuales no tiene qué responder y bien pudo el señor Gómez alcanzarse en el ejercicio de esas nuevas funciones;

"d) Se comprometió mi poderdante a fiar a Gómez por el período para que fue nombrado, el resto del ya empezado naturalmente, de acuerdo con la Ley 4ª de 1913, y no obstante haberse cumplido el período él siguió ejerciendo el destino por varios años sin renovar la fianza, que era limitada por el tiempo; y

"e) Esa fianza también está expresamente limitada por la cantidad y se cobra a mi poderdante una cantidad más de dos veces superior, razón por la cual no existe la obli-

gación como fiador sino hasta el límite de dicha fianza".

Sobre los fundamentos de la excepción, se tiene en cuenta lo siguiente:

**Primero.** El hecho de que el señor Gómez no se hubiera posesionado del empleo después de constituída la diligencia de fianza, no invalida ésta, porque dicho señor desempeñó el cargo, que era lo principal. El artículo 252 del Código Político y Municipal, dice lo siguiente:

"Las irregularidades de la diligencia de posesión y aun la omisión de tal diligencia no anulan los actos del empleo respectivo, ni lo excusan de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones".

No tiene, por tanto, razón el hecho b).

**Segundo.** La fianza fue constituída para responder del cargo de Administrador de Correos y Recaudador de Hacienda Nacional del Distrito de Santuario, según el documento de fecha cinco de febrero de 1930, que figura original en autos, debidamente reconocido.

El Director de la Sección de Personal del Ministerio de Correos y Telégrafos, certifica que el servicio de Giros fue establecido en la oficina de Santuario (Antioquia) el día 14 de octubre de 1934, en virtud de la Resolución número 1322. Es decir, se estableció el servicio cuando ya se había constituído la fianza por el señor Zuluaga.

Es obvio que la obligación del señor Zuluaga no comprende la responsabilidad por causa del manejo de giros postales, ya que este servicio no existía en Santuario cuando se constituyó la caución, la cual no puede extenderse a más que el tenor de lo expreso, según el artículo 2373 del C. C.

Por consiguiente, en este punto debe prosperar la excepción de inexistencia de la obligación.

**Tercero.** Los empleados de correos no tienen período fijo y pueden durar indefinidamente en el desempeño de sus cargos, sin necesidad de nuevo nombramiento. Por tanto, no se puede sostener que la fianza se constituyó por un período determinado, ya que sobre esa circunstancia no se hizo mención de ninguna clase en el documento respectivo.

No es, pues, procedente, el punto d).

**Cuarto.** El señor Zuluaga en el documento correspondiente se comprometió "a satisfacer las mencionadas obligaciones y al pago de la suma de quinientos pesos ($ 500) oro, fijada como cuantía de la presente fianza, renunciando de manera expresa el beneficio de excusión y haciendo constar así mismo que se obliga conmigo (el señor Gómez) solidariamente también, a responder por el manejo de la persona que, caso de solicitar y obtener yo alguna licencia temporal deje recomendada sirviendo el destino bajo mi responsabilidad".

Por los términos de la cláusula transcrita, se ve que la obligación de fianza se limitó expresamente a la suma de $ 500, en la cual se fijó la cuantía. Como la fianza no puede extenderse a más que el tenor de lo expreso, según se ha dicho, el fiador no está obligado a responder sino por la suma expresada. No importa que en la cláusula se diga, después de enumerar en el documento las obligaciones del empleado de manejo, que el fiador se compromete a satisfacer "las mencionadas obligaciones", porque a continuación se expresa que se compromete al pago de la suma de $ 500, **fijada como cuantía de la presente fianza,** lo cual quiere decir que la obligación de responder por las estipulaciones consignadas en el documento está limitada a la mencionada suma.

Por tanto, es procedente la excepción de inexistencia de la obligación en cuanto exceda de la suma de $ 500 fijada como cuantía de la fianza.

---

La excepción de error de cuenta la apoya el actor en varios hechos que ofreció probar en el término respectivo y los cuales resume así:

"Que la responsabilidad que se imputa al señor Gómez y a mi poderdante en su reemplazo por quinientos sesenta pesos que se dicen introducidos por el señor Administrador de Rentas de Santuario está mal imputada, pues aun en el caso de que fuera cierto que el señor Gómez hubiera recibido de Arismendi esa cantidad, la recibió como particular, pero no como empleado de Co-

rreos; a) Porque en calidad de empleado no podía recibir dineros para trasportar; b) Porque si se introducían como valor declarado debió presentarse en cubierta especial del Gobierno o de las Rentas, con las formalidades de los reglamentos de correos, sin lo cual no es válida dicha introducción; c) Que la única constancia aceptable como prueba en este caso es el recibo o conocimiento que se da de los talonarios del Gobierno y no sirve un simple recibo particular; d) Que tampoco pudo recibirse esa cantidad pues los valores no pueden pasar de doscientos pesos; e) Que mi poderdante se obligó como fiador del señor Gómez por lo que se le elevara de alcance, hasta el límite de la fianza, pero sólo por lo que recibiera como empleado y no por sus obligaciones como particular; f) Que en consecuencia ni el Estado ni el fiado, menos mi poderdante, son responsables por dicho valor y debió perderlos, si en verdad lo introdujo, el señor Administrador de Rentas de Santuario; y g) Que si el Estado lo pagó indebidamente, ese pago no puede hacerlo efectivo de mi poderdante como fiador pues como tal no tiene por qué soportar las consecuencias de un pacto indebido. Resulta también que las cantidades que se cobran por los demás valores a excepción del introducido en Bogotá, están mal imputadas, pues aunque el Estado es responsable, no lo es el fiado, mucho menos mi poderdante, por cuanto que ya que los conductores de correos no representan los cumplidos correspondientes en las planillas expedidas y en los pasaportes, ellos son los responsables y no el fiado, ya que para deducirle a éste la responsabilidad eran y son necesarios los originales de las planillas y pasaportes con el correspondiente cumplido, bajo su firma y el sello de la Oficina. Resulta, por último, que las multas impuestas por estos conceptos son ilegales y por ellas no debo responder. Está, pues, clara la excepción de **error de cuenta** propuesta, por errónea imputación de varias cantidades, ya que dicha excepción no se limita a simples errores aritméticos, sino que se extiende a imputaciones erróneas, conforme lo ha resuelto la H. Corte Suprema de Justicia en más de una ocasión".

Sobre esta excepción se observa:

No se entra a estudiar la responsabilidad relativa a la oficina de giros, porque ya se ha visto que no queda comprendida en la fianza otorgada por el señor Zuluaga.

Dice el excepcionante que los valores marcados con los números 96, 101, 66 y 69, fueron entregados a los conductores de correos pero que no aparece constancia de que éstos los hubieran entregado en la estafeta de Santuario.

El Ministerio en sus resoluciones dice que apoyó sus conclusiones en el examen de las Actas de Visita practicadas en la Administración de Correos de Santuario, en las cuales se encuentran las constancias de que los valores expresados fueron extraviados en esa oficina de correos por el entonces Administrador Luis Angel Gómez.

El excepcionante no probó sus afirmaciones y la diligencia de inspección ocular que pidió para examinar los antecedentes de las resoluciones del Ministerio, no se practicó, porque aquél no hizo lo necesario para verificarla. Por tanto, se debe tener como base la prueba que sirvió al Ministerio para decretar la responsabilidad del empleado en relación con la pérdida de los valores enumerados, ya que quien propuso la excepción no la comprobó.

Dice el excepcionante con relación a la cantidad de $ 560 que se introdujo en la Oficina de Correos de Santuario por el Administrador de Rentas, que no aparece recibo en dicha estafeta de la entrega; que el recibo expedido por ese valor no es un recibo oficial, sino un simple recibo particular por dinero y no por valores; que, por otra parte, no puede ser esa la suma introducida ya que el recibo de cantidades para giros estaba limitado a la suma de $ 200 y que si se recibió por suma mayor se violaron las disposiciones reglamentarias.

Se trata, según la Resolución número 1076, folio 47 del cuaderno número 1º, de una encomienda de dinero que se introdujo a la Oficina de Santuario, por $ 560.

El recibo de los $ 560, está acreditado con la propia confesión del Administrador de Correos señor Gómez, quien dijo al notificársele la Resolución número 483 del Mi-

nisterio de Correos y Telégrafos que sólo era responsable por el valor de $ 560. (Folio 52 del cuaderno número 1º). También el fiador acepta el hecho del recibo del dinero, pero estima que fue en calidad particular y no como empleado.

La circunstancia de haberse expedido el recibo en papel distinto del usado para las encomiendas o valores, no es motivo para desconocer la responsabilidad del empleado y por tanto, tampoco puede prosperar en esta parte la excepción de error de cuenta. Las demás razones alegadas por el excepcionante para desconocer la responsabilidad en la pérdida o extravío de la suma de $ 560, carecen también de fundamento en vista de las pruebas que obran en el expediente.

No aparecen en autos pruebas de otros hechos que constituyan motivos de excepción.

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 del fiador señor Floro Emilio Zuluaga, propuesta por su apoderado, en lo relacionado con la responsabilidad por causa del manejo de giros postales en la Administración de Correos de Santuario (Antioquia), y en cuanto la responsabilidad del fiador exceda de la suma de quinientos pesos ($ 500), fijada como cuantía de la caución.

No están probadas las demás excepciones propuestas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

**Pedro A. Gómez Naranjo—Eleuterio Serna R.—Francisco Vizcaíno—Francisco Niño Torres,** Srio. en ppdad.

# SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

## ACCION CONTRA LA NACION POR PERJUICIOS

**I.—Lo primero que debe hacer el juzgador competente antes de penetrar al estudio de las acciones deducidas en el pleito es cerciorarse de la personería de las partes.**

**II.—El fenómeno jurídico de la personería mirado desde un punto de vista adjetivo o substantivo, tiene caracteres diferentes: el primer aspecto mira a la mera representación y origina una excepción dilatoria; el 2º se vincula íntimamente con la acción debatida, se confunde con el derecho mismo, y es causa de una excepción perentoria que el juez debe declarar de oficio, cuando al través del proceso la encuentra evidente.**

**III.—El artículo 272 del C. Procedirmental, reglamenta la representación judicial de las sociedades domiciliadas en el extranjero, porque la disposición hace parte del Capítulo III, Libro II, Título IV del C. J. que trata de los apoderados o personas que representan a otros en juicio (artículo 251) y porque el artículo 272 citado antes dice que en el certificado que ha de protocolizarse debe constar el nombre de la persona o personas que tienen facultad para representar en juicio en Colombia.**

**Dicha disposición reemplaza los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 40 de 1907, que hablaba de apoderados o agentes en sitio principal de los negocios siempre que se tratase de sociedades domiciliadas en el extranjero y que se establecieran, con ánimo de permanencia en Colombia. El Decreto número 37 de 1906 prescribía normas semejantes.**

**El artículo 272 del C. J. nada dijo en relación con el modo de comprobar la personería sustantiva de las sociedades domiciliadas en el extranjero, pues tal materia es más propia del Código de Comercio que del procedimental.**

**IV.—La existencia de una persona natural se presume desde que se presenta en el juicio, pero la existencia de una persona jurídica nacida de la ley, requiere plena demostración, como una cuestión fundamental del presupuesto procesal.**

**V. Si se trata de sociedades con domicilio extranjero, y con negocios permanentes en nuestra República, ellas, según lo prescribe el Decreto número 2 de 1906 deben protocolizar el documento de fundación y sus estatutos, fuera de otras formalidades como ciertas publicaciones en periódico oficial.**

**Cuando tales sociedades tienen sus negocios transitorios, su personería substantiva se rige por la ley extranjera, de conformidad con el principio: "locus regit actum". Por consiguiente dichas compañías se rigen por la ley de su domicilio, y si allí no se requiere escritura pública, ésta no podría exigirse.**

Corte Suprema de Justicia—Sala Civil de Unica Instancia — Bogotá, octubre diez de mil novecientos treinta y nueve.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna)

El doctor Ernesto Ruiz Manrique, como apoderado de la Compañía "Standar Brands Incorporated", S. A., en libelo de 28 de abril de 1938, inició ante la Sala Civil de Unica Instancia, demanda ordinaria contra la Nación, para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. Que la Nación, como propietaria del Ferrocarril del Pacífico, administrado por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, está obligada y debe pagar, seis días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio, a la Compañía denominada "Standar Brands Incorporated, de New York, Estados Unidos de América, al precio que fijen peritos, el valor de 74 sacos de café pilado, de 62½ kilos de peso cada uno, que son parte de 250 sacos del mismo grano que los señores Villegas Hermanos consignaron en la Estación de Armenia para trasportar al Puerto

de Buenaventura, con destino a mis mandantes, según aparece de la remesa o carta de porte número 63,142 de fecha 27 de abril de 1936.

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, la Nación debe pagar, seis días después de notificada la sentencia que ponga fin a este juicio, a la Compañía demandante o a su representante, los intereses y demás perjuicios que le han sido ocasionados por la mora en la entrega de 74 bultos de café de los que fueron consignados para el trasporte de Armenia a Buenaventura, mora que debe contarse desde la fecha en que se entregó el resto del cargamento".

Como fundamentos adujo los siguientes:

"1º Con fecha 27 de abril de 1936 la sociedad Villegas Hermanos, domiciliada en la ciudad de Armenia, entregó a la Empresa del Ferrocarril del Pacífico 250 sacos de café pilado marcas Mount, Royal, Armenia, Excelso, New York, con peso de 17,675 kilos, para trasportar de la ciudad de Armenia al Puerto de Buenaventura con destino a ser embarcados en dicho puerto a la orden de los señores Standar Brands Incorporated de New York, siendo consignatario en Buenaventura el señor E. Echeverri V., agente de **Elliot Shipping & Land & Co. Inc.**

"2º La Empresa del Ferrocarril del Pacífico al recibir el cargamento de que trata el hecho anterior expidió la carta de porte número 63,142 de fecha 27 de abril de 1936.

"3º El cargamento antes mencionado fue despachado por el Ferrocarril del Pacífico con destino a Buenaventura y llegó a dicho puerto el día 11 de mayo de 1936.

"4º El consignatario en Buenaventura, señor E. Echeverri V., no recibió de la empresa del Ferrocarril sino 176 sacos de los 250 que figuran en la carta de porte.

"5º La Empresa del Ferrocarril del Pacífico al hacer entrega al consignatario en Buenaventura de los 176 sacos de café pilado que hacían parte de los 250 recibidos por la Estación de Armenia, manifestó que los 74 sacos restantes habían sido de ellos perdidos 64 y 10 llegaron en malas condiciones y que fueron incinerados por las autoridades del puerto.

"6º La misma Empresa del Ferrocarril del Pacífico explicó la pérdida y avería de los referidos sacos de café por un accidente ferroviario ocurrido en el kilómetro 62 de la línea, accidente que tuvo lugar en el momento de atravesar un puente sobre el río Dagua y que tuvo como consecuencia la caída de varios vagones en el mismo río.

"7º La Empresa del Ferrocarril del Pacífico no ha dado hasta la fecha ninguna explicación sobre las causas del accidente alegando caso fortuito; pero se sabe que dicho siniestro ocurrió por un descarrilamiento de la máquina que arrastraba el tren y de sus vagones en el momento de entrar a un puente sobre el río Dagua.

"8º El accidente o siniestro mencionado ocurrió por exceso de velocidad y mal estado de la línea, lo mismo que por impericia del maquinista.

"9º La Empresa del Ferrocarril del Pacífico no extendió la declaración que ordena para los trasportadores el artículo 19 de la Ley 76 de 1920.

"10. La Empresa del Ferrocarril es de propiedad de la Nación y en la fecha del contrato de trasportes a que se refiere el hecho 1º de esta demanda estaba administrada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, creado por la Ley 29 de 1931.

"11. Los señores Standar Brands Incorporated de New York por carta fechada el 2 de junio de 1936 reclamaron al Ferrocarril del Pacífico el valor de 74 sacos de café que dicha Empresa dejó de entregar al consignatario como se dice en los hechos anteriores, reclamo que no fue contestado por dicho Ferrocarril.

"12. Los señores Villegas Hermanos, de Armenia, pagaron al Ferrocarril del Pacífico la cantidad de $ 318.30, como valor del trasporte".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, a quien se corrió traslado de la demanda, contestó infirmando cada uno de los hechos aducidos en el libelo.

Agotados, como están, los trámites legales, la Sala procede a decidir, considerando:

Según el concepto del Ministerio Público, la "Standard Brands Incorporated" no tiene

un interés jurídico que emane de un contrato. Para sustentar su tesis, dice que para que exista responsabilidad es necesario que haya un contrato y una víctima de la inejecución del contrato. Después de analizar este aspecto del problema, dice:

"...En síntesis: La Standar no es comisionista ni comitente; mejor, no intervino en la celebración del contrato de poder a poder, ni por apoderado, ni gozando de una estipulación a su favor, ni mediante una cesión en forma, luego no es contratante, no es parte en el contrato de trasportes celebrado, y como tercero, no tiene interés jurídico que emane precisamente del incumplimiento del contrato de trasportes celebrado entre Villegas Hnos., Ferrocarril del Pacífico, y E. Echeverri V.".

Acerca de este punto, la Sala afirma que habiendo sido demandada la Nación por una controversia sobre un contrato de los que se mencionan en el artículo 40 del C. J., el conocimiento del asunto incumbe a la Sala Civil de Unica Instancia, pues la Standar Brands se presentó como parte interesada, según puede verse en los hechos de la demanda. Fuera de esto, en la parte de porte se consignó una expresión que permite racionalmente suponer que el contrato de trasporte se había celebrado con la Nación para la Sociedad prenombrada. Ello, claro está, no significa que en el decurso del litigio, no pudiera desconocerse y discutirse el interés jurídico que se admitió en principio para el solo efecto de fijar la competencia.

Con todo, esta fase del pleito no es necesario encararla, como se deduce de los razonamientos que en seguida se enfilan:

Lo primero que debe hacer el juzgador competente antes de penetrar al estudio de las acciones deducidas en el pleito es cerciorarse de la personería de las partes.

En cuanto a la personería adjetiva del demandante, ella aparece sustentada por el poder que ante un agente consular de Colombia en la ciudad de Nueva York otorgó la citada compañía al doctor Ernesto Ruiz Manrique. Legalizado, como está en la Secretaría de Relaciones Exteriores de Colombia el instrumento correspondiente, éste es suficiente sin que sean precisas otras ritualidades, ya que no existe una prueba indubitable de que la Standar Brands Incorporated, S. A., sea una sociedad establecida en Colombia con negocios permanentes que impongan el cumplimiento de otras formalidades. Al menos en este litigio no se han aducido ni de una ni de otra parte razones y fundamentos para establecer con plena evidencia tales circunstancias. Siendo ello así, hay que estimar perfecta la personería adjetiva de la parte en este litigio.

El artículo 272 del C. Procedimental reglamenta la representación judicial de las sociedades domiciliadas en el extranjero, 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 representar en juicio en Colombia", según lo dijo la Sala de Negocios Generales en auto de 17 de noviembre de 1937.

Dicha disposición reemplaza los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 40 de 1907 que hablaba de apoderados o agentes en el sitio principal de los negocios siempre que se tratase de sociedades domiciliadas en el extranjero y que se establecieran, con ánimo de permanencia en Colombia. El Decreto número 37 de 1906 prescribía normas semejantes.

La Ley 103 de 1923, llamada Código de Arbeláez, decía en el artículo 242: "Las Sociedades o corporaciones con domicilio en otro país, que tengan o establezcan negocios en Colombia, serán representadas por apoderados o agentes que deben constituír en el lugar o asiento principal de sus negocios, o en el lugar donde deban cumplir sus obligaciones so pena de ser consideradas como personas ausentes cuyo apoderado se ignore.

Para el efecto, deben protocolizar, en la Notaría del respectivo circuito un certificado del Notario u oficial público respectivo en que conste la existencia legal de la Sociedad y de la persona o personas que tienen la facultad para representarlas en juicio,

directamente o mediante sustituto o delegado".

Es lo mismo que prescribe el artículo 272 del Código actual, sobre el cual dijo la comisión redactora: "Para la representación en juicio de las sociedades o corporaciones con domicilio en otro país que tengan o establezcan negocios en Colombia, se estatuye que pueden hacerlo sus agentes o apoderados constituídos en el lugar donde se halle el asiento principal de los negocios, y si no lo tienen, donde debe cumplir sus obligaciones so pena de ser consideradas como ausentes.

Para efecto de acreditar representación se han erigido formalidades de acuerdo con lo que establece el Código de Comercio, aceptando el certificado de un oficial público que puede ser el funcionario extranjero que lo expida, a falta de Notario escribano".

Pero el artículo 272 nada dijo en relación con el modo de comprobar la personería sustantiva de las sociedades de que se ha estado tratando en este fallo, pues tal materia es más propia del Código de Comercio que del procedimental. Naturalmente la representación de las Compañías presupone su existencia, por lo cual al mencionarse tal representación no se ha pretendido abrogar las disposiciones sustantivas preexistentes en orden a las condiciones requeridas, para que una sociedad con domicilio extranjero, y con negocios reveladores del ánimo de permanecer en el país, puede ejercitar los derechos que le corresponden como persona jurídica.

La Sala de Casación Civil en sentencia de 27 de junio de 1933, dijo lo que sigue:

".....La exigencia del artículo 1º del citado decreto legislativo número 2 (1906), de acreditar en el país la existencia y personería de las sociedades extranjeras, de que allí se trata, con el documento de su fundación protocolizada en la Notaría de la circunscripción donde tengan el asiento principal de sus negocios en la República, no se suple con la presentación de un documento, como el que aquí se contempla, en que apenas se nombra, constituye y establece a determinado individuo en el país, "verdadero y legal apoderado" de una compañía cuya existencia no se ha acreditado en la forma requerida por la ley".

(**Gaceta Judicial** número 1895, pág. 428).

La existencia de una persona natural se presume desde que se presenta en el juicio, pero la existencia de una persona jurídica nacida de la ley, requiere una plena demostración, como una cuestión fundamental del presupuesto procesal.

Si se trata de sociedades con domicilio extranjero, y con negocios permanentes en nuestra república, ellas, según lo prescribe el Decreto número 2 de 1906, deben protocolizar el documento de su fundación y sus estatutos, fuera de otras formalidades como ciertas publicaciones en el periódico oficial.

Cuando tales sociedades tienen sus negocios transitorios, su personería sustantiva se rige por la ley extranjera, de conformidad con el principio: "locus regit actum". Por consiguiente dichas compañías se rigen por la ley de su domicilio, y si allí no se requiere escritura pública, ésta no podría exigirse.

Para acreditar plenamente la acción sustantiva y su ejercicio, desde el punto de vista legal son indispensables: a) capacidad para ser parte; b) capacidad para comparecer en juicio; y c) legitimación de causa. Estas tres condiciones, como lo ha sostenido persistentemente la Corte "no constituyen el contenido de ningún pleito sino su viabilidad".

Se infiere de lo anterior que si en el presupuesto procesal no aparece demostrado la personería sustantiva, bien de acuerdo con los requisitos de incorporación prescritos por la ley colombiana, o bien si es el caso, con la prueba de la ley extranjera, falta la parte cuyos derechos se han de declarar o negar en la sentencia.

En el caso de autos la "Standar Brands Incorporated, S. A.", otorgó un poder en una de las formas admitidas legalmente, y en virtud de él el doctor Ernesto Ruiz Manrique demandó a la nación ante la Sala Civil de Unica Instancia, la cual admitió la demanda.

Si el señor apoderado demostró bien su personería adjetiva, nada trajo al expedien-

te relacionado con la existencia legal de la compañía en cuyo nombre inició la acción.

El fenómeno jurídico de la personería, mirado desde un punto de vista adjetivo o sustantivo, tiene caracteres diferentes: el primer aspecto mira a la mera representación y origina una excepción dilatoria; el segundo, se vincula íntimamente con la acción debatida, se confunde con el derecho mismo, y es causa de una excepción perentoria que el juez debe declarar de oficio, cuando al través del proceso la encuentra evidente. La Sala de Casación Civil en fallo de 10 de julio de 1937 dijo:

"La capacidad para ser parte en el proceso comprende a las personas naturales o jurídicas....."

"De acuerdo con nuestro sistema de Derecho Internacional privado, la sociedad extranjera tiene capacidad para ser parte, tanto activa como pasiva, aun cuando su modo de constitución sea diferente 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..."

El doctor Ruiz Manrique, en su alegato de bien probado transcribe apartes de un fallo de esta misma Sala, en el cual la Compañía Automotriz, S. A., obtuvo éxito en sus pretensiones contra la Nación. Ello fue así, pero en ese pleito la existencia de la Compañía estaba acreditada con la escritura social y certificación de la Cámara de Comercio respectiva.

No apareciendo en el litigio actual prueba alguna de la existencia de la Sociedad demandante, no es preciso dilucidar las demás cuestiones debatidas en el pleito.

En mérito 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, declara probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora.

En consecuencia, no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese.

**Pedro A. Gómez Naranjo — Eleuterio Serna R. — Francisco Vizcaíno — Francisco Niño Torres**, Srio.

## DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DR. PEDRO A. POSSE CAMARGO EN EL CLUB DE ABOGADOS AL OFRECER EL HOMENAJE A LOS MAGISTRADOS DE LA CORTE

El Club de Abogados de Bogotá, siguiendo la antigua usanza, abre sus puertas para compartir y celebrar la designación de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y para despedir al propio tiempo a quienes hacen dejación de tan elevado cargo.

Motivo de singular complacencia es para el Club, la circunstancia de figurar entre los elegidos quien ocupa por expontáneo y unánime reconocimiento de sus dotes eminentes, de sus cualidades singulares y de sus virtudes ciudadanas, el puesto de Presidente de esta institución.

Anejo es a los principios que tutelan la democracia, el hecho social y electivo que ahora coloca en señalada preeminencia a los unos y hace retornar a los otros de la altitud de la Magistratura al ejercicio de actividades y funciones que, no por desarrollarse en un campo de acción individual, dicen de menos dignas y excelentes.

Los que entráis a ocupar una silla en la más augusta institución judicial del país, os colocáis en sitio visible y alto en el escalafón ciudadano; y los que abandonáis la cumbre, para volver a la planicie, podéis contemplar con espíritu orgulloso y tranquilo, como flota en la altura el airón que colocara en ella el esfuerzo y ponderación de vuestro estudio, de vuestra inteligencia, de vuestro saber, puestos al servicio de la verdad, de la ley y del engrandecimiento de la Patria.

Dos sentimientos aparentemente heterogéneos y disímiles, pero en realidad paralelos y armónicos, se suman, se conjugan y se juntan, para hacer lumbre inextinguible en el hogar colombiano; el de quien llega a ocupar la plaza y el de quien la entrega a su sucesor; en el uno y en el otro, en éste y en aquél, hay una emoción idéntica y hermana, la de quien se aleja con la satisfacción íntima del deber cumplido a cabalidad, la de quien llega, pleno el ánimo, de la intención honrada y decidida de cumplirlo en idéntica manera, y esta maravillosa conjunción de sentimientos, vincula y asocia, acendra y dignifica el empeño común por el engrandecimiento de los superiores y nobles principios de la Justicia.

Esta, en el orden de su más excelsa categoría, es virtud que compendia las demás y a manera de germen y principio de las otras porque "comunica rectitud a las operaciones humanas", y en el campo filosófico-jurídico es proporción y medida que rige el agitado movimiento del comercio de los hombres, norma reguladora entre el dar y el exigir y fuerza que mantiene el equilibrio a despecho del interés y sojuzgando la codicia.

Pero si del plano meramente especulativo se pasa a la observación de aquel en donde ella actúa y se pone en ejercicio para ser administrada e impartida, tan encumbrada concepción del pensamiento se encontrará casi siempre en pugna con humanos intereses, y hallará seguramente en su desarrollo los obstáculos que a él opone el hombre, para convertirla en tarea penosa e ingrata, que si deja tras si una estela de luz, será tan sólo para que pueda precisarse mejor el surco que tortura el entendimiento y amarga el corazón.

De ahí la necesidad de que los administradores de justicia eduquen la voluntad a extremo de fortalecerla y hacerla capaz de vencer los obstáculos que se oponen a su regular y ordenado ejercicio.

De ahí el impulso que animó la idea genial del escultor de Argos al privar de luz los ojos de la Diosa Justicia, para simbolizar nó la ceguedad, que implica ausencia de la luz dignificante del entendimiento, no la privación de la vista de quienes ante ella se presentan, sino la necesidad de la no contemplación de la fragosa y árida senda que toca recorrer a quienes se dedican a tan arduos menesteres.

Por eso los pueblos han buscado siempre a los más probados de sus varones, para investirlos de la Magistratura; a aquellos que

saben de la subordinación al deber a base de firmeza y completo dominio de sí mismos; a aquellos que pueden mostrar una voluntad sierva de la inteligencia, a aquellos en quienes la pasión es tan sólo acicate magnificante del equilibrio mental y moral que dirige y regula todo movimiento, disipa los impulsos de la ambición, desecha lo que rebaja y envilece, para dignificar y ennoblecer el concepto, y para obligar a la moral más estragada y excéptica a que experimente a su influjo el calor vivificante de los sentimientos elevados.

Múltiple y compleja finalidad ésta de las entidades encargadas de administrar justicia: al lado del dirimir las controversias, desarrollo práctico de su eficacia entendida como poder para otorgar a cada uno lo que es suyo, surge y se hace presente la misión doctrinal, de importancia equivalente a la primera y que en veces la supera y aventaja por referir en concepto más directo al interés general como ordenamiento técnico de las actividades del conjunto.

A ella corresponde buscar y hallar la virtud del precepto suficiente a extender y dilatar su eficacia y aplicabilidad a las circunstancias que traen consigo el desenvolvimiento de las costumbres de los pueblos, las nuevas modalidades colectivas, las sobrevivientes actividades sociales, la prodigiosa y creciente variedad de manifestaciones del humano entendimiento.

La revaluación que ha experimentado el método de interpretación del derecho, ha relievado al propio tiempo la función del Magistrado, colocándolo en la posibilidad de actuar en plano superior a aquel que informan los dictados de una simple exégesis legal.

La jurisprudencia ha dejado de ser el comentario fijo de las normas legales, para convertirse en elemento vivificante de las mismas, agitador de su esencia y de su espíritu.

Hoy no basta averiguar en los Códigos un precepto aplicable al caso concreto que se ventila; no basta limitarse a dar cabida a cierta ley en cierto caso, es preciso buscar en la entraña misma del ordenamiento, el principio vital que ilumina el pensamiento legislativo a la luz de los hechos palpitantes de la vida contemporánea; así como el Kollur descubre al golpe del cincel entre las rocas de olivino y de basalto la fulguración del diamante que ilumina las profundidades de la tierra.

La obligada asociación magnifica la tarea de investigación científica desarrollándola sobre las bases que le prestan la unidad de pensamiento y de doctrina, para que en cada sentencia se revele la exacta expresión del espíritu de la ley de su efectividad.

Función también es suya, la de exhibir en su variedad la norma reguladora para poner de presente su deficiencia, dando paso a la necesidad de una reforma que surge entonces como producto justificado e impuesto por la verdadera necesidad jurídico-social, no por el interés mudable de circunstancias intrascendentes.

Allí han de nacer las nuevas fórmulas que atemperen el derecho a la realidad, y lo pongan a tono con las nuevas modalidades ciudadanas, porque un orden jurídico nuevo podrá edificarse sobre la base que le preste la meditación profunda de la vida nacional y la ponderación de sus fuerzas, jamás sobre la base deleznable de un orden político nuevo ni al impulso de una etapa de transición dentro a la cual el entusiasmo partidista puede fácilmente confundir una modalidad superficial y pasajera, con el curso del cauce profundo de la conciencia nacional, ajeno en muchos casos al agitado movimiento de la superficie.

Porque si es verdad que las modificaciones en el régimen político de los pueblos, actúan de manera directa y rápida sobre las normas de su derecho público, también lo es que su derecho privado debe sustraerse y ser extraño a los cambios que ocasiona tan sólo un interés de sí pasajero y vano.

Agítase al presente la idea de renovar el contenido de nuestro derecho privado, de sustituír las fórmulas actuales por otras más eficientes y novedosas; pero la agitación arranca y se funda en movimientos culturales forjados en el círculo de los expertos, a la luz de la llama académica, en la alta esfera de la cátedra, centros donde tantas veces se respiran ambientes de ciencia

antojadiza hija de la curiosidad intelectual de un grupo privilegiado y reducido, hasta el cual no llegan siquiera los rumores de las colectividades humanas.

Mientras en el fondo de la conciencia y del sentimiento de la comunidad no haya arraigado de manera profunda la nueva categoría jurídica, no habrá llegado el tiempo, será prematuro el afán, de convertirla en precepto y de traducirla a texto de obligado cumplimiento por medio de su inclusión en los códigos.

Es verdad que la norma legal puede considerarse hecho contingente, forjada al amparo de una época y destinado a desaparecer o a tomar nueva forma en la siguiente, pero ese cambio no debe responder a meros accidentes insustanciales, a meros motivos de apariencia, que no son reflejo exacto ni eco fiel de las costumbres y de las necesidades colectivas.

La creación de instituciones nuevas ha de tener entre sus causas determinantes la de que los Tribunales hayan puesto de presente la ausencia de normas reguladoras de determinada actividad, de determinado fenómeno social; porque el derecho positivo de los pueblos es tal y como la Jurisprudencia lo presenta, tal y como la Jurisprudencia lo comprende, sin que sea dable buscar fórmulas exóticas, tomadas al azar de los llamados códigos modernos, para incrustarlas en la organización legal del país, sin auscultar con oído atento el latir profundo y vigoroso del sentido nacional.

Otorgamos a veces exagerada adhesión a expositores y publicistas extranjeros y resolvemos trasplantar el cultivo de instituciones jurídico-sociales sin estudiar el suelo y el aire ambiente, a ver si nuestra tierra es o no susceptible de tales mudanzas.

Copiamos leyes nuevas hechas para sociedades qúe sienten necesidades jurídicas y legislativas distintas y aun opuestas a las nuestras, sin darnos cuenta de que la patria colombiana, por sus peculiaridades de vida radicalmente distintas de las de nacionalidades de población más densa, de un nivel superior de cultura general, tiene necesidades hijas de sus propias características que no pueden ser satisfechas por medio de normas importadas con apoyo en un snobismo jurídico que trae al país códigos y preceptos con el mismo criterio simplista de quien importa semillas de plantas extranjeras. Sin escoger lo que pueda aplicarse con buen fruto de lo que pueda perturbar con alteraciones inconvenientes.

De aquí que las sentencias deban llevar en sí dictados de sabiduría, analítico estudio de las leyes, para exhibir su eficiencia o su defecto, dándoles en el primer caso la influencia social que les corresponde formando en el segundo el cauce natural y obligado de las reformas que correrán por él como se desliza el agua por inclinado plano, a encontrar en ordenado modo el perfeccionamiento de las instituciones.

No anticipamos pues la reforma al imperativo doctrinal y jurisprudencial que debe conducirla si necesaria, detenerla, si en los textos legales halló virtud bastante a demostrar la inoportunidad de su consagración en el dictado legislativo.

Y en este momento tan universalmente interesante, cuando la violencia de la humana lucha hace un gesto rígido y despectivo a las normas tutelares del derecho y habla allende el mar un lenguaje de impotencia espiritual para sujetarse a sus dictados, sostengamos con fe definida y honda la existencia de un orden jurídico propio, que ha de tener su mejor sustento en la más alta autoridad judicial del país.

Señores Magistrados: El Estado os encarga de conservar el orden entre las relaciones de los hombres, copia del orden eterno que Dios concibe en la idea de la sociedad humana; sabéis que la injusticia, porque se mueve en derredor del interés mezquino, es síntoma inequívoco de decadencia que corteja a los pueblos amenazados de ruina, conocéis cómo, cuando la Justicia existe robusta en el seno de una sociedad, ésta tendrá amplio y abierto el camino hacia la altura; respondéis con creces a las elevadas cualidades que de vosotros se exigen; por ello, por la justicia de Colombia, porque en sus administradores viva siempre el espíritu que vivifique la letra muerta de la ley, os invito en nombre del Club de Abogados a levantar esta copa.

# NOMBRAMIENTO DE JUECES VERIFICADO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA

## PEREIRA:

Juez Superior ..... Doctor Erasmo García.
Juez del Circuito Civil ..... Doctor Alfonso Restrepo B.
Juez del Circuito Penal ..... Doctor Gonzalo García Salazar.

## ARMENIA:

Juez del Circuito Civil ..... Doctor Luis Martínez Mutis.
Juez del Circuito Penal ..... Doctor Nicomedes Hincapié M.

## CALARCA:

Juez del Circuito Civil ..... Doctor Juan de Js. Herrera A.
Juez del Circuito Penal ..... Doctor Benjamín Chica.

## FILANDIA:

Juez del Circuito Civil ..... Señor Josué Quintero.

## SANTUARIO DE CALDAS:

Juez del Circuito Promiscuo ..... Señor Gustavo Ospina Lozano.

## APIA:

Juez del Circuito Promiscuo ..... Señor Gerardo Aguirre

# NOTAS

Embajada de Colombia — Número 109 — Santiago, 7 de noviembre de 1939.

Señor doctor don Salvador Iglesias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Bogotá.

Tengo la satisfacción de referirme a su atenta carta circular de fecha 10 de octubre anterior.

Llegaron tres ejemplares de cada uno de los números 1947 y 1948 de la "Gaceta Judicial". Uno queda en la biblioteca de la Embajada, otro he remitido al señor don Romilio Burgos, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de esta Nación, y otro al profesor J. Raimundo del Río, quien nos hará el favor de gestionar los canjes de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

En este país se presta especialísima atención al Derecho, de manera que usted puede hacerme enviar permanentemente veinte o veinticuatro ejemplares de la "Gaceta", los que aprovecharemos muy bien para hacer conocer el alto nivel jurídico de Colombia.

Por lo pronto, estimo que debe enviarse directamente la "Gaceta Judicial", con esquela de usted e insinuación de canje a las entidades siguientes:

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile — Santiago de Chile — Pío Nono — Bellavista.

Universidad Católica — Santiago de Chile — Avenida O'Higgins 340.

Corte Suprema de Justicia — Santiago de Chile — Plaza Mont. Varas.

Colegio de Abogados — Santiago de Chile — Casilla 224.

Aprovecho la oportunidad para felicitar a usted por el merecido honor de haber sido elevado a la Presidencia de la Corte y quedo su amigo muy sincero y S. S.,

FRANCISCO JOSE CHAUX,

Embajador de Colombia.

---

Montevideo, noviembre 17 de 1939 — Número IV/34.

Señor Presidente:

Me refiero a la atenta nota de usted, fechada el 10 del mes pasado, remisoria de tres ejemplares de la "Gaceta Judicial" órgano de la Corte Suprema de Justicia, de la cual es usted muy digno Presidente.

En cumplimiento de sus instrucciones, tan pronto como recibí la citada comunicación, remití sendos ejemplares de la mencionada "Gaceta" al señor Presidente de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay y al señor Rector de la Universidad Central de Montevideo, encareciendo al primero, en nota de estilo, la utilidad de entrar en relaciones con la alta corporación colombiana, a fin de mantener correspondencia y de canjear las respectivas publicaciones, con notoria ventaja para ambas. Hoy he tenido el agrado de recibir la siguiente respuesta, que copio literalmente:

"Suprema Corte de Justicia — Presidencia — Montevideo, 15 de noviembre de 1939. Excmo. señor Ministro de la República de Colombia, doctor Raimundo Rivas — Tengo el agrado de acusar recibo de su nota de fecha 6 del corriente mes y año, a la que adjuntaba diversos números de la "Gaceta Judicial" de la república que usted tan dignamente representa. Al agradecer tal envío

me felicito que esta primera vinculación con la Justicia del país amigo se haya efectuado por conducto de Vuestra Excelencia, asegurándole, desde ya, la utilidad que el conocimiento de la jurisprudencia prestará a la Corporación que me honro en presidir. Con tal motivo me es grato reiterar a usted las seguridades de mi personal estima. (Fdo.) Z. Saldías".

Me es grato manifestar al señor Presidente que gustoso cumpliré sus órdenes en esta ciudad, en la labor de hacer conocer la producción científica y literaria de Colombia, así como las de carácter particular que tenga a bien impartirme.

Con sentimientos de distinguida consideración me repito del señor Presidente atento y seguro servidor,

RAIMUNDO RIVAS

Al señor doctor Salvador Iglesias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Bogotá.

---

"Legación de Colombia — Número 208 — Panamá, noviembre 22 de 1939.

"Señor doctor don Salvador Iglesias, Presidente de la Hon. Corte Suprema de Justicia.

"Bogotá.

"Acuso recibo de su muy atenta comunicación circular de fecha 10 del mes ppdo.

"Ha sido muy grato para mí cumplir el muy honroso encargo que por medio de dicha comunicación se sirvió conferirme esa Honorable Corporación ante la Honorable Corte Suprema de Panamá, y para tal fin, mediante el conveniente y previo aviso, fui recibido por ésta en pleno, poniendo en manos de su Presidente, doctor Dámaso Cervera R., los dos ejemplares de la "Gaceta Judicial" que también se sirvió enviarme.

La honorable Corte por medio del señor Presidente me encomendó expresar a usted y por su muy digno conducto a esa alta Corporación, su más vivo agradecimiento por tal envío, haciéndome constar al propio tiempo que ella viene sirviendo puntualmente a la de Colombia el canje de su "Registro Judicial".

"El señor Presidente de esta Corte me correspondió la visita y puso en mis manos la nota de la cual también le adjunto copia.

"Así mismo le envío un recorte del diario "Panamá América" que informó sobre mi visita de cortesía a la Honorable Corte de Panamá.

"Es además motivo de complacencia para mí hacerle saber que los juristas que integran tan alto Tribunal de este país demuestran el mayor interés por nuestra legislación y por el desarrollo de nuestra jurisprudencia, especialmente por el movimiento renovador que en ella ha venido operándose durante los últimos años; y que su Presidente hizo notoria su satisfacción al saber que el señor Presidente de nuestra Corte había sido su compañero de estudios.

"Igual encargo cumplí personalmente ante el señor Rector de la Universidad de Panamá, y de las notas cruzadas con éste le acompaño copias.

"Continuamente se solicitan a esta Legación ejemplares de la jurisprudencia colombiana y considerando que debemos corresponder a esas demostraciones de interés por nuestros adelantos en materia jurídica, me permito recomendar al señor Presidente que se sirva enviar una suscripción de la "Gaceta Judicial" a los siguientes juriscontos de este país:

. . . . . .

"También agradecería al señor Presidente que ordenara que a esta Legación se enviara esa "Gaceta" a partir de los dos números recibidos hasta hoy: 1,947 y 1,948.

"Soy del señor Presidente con sentimiento de mi más alta y distinguida consideración, obsecuente servidor y compatriota,

"(Fdo.) ALBERTO H. TORRES,

"Ministro de Colombia".

"Número 156 — Panamá, octubre 24 de 1939.

"Excmo. señor Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

"Panamá.

Excelentísimo señor:

El Excelentísimo señor Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia me ha enviado con el encargo de ponerlos en manos de la Honorable Corte que Su Excelencia preside tan dignamente, sendos ejemplares de la "Gaceta Judicial", números 1947 y 1948, que sirve de órgano de publicidad de aquella elevada Corporación, anunciándome también que se promete seguir enviando dicha "Gaceta" en lo sucesivo.

"La Honorable Corte de Colombia me hace saber con esta oportunidad, que desearía, de no haber inconveniente, obtener de la que Su Excelencia preside el canje correspondiente, así como de toda otra publicación que en esta república se haga por el Organo Judicial del Poder Público.

"En los últimos años se ha marcado en la jurisprudencia colombiana una saludable evolución inspirada en las nuevas corrientes ideológicas que preocupan hoy la opinión universal, así como en las modernas tendencias del derecho público y privado que han tendido a humanizarlo, adaptándole a las nuevas situaciones contempladas como consecuencia del progreso y del desarrollo que se hacen sentir en todos los órdenes de la vida de los pueblos y de los individuos. El curso de la publicación de la "Gaceta Judicial" que ahora envío a Su Excelencia, refleja el espíritu y las proyecciones de esa nueva coyuntura de la jurisprudencia colombiana.

"Ojalá Su Excelencia y la Honorable Corte Suprema de Panamá encontraran de interés dicha publicación y aprovecho la oportunidad para presentarles el testimonio de mi más alta y distinguida consideración.

"(Fdo.) ALBERTO H. TORRES,
"Ministro de Colombia".

"Panamá, 30 de octubre de 1939.

"Su Excelencia doctor Alberto H. Torres, Enviado Extraordniario y Ministro Plenipotenciario de Colombia.

"Excelentísimo señor:

"Tanto mis colegas como yo tuvimos el señalado honor de recibir la apreciable visita que nos hizo Su Excelencia hace pocos días con el objeto de poner,por encargo del Excmo. señor Presidente de la Honorable Corte Suprema de su país, en manos del Excmo. señor Presidente de la nuéstra, sendos ejemplares de los números 1947 y 1948 de la "Gaceta Judicial", que sirve de órgano de publicidad de aquella Honorable Corte, haciéndonos a la vez el generoso ofrecimiento de seguir enviándonos dicha "Gaceta" en lo sucesivo.

"En nombre de mis colegas y en el mío presento tanto a Su Excelencia como al Excelentísimo señor Presidente de esa Honorable Corporación las más sinceras expresiones de nuestro reconocimiento por la fina atención que han tenido para con nosotros.

"Aprovecho la oportunidad para informar a Su Excelencia, con la súplica de que lo haga saber del Excmo. señor Presidente de esa Honorable Corte, que desde hace algunos años hemos estado enviándole con el mayor placer, del mismo modo que continuaremos haciéndolo, sendos ejemplares de los números del "Registro Judicial", órgano de publicidad de nuestra Corte, y que así mismo le remitiremos cualquiera otra publicación que en nuestro país se haga por el Poder Judicial.

"Para nosotros es de interés la lectutura de la "Gaceta Judicial" de Colombia, porque, dada la reconocida ilustración de los destacados juristas que integran el más alto tribunal de justicia de esa república hermana, tribunal que ha sabido ponerse a tono, como Su Excelencia bien lo dice, con las nuevas corrientes ideológicas que hoy demandan la atención universal y con las últimas tendencias del derecho, que lo hacen más humano y adaptable a las nuevas situaciones creadas como consecuencia del

progreso en todos sus órdenes, encontramos siempre en la expresada "Gaceta" una luminosa fuente de inspiración para la solución de los problemas jurídicos que se nos presentan.

"Con mis sentimientos de la más distinguida consideración, soy de Su Excelencia, muy atento y seguro servidor,

"(Fdo.) DAMASO A. CERVERA,
"Vicepresidente de la Corte".

---

"Número 157—Panamá, octubre 24 de 1939.

"Señor Rector de la Universidad Nacional.
"Panamá.

"Muy estimado señor Rector:

"El Excmo. señor Presidente de la Honorable Corte Suprema de Justicia de Colombia, doctor Salvador Iglesias, me ha enviado, con el grato y honroso encargo de ponerlos en sus manos, con destino a la Biblioteca de la Universidad, sendos ejemplares de la "Gaceta Judicial", números 1947 y 1948, que sirve de órgano de publicidad de aquella elevada Corporación, anunciándome también que se promete seguir enviando dicha "Gaceta" en ló sucesivo.

"La Honorable Corte de Colombia me hace saber con esta oportunidad, que desearía, de no haber inconveniente, obtener de la Universidad, así como de cualesquiera otras personas o entidades que hagan publicaciones de carácter jurídico, el canje correspondiente.

"En los últimos años se ha marcado en la jurisprudencia colombiana una importante evolución inspirada en las nuevas corrientes ideológicas que preocupan hoy a la opinión universal, así como en las modernas tendencias del derecho público y privado que han tendido a humanizarlo, adaptándolo a las nuevas situaciones contempladas como consecuencia del progreso y del desarrollo que se han hecho sentir en todos los órdenes de la vida de los pueblos y de los individuos. El curso de la publicación de la "Gaceta Judicial" que ahora envío a usted, refleja el espíritu y las proyecciones de esa nueva coyuntura de la jurisprudencia colombiana.

"Ojalá el señor Rector encontrara de interés dicha publicación, y aprovecho la ocasión para presentar el testimonio de mi más alta y distinguida consideración, con los sentimientos de mi más cordial amistad.

"(Fdo.) ALBERTO H. TORRES,
"Ministro de Colombia".

---

"Panamá, octubre 27 de 1939.

"Señor doctor don Alberto H. Torres, Ministro de Colombia.

"Presente.

"Distinguido señor Ministro:

"Muy placentero me es avisarle recibo de su atenta comunicación de 24 del mes de octubre en curso, remisiva de sendos ejemplares de los números 1947 y 1948 de la "Gaceta Judicial", órgano de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

"Puede usted tener la seguridad — y ojalá que se digne informar de esto al doctor Salvador Iglesias, Presidente de aquella Honorable Corporación—, de que la Universidad de Panamá le agradece debidamente tan precioso envío y el de los números sucesivos amablemente prometidos. He tenido ocasión de recorrer las páginas de la "Gaceta Oficial", antes de colocar ésta en nuestra Biblioteca, y comparto con usted el pensamiento de que ellas se armonizan con las nuevas corrientes jurídicas que caracterizan la época presente, y que no podrán menos de interesar de manera especial a los jóvenes universitarios panameños que se especializan en el Derecho.

"Deferente al deseo manifestado por la propia Honorable Corte de Colombia, le remito hoy mismo varios números anteriores de la Revista de la Universidad de Panamá, a reserva de seguir enviándole con toda regularidad los que aparezcan en lo sucesivo así como cualquiera otra publicación regular o eventual futura del plantel.

"Aprovecho la ocasión para presentar a usted las seguridades de mayor consideración, con que me suscribo su atento y seguro servidor,

"(Fdo.) O. MENEZ P.,
"Rector".

## NUEVAS OBRAS PARA LA BIBLIOTECA

Durante el presente mes, la Biblioteca de la Corte ha sido enriquecida con las siguientes obras:

Irureta Goyena—"Delitos de Apropiación Indebida".

Irureta Goyena—"Delitos de aborto, bigamia y abandono de niños, etc."

Irureta Goyena—Delitos contra la Libertad de Cultos.

Enrique Pessina—Elementos de Derecho Penal.

Enrico Ferri—Studi sulla Criminalitá.

Georges Vidal—Cours de droit criminelle et de Science Penitentiaire.

E. von Karm—Delincuencia Infantil.

Foignet-Dupont—Manuel Elementaire de Droit Criminelle.

Frageville—Elements de Droit Criminelle.

Mikliszanski K.—Le droit Penal International d'apres la legislation polonaise.

Jean Loup—La responsabilité des accidents causés par les automoviles.

Quilici Elisabeth—Les beneficiaires des assurances sociales.

Desqueyrat, A.—L'Institutions, le droit objectiv et la technique positive.

René Clemens—Personalité morale et personalité juridique.

René Capitant—L'Illicite.

Jacques Monteil—La subrogation aux droits d'hipoteque.

Edouard Levy—Traité practique de la legitimation.

Falque-Pierrotin—Le mandat. Ses éléments contitutifs.

Leon Michoud—La Theorie de la Personalité morale (2 T.)

René Jourdain—Les faux menages.

André Gros—Survivance de la raison d'état.

Piérre Dominjon—La collision automovile devant la jurisprudence.

Cendrier, A.—L'Obligation naturelle.

Bayalovitch, L.—Le droit international du change.

M. Maurice Felix—Petit Dictionaire de Droit Municipal.

Henri Lalou—Les Lois Imaginaires.

René Hubert—Les assurances sociales (2 T.)

René Gain—Les societés a responsabilité limitée.

Eliachevitch, B.—Traité de droit Civil et Commercial des Soviets. (3 T.)

Ernest Melot—L'evolution du régime parlamentaire.

M. de la Bigne de V.—La fin du principe de séparation des pouvoirs.

Marcel Cocat—Du fondement de la responsabilité du voiturier en matiere de trasport de personnes.

Leon Mazeaud—Le délit d'alteration des prix.

Almossino, N.—L'enrichissement sans cause et son caractere subsidiaire.

Sagues, N. N.—La rupture unilaterale des contrats.

Nenard, A.—Essai d'une critique objetive de la technique juridique en matiere d'obligation.

Rouast-Givort—Traité du droit des accidents du travail.

Camile Goret—La taux d'incapacité des victimes d'accidents du travail.

Pierre Lecoq—Les éléments de l'indemnité déviction en matiere de proprieté commerciale.

Badr, M. A.—"L'Influence du consentiment de la victime sur la responsabilité penale".

Ange Blondeau — La concession de service publique.

Levasseur, A.—La proprieté commerciale.

Digesto Constitucional Argentino.

Roger Donnard—"Syndicalisme, Corporativisme, et l'Etat corporative".

Jean Abeille—La simulation dans le droit des societés.

J. Raimundo del Río C.—Elementos de Derecho Penal.

Eugenio Florian—Parte General del Derecho Penal (2 T.)

Julien Bonnecase—Science du droit et romantisme.

# INDICE

Página

EDITORIALES:

La constitución del Organo Judicial. Por Salvador Iglesias, Presidente de la Corte Suprema de Justicia. 849
La Reforma del Código Civil.—Por Darío Echandía ..... 855
Discurso del Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta, Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia. ..... 864

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO POR PRETENDIDA SIMULACION. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo proferida el 28 de marzo de 1939 en el juicio de Octavio Fuentes contra Teodoro Leguizamón. — Magistrado ponente, doctor Ricardo Hinestrosa Daza 867
ACCION DE NULIDAD ABSOLUTA DE UN CONTRATO POR SIMULACION. — DISTINTAS MANERAS DE OBLIGARSE PARA CON OTRO. — TEORIA DE LA SIMULACION. — Se casa la sencia del Tribunal de Bogotá proferida el 28 de octubre de 1938 en el ordinario de Concepción Becerra de Salcedo contra Mercedes Sánchez Arango. — Magistrado ponente, doctor Arturo Tapias Pilonieta... 872
SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR HERNAN SALAMANCA. ..... 881
ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO. — CONDICION. — PLAZO. — DIFERENCIAS ENTRE EL PLAZO Y LA CONDICION. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín del 12 de diciembre de 1938 en el ordinario de Andrés Londoño C. contra Ana J. Présiga de Molina. — Magistrado ponente, doctor Fulgencio Lequerica Vélez. ..... 885
ACCION DE DOMINIO. — DERECHO DE TRANSMISION. — LA SUCESION COMO MODO DE ADQUISICION DEL DOMINIO. — DECRETO DE POSESION EFECTIVA DE LOS BIENES HERENCIALES. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja, con fecha 13 de diciembre de 1938, en el ordinal del Municipio de Tinjacá contra Leonidas Peña y otros.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca.. 894
ACCION SOBRE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES. — INTERPRETACION DEL CONTRATO. — ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS INMATERIALES. — MANDATO. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena dictada el 30 de agosto de 1938, en el ordinario de Julio Sotomayor contra Dolores v. de Bozzi. — Magistrado ponente, doctor Liborio Escallón. ..... 900
CUENTAS. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada el día 30 de mayo de 1938 en el juicio de Rubén Uribe A. contra Pedro T. Arango.—Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 909
NULIDAD DE UNA CESION—CANCELACION DE INSTRUMENTOS PUBLICOS. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga pronunciada el día 10 de febrero de 1939 en el ordinario de Mariano, Ernesto Arzayús y otros con-

Página

tra Bertilda, Encarnación Arzayús García y otras. — Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 918

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO. — No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pereira fechada el 6 de febrero de 1939 que impuso a Enrique Correa la pena principal de seis años de presidio como responsable de la muerte de Manuel Esquivel.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez ..... 927

VEREDICTO CONTRADICTORIO.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales fechada el 2 de febrero de 1939 que condenó a Jesús Antonio Ospina Orozco y se ordena la convocatoria de nuevo jurado. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez..... 929

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN JUICIO MILITAR.—La Corte se inhibe para conocer del juicio militar contra los cabos Gabriel Angulo Reyes y Carlos Guillermo Hernández y ordena su devolución al Tribunal Superior de Santa Marta por ser de su competencia.—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez . . . . . 931

INVALIDACION DE LA SENTENCIA RECURRIDA POR LA CAUSAL 3ª—Se invalida parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona fechada el 21 de febrero de 1939 en cuanto condenó a Luis y Sinforoso Moncada por el delito de cuadrilla de malhechores y en su lugar absuelve de este cargo a los acusados; no se infirma en lo demás el fallo recurrido. — Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez ..... 933

REVISION—Se niega la revisión solicitada por Ester Fernández—Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez ..... 935

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

SOBRE AUTO PARA MEJOR PROVEER. — Se declara improcedente la reposición impetrada por el señor Procurador Delegado en lo Civil en el ejecutivo contra Sixto A. Carvajalino . . . . . 937

PENSION. — Se confirma en todas sus partes la sentencia consultada del Tribunal Superior de Manizales dictada el 29 de marzo de 1939 en el juicio de Alejandro Laserna contra la Nación.—Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. .... 939

EXCEPCIONES. — Se declara probada la de petición antes de tiempo propuesta por The Dorada Railway Co. en el ejecutivo adelantado en la Recaudación de Hacienda Nacional de Honda — Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo . . . . . 944

EXCEPCION DE COSA JUZGADA. Se resuelve: confirmar el punto primero, de la sentencia apelada —la del Tribunal Superior de Tunja de fecha 16 de febrero de 1939— que decidió el incidente de excepciones propuestas por el apoderado del Departamento de Boyacá en el juicio iniciado contra esta entidad por Gregorio Jaramillo E.; revocar el punto segundo y el tercero.— Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo ..... 948

INCIDENTE DE NULIDAD—La Sala se abstiene de resolver sobre el incidente de nulidad del juicio ejecutivo, propuesto por el doctor Alcibíades Rincón, por carecer de jurisdicción . . . . . 950

EXCEPCIONES—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el 5 de agosto de 1938, sentencia que vino por

Página

apelación presentada por el doctor Luis Salas B.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo. 952

EXCEPCIONES — Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el apoderado del señor Floro Emilio Zuluaga en el ejecutivo que se le sigue en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.—Magistrado ponente, doctor Pedro A. Gómez Naranjo . . . . . 957

SALA CIVIL DE ÚNICA INSTANCIA

ACCION CONTRA LA NACION

Página

POR PERJUICIOS—Se declara probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora en el juicio de Standard Brands Incorporated, S. A., contra la Nación. — Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. . . . . 961

DISCURSO del doctor Pedro A. Posse Camargo en el Club de Abogados al ofrecer el homenaje a los Magistrados de la Corte. . . . . 966

Nombramiento de Jueces hecho por el Tribunal de Pereira. . . . . 969

Notas . . . . . 970

# Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

TOMO V

Extractada por el doctor

## Julián Motta Salas

Relator de la Corte Suprema,

con un estudio jurídico preliminar y notas y comentarios del doctor

## Salvador Iglesias

Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

*Contiene este tomo, que saldrá publicado próximamente en dos volúmenes de 800 páginas cada uno, todas las doctrinas sentadas por la Corte como Tribunal de Casación y las de la Sala de Negocios Generales, en varios años, sobre diversos tópicos de la legislación nacional y extranjera y en él se han trascrito las sentencias de la Corte, como guardián de la Constitución Nacional, sobre las leyes y decretos acusados de inexequibilidad.*

Siendo limitada la edición de esta obra, los magistrados de los tribunales, jueces, abogados y hombres de negocios en general, a quienes interesa su estudio y consulta, deben apresurarse a solicitar la correspondiente suscripción a los

TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA

Calle 14 N° 13-56—Apartado postal N° 3-52, aéreo 36-38

Valor de cada volumen en Bogotá .....$ 4.00

Para cualquier población de la república, porte pagado 4.50

Envíese su valor por giro postal o por valor declarado a los

TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA

Calle 14 N° 13-56—Apartado postal N° 3-52, aéreo 36-38

# GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO XLVIII — BOGOTA, JUNIO DE 1941. — NUMERO 1952.

## JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
## EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XLVIII

POR
JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

# A

## ABUSO DEL DERECHO

— 1 —

Las cuatro modalidades de que es susceptible el ejercicio de un derecho, a saber: a) el disfrute de hecho de su contenido; b) el hacerlo valer frente a los demás; c) el de disponer de él; y d) el de hacerlo efectivo por medio de la acción procesal, pueden ocasionar el abuso, en cuyo caso y en principio, ese ejercicio, que no tiene por fin estricto el adecuado para que fue creado el respectivo derecho, constituye un acto injurídico que obliga a la indemnización.

Dentro de la noción de abuso, la opinión dominante de la jurisprudencia y de los autores, sólo reconoce a la parte presionada el derecho a la indemnización de perjuicios. No a impugnar el acto jurídico para que se rescinda, porque ésta es una acción distinta generada en causa diferente, aunque puedan coincidir, y porque la rescisión iría contra la equidad, desde luego que procuraría ventajas injustificadas a una u otra de las partes litigantes, aun respecto del autor del abuso de la vía de derecho. (1) (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 5 de 1939) ..... 1ª y 2ª 722,

## ACCESION

— 2 —

El artículo 739 del Código Civil, que hace parte del grupo de disposiciones reglamentarias de la accesión, la establece en favor del dueño del suelo; de suerte que es en obedecimiento del principio jurídico de que nadie puede enriquecerse sin causa a expensa ajena, como establece en favor de quien edificó, plantó o sembró, tanto el derecho de obtener el pago de la edificación, plantación o sementera, como el de asegurarse el pago reteniéndola. (Casación, XLVIII, número 1947, mayo 29 de 1939) ..... 34, 2ª

## ACCESION

— 3 —

Cuando el dueño de una cosa singular en que otro ha edificado, plan-

(1) Véase, además, lo que expuso la Corte sobre la noción de **Violencia como vicio del consentimiento,** en la doctrina así titulada.

Páginas

tado en las circunstancias previstas en el artículo 739 del C. C., inciso 2º, ha perdido la posesión de la cosa, el contacto con su propiedad, como dicen los autores, debe reconocérsele el derecho a usar la acción reivindicatoria para obtener que el poseedor le restituya el suelo con el edificio o plantación, pagándole previamente el valor de éstos. Vencido en el juicio el poseedor, restituye el terreno con sus mejoras después de que se le pague el justo valor de éstas. Estas ocurrencias y fenómenos, reglamentados como casos de accesión de cosas muebles a inmuebles en el título correspondiente del C. C. cuando se ha conservado la posesión del suelo, están bien hallados cuando se ha dejado de tener, dentro del sistema de las prestaciones mutuas de la acción de dominio, en el cual se reconoce el derecho del poseedor al pago de sus mejoras y su facultad de retención hasta su pago. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 23 de 1939) . . 752, 1ª

ACCIDENTES DE TRABAJO

— 4 —

Para invocar el derecho de indemnización por accidentes de trabajo o enfermedad, es requisito esencial la demostración de que el accidente o la enfermedad se han producido por causa y con ocasión del trabajo. Por incapacidad debe entenderse toda lesión o perturbación permanente o pasajera que imposibilita o disminuye, temporal, permanente o definitivamente la actividad del obrero, ya para todo trabajo o para el habitual suyo. Importa igualmente, para fijar la acción y cuantía de la indemnización en el accidente de trabajo, establecer si el accidente proviene de un hecho imprevisto y repentino o si puede imputarse culpa al patrón. Si se trata de lo primero, solamente hay lugar al pago de perjuicios materiales, y la acción se norma por la ley de accidentes de trabajo, en armonía con la 133 de 1931; si existe un hecho culposo, la obligación se rige por las leyes de derecho común.

La Ordenanza 48 de 1935 de la Asamblea de Antioquia constituye la mejor etapa de la justicia social en Colombia, y su doctrina va más adelante que la establecida por la ley de accidentes de trabajo, pues de acuerdo con ésta, para invocar la indemnización por accidentes, es requisito esencial la demostración de que tal hecho se ha producido por causa del trabajo y con ocasión de él. Ocurre lo contrario en la Ordenanza 48, donde basta solamente que la enfermedad se presente, así corresponda a la categoría de las comunes no ocasionadas por causa del trabajo.

Dentro de lo que la ley entiende por accidente de trabajo, puede establecerse en concreto que determinada enfermedad, como la que resulta de la actividad profesional, mediando un suceso imprevisto y repentino por causa y con ocasión del trabajo, constituye accidente de trabajo; pero en abstracto esa apreciación resulta difícil de admitir, mientras no se haya establecido por medio de la prueba plena resultante del examen médico, la necesaria relación de causalidad que debe existir entre el trabajo y la enfermedad.

Ni el derecho común, ni las disposiciones que forman el derecho social en Colombia, han dicho lo que debe entenderse por enfermedad profesional ni las clases que deben determinarse, ya que ellas varían según el clima y la calidad del trabajo. La enfermedad profesional se diferencia de la común en que ésta es ocasionada algunas veces por causas distintas del trabajo, mientras que aquella tiene como única causa el trabajo a que está destinado el obrero. Hay actividades profesionales que determinan fatalmente una intoxicación en el organismo, por ejemplo, el saturnismo en los tipógrafos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1947, diciembre 6 de 1938) . . . . . 181, 1ª y 2ª y 182, 1ª

ACCION RESOLUTORIA

— 5 —

La acción resolutoria que otorga el artículo 1546 del Código Civil es viable no solamente en el caso de falta total de ejecución de la obligación

Páginas

contraída, sino también parcial. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1948, abril 29 de 1935). . . ..... 338, 1ª

ACCIONES DE IMPUGNACION DE ESTADO

— 6 —

Véase: **Estado Civil.** Sentencia del 24 de mayo de 1939. G. J. Nº 1948.

ACCIONES DE INVESTIGACION O DE DECLARACION DE LA PATERNIDAD O DE LA MATERNIDAD

— 7 —

Véase: **Estado Civil.** Sentencia del 24 de mayo de 1939, G. J. Nº 1948.

ACCIONES DE RECLAMACION DE ESTADO

— 8 —

Véase: **Estado Civil.** Sentencia del 24 de mayo de 1939, G. J. Nº 1948.

ACTOS JURIDICOS UNILATERALES

— 9 —

La ley admite actos jurídicos unilaterales que tienen por resultado adquirir la propiedad: la accesión artificial a muebles o a inmuebles. Puede añadirse la ocupación, reconocida por todos los autores. La ley admite además que la voluntad unilateral basta para romper un vínculo jurídico. El Código Civil (1) lo establece así expresamente para la revocación del mandato y para la renuncia del mandatario, para ciertos contratos de duración indeterminada, como el trabajo, o perpetuos, como el de sociedad, el de renta. Admite las ofertas reales. Admite también que la voluntad unilateral puede bastar para la renuncia a un derecho, por ejemplo, la repudiación de una asignación.

(1) El Código Civil francés.

Páginas

El Código admite con menos frecuencia los actos jurídicos unilaterales creadores de obligaciones personales. Sin embargo, pueden citarse el testamento, la aceptación de una asignación, la gestión de negocios ajenos. Pero como uno no puede preguntarse si el testamento seguido de la aceptación del asignatario tenga más de un contrato en que los consentimientos no son simultáneos, quedaría sólo la aceptación de asignación en sucesión intestada y la gestión de negocios ajenos. (2) (Casación, XLVIII, Nº 1950, septiembre 11 de 1939). . ..... 675, 2ª y 676, 1ª

ACUMULACION DE ACCIONES

— 10 —

Son acumulables acciones de varios contra uno, siempre que exista la conexidad, para evitar que se divida lo que la ley procesal denomina "continencia de la causa". Se presume dividirse dicha continencia cuando las acciones provienen de una misma causa y se ejercitan por muchos o contra muchos. Es este el sentido racional del numeral 4º del artículo 398 del C. J. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, Nº 1947, marzo 30 de 1939). ..... 211 ,2ª

ALCANCE EN JUICIOS DE CUENTAS

— 11 —

El alcance en los juicios de cuentas tiene un carácter provisional, está sujeto a rectificaciones a lo largo de ese juicio y solamente adquiere la calidad de definitivo como crédito exigible en favor de la correspondiente entidad de derecho público, cuando es deducido como tal en el auto con que culmina el procedimiento fiscal que da base al ejercicio de la jurisdicción coactiva. El alcance deducido con observancia de los trámites correspondientes viene a cons-

(2) La Corte prohija esos conceptos del expositor Demogue en su **Traité des Obligations en géneral.**

Páginas

tituir en el campo del derecho civil el crédito de la entidad pública contra el responsable de la cuenta. Antes de esto, no hay en realidad obligación cierta y exigible, y mientras no termine el proceso administrativo de comprobación de abonos e inversiones para deducir un saldo fiscal, no hay obligación jurídicamente configurada. Estos procedimientos de contabilidad oficial son de privativa competencia administrativa. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 23 de 1939) ..... 913, 1ª

APRECIACION DE LOS INDICIOS

— 12 —

Véase: **Indicios.** Casación del 26 de octubre de 1939, número 1950, tomo XLVIII, página 741, 2ª

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

— 13 —

Tiene lugar el contrato de arrendamiento de servicios cuando en el servicio que una parte debe prestar a la otra predomina el esfuerzo intelectual sobre la mano de obra.

Es el artículo 1546 y sus concordantes del C. C. la fuente de donde dimanaba antes y dimana hoy el derecho de todo arrendatario de servicios inmateriales —empleado— por término fijado, para hacerse resarcir los daños que le infiera el arrendador —patrono— con el acto de declarar roto el contrato antes de la época estipulada en la respectiva convención. En este caso para nada juegan los artículos 2056 y 2059, en razón de que esas disposiciones, aplicadas a servicios inmateriales, de acuerdo con el artículo 2063, contemplan el caso especial de que se trate de una sola y única obra contratada. Pero cuando son servicios de carácter continuo, de los contemplados por el artículo 2064, el rompimiento festinado del contrato por obra de una de las partes resulta imposible de regular por los citados artículos 2056 y 2059, en fuerza de lo cual hay que acudir a los preceptos generales sobre incumplimiento de las convenciones. Así, pues, cuando el contrato de arrendamiento de servicios es ajustado por un tiempo determinado, ninguna de las dos partes puede, sin el consentimiento de la obra, romper la convención y sustraerse a sus compromisos; ese acto arbitrario hace incurrir al responsable en una grave culpa contractual, que le obliga a indemnizar perjuicios según las reglas generales. Cuando ese rompimiento es obra del arrendador o del patrono, el lucro cesante del arrendatario o empleado es igual al salario que hubiera podido percibir en virtud del contrato por el tiempo que a éste le falta de cumplimiento. (Casación, XLVIII, número 1949, julio 7 de 1939). (1) ..... 413, 1ª y 2º

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

— 14 —

Cuando se combina el contrato de arrendamiento de servicios con el de mandato, el criterio que debe seguirse es ante todo el de investigar, de acuerdo con la intención de las partes, cuál de las dos convenciones combinadas debe tenerse como principal, a fin de aplicar de preferencia las normas que regulan el correspondiente tipo básico del contrato, sin perjuicio de procurar, en lo relativo a las prestaciones subordinadas, que son las que participan de la naturaleza del otro contrato, la aplicación en lo pertinente, a título complementario, de las normas que lo regulan, siempre que con ello no se desvíe el objetivo principal querido por los contratantes en el negocio jurídico global. No obstante lo dicho, cuando es imposible conciliar las normas que respectivamente regulan uno y otro contrato, es necesario resolver esa situación conflictiva en el sentido de dar preeminencia a los textos legales de orden público y en especial —dentro de éstos— a los de carácter im-

(1) Véase, además, la doctrina titulada **Empleados.**

Páginas

perativo, esto es, aquellos que corresponden a derechos cuya renunciación está expresamente prohibida, sin consideración a que normen el tipo del contrato principal o del subordinado. (Casación, XLVIII, Nº 1947, abril 19 de 1939) ..... 47, 1ª

AUTO PARA MEJOR PROVEER

— 15 —

Es de lógica jurídica considerar que el artículo 600 del C. J. comprende no sólo asuntos definitivos en segunda instancia, sino los que sólo tienen una instancia, porque en ambos eventos se producen los mismos resultados. Con el criterio del señor Procurador, no cabría un auto para mejor proveer en ciertos negocios de importancia suma, como lo son muchos de los juicios ordinarios adscritos a la competencia de la Sala Civil de Unica Instancia. Semejante interpretación contraría el querer del artículo 472 del mismo Código.

Se dice también que el auto para mejor proveer es sólo para aclarar puntos oscuros y que se juzguen dudosos, y que por consiguiente no pueden proferirse para aportar probanzas. Si se constriñe el juzgador de esa manera, ningún objeto práctico tendría tal providencia, porque ella va siempre encaminada a obtener algún dato que esclarezca o disipe dudas, y ese dato, naturalmente, al llegar al proceso, se estima como elemento de convicción.

Ha sido constante jurisprudencia de esta Sala desde la vigencia de la ley 105 de 1931, dar cabida en esta clase de excepciones a autos para mejor proveer. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1951, julio 4 de 1939) ..... 938, 1ª y 2ª

AVALUO

— 16 —

Si en algunos eventos, como cuando se trata de perjuicios probados, se hace uso de la facultad conferida por el artículo 721 del Código Judicial, no puede disponerse lo mismo cuando esa especie de auto para mejor proveer tiende precisamente a levantar pruebas decisivas en uno de los aspectos más fundamentales de la litis. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, marzo 30 de 1939) ..... 220, 2ª

B

BALDIOS

— 17 —

La condicción resolutoria, en virtud de la cual se opera a favor del Estado la reversión de los baldíos adjudicados, que en diez años no han sido cultivados, es distinta de la extinción del dominio que consagra el artículo 6º de la ley 200 de 1936, porque la reversión sólo se refiere a los terrenos adjudicados como baldíos con arreglo a las disposiciones que regían en el momento de expedirse el título, en tanto que la extinción del dominio se refiere a toda la propiedad privada, con excepción de los terrenos expresamente determinados en la Ley de Tierras. En cuanto a la extinción del dominio las controversias que sobre esto surjan son de competencia de la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia; no así el conocimiento de las que emanen con relación a resoluciones que dicte el Gobierno en los casos de reversión de baldíos. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, Nº 1947, mayo 10 de 1939). 204, 1ª y 2ª

BALDIOS

— 18 —

En realidad el órgano judicial no es el competente para decidir las cuestiones relativas a la preferencia en la adjudicación de baldíos. Este aspecto no se halla contemplado por ninguno de los artículos 74, 78, 79, 80 y 89 del C. F. En cambio, el 90 ibídem regula como de competencia administrativa un caso conflictivo de prelación.

El artículo 44 del Código Fiscal

Páginas

consiste en una proposición jurídica que quebranta el principio cardinal de derecho civil sobre propiedad privada, en el sentido de reputar baldíos, y en tal concepto pertenecientes al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño. Tal disposición es, pues, un privilegio real en su acepción más amplia, desde luego que se atribuye una situación jurídica a cierta clase de bienes raíces. Preterida la naturaleza dicha del mencionado texto legal, para resolver los problemas relativos a la carga de la afirmación, o sea a la invocación de los hechos pertinentes; a la distribución de esta carga y a la carga de la prueba y su distribución, se recurrió al sistema caduco del derecho canónico en la materia de la tarifa legal de la prueba, revaluado hoy. Con la tarifa legal de la prueba se creó, mixtificado con indicios y ficciones, un enjambre de presunciones, a cada una de las cuales se asignó un valor graduado de manera semejante a la de un cálculo aritmético, con el fin, no sólo de estereotipar rígidamente en formas dadas el procedimiento, sino también con la mira de reducir a fórmulas mecánicas el proceso interno del razonamiento del juez. Este sistema pretendió dictar por adelantado toda conclusión judicial, para lo cual trató de establecer de antemano las circunstancias posibles, más o menos importantes, en cualquier caso jurídico y sometió al juez en la apreciación de las pruebas de aquellas a medidas y cálculos forzosos de valoración obligatoria. Así, con el objeto de convertir los grados de convicción psicológica en grados de eficacia jurídica, se hicieron clasificaciones abundantes.

Se dijo, por ejemplo. "el indicio o presunción puede ser o un indicio débil, del cual sería un atrevimiento inducir un hecho distinto (temerario); o un indicio mediano que, no obstante, permite suponer la existencia de otro hecho (probable); o un indicio calificado, que hace muy verosímil el hecho que se trata de inducir (violento); o un indicio que ponga fuera de toda duda el hecho en cuestión (necesario). De ello se dedujo que la presunción necesaria excluía toda prueba. La violenta obligaba sin excluir la prueba en contrario. La probable no era suficiente por sí sola, pero admitió que se le agregara otra. Y la temeraria carecía de toda fuerza probatoria". El legislador, al acoger en la ley 200 de 1936 el criterio caduco expuesto con la creación de las presunciones consistentes en reputar baldíos los terrenos no explotados económicamente y de propiedad privada los explotados económicamente, no estuvo a la altura de la ciencia probatoria moderna, puesto que técnicamente, para llenar las lagunas del artículo 44 del C. Fiscal, cabían reglas de interpretación, disposiciones supletivas y normas dispositivas puras, en vez de las referidas presunciones que dejaron intactos los problemas concernientes a la carga de la afirmación y su distribución y a la carga de la prueba, los cuales no se alteran con la existencia de una presunción legal. Sólo modificó el legislador el problema de la distribución de la carga de la prueba, debido a que la presunción legal es una regla que afecta a ésta. En efecto, la parte que se halla favorecida con ella tiene la carga de probar únicamente los supuestos de la presunción y limitarse a afirmar la circunstancia objeto de ésta.

Páginas

Por derecho de conquista la Metrópoli española se hizo dueña del territorio colombiano. El Estado republicano sucedió en ese dominio a la Corona. El artículo 44 del C. F. consagra, pues, esa situación de los bienes raíces, reconociendo al propio tiempo la consecuencia jurídica del dominio adquirido por los particulares de acuerdo con los medios que el mismo Estado, primero imperial y luégo republicano, estableció. Ese artículo, por consiguiente, configura un título constitutivo de dominio, en donde, en consecuencia, el modo y título se confunden. Los títulos constitutivos de dominio no son susceptibles de registro, el cual está estatuido para la inscripción de los títulos traslaticios. De ahí que la carga de la prueba corresponda siempre a

Páginas

quien pretende ser dueño y no a quien invoca la calidad de baldíos. Así se corrige la doctrina que explicaba esta peculiaridad apelando para ello, bien a la figura de la presunción, o bien a la teoría de la negación indefinida, la cual en la ciencia probatoria moderna no se acepta, porque en la práctica nunca se presenta, dada la índole de los pleitos que se refieren a hechos concretos de la vida, limitados espacial y temporalmente. (Casación, XLVIII, número 1947, mayo 10 de 1939) . 15, 2ª y 16, 1ª y 2ª

— 19 —

BIENES VACANTES

Son bienes vacantes los inmuebles que, habiendo estado bajo el dominio del hombre, no tienen actualmente dueño aparente o conocido. Los terrenos vacantes no son baldíos y hay diferencia entre estas dos clases de bienes: el carácter de los primeros estriba en haber tenido dueño y en haberlos éste abandonado (artículo 706 C. C. y 1º y 5º Ley 55 de 1905); los segundos son aquellas porciones del territorio de la Nación que pertenecen a ésta por no haber sido trasmitidos a persona alguna y que bajo el imperio de la actual legislación no han sido adquiridos particularmente con títulos legítimos. Para que sean bienes vacantes los que aparecen sin dueño aparente, es preciso que hayan estado en dominio anterior del hombre, que hayan tenido dueño; si nunca han estado en dominio particular ni incorporados a un patrimonio privado, en tal caso no serían vacantes sino baldíos y no podrían ser objeto de una acción sobre declaración de vacancia. La acción de vacancia de un inmueble en ninguna circunstancia puede dirigirse contra el respectivo Municipio, señalándolo como demandado, ya en su condición de simple tenedor, ya como poseedor de ésta. Consagrar la tesis contraria y convenir en que un particular puede asumir el papel de actor en un juicio o de bienes vacantes y señalar al Municipio como demandado, sería tanto como consagrar el absurdo de que se comparece en nombre y beneficio de una persona y se le asigna a esta misma el papel de opositora y demandada, con el fin de obtener una declaración judicial que la perjudique. Si por consagración expresa de la ley pertenecen a los Municipios todos los bienes vacantes comprendidos dentro de su territorio, no se concibe que un particular aspire a obrar judicialmente en colaboración con un Municipio y a pedir a su favor tal declaración, con el objeto de privar al mismo Municipio, ya de parte de la cosa misma, en el evento de quedar como comunero de él (artículo 843, C. J.), ya del dinero que le pague por valor de la misma cuota, a título de precio de sus gestiones.

La acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aun tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si bien es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo e inscrito y de buena fe para el acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir el bien por usucapión extraordinaria; y el denunciante del bien vacante no puede desconocer esa situación, por lo mismo que ya viene dicho que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente. Y en tal evento, una de las características esenciales y dominantes del bien vacante, esto es, que aparezca abandonado y sin dueño aparente conocido, desaparece ante un poseedor cualquiera. (Casación, XLVIII, Nº 1949, julio 15 de 1939). 398, 2ª y 399, 1ª y 2ª

BONOS COBRADOS EJECUTIVAMENTE POR SU TENEDOR

— 20 —

De conformidad con los principios de nuestra legislación cambiaria, es regla general la de que el tenedor de un instrumento negociable puede exigir judicialmente el pago en su propio nombre. La Ley 46 de 1923 clasifica los bonos, obligaciones o cu-

Páginas

pones de deuda emitidos por entidades públicas como instrumentos negociables, aun cuando el principio no es absoluto, pues del texto de esa ley se deduce que ellos están sometidos a un régimen especial que se autoriza y que bien puede tornarlos en documentos no regulados de modo directo por tal ordenamiento. El artículo 3º correspondiente dice que ellos serán negociables de acuerdo con el contrato o con la disposición gubernamental o legislativa en que se haya fundado su emisión, y que a falta de dichos estatutos, lo serán de acuerdo con las prescripciones legales pertinentes.

Tratándose de la negociabilidad de papeles de deuda emitidos por entidades públicas, la ley establece la siguiente jerarquía en cuanto a las normas que deben regirla: el contrato de empréstito o la disposición legislativa o gubernamental que autoriza la emisión, y luégo, a falta de ellos, las prescripciones legales pertinentes. Entre éstas, en orden de su especialidad, se aplicarán: la Ley 51 de 1918, sobre establecimientos o sociedades de crédito; la Ley 46 citada sobre instrumentos negociables; el Código de Comercio Terrestre, y el Código Civil. Acorde con estos principios la jurisprudencia de la Sala ha exigido como requisito indispensable para dar curso a estas acciones, la presentación de los respectivos contratos de emisión. Es menester, pues, establecer de acuerdo con los convenios que autorizan y regulan los papeles de deuda presentados como recaudo, la capacidad que se concede a los tenedores para demandar en su propio nombre el pago.

Estipulada en los contratos de emisión la representación de los Agentes Fiscales, éstos son parte principal en ellos y en ellos adquieren derechos y obligaciones en su propio nombre y en el de los tenedores. La intervención de éstos se hace únicamente durante la ejecución del contrato, cuyas estipulaciones y términos no pueden discutir, y se limita a la ratificación incondicional del contrato en circunstancias análogas a las que determinan los pactos denominados de adhesión. De acuerdo con la Ley 51 de 1918 los establecimientos de crédito que obren como intermediarios tendrán el carácter de representantes legales de quienes hayan de ser tenedores de los documentos que se emitan, en cuanto se refiera al estricto cumplimiento de las obligaciones emanadas de los contratos por ellos mismos aceptados. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1950, junio 23 de 1939) ..... 814, 1ª y 2ª

Páginas

## BUENA FE

— 21 —

La circunstancia de la buena fe, cuando se trata de la acción de dominio, sólo está destinada a producir efectos en la determinación de la cuantía y alcance de las restituciones mutuas a que haya lugar, de los frutos a que está obligado el demandado, según que su posesión haya sido de la una o de la otra especie. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 23 de 1939) ..... 748, 1º

# C

## CAJA DE AUXILIOS O CAJA DE PROTECCION SOCIAL DE LA POLICIA NACIONAL

— 22 —

Véase en la palabra EXEQUIBILIDAD lo que sobre el particular dijo la Corte, en Sala Plena, en sentencia de fecha 5 de octubre de 1939, G. J. Nº 1950, páginas 643 y siguientes. La sentencia se refiere al Decreto número 475 de 11 de marzo de 1938, que reorganizó y reformó la Caja de Auxilios de la Policía Nacional.

## CANCELACION DE INSTRUMENTOS PUBLICOS

— 23 —

Conforme a los artículos 2611 y 2612 del C. C., cuando no es el mismo otorgante del instrumento que se desea cancelar el que se presenta a

Páginas

cancelarlo, sino su apoderado o causahabiente a título universal (herederos), o a título singular (compradores, legatarios o cesionarios a cualquier título), ante el notario corresponde comprobar, claro está que sumariamente, y para que la cancelación sea válida, el carácter de apoderado o de sucesor; debiéndose, además, agregar a la escritura el **comprobante** de la personería que el notario tuvo a la vista y con la cual admitió que se hiciera la cancelación. Faltando la agregación de la prueba o la constancia del notario destinada a dar fe de ella, el instrumento por sí mismo nada dice en relación con el derecho que se tuviera para consumar el acto a nombre del primer otorgante. En tales circunstancias la escritura sale desprovista de elementos fundamentales, que sirvan a los terceros de base para determinar el derecho con que la escritura se otorgó. El notario habrá comprometido entonces su responsabilidad por el perjuicio que esa omisión irrogue a terceros; y los mismos otorgantes deben soportar las consecuencias que para ellos tenga en el futuro el hecho de que el instrumento no dé fe de que les asistió el perfecto poder de suscribirlo, desde luego que ellos también estaban comprometidos a dejar la prueba de su personería o a exigirle al notario que la comprobara en la mejor forma posible. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 23 de 1939). 922, 2ª

## CASACION

### — 24 —

Sería absurdo entender que hay lugar a casación cuandoquiera que el juzgador discrepe de las aspiraciones o defensas de los litigantes; el conflicto entre éstos, demostrado con el hecho mismo de litigar, obligadamente impone esa discrepancia, opte el juzgador por una solución que no se ajuste en todo o en parte a ninguna de las dos tendencias, opte por otra que acoja totalmente la una o la otra. La disonancia erigida en motivo de casación no es la negativa a una o más, que puede ser a todas, de las pretensiones del actor o de las excepciones del reo, sino algo muy distinto, que consiste en que la sentencia decida sobre algo que no ha sido materia de la controversia, como ocurre en los fallos **extra** o **plus petita**, o que deje de decidir sobre algo de lo que las partes han puesto **sub judice** y que ha dejado de decidirse.

No basta que una prueba se haya apreciado mal o que se haya desestimado, sino que es preciso en casación deducir de ahí y demostrarlo, el quebrantamiento de determinada disposición sustantiva. (Casación, XLVIII, número 1949, julio 27 de 1939).... 418, 2ª y 419, 2ª

## CASACION

### — 25 —

Alegar la violación de un precepto probatorio, omitiendo el señalamiento de cómo repercute tal violación en la ley sustantiva referente al pleito, es lanzar una acusación incompleta e ineficaz ante la Corte. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 19 de 1939)..... 52, 1ª y 2ª

## CASACION

### — 26 —

Los artículos 227, 329 y 472 del C. J. no dan lugar a casación, sino en tanto que su desconocimiento por el Tribunal sentenciador haya conducido a la violación de leyes más sustantivas, concernientes al derecho reclamado por el actor, juzgado y sentenciado en el pleito de que se trate. Pero para ello es preciso además que se exprese la disposición o el principio sustantivo vulnerado y el concepto en que lo haya sido. En el caso del artículo 472 lo que debe atacarse es la infracción de disposiciones más radicales de las que sí dan margen a ese recurso. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 28 de 1939) ..... 74, 1ª

Páginas

CASACION DEL FALLO POR MALA APRECIACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

— 27 —

Habiendo agregado el Jurado al factor de la responsabilidad la apreciación de que el homicidio se cometió en riña no provocada por el matador y sin concurso recíproco, esa agregación algo significa e induce, por tanto, a la aplicación del artículo 602 y no a la del 600 del Código Penal de 1890. (1) (Casación, XLVIII, número 1950, abril 17 de 1939) .... 792, 1ª

CASACION EN LO CRIMINAL

— 28 —

Cuando para sustentar un recurso de casación no se impugna la existencia de los elementos materiales del cuerpo del delito sino la prueba de la imputación del hecho a determinada persona, el recurso no puede prosperar por la causal 3ª —error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito— y podría ser sustentable más bien por la causal 5ª, veredicto notoriamente injusto. (Casación, XLVIII, número 1948, octubre 28 de 1938) ..... 317, 2ª

— 29 —

CASO FORTUITO

Para que haya caso fortuito es necesario, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, que el hecho en que se le hace consistir sea imprevisible e irresistible. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, marzo 21 de 1939) ..... 201, 1ª

— 30 —

CESION

La aceptación de la cesión puede ser también tácita, y resultar de la ejecución que al convenio se le dé por las partes contratantes. Es obvio que si una de ellas, la que puede reclamar el cumplimiento de un requisito legal, como el de la notificación a ella de la cesión o el de la notificación respecto del traspaso, no lo hace, y al contrario reconoce en la práctica la cesión, por actos de entendimiento o relación con el cesionario, resulta superfluo agregar a esa aceptación clara, aunque tácita, el acto de la aceptación expresa. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, febrero 27 de 1939) ..... 149, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

— 31 —

Negadas las circunstancias modificadoras del homicidio, es decir, no considerado ya como asesinato, los juzgadores de instancia quedan en libertad para apreciar aquellos hechos por el aspecto de simples agravantes en otra de las especies del delito de homicidio. (Casación, XLVIII, número 1948, junio 23 de 1938) ..... 327, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

— 32 —

Las circunstancias agravantes objetivas en el delito de robo, ejempligracia, la de cometerse de noche y la de ser más de dos los ladrones, afectan a todos los partícipes en él. (Casación, XLVIII, Nº 1948, julio 27 de 1938) ..... 328, 2ª

COACCION

— 33 —

La fuerza, sea física o moral, no excluye absolutamente el consentimiento, pues la voluntad forzada es siempre voluntad, como quiera que el hombre, al ser impelido a obrar, puede escoger con razón de bien uno de los males propuestos. Hay ciertamente una restricción del libre arbitrio, por lo cual el acto jurídico ejecutado en esas circunstancias adole-

(1) Es doctrina expuesta en instancia, por haber de casar la Corte el fallo recurrido.

Páginas

ce de un vicio, generador de nulidad relativa. Según el artículo 1513 del C. C. la coacción debe ser capaz de producir una fuerte impresión en una persona de sano juicio, entendiéndose por tal la que tenga las facultades medianamente equilibradas, lo cual constituye el tipo ordinario en las relaciones humanas. Indispensable es también que los hechos de coacción se hayan dirigido a imponer el consentimiento. En otros términos, la coacción, como vicio anulatorio, debe ser racional, lo que implica la necesidad de contemplarla no sólo en sí mismo, sino en relación con la persona que la sufre, atendiendo a las condiciones de edad, sexo, sano juicio, etc. Cuando la fuerza es empleada por un tercero, para que se anule el contrato, debe tender a obtener el consentimiento, como lo enseña el artículo 1514 del C. C. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, marzo 30 de 1939) .....

CODIGO NUEVO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — NO SE APLICA A LOS PROCESOS INICIADOS ANTES DEL 1º DE JULIO DE 1938

— 34 —

La Ley 94 de 1938 —nuevo Código de Procedimiento Penal— la cual suprimió el fuero que amparaba a ciertos funcionarios públicos, no es aplicable respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de aquel año. El juzgamiento de aquellos empleados por los jueces comunes no puede considerarse como más favorable al reo que el hecho por la Corte Suprema de Justicia. El art. 22 de la Constitución y los artículos 5º de la Ley 57 de 1887 y 3º del nuevo Código Penal consagran expresamente el principio de que en materia penal la ley más favorable al reo, aun cuando sea posterior, debe preferirse a la desfavorable; pero tal cosa ha de entenderse respecto de una ley nueva vigente, no de una ley como la 94 de 1938, que deba empezar a regir paulatinamente, para aplicarla, por expresa voluntad del legislador, tan sólo en procesos que se vayan iniciando a partir de la expedición de esa nueva ley. En virtud del artículo 722 del mismo código, para dichos procesos no existe todavía la ley de naturaleza penal que se invoca como la más favorable al reo; el nuevo Código de procedimiento tiene existencia **formal** desde el primero de julio de 1938; pero no tiene existencia **material** o efectiva sino para procesos iniciados de aquella fecha en adelante. Quiso el legislador que la reforma penal no produjese sus efectos de manera súbita y brusca. Por lo que hace a la ley sustantiva, ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de mil novecientos treinta y ocho, con la comparación que el juez debe hacer, en cada caso, entre el código de 1890 y el de 1936, para aplicar el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se ha suavizado la tramitación con lo que dispuso el artículo 722, que establece la vigencia paulatina del código. Respecto de procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938 no se trata, pues, de escoger entre dos leyes de naturaleza penal para aplicar la más favorable al reo, sino de una ley vigente y de otra que por mandato expreso del legislador no debe regir sino en determinados procesos: los iniciados a partir de aquella fecha. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVIII, Nº 1950, octubre 6 de 1939) (1). .....

Páginas

216, 1ª

784, 1ª y 2ª

COMPETENCIA

— 35 —

No cabe alegarse competencia afirmativa entre la Corte y un Tribunal, ni entre un Juez y otro que esté directamente subordinado, porque sería destruír el concepto de jerarquía, tan esencial para la administración de justicia. Se faltaría a la hermenéutica jurídica si pudiera admitir-

(1) Igual doctrina contiene el auto de fecha 30 de noviembre de 1939, de la misma Sala, publicado en la página 786 del mismo número de la **Gaceta**.

Páginas

se que la jurisprudencia del superior pudiera ser rechazada en gracia de interpretación dada a la ley por el inferior. Por este camino se llegaría a la anarquía y se perdería el concepto de autoridad fijado por la misma ley, sobre cuya base esencial está el mentado Poder Judicial, prestándose, como consecuencia, injustos casos de denegación de justicia.

Competencia es la facultad que la Corte, los Tribunales o los jueces tienen para ejercer por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República y está subordinada en unos casos a la cuantía y en otros a la acción principal. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, febrero 7 de 1939) ..... 188, 1ª y 189, 1ª

COMPETENCIA

— 36 —

Para que pueda conocer la Sala Civil de Unica Instancia de los negocios que privativamente le atribuye el artículo 40 del C. J. es indispensable que la controversia emane de un contrato celebrado por la Nación. Un mero denuncio de bienes ocultos no constituye el contrato con la Nación que requiere la disposición legal citada. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, Nº 1949, junio 30 de 1939) .....

COMPETENCIA

— 37 —

De conformidad con el ordinal 4º del artículo 76 del Código Judicial, no corresponde a los Tribunales Superiores el conocimiento de delitos comunes o por causas de responsabilidad de que son responsables los jueces municipales. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVIII, número 1949, julio 19 de 1939) ....

COMPETENCIA DE LA SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

— 38 —

Al referirse el artículo 40 del C. J. a los contratos celebrados aludió a aquellos que, al tiempo de expedirse la ley, ya habían entrado en vigor; y cuando atribuyó el conocimiento a dicha Sala de los contratos que celebre la Nación, se refirió a los que con posterioridad a la ley se celebrasen con todas las formalidades legales.

Tratándose de un precontrato o proyecto de contrato, el Estado, en su calidad de ente colectivo, representado por entidades diversas, requiere para obligarse contractualmente el concurso de todas esas entidades; mientras no existan esos requisitos y formalidades legales no puede hablarse de contrato perfecto. En consecuencia, la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte Suprema de Justicia carece de competencia para el conocimiento de tales asuntos. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, febrero 17 de 1939) ..... 183, 1ª y 184, 1ª

Páginas

COMUNIDAD

— 39 —

El artículo 2323 del C. C. significa que del dominio de cada uno de los condueños de las cosas comprendidas en la comunidad le resultan derechos al uso de la cosa común y a sus frutos como también obligaciones en cuanto a deudas y reparaciones de la comunidad. Esta, a diferencia de lo que acontece con la sociedad, no constituye una persona jurídica distinta de los socios, personalmente considerados, ni es dueña tampoco de un patrimonio propio. La cuota que corresponde a los comuneros en la cosa común pertenece al patrimonio particular de cada uno de ellos. Los comuneros no son distintos dueños de una cosa, y como copropietarios no se representan unos a otros ni tienen tampoco particularmente la representación de la comunidad, de modo que pudiera ser demandada eficazmente en la persona de cualquiera de los partícipes. Desde el punto de vista del derecho de propiedad indivisa existente en el cuasicontrato de comunidad carece de 576, 2ª 489, 2ª

Páginas

todo sentido el concepto de administración recíproca de los comuneros. La especie de solidaridad establecida por el artículo 2525 del C. C., no implica representación recíproca de los comuneros, ni representación de la comunidad desde el punto de vista de la personería pasiva, en forma que pudiera entenderse que notificada una demanda a un comunero quedaran los demás por ese hecho vinculados a los términos y resultados de la litis. (Casación, XLVIII, número 1949, julio 26 de 1939) ..... 428, 2ª

COMUNIDAD

— 40 —

No habiéndose demostrado la cuota precisa que al actor corresponde en la comunidad no puede practicarse la división del bien común, como tampoco declararse qué parte de los beneficios producidos por él corresponden al actor, porque debiendo dividirse los frutos de la cosa común entre los comuneros a prorrata de sus cuotas (artículo 2328 del C. C.), previamente debe conocerse a qué cuota tiene derecho cada comunero.

Cuando se trata de estimar pericialmente la cabida de un predio la mensura es indispensable.

El numeral 2º del artículo 2338 del C. C. debe entenderse en el sentido de que las habitaciones, labores o mejoras que los comuneros hayan hecho dentro de la comunidad pertenecen a éstos.

Si un comunero pone mejoras en la cosa común, la ley lo ampara.

Estando determinada una tramitación especial para los juicios divisorios, no es conducente un juicio ordinario para obtener tal fin.

El ejercicio de la acción consagrada antes por el artículo 2334 del C. C. y hoy por el artículo 1134 del C. J. está reglamentado en el Título XL del C. J., y es necesario para que la división tenga cabida y se llegue a la partición material del bien común comprobar la existencia de la comunidad y el derecho que en ella tiene cada comunero. Como sobre esto puede haber divergencia entre las partes, de ahí las disposiciones de los artículos 1135 y 1139 del C. J., que dan campo para comprobar la existencia de la comunidad y para resolver al respecto cuando haya oposición entre los interesados.

En trantándose de los frutos, mientras la división material no medie, no se sabe cuáles hayan de corresponder a cada comunero, de modo que no podría prosperar una declaración sobre entrega o pago de frutos, sino al practicarse la división material. Puede también presentarse divergencia entre los comuneros respecto de las mejoras existentes en el predio y por ende de los frutos producidos por ellas, como cuando un comunero sostiene haberlas plantado y los otros niegan ese aserto. (Artículos 1149 a 1152 C. J.) (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 17 de 1939) ..... 456, 1ª y siguientes.

CONDICION

— 41 —

Para que haya condición se requieren dos elementos esenciales: a) debe consistir en un acontecimiento futuro, que lleve en su seno el evento de su realización; y b) debe ser incierto, esto es, que por su propia naturaleza pueda suceder o no, dado que la contingencia e incertidumbre de su cumplimiento es lo que constituye y caracteriza a la condición. Cuando la modalidad a que se sujeta la obligación consiste, no en un acontecimiento sino en un día, se hace necesario hacer esta distinción: si se trata de un día incierto, sea determinado o no, constituye una condición; en cambio, si el día es cierto, sea determinado o simplemente determinable, configura una obligación a plazo hasta el día que necesariamente ha de llegar. Las obligaciones contraídas a plazo y que deben cumplirse en un día incierto, sea determinado o no, tienen el valor de condiciones y como tales deben considerarse dentro de una sana hermanéutica. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 17 de 1939) ..... 889, 1ª

Páginas

CONFESION

— 42 —

La afirmación que haga una persona de ser mayor de edad, o de tener cierta edad, nunca es plena prueba, porque ese extremo está regido por otra clase de reglas probatorias: partidas de origen eclesiástico o civil, declaraciones de testigos, o examen médico. Porque en un instrumento auténtico, en una escritura pública, en una demanda, se afirme que una persona es mayor de edad, cuando se controvierte sobre ese extremo, esa afirmación no puede tener el carácter de confesión para comprobar tal hecho. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 23 de 1939). . . . . 730, 1ª

CONFESION

— 43 —

La confesión es la expresa aceptación por parte de persona capaz del hecho susceptible de tener consecuencias jurídicas en contra de quien la hace. No hay confesiones implícitas sino expresas. La confesión no puede comprobarse por medio de indicios, pues la prueba de confesión y la indiciaria están colocadas en distintos planos y categorías. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 19 de 1939) . . . . . 51, 2ª y 53, 2ª

CONSENTIMIENTO

— 44 —

El consentimiento de que trata el artículo 1514 en relación con el 1502 de nuestro Código Civil, no designa sino la intención eficaz de vincularse considerada aisladamente en cada una de las partes contratantes de un negocio jurídico. Ello se patentiza si se piensa que para que el consentimiento vincule, configure la convención, sea que se trate de una oferta o de una aceptación, se requiere haberlo dado con intención de obligarse y no con otra distinta. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 5 de 1939) . . . . . 720, 1ª

Páginas

CONTRALORIA

— 45 —

El contralor puede delegar funciones a los auditores seccionales y tiene facultad para expedir los reglamentos necesarios para el funcionamiento de la dependencia a su cargo y para el examen, glosa y fenecimiento de las cuentas. La "competencia exclusiva" que le da el artículo 6º de la ley 42 de 1923 al contralor para el fenecimiento de cuentas, debe entenderse en relación a otras entidades administrativas, pues todo lo relativo a responsabilidad de los empleados nacionales de manejo se centralizó en el Departamento de Contraloría. Pero no puede entenderse la mencionada disposición en el sentido de prohibir al funcionario nombrado que confiera determinadas autorizaciones a los empleados de su dependencia. La Resolución número 67 de 1928 de la Contraloría, publicada en el Boletín número 14 de aquella entidad, en el artículo 1º, ordinal b), les da a los Auditores seccionales facultad de examinar, glosar y fenecer las cuentas de las oficinas subalternas de hacienda, correos, telégrafos, etc. Esa Resolución no ha sido declarada ilegal. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1949, junio 30 de 1939) . . . . . 519, 2ª

CONTRATO

— 46 —

Un contrato celebrado en virtud de Ordenanza de autorizaciones especiales, debe someterse al Tribunal de lo Contecioso Administrativo. Si este requisito no se cumple el contrato queda imperfecto, o mejor, no alcanza vida jurídica. (Artículo 42 L. 130 de 1913). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, mayo 24 de 1939) . . . . . 178, 1ª

CONTRATO CON LA NACION

— 47 —

Un simple denuncio de bienes ocul-

Páginas

tos no constituye el contrato en virtud del cual pueda presentarse el actor en juicio, de conformidad con el artículo 40 del Código Judicial. (Auto, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1950, septiembre 25 de 1939) .....

CONTRATO DE TRASPORTE

— 48 —

El trasporte es un contrato consensual que se prueba con la carta de porte o carta-guía, documento privado que las partes otorgan para comprobar la existencia y condiciones del contrato y la entrega de las mercaderías al portador. (Artículos 266 y 272 del C. Co.) También puede probarse por otros medios.

Al trasporte por ferrocarril se aplican las disposiciones generales del Código Civil, sin perjuicio de las especiales del Código de Comercio, de conformidad con el artículo 2078 del primero y de las leyes 4ª y 76 de 1920.

Según los artículos 2072 y 2073 del Código Civil y 283 y 306 del de Comercio, existe una presunción en contra del portador en los casos de pérdida, avería o retardo de las mercaderías, que él debe destruir comprobando que hubo caso fortuito inevitable. Pero no le basta el caso fortuito para librarse de responsabilidad, como lo ha establecido la Corte, sino que ha de probar además que éste "no ha sido preparado por su culpa y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente". (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, marzo 21 de 1939). .. 193, 2ª, 194, 1ª, 199, 1ª y 2ª

— 49 —

COPIA DE ESCRITURAS PUBLICAS

El Código Civil establece un verdadero juicio controvertido para que el Juez ordene la expedición de la copia de un instrumento público con el cual pueda exigirse el cumplimiento de la obligación cada vez que se presente (artículos 2602 y 2603). El Juez no puede mandar que se dé copia del instrumento sino cuando quien la solicita afirma bajo juramento que sin culpa o malicia de su parte se destruyó o perdió la copia que tenía en su poder, y que la obligación no se ha extinguido, y sin que el Juez cite a la parte contraria, y con su intervención se establezca que la deuda u obligación está vigente. Tales exigencias y comprobaciones, contenidas en la ley sustantiva, no se explican de otra suerte sino como medios para proteger un derecho también sustantivo. 831, 2ª

Expedida una segunda o tercera copia por el Notario sin la autorización del Juez, equivale a otorgarla sin el lleno de los requisitos esenciales consignados en el Código Civil. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, noviembre 25 de 1938). . . ..... 121 2ª

COSA JUZGADA

— 50 —

Conforme al artículo 474 del C. J., para que haya cosa juzgada se exigen tres requisitos: identidad de objeto y de causa e identidad jurídica entre las personas de los litigantes. Si falta alguno de estos requisitos, es obvio que la excepción no puede prosperar. No debe confundirse la identidad de la cosa demandada con la identidad de la **Causa Petendi**, que representan dos ideas distintas en concepto del legislador. Es regla admitida que la cosa juzgada está en la parte dispositiva de la sentencia y no en las razones que la han motivado. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1951, octubre 31 de 1939) ..... 950, 2ª y 951, 1ª

COSA JUZGADA

— 51 —

Para que la excepción de cosa juzgada sea eficaz son precisos ciertos requisitos concurrentes: 1º el nuevo pleito ha de versar sobre la mis-

Páginas

ma cosa; 2º debe ejercitarse la misma acción y alegarse identidad de causa; 3º es indispensable que las partes litigantes sean idénticas con igual calidad. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, marzo 30 de 1939) .....

COSTAS

— 52 —

Nuestra legislación se inspira unas veces en un criterio objetivo, en el que sólo se requiere el vencimiento en el juicio, y en otras ocasiones se rige por el criterio subjetivo en el que se avalúa la temeridad o malicia del litigante. Artículos 294, 336, 458 y 575 del C. J. De este último artículo se deduce que la condenación en costas, en algunos juicios, está sometida a la culpa de la parte vencida. Si otra cosa ocurriera, la defensa se entrabaría y la promoción de una acción, aunque ello causara gastos, se limitaría sin razón. La justicia o injusticia de una causa no siempre se presenta con caracteres translúcidos, de suerte que quien creyendo que las asiste un derecho demanda, no por eso obra maliciosamente. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, marzo 30 de 1939) ..... 224, 2ª y 225, 1ª

CUADRILLA DE MALHECHORES

— 53 —

No debe confundirse la figura jurídica del concurso de delincuentes con el delito específico de cuadrilla de malhechores. La ley exige como elementos esenciales de este delito: 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, XLVIII, número 1951, noviembre 16 de 1939)..

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

— 54 —

Cuando el demandado no objeta la estimación de la cuantía dada por el demandante, ella queda en firme. Con sólo producirse una alteración en el precio de las cosas, no se puede seguir el efecto de modificar una fijación dada en la demanda y no 212, 1ª reclamada por el reo. (Auto, Sala de Casación, XLVIII, número 1949, julio 7 de 1939) ..... 375, 2ª

CUENTAS

— 55 —

El artículo 1127 del Código Judicial confiere el derecho potestativo de rendir cuentas voluntariamente sin ser demandado para ello, lo que antes no existía en la legislación. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 19 de 1939) ..... 47, 2ª

CUERPO DEL DELITO DE HOMICIDIO

— 56 —

El cuerpo del delito de homicidio se comprueba por la muerte. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 9 de 1939) ..... 772, 1ª

CULPA

— 57 —

La gradación cuantativa en la compensación de culpas cuando hay error de conducta también en el damnificado, es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador y que no puede ser materia de casación en todos los casos. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 26 de 1939) ..... 757, 2ª

CULPA CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

— 58 —

Cuando las culpas contractual y 933, 2ª extracontractual proceden de una misma fuente y está ejercitada la acción correspondiente a la contractual, es ésta a la que debe atenderse. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, marzo 16 de 1939) ..... 191, 2ª

Páginas

CULTIVADOR

— 59 —

Aun cuando es propio de todo cultivador que coloniza una selva, cortar la madera, abrir trochas y hacer caminos, estos hechos por sí solos, independientemente de las circunstancias de modo y de tiempo, no son suficientes para comprobar esa calidad de cultivador. (Casación, XLVIII, número 1948, mayo 10 de 1939) . . . . . .

D

DECLARACIONES DE TESTIGOS

— 60 —

Con declaraciones no se prueba el hecho desnudo de que una persona es sucesora de otra. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 19 de 1939). . . . . 54, 1ª

DECRETO ACUSADO Nº 475 DE 11 DE MARZO DE 1938, POR EL CUAL SE REORGANIZO Y REGLAMENTO LA CAJA DE AUXILIOS DE LA POLICIA NACIONAL

— 61 —

La atribución conferida al Ejecutivo por el artículo 21 de la ley 41 de 1915 es especial y **sui generis.** Y habiendo sido expedido el Decreto número 475 de 1938 en ejercicio de esa autorización especial y **sui generis,** es de rigor concluír que al dictarlo el Gobierno hizo buen uso de la atribución que de manera exclusiva se le confirió por el legislador para reglamentar la vida de la Caja, su funcionamiento, la inversión de los fondos en beneficio de la institución y el personal que debía gobernarla en su actividad interna.

El Gobierno, al dictar el Decreto número 475 y al derogar en el artículo 75 los demás decretos dictados con idéntico fin, ni extralimitó la atribución especial que le confirió el legislador para reglamentar las funciones del organismo, ni violó precepto constitucional alguno al derogar los anteriores decretos, que no tenían una condición superior al tachado de inexequible; ni desconoció facultad extraordinaria o normas reglamentarias conferidas en leyes posteriores. Obró dentro de los precisos límites de la potestad de que estaba investido. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, octubre 5 de 1939). . . . . 650, 1ª y 651, 2ª

Páginas

15, 1ª DECRETO NUMERO 1283 DE 1932, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

— 62 —

Se abstuvo la Corte de considerar la demanda de inexequibilidad por no reunir los requisitos legales. (Auto de la Sala Plena, XLVIII, Nº 1950, octubre 17 de 1939). . . . . 655, 2ª

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

— 63 —

La demanda con que se inicie la acción de inexequibilidad debe determinar indispensablemente y con toda claridad la disposición o disposiciones que se acusan como violadoras de la Carta, lo mismo que los preceptos de ésta que se consideran infringidos, y la correspondiente exposición de los motivos fundamentales de la acción. Sólo la pugna o la contradicción de la ley o del decreto con alguna de las normas de la Constitución Nacional puede dar base y motivo para el ejercicio de esta jurisdicción especial de la Corte; la incongruencia u oposición que se advierta o pueda ocurrir entre leyes y decretos y otros actos de la misma naturaleza y categoría, lo mismo que los problemas que se planteen con el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo, son cuestiones de interpretación legal o motivos de querellas cuya decisión corresponde a otras jurisdicciones determinadas por las leyes normativas de la organización judicial. (Auto, Sala Plena, XLVIII, Nº 1950, octubre 17 de 1939). . . . . 654, 2ª

Páginas

DEMANDA Y CONTESTACION

— 64 —

Véase: LITIS CONTESTACION. Sentencia de casación del 5 de junio de 1939. G. J., Nº 1948.

DEMANDADO

— 65 —

Si la obligación que se exige está plenamente comprobada y el demandado se limita a decir que no debe, le corresponde probar que la obligación no existe, o que se ha extinguido por pago u otra causa legal; pero si la obligación no está probada, es más claro aún que no le compete probar que pagó. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1950, agosto 29 de 1939). ..... 826, 2ª y 827, 1ª

DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

— 66 —

Conforme al artículo 4º de la Constitución de 1886, en consonancia con el 188 de la misma, las secciones que componían la Unión Colombiana, denominadas Estados, continuaron con los mismos límites. pero con la denominación de Departamentos, al verificarse el cambio del régimen federal al unitario del país, y los bienes, derechos y valores que a aquellos Estados habían venido perteneciendo pasaron a éstos. En virtud de las citadas disposiciones, el Departamento del Tolima sucedió al extinguido Estado en su personalidad político-administrativa y en su personalidad civil. De acuerdo con lo autorizado por el artículo 5º de la nombrada Constitución y con el 2º del Acto Legislativo Nº 3 de 1905, se expidieron varias leyes por las cuales se segregaron del Departamento del Tolima algunos municipios; lo que afectó la integridad territorial del Departamento del Tolima, pero no su personalidad jurídica, y así siguió siendo adjudicatario legítimo de los bienes que habían pertenecido al antiguo Estado Soberano del Tolima, salvo naturalmente aquéllos que se refirieron a la materialidad del territorio que corrían la suerte de las porciones en donde se hallaban radicados.

La Ley 1ª de 1908, extinguió el Departamento del Tolima creado por la Constitución de 1886. Y los bienes, derechos y valores de aquel Departamento pasaron al dominio del Estado, por mandato del artículo 7º de dicha ley. La inexistencia del Departamento fue muy breve, del 1º de enero de 1909 al 1º de abril de 1910, fecha en que por la Ley 65 se restableció la división territorial que existía en el país el 1º de enero de 1905; es decir, en 1º de abril de 1910 nació a la vida nuevamente el extinguido Departamento del Tolima. El artículo 6º de esa ley le otorgó al Departamento, al nacer en 1910, un patrimonio que se señaló en la ley diciéndose que lo integraban los bienes que le pertenecían en 31 de diciembre de 1904. Del 1º de abril de 1910 en adelante el régimen territorial de Colombia, en lo que se refiere al Departamento del Tolima, se ha mantenido idéntico. El antiguo Departamento del Tolima sucedió al Estado Soberano del mismo nombre; al desaparecer el antiguo Departamento, la Nación adquirió su patrimonio; cuando se creó de nuevo el Departamento del Tolima, la Nación le traspasó dicho patrimonio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1947, febrero 27 de 1939) ..... 148, 1ª y 2ª

DEPOSITO

— 67 —

El depósito de los bienes es un derecho a favor del ejecutante que puede renunciar, conforme al artículo 1015 del C. J. Es, por tanto, ilegal practicar el depósito cuando el ejecutante ha renunciado a él. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, agosto 3 de 1939). 558, 1ª

DESISTIMIENTO

— 68 —

La ley 105 de 1931 no puede consagrar un procedimiento regresivo en relación con lo que establecía el artículo 95 de la ley 105 de 1890. Por

consiguiente, es preciso suponer que el legislador de 1931 no quiso dejar una caótica indeterminación de jurisdicción. Siendo así las cosas, aplicando regurosamente el artículo 147 del mismo Código en el intervalo de la suspensión de jurisdicción, no habría ante quien hacer la solicitud de desistencia, lo que llevaría a una situación absurda. Pero una exégesis más racional permite aseverar que cuando el renunciamiento de la acción o la desistencia del recurso se hacen, estando todavía el expediente en la primera instancia, el juez de ésta reasume la jurisdicción para el efecto de resolver el respectivo memorial, ya que la naturaleza especial del incidente de desistimiento, cuya finalidad es terminar el juicio, significa no sólo el renunciamiento de la acción incoada, sino la terminación de todo el proceso.

Cuando el artículo 461 del C. J. habla del conocimiento del juicio en cualquier estado del negocio, está dando a entender que cualquiera que sea la situación procesal del pleito. el desistimiento puede hacerse, y, por consiguiente, reasumida la jurisdicción suspendida, cesa la indeterminación que aparentemente se presentaba en relación con el juez que ha de fallar el incidente. En tal virtud el 2º inciso del artículo 461, ibídem, puede aplicarse estrictamente. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, junio 21 de 1939).

## DESLINDE

— 69 —

Aun cuando es cierto que para la procedencia de la acción de deslinde se requiere que los predios colinden, no lo es menos que la simple interposición de una corriente de agua de uso público deja de hacer imposible la contigüidad cuando un brusco cambio de cauce hace no sólo conveniente sino necesaria la determinación del verdadero lindero, puesto que por regla general la brusca mutación de álveo sólo da derecho a los dueños riberanos a la propiedad de las partes del antiguo cauce que quedan definitivamente secas, por accesión a los predios de éstos, debido a que la ley procura conservar el estado de cosas anterior a la variación brusca del curso de las aguas, evitando al propietario en cuyo suelo ha penetrado súbitamente la corriente de agua o un brazo de ésta, la pérdida del terreno invadido por las aguas. (Casación, XLVIII, Nº 1949, julio 26 de 1939). . . . . Páginas 435, 1ª

## DESOBEDECIMIENTO A ORDENES SUPERIORES

— 70 —

Comete el delito definido en el Capítulo V, Título 10º, Libro 2º del Código Penal anterior, el juez que se niega a cumplir un auto del Tribunal. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVIII, Nº 1949, junio 2 de 1939).

## DICTAMEN PERICIAL

— 71 —

El error supone conceptos objetivamente equivocados y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en los fundamentos del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo, por falta de los requisitos legales necesarios para ello. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, junio 22 de 1939). . . . . Páginas 512, 1ª y 2ª 516, 2ª

## DOCUMENTOS PUBLICOS

— 72 —

Los documentos públicos a que alude el artículo 636 del C. J. son todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, y no simplemente los que se custodian por un funcionario público y de los cuales se solicita copia. Esos documentos y los señalados en el Art. 632, ibíd., con excepción de las escrituras públicas que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el Notario y debidamente registrada

Páginas

(artículo 630), no pueden llegar a formar parte del proceso para ser estimados como pruebas, sino en la forma y condiciones señaladas en el citado artículo 636, las cuales no deben considerarse como inútiles trabas al derecho probatorio sino como garantías de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley. (Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, Nº 1948, julio 25 de 1939). . . . . 354, 2ª

DOLO DEL INCAPAZ

— 73 —

Véase: INCAPAZ. Sentencia del 23 de octubre de 1939, XLVIII, Nº 1950, 731, 1ª

E

EMBARGO

— 74 —

Conforme al artículo 274 del C. J., la primera condición requerida para decretar un embargo preventivo es la de que el acreedor presente o haya presentado prueba, siquiera sumaria, de la existencia del crédito con calidad de exigible. Para que pueda cobrarse ejecutivamente una obligación proveniente de una decisión del Gobierno, es indispensable que la resolución esté ejecutoriada y sea definitiva. (Artículos 982 y 1059 del C. J.) (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1947, mayo 20 de 1939). . . . . 172, 1ª y 2ª

EMBRIAGUEZ DEL HOMICIDA

— 75 —

En el sistema del Código Penal de 1890, el estado de embriaguez voluntaria no excusa ni aminora la responsabilidad; al contrario, considera al agente en plena imputabilidad y, por lo mismo, le castiga con la pena señalada al delito que resulta de su acto (artículo 30). Esta presunción legal no se desvirtúa sino por plena prueba que tiene que recaer directamente a la demostración de un hecho preparado por un extraño, o sea, en la privación del uso de la razón por bebidas embriagantes o por tóxicos cualesquiera que inhibieron la voluntad del agente, o en suma, en un hecho extraño anterior o concomitante demostrado, como la demencia o la locura. (Casación, XLVIII, Nº 1949, julio 14 de 1939). . . . . 487, 1ª y 2ª

EMPLEADOS

— 76 —

La ley 10ª de 1934 acabó con la facultad discrecional y sin consecuencias del artículo 2,066 del C. C., creando el auxilio de cesantía al cual tiene derecho tanto el empleado despedido sin justa causa antes de la expiración normal del tiempo prefijado, como el que cesa en sus funciones por consecuencia de la llegada de ese término. Esa ley 10ª no es el único estatuto regulador de las relaciones entre patronos y empleados, pues al lado de ella subsisten las disposiciones y principios de derecho común ordenadores de la estructura general de los contratos y de los derechos y obligaciones emanados de éstos, en tanto les sean aplicables, porque no pugnen con la nueva norma cuyos mandatos son esencialmente de orden público social. (Casación, XLVIII, número 1949, julio 7 de 1939) (1) . . . . 414, 1ª

EMPLEADOS DE CORREOS

— 77 —

Los empleados de correos no tienen período fijo y pueden durar indefinidamente en el desempeño de sus cargos, sin necesidad de nuevo nombramiento. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1951, noviembre 15 de 1939). . . . . 958, 1ª

EMPLEADOS PUBLICOS

— 78 —

La situación jurídica del empleado

(1) Véase, además, la doctrina titulada ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.

Páginas

frente a la administración no puede considerarse como la de un contratista, porque en el contrato de arrendamiento de servicios las condiciones se fijan por voluntad de las partes, en tanto que las condiciones a que debe someterse el empleado las señala la ley o el reglamento. Las obligaciones tanto del empleado como de la administración no emanan, pues, de un contrato, sino que tienen su fuente en la ley. Así, pues, no tratándose de una relación contractual, no pueden ser aplicables por analogía las disposiciones del Capítulo 4º, Título 41 del C. C., que contemplan las prescripciones de corto tiempo para determinados contratos de derecho privado. La prescripción del derecho a la remuneración de un empleado público debe regirse por las disposiciones ordinarias de prescripción de las obligaciones que emanan de la ley. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, julio 8 de 1939) ... 539, 2ª

## ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

— 79 —

Las condiciones de admisibilidad de la acción de **in rem verso** son las siguientes: 1ª un enriquecimiento del demandado; 2ª un empobrecimiento del demandante; 3ª un vínculo de conexión entre el enriquecimiento del uno y el empobrecimiento del otro; 4ª la ausencia de todo derecho que permita al demandado conservar su enriquecimiento. Se ha considerado como empobrecimiento toda pérdida o disminución sufrida por el patrimonio de una persona, situación que se ha traducido en un enriquecimiento injustificado del patrimonio de otra. Sobre el particular la jurisprudencia francesa y autores como Ripert y Tesseire, han avanzado hasta el punto de sostener que basta sólo la ventaja obtenida "fuera de toda idea de empobrecimiento".

La doctrina de los autores ha establecido que se puede conceder la acción de enriquecimiento sin causa, a fin de subsanar situaciones de hecho ya producidas, como, por ejemplo, cuando se hace por otro una prestación de servicios. Cuando un patrimonio se beneficia o aumenta a costa de otro, hay enriquecimiento del primero y empobrecimiento del segundo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1947, marzo 27 de 1939) ..... 128, 2ª y siguientes.

## ERROR COMUN

— 80 —

Es el caso de aplicar la máxima ERROR COMMUNIS FACIT JUS cuando los sistemas jurídicos de publicidad en el derecho positivo del país no le permiten al tercero de buena fe, por prudente y diligente que se muestre, conocer oportunamente el hecho jurídico cuya ignorancia lo indujo a error. Están conformes los tratadistas en que para la aplicación de la máxima protectora del error común creador del derecho, lo mismo significa que se esté en presencia de un error de hecho que en uno de derecho, puesto que la buena fe es un fenómeno moral que ni está subordinado exclusivamente al error de hecho, ni queda destruído por el de derecho. No interesa, por lo tanto, su origen y debe atenderse únicamente a su excusabilidad; porque en este orden de ideas y en el terreno de la apariencia, tan excusable puede ser el uno como el otro. Pero para que dicha máxima tenga su aplicación y establezca una restricción o limitación al principio latino: "NEMO PLUS JURIS IN ALIUM TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET", se requiere la existencia de dos elementos, a saber: a) Que se trate de un error generalizado y por lo tanto común y colectivo para el medio social en que se actúa; b) Que tal error haya sido invencible, en términos que el hombre más prudente, avisado y diligente lo hubiera cometido. (Casación, XLVIII, número 1948, junio 23 de 1939) (1)..... 287, 2ª

## ERROR DE HECHO

— 81 —

El error de hecho proveniente de

(1) Concordancia: Véase la sentencia de casación del 20 de mayo de 1936.

Páginas

apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, tiene que ser manifiesto, esto es, que aparezca tan de bulto que sin vacilación atraiga inmediatamente la atención. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 19 de 1939). ..... 53, 2ª

ERROR DE HECHO O DE DERECHO

— 82 —

Cuando la violación de ley sustantiva se hace provenir de equivocada estimación de los elementos probatorios, hay que señalar cuáles son las pruebas que originan el error de hecho o de derecho en que incidiera el sentenciador y la manera como ha llegado a ese error, que, en el primer caso, debe ser manifiesto. (Casación, XLVIII, número 1950, septiembre 26 de 1939)..... 689, 2ª

ESTADO CIVIL

— 83 —

En el caso en que se niega y discute una filiación natural que no ha llegado al proceso jurídicamente preestablecida según las reglas legales y sobre cuya existencia se asienta el pretendido derecho a suceder, es evidente que lo esencial y predominante es la acción sobre el estado civil, puesto que el aspecto meramente patrimonial o pecuniario que tiene la petición es apenas una consecuencia del pleno y legal establecimiento de aquella relación de consanguinidad extramatrimonial.

Las acciones de estado relativas a la filiación, sometidas por su especial gravedad y trascendencia a reglas especiales, pueden reducirse en general a dos categorías: la llamadas **acciones de reclamación de estado** por las cuales una persona pretende afirmar sus derechos a un estado distinto del que en apariencia le pertenece, y las que se dirigen a establecer una filiación natural que se denominan **acciones de investigación o de declaración de la paternidad o de la maternidad.** La categoría inversa comprende, bajo la denominación de **acciones de impugnación de estado,** las que se destinan a establecer que un hijo no tiene derecho al estado que en apariencia posee. Estas acciones de estado, especialmente las referentes a la filiación, no pueden ejercitarse, lo mismo que generalmente sucede, por todo el que tenga interés en ello, por diversas razones de carácter estrictamente social vinculadas a la tranquilidad familiar, que asumen la naturaleza de motivos de orden público.

El principio general de que todo interesado puede accionar judicialmente sufre una excepción en este caso, porque la ley expresamente reserva el ejercicio de las acciones de estado a determinadas personas y en ciertas condiciones, y lo niega a otras, ya se trate de una acción de reclamación de estado, ya de una denegación, o bien de una acción de investigación de paternidad o maternidad natural. El acceso a las vías judiciales conducentes a la investigación o a la reclamación de paternidad natural está perentoriamente limitado en la ley a favor del hijo mismo y de las personas expresamente determinadas que pueden asumir para el efecto su representación legal. Esta destinación exclusiva de la acción legal para establecer judicialmente la filiación natural, se explica, además de las razones de orden público que a su vez se basan en el peligro social que implica su ejercicio abusivo, en la naturaleza fuertemente personal de la acción, deducida del carácter de parentesco connatural jurídicamente restringido a la relación de autores, y a la condición jurídicamente irregular que corresponde a este parentesco, de donde se deduce la conclusión de que no puede serle impuesta a los interesados vinculados por la relación personal, por un tercero, cualquiera que sea el interés que alegue. Si la acción a que se hace referencia pertenece exclusivamente al hijo, la muerte de éste la extingue y su ejercicio es ilegítimo en manos de cualquiera otra persona, inclusive de sus herederos y de sus hijos legítimos. Los muertos pierden su personalidad jurídica en materia de estado civil que es condición indispensable de la persona, de manera que no es aceptable que puedan

Páginas

aparecer agitando una acción de esta especie, ni a través del fenómeno de la representación en que el actor pretende establecer jurídicamente el parentesco natural del hijo difunto, ocupando ficticiamente su lugar para hacer valer un derecho herencial.

Una acción de petición de herencia en que el actor pretende representar un muerto de quien afirma que era hermano natural de otro muerto a quien aspira a suceder, y no comprueba que a la hora de su muerte su padre representado ni su tío tuvieran la condición jurídica de hermanos naturales como hijos de dos personas determinadas, también difuntas, ya por haberlos éstas reconocido como hijos o por haber sido judicialmente declarados tales por su personal solicitud, sino que se presenta a establecer esa filiación aduciendo pruebas de la posesión notoria de hijos naturales de los desaparecidos, no puede considerarse como una simple petición de herencia, de interés exclusivamente pecuniario, en que pudieran pretermitirse las exigencias de ley y de doctrina que en materia de personería del demandante gobiernan las acciones de estado sobre filiación natural. La posesión notoria del estado de hijo en las circunstancias legales, no produce por sí sola el estado civil de hijo natural. La posesión notoria de un estado determinado es un hecho objetivo que para producir los efectos jurídicos correspondientes de acuerdo con el artículo 346 del C. C., dedo con el Art. 346 del C. C., deberá ser comprobado en una declaración las pruebas pertinentes. Un hijo no se puede llamar natural sino cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a la ley. En los procesos judiciales sobre filiación para establecer las relaciones entre padres e hijos naturales, la personería activa o del demandante ha sido reservada al hijo de manera exclusiva, personalmente o representado por quienes señala la ley en condiciones determinadas, como su guardador si es incapaz, o la persona que ha cuidado de su crianza. En el sistema del Código Civil anterior al de la Ley 45 de 1936, la única paternidad que podía discutirse en juicio era la legítima, porque la natural era cosa que la ley hacía depender exclusivamente de la voluntad del padre, y la simplemente ilegítima de la mera confesión expresa o tácita del padre, con los efectos circunscritos a exigencia de alimentos (artículos 55, 66 y 68 de la Ley 153 de 1887). Pero siempre, ya se tratara de la maternidad natural (artículo 7º de la Ley 95 de 1890) o de la acción judicial para declaración de la paternidad (66 de la Ley 153 de 1887), aunque solamente con el efecto alimentario que le adscribía, la facultad de tomar la iniciativa era de la exclusiva competencia del hijo. En esa clase de acciones judiciales solamente era legítimo contradictor el hijo contra el padre, según el artículo 409 del C. C., en virtud de una personería que es un carácter personal e intrasmisible, con la sola excepción referente al legítimo contradictor que falleciera antes de la sentencia proferida en el juicio, iniciado por él. Este mismo principio ha sido renovado en la Ley 45 de 1936 al señalar en su artículo 12 las personas que pueden asumir el papel de partes en las acciones judiciales dirigidas a obtener que se declare la filiación natural, y al actualizar en el 7º la regla del artículo 404 del C. C., para los casos en que se ventile esta especie de filiación. (Casación, XLVIII, número 1948, mayo 24 de 1939). . . . . **255, 1ª y 2ª, 256, 1ª y 2ª, 257, 1ª**

Páginas

## ESTAMPILLAS EN LOS AVALUOS

— 84 —

La Sala de Negocios Generales había venido sosteniendo la necesidad de estampillar los avalúos, por estimar reformado el numeral 42 del artículo 1º del Decreto-ley número 92 de 1932, mas no expresamente derogado. Un estudio posterior de la cuestión ha hecho concluir que tal precepto no tiene vigencia actualmente. También la Sala de Casación Civil ha establecido que "la Ley 78 de 1935, en su artículo 13, suprimió el impuesto de timbre para los avalúos judiciales en general, exi-

Páginas

giéndolo únicamente para los que se rindan en juicios de sucesión". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1947, abril 18 de 1939).

ESTIPULACION A FAVOR DE TERCEROS

— 85 —

El principio general de que los contratos no afectan a los terceros extraños a él viene a tener una excepción en casos especiales en que una persona celebra **estipulaciones a favor de un tercero**. En este último evento, la estipulación es diversa por todos sus aspectos del mandato, porque en éste actúa el mandatario como representante del contratante y tiene facultad para obligarlo, mientras que en la estipulación a favor de otro no existe representación alguna, directa ni indirecta, del beneficiario. En la estipulación por otro se producen estas importantes consecuencias: a) el tercero beneficiario adquiere por el solo hecho de la estipulación el derecho de exigir el cumplimiento de lo estipulado, sin otro requisito que su aceptación expresa o tácita; b) el contrato queda en incertidumbre mientras no intervenga la aceptación del tercero, y pueden en ese lapso de tiempo revocarlo el estipulante y el promitente; pero producida la aceptación del tercero, se consolida el contrato; y c) los contratantes no pueden exigir el cumplimiento a favor del tercero, pero si se ha señalado cláusula penal vale tal pena y puede exigirla el estipulante, aunque la estipulación principal no tenga efecto, por falta de aceptación del tercero (artículo 1596 del C. C.). (Casación, XLVIII, Nº 1950, septiembre 27 de 1939) ...

ESTIPULACION DE LA MADRE NATURAL PARA SUS MENORES HIJOS SANEADA BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 45 DE 1936

— 86 —

La estipulación hecha por la madre natural para sus menores hijos cuando no tenía la representación legal de éstos vino a validarse y a hacer caer la incertidumbre de la estipulación para éstos desde que adquirió la patria potestad bajo el imperio de la Ley 45 de 1936 y desde que, en ejercicio de ésta, continuó el juicio que antes había instaurado. Desde entonces realizó un acto de aceptación tácita del contrato, dado que el ejercicio de esa acción judicial constituye un acto que sólo puede ejecutarse en virtud del contrato. (Artículo 1506 C. C.). (Casación, XLVIII, número 1950, septiembre 27 de 1939). . . . . 695, 2ª

Páginas

168, 1ª

ESTIPULACIONES EN ORO

— 87 —

Conforme al artículo 2º de la Ley 46 de 1923 las obligaciones estipuladas en monedas de oro distintas de la colombiana se pagarán en billetes colombianos representativos de oro, según la paridad intrínseca de tales monedas en relación con el oro colombiano acuñado.

La cláusula oro obliga unas veces al deudor a entregar piezas de oro de la moneda o sistema estipulado; otras únicamente a entregar el valor de esas piezas en aquel sistema. La primera es la **clásula oro**, propiamente dicha, la segunda es la **cláusula valor oro** La deuda de monedas de oro y la deuda de valor oro tiene distinta estructura jurídica. La primera es una deuda de moneda específica y, por tanto, la combinación de una deuda cierta de dinero con una deuda, también cierta de cosa. La deuda de valor oro, en cambio, es una deuda de dinero incierta. Para la fijación del valor oro sirve de regulador, por lo común, el precio del oro en la Bolsa.

694, 1ª y 2ª Una cosa son las piezas de moneda y otro los signos monetarios. El objeto ordinario o común de las deudas de dinero no son las piezas de moneda (metalismo), sino los signos monetarios (nominalismo).

No estipulándose en un pagaré dólares de determinado peso y ley no se ha acordado una moneda de especie sino de género, que permite satisfacer la obligación en la misma moneda, o sea, en dólares, aunque las del pago no tengan el valor in-

Páginas

trínseco de los que corrían al contraerse la obligación. Y permite asimismo pagar en su equivalente en moneda colombiana. Si se hace una estipulación en moneda colombiana, las partes quedan sometidas a las contingencias del peso colombiano; si se pacta en monedas extranjeras, los interesados en la convención quedan sujetos a los eventos que afecten el patrón extranjero.

La paridad monetaria consiste en poner en relación el contenido de metal noble de las unidades fundamentales de los dos sistemas monetarios, tal como resulta de la fundición de las monedas, y equiparar la relación entre los valores de las monedas con los de las cantidades de metal noble contenido en aquellas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, junio 30 de 1939) . . . . . 546, 1ª y 2ª

EXCEPCIONES

— 88 —

En los juicios ejecutivos puede proponer el ejecutado, a par de los otros juicios por jurisdicción general, todas las excepciones que crea tener a su favor (artículo 1025 C. J.), encaminadas a enervar la ejecución, sin que sea óbice para ello que el auto ejecutivo se halle ejecutoriado. Así quedó derogado el artículo 1093 del anterior Código Judicial. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1950, agosto 29 de 1939). 826, 2ª

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

— 89 —

Consistiendo las excepciones en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, quien las propone debe expresar concretamente los hechos en que las hace consistir, a fin de que sobre ellos se oiga a la contraparte, y este principio es de más riguroso cumplimiento en los juicios ejecutivos. Tratándose del juicio ejecutivo quien alegue excepciones debe expresar categóricamente en qué consisten y plantear circunstanciadamente la demanda. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1950, abril 20 de 1939). 797, 2ª

EXEQUIBILIDAD DE LA LEY

— 90 —

Es exequible el artículo 1º de la Ley 125 de 1937, sobre intervención en el fomento de la industria bananera, menos en su inciso final, exequible también el 2º, e inexequible el 4º. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, septiembre 4 de 1939). (1) . . . . . 684, 1ª y 2ª

EXPROPIACION

— 91 —

La expropiación, en la forma establecida en el artículo 4º de la Ley 125 de 1937, es incompatible con la intervención que preconiza el artículo 28 de la Constitución.

Mediante la expropiación se sustrae parcial o totalmente una propiedad privada en beneficio del Estado o de una empresa, especialmente protegida por la ley, previa indemnización. La expropiación se diferencia de la confiscación, porque en ésta no se indemniza; de las limitaciones que regulan la propiedad privada, porque ordena su uso, pero no la sustraen; de los daños que involuntariamente puede producir la administración. La expropiación debe llenar tres requisitos: 1º que exista un motivo de utilidad pública o de interés social; 2º que los motivos de utilidad pública o de interés social sean definidos por el legislador; y 3º, que medie una sentencia judicial y haya indemnización previa.

El fin de la institución de la expropiación en Colombia es el de favorecer el interés social y no el de convertir al Estado en subrogatario

(1) Salvaron sus votos a esa sentencia los magistrados doctores Hernán Salamanca, Salvador Iglesias, Ricardo Hinestrosa Daza, Pedro Alejo Rodríguez y Juan Francisco Mújica.

Páginas

de las actividades de la industria privada. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, septiembre 4 de 1939) .....630 y siguientes.

# F

## FACULTADES EXTRAORDINARIAS

— 92 —

El Presidente de la República puede ejercer facultades extraordinarias en dos casos: cuando por causa de guerra exterior o de conmoción interior declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, y cuando el Congreso se las concede precisas y pro tempore, en una época cualquiera. (Artículo 69 íbid). Conforme a la doctrina de los autores, las facultades extraordinarias no limitadas en el tiempo y en el espacio, son inconstitucionales. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, Nº 1950, septiembre 4 de 1939). 618, 2ª

## FACULTADES EXTRAORDINARIAS

— 93 —

Conforme al artículo 69 de la Constitución Nacional, el Congreso puede revestir pro tempore al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen. Esas facultades se otorgan en casos especiales y en épocas anormales. Cuando el jefe del ejecutivo hace uso de esas autorizaciones y actúa con delegación extraordinaria del legislador, no dicta precisamente un reglamento administrativo, sino que como delegado del soberano expide decretos de carácter legislativo o decretos-leyes, que regulan, dentro de un tiempo fijo, una materia determinada. La facultad extraordinaria otorgada o delegada ha de quedar ubicada dentro de las precisas dimensiones de la materia y el término señalado, y fuera de ellas no hay facultad delegada. Se diferencian estas dos atribuciones de la administración en que la potestad reglamentaria requiere la existencia de una ley que exprese de manera incompleta la voluntad del Estado, para ser completada por el reglamento administrativo; mientras que el decreto legislativo no tiene como misión complementar la ley, porque su misión es regular con categoría de ley aquellas materias sobre las cuales versa la declaración del legislador. El Presidente de la República ejerce facultades extraordinarias en los tres casos detallados en los artículos 69 y 117 de la Constitución. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, Nº 1950, octubre 5 de 1939).... 648, 2ª y 649, 1ª y 2ª

## FERROCARRILES

— 94 —

El contrato de 9 de mayo de 1893 no exonera a la compañía del ferrocarril de La Dorada de sus deberes de previsión y precaución, que son de orden público inherentes a la peligrosidad de los ferrocarriles. El artículo 26 de la Ley 76 de 1920 obliga a las empresas férreas a estacionar guardias que impidan el paso del público en los puntos en que la línea férrea atraviese calles, caminos o puentes, y agrega que el guardavía impedirá el paso por medio de una cadena que tendrá a través de la vía cinco minutos antes de que haya de pasar cada tren y no lo permitirá sino después de que éste haya pasado. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 26 de 1939) ..... 756, 1ª y 2ª

## FIANZA

— 95 —

Las exigencias establecidas por las ordenanzas en desarrollo de las normas generales de la ley civil sobre fianzas, deben estimarse en beneficio y seguridad de los intereses públicos, pero no puede sostenerse que tienen el poder de variar los preceptos de la ley civil para la validez de los actos y declaraciones de vo-

Páginas

luntad. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1951, noviembre 13 de 1939) ..... 953, 1ª

FILIACION NATURAL

— 96 —

Véase: ESTADO CIVIL. Sentencia del 24 de mayo de 1939, G. J. número 1948.

FUERZA MORAL

— 97 —

No constituye fuerza moral por parte del acreedor el hecho de ejercitar contra su deudor acciones lícitas, la de embargo, por ejemplo. Es que la fuerza, para poder producir tales resultados, debe ser ilícita e injusta. "Por eso —como lo dice el profesor chileno Arturo Alessandri— la amenaza de ejercitar una acción en contra de una persona no constituye fuerza, porque no se trata de un medio ilícito o contrario al derecho". (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1947, marzo 30 de 1939) ..... 216, 2ª

FUERZA Y VIOLENCIA

— 98 —

Constituyen circunstancias agravantes en el delito de fuerza y violencia las siguientes: el ser la víctima hijastra del forzador; el ser débil, anémica y raquítica; y el ejecutar el hecho en presencia de menores impúberes, sean o no hijos del forzador. (Casación, XLVIII, Nº 1949, julio 6 de 1939) ..... 482, 1ª

F U G A

— 99 —

Cuando la fuga es delito per se no constituye una circunstancia agravante que sirva para aumentar la penalidad, porque entonces se viola el principio non bis in dem. (Casación XLVIII, número 1949, junio 30 de 1939). ..... 501, 1ª

Páginas

H

HECHOS DE LA DEMANDA

— 100 —

Los hechos que se expresan como fundamento de una acción son los que verdaderamente sirven para calificarla con acierto jurídico, cualquiera que sea la denominación que se le de en el libelo, y los que determinan en consecuencia las reglas y preceptos legales de aplicación pertinente. (Casación, XLVIII, número 1948, mayo 24 de 1939). .... 254, 2ª

H E R E N C I A

— 101 —

La herencia es una comunidad sui generis sobre la universidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 30 de 1939)... 469, 1ª

H E R E N C I A

— 102 —

La sucesión por causa de muerte da nacimiento al derecho de herencia, que es un derecho real que tiene la peculiaridad de ser universal, en lo cual se diferencia del derecho real de dominio que versa sobre cosas singulares. La herencia, aunque es comprensiva de ellos, es un derecho distinto de los bienes mismos que la integran o componen. Por la muerte de un individuo su heredero adquiere per universitatem el dominio de los bienes de la sucesión, pero no la propiedad de la cosa singular de cada uno de ellos mientras no se realice la liquidación y adjudicación del acervo herencial de acuerdo con la ley. Son cosas distintas la adqui-

Páginas

sición del derecho de herencia, que versa sobre la universalidad jurídica con la esperanza de decretarse en el dominio de uno o más bienes especiales y que tiene por título la ley o la voluntad del causante, y la adquisición de las cosas hereditarias singularmente, cuyo título es la correspondiente adjudicación. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 6 de 1939) ..... 897, 1ª y 2ª

HIPOTECA

— 103 —

La frase puesta en una escritura de hipoteca "y por cualquier alcance que contra su fiado se llegue a deducir", también puede significar que el fiador respondería por cualquiera suma, o por cualesquiera alcances, pero sin pasar del límite fijado por la entidad respectiva. En estos casos podría la frase ser innecesaria, pero la norma que rige la interpretación de las leyes no puede ser tan estricta tratándose de contratos, como es obvio. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1949, julio 3 de 1939) .... 526, 2ª

HIPOTECA

— 104 —

Para hipotecar una finca raíz se necesita ser dueño de ella, de conformidad con el artículo 2443 del Código Civil. Habiéndose hipotecado la finca por quien no era dueño, la hipoteca adolece de nulidad. (Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1948, marzo 30 de 1939) .... 353, 1ª

HOMICIDIO

— 105 —

Es doctrina constante de la Corte, sostenida en numerosos fallos, la de que para que un homicidio pueda quedar catalogado en alguno de los casos que deben sancionarse con pena atenuada, se requiere que las circunstancias especiales que hayan mediado en la comisión del delito se determinen desde el auto de proceder, o se consignen de modo expreso en el veredicto, a fin de que el juez de derecho las tome en cuenta en la sentencia, ya que él no puede desvirtuar la apreciación del jurado buscando en el proceso fundamentos distintos para aminorar la responsabilidad del reo, sin desconocer la importancia y eficacia que la ley otorga al jurado y sin asumir funciones de hecho que no le están asignadas. (Casación, XLVIII, número 1951, octubre 18 de 1939) ..... 928, 1ª

HONORARIOS PERICIALES

— 106 —

Es injurídica la doctrina según la cual no puede estimarse el dictamen pericial si los honorarios de los peritos no han sido pagados. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 19 de 1939). ..... 457, 2ª

IDENTIDAD

— 107 —

Para establecer la identidad de la persona que ha cambiado de apellido la prueba testimonial es la más indicada. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 23 de 1939) ..... 728, 1ª

IMPUESTOS NACIONALES

— 108 —

Cuando se ha consagrado en un contrato celebrado legalmente por la Nación la exención de impuestos nacionales, no puede el Gobierno por medio de una resolución administrativa interpretar de manera unilateral el contrato y ordenar el cobro de los impuestos. En estos casos es necesario que previamente la autoridad judicial competente, que conforme al artículo 40 del C. J., es la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, defina la cuestión y fije el alcance de la cláusula respectiva en un juicio contradictorio seguido por los trámites ordinarios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1951, octubre 4 de 1939) .. 946, 2ª y 947, 1ª

Páginas

INCAPAZ

— 109 —

Si la ley protege al incapaz, por cuanto en virtud de ciertas circunstancias, como la edad, la demencia, la sordomudez, está impedido para tener noción de las cosas o para darse cuenta exacta de ellas, no puede ir en su sistema de protección tan lejos que el dolo o la mala fe de un relativamente incapaz venga a provecharle y hasta enriquecerlo. El principio "dolus omnia corrumpit" es general, y, por lo mismo, se aplica al relativamente incapaz que por una maquinación dolosa, como sería por ejemplo, la presentación de una partida de nacimiento adulterada para comprobar su mayor edad, indujera o engañara a una persona a fin de que contratara con él sobre esa base. Por lo mismo, el numeral 2º del artículo 1744 del C. C. excluye de sus sanciones para los menores la simple y llana afirmación de mayor edad. Por lo tanto, para que el menor no quede amparado por dicho numeral, se requiere que su acción dolosa haya sido ejecutada de manera determinante para celebrar el contrato y cuando esto sucede, y ha inducido por esa acción o maniobra a la otra parte a contratar, ésta queda amparada por su buena fe. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 23 de 1939) . . . . . 731, 1ª

INCAPACES

— 110 —

Las formalidades de que la ley ordena revestir el contrato de los incapaces y la acción de que los inviste cuando aquéllas se han pretermitido, se encaminan a ampararlos cabalmente por ser incapaces, como, por ejemplo, lo son los menores y como ante el Código lo era la mujer casada hasta que entró a regir la Ley 28 de 1932. Imposible, pues, erigir esa acción protectora en arma contra el mismo incapaz en cuyo beneficio se ha establecido. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 28 de 1939 . . . . . 461, 1ª

Páginas

INCONGRUENCIA

— 111 —

La falta de consonancia erigida en motivo de casación en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no es ni puede ser la simple circunstancia de que el fallo niegue algo de lo pedido o atenúe las pretensiones del actor. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 26 de 1939) . . . . . 758, 1ª

INCONGRUENCIA

— 112 —

La incongruencia en un fallo, que cuando existe y se formula la respectiva acusación le confiere a la Corte facultad para casarlo, consiste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos por la demanda y su contestación, o cuando decide sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto. No hay tal incongruencia cuando el juez estima que es defectuoso el ejercicio del derecho porque hay insuficiencia de personería de una de las partes. El juez decide entonces dentro de la órbita del pleito, al declarar que el derecho está mal invocado y dar esta razón para inhibirse de examinarlo a fondo. En tal hipótesis el recurrente debe atacar por la causal primera, que es la adecuada, porque la segunda persigue otros fines. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 28 de 1939). (1) . . 75, 1ª

INCONGRUENCIA

— 113 —

La incongruencia en un fallo no es entre la parte motiva y la resolutiva de él, sino entre lo resuelto por éste en su fondo y lo pedido en la demanda. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 23 de 1939) . . . . 474, 2ª

INCONGRUENCIA

— 114 —

La incongruencia en un fallo con-

(1) Concordancia: Gaceta Judicial, tomo XXVIII, página 119.

| | Páginas |
|---|---|
| siste en que se haya dejado de decidir sobre los puntos propuestos en la demanda y su contestación, o en que se decida sobre lo que no está en discusión, o con exceso o con defecto. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 30 de 1939) ..... | 470, 1ª |

INDICIOS

— 115 —

Cuando se trata de valorar y estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojen los autos. Se deduce rectamente esto de las normas que modelan la estimación de este medio probatorio, en especial del artículo 662 del C. J. Queda así sometida a la conciencia del juez la valoración de la prueba indicial, sin más restricción que la subordinación de su criterio a las reglas generales de la sana crítica en materia de pruebas, y sin que deba ajustarse en su decisión a una rígida y estrecha tarifa de prueba. En casación no es procedente la acusación por error de hecho o de derecho en la apreciación de los indicios sino en casos especiales en que su interpretación por el juzgador ha sido tan absurda que pugne con la manifiesta evidencia de los hechos, en otra forma demostrados en el proceso. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 26 de 1939) ..... 741, 2ª

INEXEQUIBILIDAD

— 116 —

No es inexequible el Decreto acusado número 475 de 11 de marzo de 1938. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, octubre 5 de 1939) ..... 643 y siguientes.

INEXEQUIBILIDAD

— 117 —

Es inexequible el inciso final del artículo 1º de la Ley 125 de 1937, sobre intervención en el fomento de la industria bananera, e inexequible también el 4º. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, septiembre 4 de 1939). (1) 634, 1ª y 2ª

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

— 118 —

Para que pueda considerarse la cuestión referente a la causal 5ª de casación es menester que la injusticia notoria haya sido debatida previamente en las instancias. La injusticia notoria, apreciada desde el punto de vista de la casación, tiene que aparecer como un hecho protuberante; tiene que consistir en una falta de ecuación entre el veredicto y las acciones o circunstancias imputadas al sindicado. La relación entre el veredicto y los hechos que lo generan resulta de los elementos probatorios del proceso. Sólo cuando esa relación no existe, cuando la conclusión no tiene pie ni base en ellos, los cuales, por otra parte, aprecia el Jurado en conciencia, es cuando puede haber injusticia notoria y ser ella el objeto de la casación. La respuesta del Jurado, o veredicto, es la manifestación del convencimiento que se forma en cada uno de los miembros del Jurado, que se elabora en su conciencia, mediante los elementos o factores que presenta el proceso. Y como en esa zona conciencial se decide de la responsabilidad del reo, y ésta es individual, su apreciación, en definitiva, el juicio que cada jurado forma, dependen de las modalidades, circunstancias y manera de ejecución del hecho delictuoso sometido a su consideración. En otros términos: el Jurado para la individualización de la responsabilidad, va en ese criterio de conciencia hasta penetrar en la intención, en el móvil del delito; para ello se guía por todos los materiales que arroja la investigación, sin parar mientes en ninguna


(1) Salvaron sus votos a esa sentencia los magistrados doctores Hernán Salamanca, Salvador Iglesias, Ricardo Hinestrosa Daza, Pedro Alejo Rodríguez y Juan Francisco Mújica.

Páginas

clasificación legal. Sólo así, con la totalidad de esos medios, puede en conciencia, apreciar el caso, concatenando factores, indicios y resultantes. Ese juicio individual de cada jurado, acordado por mayoría o por unanimidad, se concreta en la respuesta o veredicto. En casación, al impugnarse la sentencia definitiva por la causal 5ª, el proceso de esa impugnación arranca del debate previo de esta cuestión en las instancias. Para apreciar en casación la injusticia notoria, no hay otro camino que el del análisis de los elementos en que se basó el cargo. La reconstrucción de esos elementos se hace sobre los motivos que determinaron el veredicto. Desde luego, los motivos son objetivos porque son las pruebas de diverso orden que apreció o debió apreciar el Jurado. Pero como esa apreciación es en conciencia y no en tarifa legal de pruebas, no en pauta de derecho, para declarar injusto un veredicto y por injusticia notoria, menester es que los factores que generaron el veredicto carezcan de realidad que los sustenten, que no existan elementos que lleven a la conclusión del veredicto, o que las modalidades de esos elementos sean tan ambigüas que dejen perplejo el ánimo de cualquier hombre. En cambio, sí habrá injusticia notoria cuando los elementos sometidos a la consideración del Jurado, ya en su conjunto o ya aisladamente, no den un resultado basado en ellos, porque el juicio, aun el juicio en conciencia, ha de depender de factores subjetivos; habrá sinrazón entonces y ella será tan ilógica, tan protuberante, que como conclusión, o sea, como veredicto, no pueda inferirse de los elementos que le sirvieron de base. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 9 de 1939) ..... 772, 1ª y 2ª

## INSTRUMENTOS PUBLICOS

— 119 —

Véase: **Documentos Públicos.** (Sentencia de la Sala Civil de Unica Instancia del 25 de julio de 1939, G. J. número 1948).

Páginas

## INTERPRETACION DEL CONTRATO

— 120 —

Es el juez, y no las partes, el que califica la naturaleza de un pacto, cuando este es materia de su interpretación y en sus consecuencias, de una litis. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 21 de 1939). .. 902 1ª

## INTERPRETACION DE LA LEY Y DE LA DEMANDA

— 121 —

Al tratarse de la ley, previniendo graves peligros, el legislador establece la prevalencia de su tenor literal cuando su sentido es claro, en forma de no poderse desatender "a pretexto de consultar su espíritu" (C. C., artículo 27); y con todo, no deja de abrir el campo a la equidad natural, a los principios de derecho natural y a las reglas de la jurisprudencia, ya para ilustrar la Constitución, ya para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes (Ley 153 de 1887, artículos 4º y 5º). En los actos y contratos de los particulares, en que no hay la valla impuesta por el temor de los aludidos peligros, es afortunadamente más amplio y completo el dominio de la realidad, y así por ejemplo, el legislador mismo prescribe que en los testamentos "para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido"; y en los contratos se estará a la intención de las partes claramente conocida, "más que a lo literal de las palabras" (C. C., artículos 1127 y 1128)

Análogamente ha de procederse y por constante jurisprudencia se ha procedido en el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, en lo cual el sentenciador obedece, no sólo el imperativo de equidad y de verdad que dictó las disposiciones que acaban de citarse, sino también preceptos tan terminantes como los contenidos en los artículos 837 del Código Judicial antiguo y 471 y 472 del hoy vigente.

Páginas

(Casación, XLVIII, número 1947, abril 21 de 1939) ..... 57, 2ª

INTERVENCION DEL ESTADO EN LAS INDUSTRIAS

— 122 —

Entre nosotros la intervención del Estado en las industrias está autorizada por el artículo 28 de la Constitución Nacional. Rige entre nosotros el sistema de la economía compensada. Para esa intervención se exigen las siguientes condiciones: que tenga como fin racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho; que sea "por medio de leyes", y que las que se dicten en ejercicio de esa facultad se aprueben por el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara. Es obvio, por consiguiente, que una ley que se aparte de alguna de estas exigencias constitucionales es inexequible.

La expropiación, en la forma establecida en el artículo 4º de la Ley 125 de 1937, es incompatible con la intervención que preconiza el artículo 28 de la Constitución. Intervenir quiere decir jurídicamente imponer a los explotadores o dueños de las indutrias ciertas normas de actividad o funcionamiento para obtener los fines indicados en el artículo 28. Pero las industrias intervenidas siguen conservando su carácter de públicas o privadas, y los explotadores o dueños siguen también conservando su título de tales.

La intervención del Estado en las industrias está autorizada por el artículo 11 del Acto Legislativo número 1º de 1936, artículo 28 de la codificación constitucional. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, septiembre 4 de 1939) ..... 612 y siguientes.

J

JUEZ SENTENCIADOR

— 123 —

El que un juez crea conducentes argumentos expuestos en otro fallo para decidir determinado negocio, no es hecho que viole el artículo 17 del Código Civil, porque en ese caso no está proveyendo de modo general, sino prohijando razonamientos que estima legales y fundados para resolver una situación especial. Es lo que ocurre generalmente cuando el juzgador, con miras a reforzar su convicción, acude a la doctrina de los autores o de la jurisprudencia. (Casación, XLVIII, número 1950, septiembre 26 de 1939) ..... 689, 2ª

JUICIO ESPECIAL DE VENTA DE LA FINCA HIPOTECADA

— 124 —

Véase: **Venta de la finca hipotecada.**

JUICIO MILITAR

— 125 —

El conocimiento de las apelaciones y consultas en las causas militares está atribuído por el ordinal 5º del artículo 44 de la Ley 94 de 1938, a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVIII, número 1951, noviembre 14 de 1939) ..... 902, 2ª

JURISDICCION COACTIVA

— 126 —

Cuando se habla de jurisdicción coactiva, la acción principal está determinada por el gravamen que el respectivo funcionario administrativo fija como impuesto y sobre el cual se procede ejecutivamente. La acción accesoria está constituída por los intereses legales y los gastos del juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIIII, número 1947, febrero 7 de 1939) ..... 189, 1ª

JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Cuando una ley adscribe a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de determinados

Páginas

negocios, priva de toda jurisdicción al Poder Judicial y ni siquiera le deja un principio de ella, por lo cual la actuación no sería ratificable.

La frase de que "en la actualidad conoce la Corte Suprema de Justicia" (Ley 153 de 1938), no puede restringirse solamente a los negocios que se hallen en tramitación ante la Corte al entrar a regir la ley. Una interpretación más lógica comprende no sólo estos negocios sino todas aquellas pensiones y recompensas, cuyo conocimiento le compete a esta entidad en una instancia o en segunda.

Conocer es el acto de entender en las causas y determinarlas. Cuando se dice que la Corte conoce de tales asuntos se expresa una facultad jurídiccional. La inflexión verbal está empleada para consagrar un principio, una verdad de duración indefinida, sin que la frase "en la actualidad" restrinja la norma. Si la Corte no puede conocer en segunda instancia de un negocio al Tribunal no le compete el conocimiento de la primera, porque esto llevaría al absurdo de que tales juicios ordinarios carecerían del recurso de apelación o de consulta o que el legislador había sometido la revisión de ellos ante el Consejo de Estado. Ambas sugerencias son inaceptables. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1948, junio 21 de 1939) ..... 346, 2ª y 347, 1ª

JURISDICCION ORDINARIA Y JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

— 128 —

Entre nosotros rige el sistema de pluralidad de jurisdicción para la decisión de los diversos asuntos: administrativos y judiciales. Aún no se ha realizado la tendencia del derecho moderno que quiere asignar de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa el estudio y decisión de todos los casos originados en actos de administración ejecutados por las entidades de derecho público, por los gobernantes, "como gerentes de los servicios públicos", (Casación, XLVIII, número 1950, agosto 21 de 1939) ..... 659, 1ª

Páginas

L

LEY 125 DE 1937, ACUSADA

— 129 —

El inciso final del artículo 1º de la Ley 125 de 1937 es inconstitucional, porque deja en manos del Gobierno sin control alguno y sin limitaciones de ninguna clase, la reglamentación de todos los contratos que se relacionen con la industria del banano, lo que implica una facultad para dictar normas legislativas de intervención contra el mandato constitucional de separación de los órganos del poder público.

Es exequible el artículo 1º de la ley acusada, menos en su inciso final, exequible también el 2º, e inexequible el 4º. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, Nº 1950, septiembre 4 de 1939) (1) ..... 617, 2ª 625, 1ª y 634, 1ª y 2ª

LEY Y SUS CONFLICTOS

— 130 —

"Los conflictos de leyes pueden ocurrir en el espacio y en el tiempo. Aquéllos, materia del Derecho Internacional Privado, suponen leyes simultáneamente en vigor entre las cuales puede y suele sobrevenir choque por regular de diferente modo una misma situación jurídica personal o real, o de ambos aspectos, de país a país, ya sobre validez que en el uno tenga un matrimonio celebrado en el otro, ya sobre capacidad de las personas, y en general, sobre estado civil, ya porque ha de cumplirse un contrato en país distinto del de su celebración, ya por tratarse de sucesión de extranjero, ya por cambio de domicilio o residencia del uno al otro o de nacionalidad, todo lo

(1) Salvaron su voto a esa sentencia los magistrados doctores Hernán Salamanca, Salvador Iglesias, Ricardo Hinestrosa Daza, Pedro Alejo Rodríguez y Juan Francisco Mújica.

Páginas

cual ofrece ejemplos o los sugiere de conflictos de esa índole. Nuestro Código Civil atiende a varios de ellos como puede verse en sus artículos 18 a 22, de carácter general para lo que allí se contempla; en el inciso 2º del artículo 180, relativo a sociedad conyugal; en el 1053 y el 1054 sobre llamamiento de extranjeros a sucesión abierta en Colombia y sobre sucesiones de éstos; los artículos 555 y 556 del C. J. que determinan la fuerza de las sentencias de los Tribunales extranjeros que hayan de ejecutarse en Colombia. Varias disposiciones de la Ley 153 de 1887 se refieren también a problemas de esa clase.

También pueden y suelen presentarse conflictos entre las leyes de un mismo país. Muy frecuentemente ocurre entre una ley anterior y una posterior. Por esto, por referirse no ya al espacio, sino al tiempo, se han llamado **intertemporales**, palabra muy socorrida en los estudios sobre tales problemas junto con otra igualmente significativa **"derecho transitorio"**, que alude al tránsito de una situación jurídica a otra. Los tratadistas alemanes dicen **Uebergansrecht**, valiéndose, como se ve, de la locución que cabalmente equivale a aquélla. Los problemas de esta clase, a que corresponden, en su caso, los de retroactividad de la ley y la noción de derechos adquiridos, versan, como esas expresiones lo indican y acaba de observarse, sobre cuál ley es aquella bajo cuyas reglas ha de definirse una situación jurídica al sobrevenir una ley nueva que altere lo que otra anterior establecía. Son ejemplos: el contraste entre la ley que determinaba incapacidad para la mujer casada por virtud de su matrimonio y la que la declara capaz a pesar de éste; la diferencia entre el trascurso de tiempo requerido para la prescripción extraordinaria por el Código y el señalado por la nueva ley que lo reduce; la amplia autorización actual para indagar la paternidad natural y establecerla con todos sus efectos, y la prohibición anterior o permiso restringido. La Ley 57 de 1887 y principalmente la 153 del mismo año ya citada, contienen disposiciones reglamentarias de ese tránsito, ya en forma general, ya especial para casos determinados".

La ley 200 de 1936 introdujo serios cambios en la situación de los varios casos a que atiende, en relación con los bienes a que en singular se refiere. Por ejemplo llegó a invertir la accesión dando prelación al trabajo incorporado a la tierra, al punto de que el suelo siga como accesorio al trabajo, considerado como principal, contra lo que establecía para todos los casos y hoy sigue ordenando para los restantes, el artículo 739 del Código Civil. Dio para ciertos bienes la calidad de prueba del dominio al registro que, ante el Código y en términos generales, sólo lo es de la posesión inscrita. Mirando hacia la función social asignada por la Constitución al derecho de propiedad y, consecuente con este principio, dentro del grupo o clase de bienes a que se refiere exige determinados hechos para reconocer la explotación económica de la tierra con sus consecuencias de título. Establece una jurisdicción especial con régimen **sui generis**. (Casación, XLVIII, 1947, mayo 29 de 1939) ..... 35, 1ª y 2º

Páginas

## LITIS-CONTESTACION

— 131 —

El lazo de instancia creado al trabarse una litis desde el momento de la contestación de la demanda, no es un contrato ni tampoco un cuasicontrato, porque carece de los elementos esenciales correspondientes, tales como el libre acuerdo de voluntades en el primero; ni responde en puridad de verdad a la definición que se da del cuasi-contrato. Tal relación o lazo tiene su fuente en el derecho procesal y posee características peculiares en su contenido y naturaleza lo mismo respecto de las partes, a las que ata en la secuela del negocio. Participa de la naturaleza de la ley que le da origen, y tal como esa ley, hace parte de nuestro derecho público, porque regula una actividad de tal índole; pero es bien sabido que tiene igualmente una posición especial, en virtud del enlace continuo del interés general con el individual, en el proceso civil.

Uno de los efectos más importan-

Páginas

tes de tal lazo de instancia es la facultad que otorga al demandado de impedir que se alteren los elementos del derecho subjetivo aportados por el demandante al proceso. En forma tal que es el actor quien precisa en el libelo de demanda los lineamientos del debate y la naturaleza de la acción incoada. (Casación, XLVIII, número 1948, junio 5 de 1939) .... 263, 1ª y 2ª

M

MADRE NATURAL QUE ESTIPULA PARA SUS MENORES HIJOS

— 132 —

Véase: **Estipulación de la madre natural para sus menores hijos etc...**

MANDATO

— 133 —

El artículo 2144 del C. C., por fuerza de las disposiciones legales creadoras del estatuto social, se halla hoy reducido en su contenido mismo a ser procedente sólo en los negocios jurídicos bilaterales que participen de la naturaleza jurídica del mandato, el cual consiste esencialmente en ejecutar por cuenta de otros actos jurídicos y, por consiguiente, ya no es dable encajar dentro de ese tipo de contrato el ejercicio de las profesiones liberales, las cuales hoy en nada difieren de las demás artes para los efectos legales.

Tratándose de mandato no es indispensable que el mandatario, para obtener del mandante el pago de su obligación, deba rendir previamente cuentas de la administración.

El mandatario no tiene por qué probar haber obrado dentro de las facultades del mandato sino cuando el mandante le opone la excepción de contrato no cumplido o no cumplido pertinentemente. (Casación, XLVIII, Nº 1947, abril 19 de 1939). 47, 1ª y 48, 1ª

Páginas

MANDATO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

— 134 —

Por su esencia, naturaleza y efectos, el contrato de mandato es distinto del pacto sobre servicios inmateriales, que reglamentan los artículos 2063 y 2069 del C. C. En el mandato, el mandatario obra ostensible u ocultamente, puesto que la legislación colombiana —más amplia que la francesa al respecto— consagra el mandato sin representación, en nombre del mandante y por cuenta y riesgo de éste. El mandatario ejecuta actos jurídicos que envuelven capacidad y voluntad y vincula al mandante cuando desarrolla su actuación dentro de los términos del mandato. En el arrendamiento de servicios inmateriales, el arrendatario es un mero dependiente del arrendador, que no puede realizar ningún acto jurídico en desempeño del contrato, ni ligar ni obligar al arrendador. Se limita a ejecutar un trabajo en su propio nombre, en beneficio del arrendador, pero sin vincular a éste con terceros. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 21 de 1939) ..... 902, 1ª y 2ª

MANDATO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

— 135 —

En la legislación francesa el contrato de mandato es esencialmente representativo, a diferencia de la colombiana que tiene sobre el punto una concepción más amplia y generosa al diferenciarlo de la procuración y del arrendamiento de servivios. La legislación colombiana, en vez de actos, alude a negocios encomendados a otra persona. En el mandato civil el apoderado actúa por cuenta y riesgo de su mandante, que le ha confiado la gestión de uno o más negocios, y viene a ser, por esa circunstancia, un simple intermediario u órgano de la voluntad del mandante, pero no parte contratante. En el derecho colombiano el mandato no es esencialmente representativo, co-

Páginas

mo en el francés, y dentro de su configuración caben tanto el mandato ostensible como el oculto, celebrado por interposición de personas, en todas sus formas lícitas (artículo 2177, C. C.).

Hay diferencias esenciales entre el mandato y el arrendamiento de servicios. El mandatario, en cualquier forma que obre, obra por cuenta y riesgo de su comitente, lo representa de manera ostensible u oculta y para éste son los beneficios derivados de los contratos o negocios que realice; en una palabra, obra jurídicamente en lugar del mandante y contrata para él, como si éste realizara directamente los actos jurídicos o negocios celebrados a su nombre. El mandatario obra con su voluntad, contribuye con ella y vincula al mandante. En el arrendamiento de servicios quien los presta no realiza ningún acto jurídico a favor del patrono, ni tiene facultad legal para representarlo y obligarlo. Se limita a ejercer un oficio o profesión, o a ejecutar un trabajo en su propio nombre, aunque todo el resultado de su labor redunde en exclusivo beneficio de su patrono. Estas dos clases de convenciones se distinguen en lo tocante a la formación del contrato, a los deberes del que presta el servicio o gestión, a la calidad del honorario o sueldo y a su reglamentación legal. Además, el mandato puede ser en ocasiones gratuito, en tanto que el arrendamiento de servicios es oneroso. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 3 de 1939) . . . . . 705, 2ª y 706, 1ª

## MAYORDOMO O ADMINISTRADOR

— 136 —

"No siempre son idénticas las funciones que desempeña en esta región un administrador o mayordomo de una hacienda destinada a la explotación industrial o agrícola. Es muy posible que en algunos casos tales mayordomos tengan sus a tribuciones y su labor estrictamente limitadas a los menesteres secundarios y a funciones constantemente subordinadas a las instrucciones y a las órdenes del propietario, en cuyo caso es indudable que no podrían ser considerados como apoderados o mandatarios de los dueños, sino como empleados contratados para determinadas labores o para trabajos que deben ejecutar en su propio nombre, pero sin facultad legal para representarlos o para celebrar negocios por su cuenta y riesgo. Pero hay casos muy numerosos en que el mayordomo o administrador de una hacienda no tiene limitado a tan subordinadas actividades su trabajo, sino que éstas se dirigen a la supervigilancia constante de la producción industrial o agrícola de la finca, a la conservación de ésta, a la organización de los trabajos mediante el enganche y pago de trabajadores, a la ordenación y selección de las siembras, reparación y adquisición de implementos de labor, cuidado y compra de animales, venta de los frutos, etc., etc. En este segundo caso hay que convenir en que el mayordomo o administrador no es simplemente un empleado o factor de empresa comercial o agrícola, sino un verdadero mandatario". (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 3 de 1939) . . . . . 706 2ª y 707, 1ª

## MERITO EJECUTIVO

— 137 —

Las obligaciones nacidas de las leyes, ordenanzas, acuerdos o decisiones judiciales, para pagar una cantidad líquida, cuando éstas provienen de obligaciones contraídas con causa legal, constituyen derechos perfectos.

De acuerdo con la doctrina del artículo 982 del Código Judicial, puede exigirse ejecutivamente toda obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor, o de su causante, y constituya por sí solo, según la ley, plena prueba contra él, o que emane de una decisión que deba cumplirse, siempre que del documento o la decisión judicial resulte a cargo del demandado una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pago. (Auto, Sala

Páginas

de Negocios Generales, XLVIII, número 1948, junio 9 de 1939) ..... 344, 2ª y 345, 1ª

MERITO EJECUTIVO

— 138 —

Para que pueda cobrarse ejecutivamente una obligación proveniente de una decisión del Gobierno, es indispensable que la resolución esté ejecutoriada y sea definitiva. (Artículos 982 y 1059 del C. C.) (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1950, septiembre 12 de 1939)... 829, 2ª

MINAS

— 139 —

Las sociedades para la elaboración de minas son de cuatro clases, según el art. 247 del Código de Minas: colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias. Las acciones mineras de compañías ordinarias únicamente se consideran como inmuebles y de ahí que cuando se venden sea necesario indicar la procedencia de ellas para el registro de la escritura, al tenor del artículo 16 de la Ley 40 de 1932. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 30 de 1939) .. 406, 1ª

MINAS

— 140 —

El Código de Minas establece diferencia entre poseedor y poseedor regular. Cuando las disposiciones del Código citado se refieren a los poseedores regulares, lo dicen expresamente. (Artículos 323, 324, 325 y 333).

La acción para conservar la posesión de una mina la puede intentar el poseedor ordinario, conforme al artículo 321. Puede establecer la acción posesoria el que ha conservado la posesión desde que adquirió la mina, o el que por lo menos tenga título y pruebe el pago del impuesto. La acción para hacer efectiva la posesión, que es distinta de la acción para conservar, sólo puede intentarla el poseedor regular, conforme al artículo 323. No es jurídica, por tanto, la conclusión de que en derecho minero sólo el poseedor regular puede intentar acción posesoria. Puede el poseedor ordinario intentar acciones posesorias para conservar la posesión. La limitación del derecho en favor del poseedor regular solo se refiere a las acciones para **hacer efectiva** la posesión, es decir, para entrar en posesión material de una mina respecto de la cual se comprueba un título válido.

Por medio de una resolución de carácter administrativo no se puede despojar a nadie de la posesión de una mina. El propósito de las disposiciones de la ley sobre posesión de minas es mantener el **statu quo** mientras no lo cambie la competente decisión judicial. El legislador quiso prestarles a los actos posesorios sobre minas un amparo rápido y especial. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, julio 6 de 1939) ..... 532, 1ª y siguientes.

MINAS

— 141 —

Según el artículo 173 del Código de Minas, los recibos que comprueban el pago del impuesto en tres años consecutivos harán presumir el pago en los años anteriores, admitiéndose contra esta presunción pruebas que la destruyen. Aunque esa norma habla de "los recibos que comprueben el pago del impuesto...", de ahí no puede deducirse que para aceptar la presunción establecida se requiera fatalmente la exhibición de los recibos, expedidos en la forma estatuída en los artículos 165 y 166, porque también otras disposiciones del Código minero otorgan a las certificaciones el mismo valor probatorio y la misma fe que los recibos, y por esta circunstancia no puede interpretarse en esa forma rígida y restringida la norma que consagra la presunción, sino antes bien, darle aplicación a la presunción de pago, siempre que se evidencie en juicio en alguna de las dos formas expresadas, el pago de tres años consecutivos y posteriores a aquéllos que aparecen insolutos en los libros de la oficina de hacienda respectiva.

El artículo 175 consagra una pre-

Páginas

sunción **juris tantum** que solo admite como prueba que la destruya la confesión y aquellas de carácter documental que se originen en las oficinas fiscales donde deba satisfacerse el impuesto o donde se lleve la administración general del Tesoro. (Artículos 165 a 172 del Código de Minas) (Casación, XLVIII, número 1948, junio 30 de 1939). ..... 311, y siguientes

## MINAS

### — 142 —

El régimen ordinario de adjudicación minera que rige en el país tiene diversas restricciones fundadas en motivos de distinta índole que les comunican una naturaleza jurídica propia. Hay restricciones que pertenecen al derecho privado por versar sobre intereses particulares, cuya variación puede ser materia de consentimiento privado, tales como las prohibiciones de denunciar minas de aluvión dentro de las pertenencias de una mina de venta titulada (Ley 292 de 1875, artículo 52), o las redimidas a perpetuidad o por las cuales se están pagando los impuestos anuales establecidos (Ley 58 de 1909, artículos 3º y Decreto 223 de 1932, artículo 9º), y restricciones que corresponden al derecho público nacional, que están por esto mismo fuera de todo consentimiento particular. De esta última especie es la restricción consignada en la Ley 13 de 1937 que estableció que las minas descubiertas o que se descubran en los ríos navegables o en sus riberas en un trayecto de un kilómetro a lado y lado del cauce pertenecen a la reserva nacional y solo podrán ser explotadas mediante contrato celebrado con el Gobierno, con la excepción de las minas adjudicadas con anterioridad a su vigencia y siempre que sus adjudicatarios o sucesores hayan conservado y conserven sobre ellas el dominio privado de acuerdo con la ley.

La oposición autorizada por la legislación minera es una impugnación al derecho de un denunciante a que se le dé posesión de una mina, hecha por un particular con fundamento en un pretendido derecho anterior a esa misma mina. Siempre

Páginas

son derechos de particulares sobre minas que el Estado cede lo que se ventila ante el Poder Judicial en los juicios ordinarios que se originan en las oposiciones. En estos debates, en general, no pueden entenderse perjudicados ni limitados los poderes y facultades de soberanía que corresponden al Estado, pertenecientes al orden público y relacionados con la reglamentación de la explotación minera, en la parte que permanece aún dentro de su patrimonio, sobre minas que no han sido todavía adjudicadas por no haber culminado en relación con ellas el proceso administrativo que establece la ley. El Estado puede, como dueño de la propiedad minera, por medio de leyes dictadas por motivos de utilidad pública e interés nacional, sustraer minas del régimen general del Código declarándolas inadjudicables y estableciendo para ellas un régimen especial de explotación.

Es el Ejecutivo el órgano legalmente adecuado para apreciar y declarar si una mina está o no comprendida en la reserva nacional para decidir sobre su adjudicabilidad, ya se trate de nuevos avisos o de los expedientes en curso, como está dispuesto en el Decreto 1600 de 1937, sustituído por el capítulo X del número 836 de 1938, reglamentario de la Ley 13 de 1937 que estableció la reserva nacional de propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicados en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. El aviso confiere un derecho preferente respecto de los demás particulares a obtener la adjudicación de la mina, pero es apenas una diligencia administrativa previa que si otorga algunos derechos determinados en orden a las diligencias subsiguientes para la obtención del título, no confiere por sí mismo ningún derecho en la mina y constituye, en cuanto al dominio del inmueble, una mera expectativa de derecho que en manera alguna puede oponerse a las variaciones que consagre la legislación pública del Estado, titular del dominio minero. (Casación, XLVIII, número 1948, junio 19 de 1939) 278, 1ª y siguientes.

Páginas

MONEDA EN QUE DEBE HACERSE EL PAGO

— 143 —

Habiéndose condenado al demandado en una sentencia a pagar en **centavos**, sin expresarse de qué unidad monetaria, ha de entenderse que la sentencia se refiere al peso legal colombiano, que es la moneda obligatoria para todos los actos y contratos, a menos de determinación o acuerdo distintos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, febrero 23 de 1939) .... 158, 1ª y 2ª

N

NACION

— 144 —

La Nación, como persona jurídica, puede celebrar contratos con particulares, contraer obligaciones y quedar, en consecuencia, sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan tales actos, y en esos contratos el Estado contratante se coloca en igual condición jurídica que el contratista, sin que pueda interpretar unilateralmente sus cláusulas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1951, octubre 4 de 1939) ..... 947, 1ª

NEGACION INDEFINIDA

— 145 —

En cuanto a la negación indefinida, bien está que las negaciones no se demuestren, pero si en todos los casos o en la mayoría de ellos las negaciones se reducen a la afirmación de hechos positivos, cuya existencia puede comprovarse por apoyarse en resultados de éstos, es claro que debe correr de cuenta del actor la plena demostración de tales hechos positivos en que ha fundado su acción y en que se basan las negaciones para el éxito del medio judicial instaurado. (1) (Casación, XLVIII, Nº 1939, julio 15 de 1939). 400, 1ª

NOTIFICACIONES

— 146 —

La primera resolución que se dicte en un proceso ha de notificarse personalmente, lo mismo que las relacionadas con terceros. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, noviembre 21 de 1938). 119, 1ª

NULIDAD

— 147 —

La anulación del juicio por irregularidades en el procedimiento borra jurídicamente cuanto allí existía y se hallaba afectado de nulidad, inclusive el veredicto del jurado. Sería inaceptable atribuir fuerza a lo que desapareció, y ello conduciría a crear en el proceso un encadenamiento de situaciones o etapas a que el reo pudiera ir o no acogiéndose según los resultados. (Casación, XLVIII, Nº 1950, julio 27 de 1939). 768, 2ª

NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO

— 148 —

El incidente de nulidad de un juicio ejecutivo debe tener dos instancias, la primera ante el funcionario que adelanta la ejecución y la segunda ante la entidad que establezca la ley, de acuerdo con la cuantía. Carece de jurisdicción el Tribunal ante quien se propone un incidente semejante, cuando se ha pretermitido una instancia. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1951, noviembre 14 de 1939)..... 956, 2ª

(1) Doctrina expuesta en los razonamientos de instancia.

Páginas

NULIDAD DEL JUICIO CRIMINAL

— 149 —

Hay nulidad en el juicio seguido contra un menor sin la intervención del curador **ad litem**, que en fuerza del artículo 1620 del Código Judicial debe asisitir "a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor", pues en esas condiciones falta en la causa criminal la personería suficiente por parte del reo, y ello implica omisión de las formas propias del juicio. (Casación, XLVIII, Nº 1948, noviembre 29 de 1938) ... 325, 1ª y 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

— 150 —

Tratándose de varios cargos sometidos a la consideración del Jurado debe procederse al tenor del artículo 298 de la Ley 57 de 1887, so pena de nulidad. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 10 de 1939) ..... 775, 2ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

— 151 —

Omitiéndose en la parte resolutiva de un auto de proceder mencionar de manera inequívoca el Capítulo y el Título correspondientes del Código Penal, como lo determina enfáticamente el artículo 345 de la Ley 105 de 1890, se incurre en nulidad que afecta al juicio. La denominación genérica del cargo que se hace a un enjuiciado debe quedar claramente precisada conforme a la nomenclatura del Código Penal, que por otra parte especifica los delitos en Títulos y subdivide esta especificación en Capítulos que concretan más el cargo, por manera que el acusado sabe entonces cómo se traba la litis, prepara sus descargos y hace su defensa. Sin cumplir estas formalidades que la ley determina, resultaría equívoco el cargo en el enjuiciamiento, y, por lo mismo, impreciso. La ley lo que ha querido es la imputación de un cargo claro. (Casación, XLVIII, número 1947, diciembre 5 de 1938) ..... 88, 1ª

Páginas

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

— 152 —

El numeral 4º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887 erige en nulidad del proceso criminal la circunstancia de haberse verificado la recusación de jurado sin autorización del acusado. Para que pueda recusar el defensor es necesario que haya habido delegación para ese acto.

También constituye causal de nulidad el hecho de mencionar el delito en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento con las circunstancias anotadas en el artículo 345 de la Ley 105 de 1890. Hay entonces una equivocación relativa a la denominación genérica del delito, pues éste ha de determinarse en la forma que lo señalan las leyes como violación de ellas; si así no se hace, el cargo es equívoco y el debate no se plantea en debida forma. La ley penal contiene denominaciones genéricas para los hechos imputados que tienen gradaciones y matices que son los que puede apreciar el Jurado en su caso y el sentenciador al dictar el fallo. Pero es preciso que la acusación genérica quede comprendida sin anfibología en la especie de delito materia de la litis. Una violación, una omisión de esa clase genera nulidad con apoyo en el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, la cual cobija toda clase de juicios. Esta nulidad es sustancial porque vulnera el artículo 22 de la Constitución. (Casación, XLVIII, número 1949, julio 13 de 1939) ..... 484, 2ª y 485, 1ª

NULIDAD DEL PROCESO POR RECUSACION DE JURADOS NO AUTORIZADA POR LOS PROCESADOS

— 153 —

Si estando presente los sindicados la recusación de jurados la hace el apoderado, éste se arroga un derecho que es personal del acusado. Solo podrá ser lícita la intervención del apoderado cuando el reo está ausen-

Páginas

ORDEN PUBLICO EN MATERIA DE POLICIA

— 158 —

El orden público en materia de policía tiene un sentido completamente distinto de aquel con que se emplea esa misma expresión en el derecho civil. Todo lo relativo a la reglamentación de los derechos civiles es materia que corresponde al legislador y no al Gobierno. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, septiembre 4 de 1939). (1) .. 614, 2ª

P

PARTICION

— 159 —

En jurisprudencia constante ha sostenido la Corte que en el recurso de casación son inadmisibles alegaciones que tiendan a suscitar discusión sobre puntos o aspectos de una partición, constitutivos de objeciones no propuestas oportunamente ante el juez en el incidente respectivo. Si ese procedimiento es incompatible aún en el recurso de apelación, con mayor razón lo será en casación, en donde existe menos amplitud para admitir discusión sobre hechos nuevos, por ser un recurso extraordinario. La sentencia aprobatoria de una partición resulta intangible para la Corte en lo referente a aquellas objeciones que habiendo sido propuestas ante el juez de primera instancia, fueron por él desestimadas con la tácita aceptación del interesado que se abstuvo de apelar ante el Tribunal por la desestimación. El incidente de objeciones no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por la primera vez su trabajo. Los artículos 964, 965 y 1152 del C. J. no dan lugar al recurso de casación por ser disposiciones meramente adjetivas; en este recurso tendrán oportunidad en tanto que se demuestre que su infracción llevó al sentenciador a desconocer alguna de las reglas superiores normativas de la partición. (Casación, XLVIII, Nº 1949, julio 26 de 1939). 423, 2ª

Páginas

PATRIA POTESTAD

— 160 —

Si en un contrato se dice que la madre que tiene el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores obra también como guardadora de ellos, hay que considerar tal expresión como inadecuada e impropia, pues, en realidad, obra en ejercicio de la patria potestad. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 9 de 1939) ..... 449, 1ª

PENSIONES

— 161 —

Así como el acta de nombramiento no comprueba servicios civiles para fines de jubilación, tampoco la posesión los comprueba, ya que bien puede un empleado posesionarse hoy y mañana separarse del puesto. La prueba eficaz para tales fines son las constancias o certificaciones del servicio prestado, expedidas por el competente funcionario y que prestan mérito en el instrumento público respectivo, el cual viene a constituir la prueba principal; pero si ésta no se logra por haber desaparecido los archivos oficiales, puede ocurrirse a las pruebas supletorias, tan eficaces en estos casos como la principal, tales como las constancias que aparezcan por virtud de las funciones del cargo, en oficinas distintas, como el haber autorizado declaraciones o firmado actas de visita, recibos o actuaciones que comprueben el pago del sueldo. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1948, junio 22 de 1939) ..... 332, 1ª

PENSIONES

— 162 —

Los Notarios y Registradores tie-

(1) Véase lo dicho sobre este punto por la Corte en sentencia de fecha 7 de octubre de 1936, publicada en los números 1914 y 1915 de la GACETA JUDICIAL.

Páginas

te, o cuando en la misma acta del sorteo consta la autorización expresa. Si así no se procede se incurre en nulidad. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 5 de 1939) .... 770, 1ª

NULIDAD Y EXCEPCIONES

— 154 —

No puede involucrarse en un mismo procedimiento el incidente de nulidad de un juicio y el de excepciones, pues ambos son distintos y tienen su diferente tramitación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1951, noviembre 13 de 1939) ..... 953, 2ª

NULIDAD Y SUS EFECTOS RESPECTO DE PROCESADOS ABSUELTOS

— 155 —

Hallada en un proceso de homicidio la causal 4ª de nulidad conforme al artículo 265 de la Ley 57 de 1887, opinaba el Procurador que figurando en el proceso una sindicada a quien se condenó a seis años de prisión y tres reos absueltos, no debía cobijar a éstos la declaración de nulidad. La Corte, refiriéndose a la sentencia del 24 de septiembre de 1938, dijo lo siguiente:

"Desde el momento en que los sindicados absueltos no fueron recurrentes, la declaración de nulidad en perjuicio de ellos sería oficiosa por parte de la Corte, y sucede que según el inciso 2º del artículo 20, Ley 153 de 1887, la nulidad en los casos de los artículos 264 y 265 de la Ley 57 de 1887, de oficio únicamente pueden decretarla los jueces y tribunales, pero no la Corte.

"Aun cuando la sentencia recurrida es una, al fin y al cabo dentro del contenido jurídico de ella pueden distinguirse virtualmente dos proveídos: el condenatorio y el absolutorio. Respecto del absolutorio no cabe la casación al tenor de lo que disponen las leyes aplicables al presente recurso (78 de 1923 y 118 de 1931).

"Lo único casable, pues, en sentencias de la clase indicada, es la determinación condenatoria; y como el motivo de la casación es la nulidad, ella no puede afectar el procedimiento sino respecto del acusado a quien se condenó. Conclúyese de lo anterior que la infirmación del fallo no puede ser en este caso total, sino parcial". (Casación, XLVIII, número 1950, septiembre 27 de 1939) .. 764, 1ª

NULIDADES

— 156 —

El Código de enjuiciamiento hace de los motivos de nulidad una clasificación exhaustiva y erige tan solo como tales aquellos hechos que constituyen un evidente quebrantamiento de las normas procesales básicas o que desconozcan el legítimo derecho de las partes a su defensa. La nulidad por falta de citación o emplazamiento obedece a este último principio. Indudablemente una actuación que se adelanta sin que a ella se llamen las personas contra quienes va dirigida, no debe mantenerse. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, diciembre 7 de 1938) ..... 136, 2ª

OBLIGACION. DISTINTAS MANERAS DE OBLIGARSE PARA CON OTRO

— 157 —

La ley solo concide dos maneras de que una persona se obligue para con otra en un contrato: directamente, interviniendo la persona en la discusión y firma de la convención, o indirectamente, por medio de apoderado debidamente constituído; pero en ambos casos la persona del contratante debe revelarse en el título, sin que su conocimiento quede al azar de posteriores indagaciones para saber cómo se llama en definitiva. Exigencia es ésta tan rigurosa que la ley ha dispuesto lo conducente en los artículos 2594 y 2595 del Código Civil. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 13 de 1939). 875, 2ª

Páginas

nen el carácter de empleados públicos para los efectos de las pensiones. Creen algunos que ellos no son funcionarios, ora porque no representan al Estado, propiamente, en la esfera de su competencia, bien porque no perciben sueldo sino estipendios pagados por los particulares. Los Notarios y Registradores sí son funcionarios oficiales, porque el servicio que prestan lo impone la ley y no nace de convenios privados y el C. C., es muy explícito al detallar sus deberes y funciones. El artículo 187 de la Constitución vigente da asidero a la doctrina preconizada cuando estatuye: "Compete a la ley la creación y supresión de círculos de Notaría y de Registro, y la organización y reglamentación del servicio público que prestan los Notarios y Registradores". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1951, septiembre 19 de 1939) ..... 941, 1ª y 2ª

PENSIONES Y RECOMPENSAS

— 163 —

El legislador quiso referirse, en la Ley 153 de 1938, a los casos en que los derechos al pago de pensiones, recompensas y sueldo de retiro provienen de leyes nacionales y no de simples ordenanzas o acuerdos, pues una suposición contraria implicaría una generalización que no está acorde con su pensamiento, al través del espíritu que informa toda esa ley. Demandándose el pago de una bonificación departamental, no obstante ser la fuente de ella una norma administrativa, debe tener aplicación el artículo 76, numeral 2º del C. J., en consonancia con el 734 del mismo Código. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1949, julio 4 de 1939) ..... 529, 2ª

PERJUICIOS

— 164 —

Si se estima que al señalar una cantidad fija al fallecimiento del beneficiario vendría a presentar el papel de una indemnización sin causa, es porque se piensa que en la estimación del monto de los perjuicios sólo debe entrar como elemento integrante el dinero con que la víctima del acontecimiento contribuía al sostén de los beneficiarios. Pero se olvida tener en cuenta que esa vida por las especiales relaciones de parentesco, podría ser fuente probable de mayores beneficios patrimoniales legítimos. Y en esa hipótesis es justo que ella esté representada en alguna cantidad de dinero. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1949, julio 10 de 1939) ..... 551, 2ª

PERJUICIOS

— 165 —

En diversas ocasiones ha sentado la Corte la doctrina de la responsabilidad de las entidades de derecho público por los actos de sus agentes autorizados; pero para que exista esa responsabilidad 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. No todos los perjuicios que se causen en el patrimonio de los individuos por los actos de la administración pueden dar lugar a responsabilidad de parte del Estado o de un Departamento o de un Municipio, sino aquellos que son ocasionados por providencias arbitrarias o ilegales. Si no fuera así, las autoridades administrativas no podrían cumplir la obligación de prestar apoyo al cumplimiento de las sentencias y demás providencias judiciales, sin exponer a las respectivas entidades a los procesos consiguientes por indemnización de perjuicios, ya que la mayor parte de los fallos afectan el patrimonio de las personas. Por otro aspecto, los perjuicios indemnizables por las entidades de derecho público son los que emanan de la culpa civil; pero aquellas no pueden ser obligadas a responder por la culpa delictual de los agentes ni por la imprudencia castigable. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1949, agosto 17 de 1939) .... 568 1ª

Páginas

PERJUICIOS

— 166 —

Promovida una acción de resolución de un contrato y de consiguiente restitución de los bienes, aunque el demandante no haya pedido expresamente la condenación del demandado al pago de perjuicios debe entenderse que ha ejercitado esa acción al suplicar la condenación por frutos y deterioros, comoquiera que éstos son elementos de esa indemnización, de suyo, sin necesidad de pronunciar la palabra perjuicios. (Casación, XLVIII, número 1950, septiembre 30 de 1939) ..... 699, 1º

PERJUICIOS

— 167 —

La indemnización de perjuicios por la mora se halla regulada en un estatuto especialísimo, contenido en el artículo 1617 del C. C. La indemnización de esta clase de obligaciones presenta caracteres típicos que pueden resumirse así: a) sólo procede la indemnización moratoria, exigible 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 oportunamente o cumple parcialmente su obligación; b) no hay necesidad de probar la existencia de perjuicios; basta el hecho del retardo para que puedan cobrarse, porque la ley los presume, dado que todo capital gana intereses y el solo hecho de no recibirlo oportunamente lo ha privado de inversiones lucrativas; c) el avalúo de los perjuicios no está sometido al criterio del juez, porque de antemano lo hace la ley rígidamente; pero hay un punto máximo de avaluación, más allá de cuyos límites no se puede llegar; d) el pago de intereses constituye la única indemnización y no puede pedirse otra adicional, en algunos casos.

Aun tratándose de obligaciones correlativas emanadas de una misma convención, ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no cumpla su prestación recíproca, o no se allane a cumplirla en la forma y tiempo debidos. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 9 de 1939) ..... 445, 2º

Páginas

PERJUICIOS CAUSADOS POR AGENTES DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO.

— 168 —

Véase: **Responsabilidad de las entidades de derecho público.** (Sentencia del 14 de junio de 1939, 506, 2ª).

PERJUICIOS CAUSADOS POR LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO Y SU CONSIGUIENTE RESPONSABILIDAD.

— 169 —

Las entidades de derecho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de faltas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos, con fundamento en el principio esencial que domina la materia, consignado en la norma objetiva de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta (artículos 2356 C. C.), y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado (artículo 2341 ibid).

Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de las personas morales sobre la base de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación y a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnización de perjuicios. Esta teoría basada en la culpa "in eligendo" y en la "in vigilando", ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de respon-

Páginas

sabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia o cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 del C. C.), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden con la actividad de la gestión. Esta teoría está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria consideración a la falta imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios.

No se puede ordinariamente en el análisis de estos casos aislar la culpa del funcionario encargado normalmente de accionar el servicio público de lo que es propiamente su función oficial. Generalmente son faltas de servicio que comprometen la responsabilidad de la administración, salvo, naturalmente, los casos de culpa personal del empleado. No es falta en la selección del personal (culpa "in eligendo"), la base de la responsabilidad estatal, que más bien debe buscarse en la de previsión hacia los ciudadanos. (Casación, XLVIII, número 1950, agosto 21 de 1939) .... 663, 1ª y 2ª

## PERJUICIOS Y SU RENUNCIA

— 170 —

Véase: **Renuncia al resarcimiento de perjuicios.** (Casación del 24 de marzo de 1939, G. J. número 1947, tomo XLVIII).

Páginas

## PERSONERIA

— 171 —

No es lo mismo negar la falta de prueba de una determinada representación, que negar la representación misma. Quien se limita a negar que en el expediente hay ausencia de comprobantes de determinada representación que se le atribuye, y que por otros aspectos acepta, apenas discute una cuestión adjetiva concerniente a la personería que ha asumido. Pero quien le da más gravedad a su negación diciendo no únicamente que hay ausencia de prueba, sino que carece de la calidad que se le atribuye, entonces controvierte ya una verdadera cuestión de fondo, de alcance realmente sustantivo, aunque relacionada con la propia personería. Lo primero no es valedero en casación sino cuando la ausencia de comprobante de la personería aceptada da margen a una nulidad procedimental y la sentencia se acusa por la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial.

El punto de lo que comunmente se llama la personería adjetiva de las partes escapa a la apreciación de la Corte en casación, dentro de la causal primera del artículo 520, de violación de ley sustantiva, ya directa, ya indirectamente a través de errores de hecho o de derecho. Esa cuestión puede plantearse en casación, pero por su aspecto natural y obvio de nulidad procedimental, mediante la causal 6ª que es el remedio que actualmente ofrece la ley para corregir dentro del mismo juicio irregularidades de tramitación capaces de afectarlo con nulidades, las que de existir en ningún caso inciden sobre la acción misma sino que cuando más posponen su discusión. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 30 de 1939) ..... 466, 2ª

## PERSONERIAS DE LAS PARTES

— 172 —

Lo primero que debe hacer el juz-

Páginas

gador competente antes de penetrar en el estudio de las acciones deducidas en el pleito es cerciorarse de la personería de las partes.

El fenómeno jurídico de la personería mirado desde un punto de vista adjetivo o sustantivo, tiene caracteres diferentes: el primer aspecto mira a la mera representación y origina una excepción dilatoria; el segundo se vincula íntimamente con la acción debatida, se confunde con el derecho mismo y es causa de una excepción perentoria que el juez debe declarar de oficio, cuando al través del proceso la encuentre evidente. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1951, octubre 10 de 1939) ..... 965, 1º

## PETROLEOS

— 173 —

No es extravagante, temerario o irrazonado el concepto de que si el actor, la Nación o el presunto concesionario acompañan a sus escritos los elementos probatorios denominados instrumentos públicos lo hacen, respectivamente, en una ocasión semejante, parecida o análoga a la presentación de la demanda o a su contestación, cuando se trata de procedimientos ordinarios. La Ley, artículo 636 del C. J., permite que en estos últimos eventos las partes puedan allegar dichos instrumentos sin el lleno del requisito que la propia regla establece. La analogía consiste, sencillamente, en que en unos y en otros se halla el mismo motivo que justifica la excepción: las partes pueden presentar antes de que el litigio se trabe, o en el momento en que ello suceda, sin más formalidad, los documentos que estimen conducentes a sostener la posición que han asumido. Al propio tiempo puede afirmarse que si se pretendiese traer a los autos instrumentos públicos durante el término probatorio de los juicios sumarios sería aplicable también la norma general de su obtención por medio del juez del conocimiento, ya que se estaría en frente de análoga razón a la en que descansa tal ordenamiento; el equilibrio procesal que debe asegurar a las partes iguales facilidad y medios para su defensa. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, febrero 18 de 1939) ..... 163, 1ª

Páginas

## PLAZO

— 174 —

Los elementos esenciales del plazo son su carácter de fecha futura y sú calidad de certidumbre, ya que si fuera el plazo una fecha pasada o presente, o hubiera evento o incertidumbre en su llegada, carecería de base esta modalidad o degeneraría en una condición. El plazo, como modalidad de la obligación, produce el efecto jurídico fundamental de que no influye en la existencia misma de la obligación, sino que solamente retarda su cumplimiento. Consecuencia de tal efecto es que el derecho sometido a plazo no es exigible antes de su vencimiento, salvo, naturalmente, las excepciones taxativamente señaladas en el artículo 1553 del C. C., en que han desmejorado en sus condiciones de solvencia el deudor mismo o sus cauciones; y aun en este último caso puede conservarse el beneficio del plazo, renovando o mejorando las cauciones.

Las diferencias entre el plazo y la condición son las siguientes: a) la condición es el acontecimiento futuro e incierto y el plazo es futuro pero cierto, sea determinado o indeterminado, expreso o tácito; b) la condición, cuando es suspensiva, detiene la formación de la obligación, no sabiéndose si ésta habrá de nacer, y el plazo sólo suspende su exigibilidad en la obligación ya constituída; c) el plazo produce sus efectos sin retroactividad y la condición con retroactividad; d) en la obligación bajo condición suspensiva el riesgo lo soporta el deudor si la cosa perece antes del cumplimiento y en la obligación a plazo el riesgo lo sufre el acreedor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1607 del C. C. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 17 de 1939) ..... 889, 2ª

Páginas

POSESION EFECTIVA DE LOS BIENES DE LA HERENCIA.

— 175 —

El decreto de posesión efectiva no es otra cosa que un acto destinado a ser inscrito, para que cancele los registros hechos en favor del de cujus a intento de que no susbsistan con el peligro de que cualquiera persona, tomando su nombre, disponga de los bienes herenciales o los grave, y para que confiera a los herederos, conjuntamente, facultades dispositivas respecto de los mismos bienes. El decreto de posesión efectiva no otorga la calidad de heredero, ni suple la falta de títulos, ni excluye de la herencia a quienes se presenten más tarde con la prueba necesaria para que se extienda también a su favor dicho decreto; pero sí sirve, por excepción, de justo título al heredero putativo para que sea considerado como poseedor regular, como se desprende de los artículos 766, inciso último, y 1326 del C. C. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 6 de 1939) ..... 897, 2ª

POSESION INSCRITA DE BIENES RAICES.

— 176 —

Véase: **Tradición del dominio de bienes raíces.**

POSESION REGULAR

— 177 —

El Código Civil en su artículo 2528 establece para ganar la prescripción ordinaria la necesidad de **posesión regular**; ésta, según su artículo 764, es la procedente de justo título y adquirida de **buena fe**, la cual es la conciencia de haberse adquirido por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio, de conformidad con el Art. 768. (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 28 de 1939) ...

POSESION Y DOMINIO.

— 178 —

La posesión y el dominio son instituciones jurídicas distintas, de imposible confusión, no obstante lo cual aquella es susceptible de presentarse como un reflejo de ésta. En tal sentido la posesión es un derecho auxiliar para el dueño de la cosa o es un derecho provisional para el que no es dueño de ella, pero puede estar en vía de serlo. En la primera hipótesis, la posesión manifiesta la realidad del dominio. Mediante el ejercicio de ella se revela la propiedad como existiendo materialmente y no en forma abstracta y aparente. En la segunda hipótesis, la posesión es un derecho provisional para el no propietario, derecho que se origina en la presunción de dominio que la acompaña. Se explica esa presunción porque el dominio no es un simple título desnudo sino que comprende también el derecho a poseer, como si se dijera el derecho a los emolumentos o a los atributos de la propiedad. Y es provisional por cuanto cede siempre ante el derecho de dominio. Para usucapir no puede alegarse la posesión como reflejo del dominio sino que es necesario que se inicie y se continúe por todo el tiempo legal como un hecho. Esto es, se requiere siempre para adquirir el dominio por prescripción de un bien raiz el ejercicio del señorío de hecho sobra la cosa durante el lapso de tiempo legal.

Para usucapir no es suficiente el registro. A este respecto el legislador colombiano ha consagrado con autoridad tal jurisprudencia, puesto que la ha respaldado, como lo demuestran el artículo 5º de la Ley 120 de 1928 y la Ley 200 de 1936, en lo pertinente. (Casación, XLVIII, número 1947, mayo 10 de 1939) ..... 18, 2ª y 19, 1ª

POTESTAD REGLAMENTARIA

— 179 —

462, 1ª Véase: REGLAMENTACION DE LA LEY. Lo que sobre ese punto contiene la sentencia de la Corte Plena de fecha 5 de octubre de 1939, publicada en el número 1950 de la Gaceta Judicial, páginas 643 y siguientes.

Páginas

POTESTAD REGLAMENTARIA

— 180 —

Véase: REGLAMENTACION DE LA LEY. (Sentencia de la Corte Plena del 4 de septiembre de 1939, número 1950 de la Gaceta Judicial).

PRELACION DE CREDITOS

— 181 —

Cuando concurren un crédito hipotecario y uno de la cuarta clase, el crédito a favor de la Nación, que es de cuarta clase, no goza de preferencia sobre el hipotecario, que es de tercera. Así lo ha decidido la Corte en varias sentencias. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, agosto 22 de 1939) (1).... 571, 1ª

PRESCRIPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO

— 182 —

En virtud de la derogación del art. 257 del Código Fiscal por la ley 43 de 1923, a partir de la vigencia de ésta, prospera la prescripción contra créditos del Estado, sujeta a las reglas del derecho civil. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1950, abril 20 de 1939).....

PRESCRPCION CONTRA CREDITOS DEL ESTADO

— 183 —

En virtud de la derogación del art. 257 del Código Fiscal por la ley 43 de 1923, a partir de la vigencia de ésta—1º de septiembre de ese año—prospera la prescripción en contra de los créditos del Estado, sujeta a las reglas del derecho civil. La prescripción se interrumpe por todo recurso judicial intentado por el acreedor, pero esta interrupción no es válida si el recurrente desiste expresamente de la demanda o cesa en la persecución por más de tres años. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1950, junio 30 de 1939).....

Páginas

PRESCIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA

— 184 —

El tiempo necesario para la prescripción de la acción ejecutiva debe contarse desde que la obligación se hizo exigible, conforme a la ley, y no desde que el empleado cumplió con el deber de dictar el reconocimiento. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1950, septiembre 21 de 1939) ..... 828, 2º

PRESCRIPCION DEL DERECHO A LA REMUNERACION DE UN EMPLEADO PUBLICO

— 185 —

Véase: EMPLEADOS PUBLICOS. Sentencia del 8 de julio de 1939, G. J. Nº 1949, 539, 2ª.

PRESUNCIONES

— 186 —

Los tratadistas de pruebas judiciales establecen tres clases de presunciones: las presunciones simples o de hombre; las presunciones juris tantum y las presunciones juris et de jure. Cualquiera que fuere la naturaleza de una presunción, una vez reconocida y consagrada por ley positiva, debe producir el importante efecto jurídico de relevar de la carga de la prueba a quien la alega en su favor. Es claro que entre las anteriores categorías existe una variada gama de presunciones. Pero lo que las caracteriza y da fisonomía es que la presunción juris et de jure, por fundarse en principios científicos incuestionables, no admite prueba en contrario; en tanto que entre las de naturaleza juris tantum o simplemente legales, hay unas que admiten toda clase de pruebas en contrario y otras que no admiten sino pruebas determinadas y especiales. 798, 2ª

El artículo 175 del Código de Minas consagra una presunción juris tantum que sólo admite como pruebas que la destruyan la confesión y aquellas de carácter documental que se originen en las oficinas fiscales 818, 1ª y 2ª

(1) Artículos 2493 y 2494 del Código Civil.

Páginas

donde deba satisfacerse el impuesto o donde se lleve la administración general del Tesoro. (Arts. 165 a 172 del C. de Minas). (Casación, XLVIII, Nº 1948, junio 30 de 1939).....

## PROMESA UNILATERAL DE CONTRATO

— 187 —

Cita la Corte sobre este punto a Demogue en su Traité des Obligations en général, el cual dice: "El carácter obligatorio de la promesa permite explicar por sí solo el carácter obligatorio del contrato, el cual no es sino el efecto de las dos promesas en que el contrato reposa. Si el carácter obligatorio del contrato tiene por antecedente necesario el de la promesa, se pregunta por qué ésta es obligatoria". Y agrega la Corte: "Citando a Siegel, advierte la necesidad de distinguir en la promesa entre sostenerla y cumplirla, aunque de ordinario estas dos cosas se confunden. La obligación de sostener la palabra, esto es, la imposibilidad de retirarla, es la consecuencia necesaria de la promesa, porque ésta es una decisión". Luégo dice:

"Emitida o lanzada una promesa, que es distinta de las vagas intenciones en que las personas hábiles o habilidosas son tan pródigas, tiene forma bastante neta para encajar dentro de la armadura del derecho. La sola circunstancia de haber sido formulada no basta para hacerla socialmente obligatoria; pero, lanzada en el medio social, los destinatarios determinados o indeterminados que obran por el conocimiento que de ella han tenido y fiándose en ella, sufrirían perjuicio si no fuese sostenida. Si se me propone un negocio ventajoso, en seguida rechazaré propuestas menos favorables. Hay, pues, grave interés en que sea mantenida".

"Cuando se trata de promesa indeterminada en cuanto a la persona a quien se dirige, se puede decir que el promitente lo es doblemente, así: sostendrá su propuesta y se vinculará por contrato. Del destinatario que llega se presume que tácitamente ha aceptado lo primero, de suerte que hay un antecontrato tácito cuyo objeto es el sostenimiento de la oferta, y así quedamos dentro de la teoría clásica del concurso de voluntades; pero si no 312, 1º hay contacto directo del promitente con el futuro destinatario o acreedor, como oferta al público, promesa de recompensa, fundación de un premio, o si un tercero, determinado o no, es quien ha de beneficiarse de la promesa dirigida a persona innominada, como en los títulos de crédito o en la estipulación por otro, las cosas cambian de aspecto, porque entonces no puede hablarse de declaración recibida ni consiguientemente de antecontrato tácito. Entonces, el caso se contempla en esta forma: es probable que en el público haya personas que hayan conocido la promesa; pero se ignora si las hay y quiénes sean. Y sin embargo, ella debe sostenerse, aunque la aceptación sea incierta".

Concluye, continúa la Corte, esta parte de su disquisición en estos términos: "De aquí se deduce la utilidad social de admitir como obligatoria la promesa unilateral allí donde la aceptación del antecontrato contenido en ella en germen, aunque no establecida, sea probable. La seguridad lo exige".

"En estos conceptos, concluye la Corte, abundan otros autores cuya cita se hace innecesaria para la claridad de los que acaban de resumirse y trascribirse. Y ocurre reflexionar que si en guarda del interés social y de la vida de los negocios es preciso reconocer a la palabra empeñada toda firmeza y exigírsela con carácter de obligatoria, en cuanto se reúnan las circunstancias expuestas, al punto de tener la promesa carácter de obligatoria aun como mero acto unilateral no recogido o aceptado aún o no realizado, toda duda al respecto desaparece cuando los hechos han venido a refrendarla con la fuerza de lo consumado ya". (Casación, XLVIII, número 1950, septiembre 11 de 1939) ..... 676, 1ª y 2ª

## PRUEBAS

— 188 —

Las contradicciones o desacuerdos entre dos pruebas no pueden estable-

Páginas

cerse sino cuando la una infirma lo que la otra asevera.

El medio más eficaz como prueba en el derecho procesal civil es el instrumento, así sea público o privado, y de su uso puede surgir directa o indirectamente el efecto buscado. Su eficacia radica en la plena fe que se debe a la aseveración del funcionario público que por su competencia y en relación a la calidad de las funciones que desempeña, certifica actos y hechos que están bajo su conocimiento. Cuando se trata de prueba instrumental, en relación con los servicios prestados por los personeros municipales, es más jurídica la formada de los hechos que constan en los archivos de los concejos y que han sido certificados por el funcionario competente que, para tales casos, es el secretario de dichas entidades. Así debe ser, por elementales motivos de lógica procesal, puesto que se trata de la esfera donde ha tenido existencia el acto jurídico o administrativo, que ha dado a determinadas personas la calidad de empleados, y donde han de cumplir, ya las funciones que les están señaladas por la ley, o aquellas que competen a los funcionarios que en la jerarquía municipal dependen de los concejos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1948, junio 22 de 1939) ..... 331, 1º y 2º

PRUEBAS

— 189 —

Cuando la convicción del Tribunal sentenciador se ha formado previo el estudio del conjunto de pruebas del proceso y aplicando el artículo 702 del C. J., el Tribunal obra dentro de la órbita de las reglas generales de la sana crítica. Para que pueda modificarse la apreciación del Tribunal en este caso, es necesario que haya interpretado equivocada o erróneamente las pruebas que figuran en autos. (Casación, XLVIII, Nº 1950, octubre 23 de 1939) ..... 728, 2º y 729, 1º

PRUEBAS

— 190 —

Las pruebas que hacen parte de un proceso, por haber sido aportadas por alguno de los medios indicados en el artículo 597 del C. J., pueden estimarse. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, julio 3 de 1939) ..... 523, 2º

PRUEBAS EN JUICIOS SOBRE PETROLEOS

Véase: PETROLEOS.

— 191 —

RECURSO DE CASACION

— 192 —

En tratándose de juicios divisorios, la única decisión que puede ser sometida a acusación en recurso de casación, si se llenan los demás requisitos, es la sentencia aprobatoria de la partición que es a la que corresponde la calidad y denominación de definitiva. (Auto, Sala de Casación Civil, XLVIII, Nº 1947, abril 27 de 1939) ..... 66, 2º

R

RECURSO DE CASACION

— 193 —

Cuando ninguna de las dos demandas, la principal y la de reconvención, que se debaten en un juicio, alcanza por sí sola la cuantía necesaria para el recurso de casación, es improcedente dicho recurso. Porque en tal caso resultaría injurídico acumular el valor de las dos acciones para establecer la competencia de la Corte, en razón de que siendo la cuantía de los negocios judiciales la representación en dinero del interés de cada parte, cuando hay demanda de reconvención, surgen entonces dos intereses contrarios por su naturaleza y contenido, y si el art. 472 del C. J. no admite la suma de ellos en orden a establecer la competencia de los jueces de primera instancia, con igual razón tampoco debe ser admisible para determinar la de la Corte en el recurso de casación. (Auto, Sala

Páginas

de Casación Civil, XLVIII, Nº 1948, junio 28 de 1939) ..... 306, 2ª y 307, 1ª

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

— 194 —

Los artículos 13 y 14 de la Ley 97 de 1936 no son disposiciones de la ley penal sustantiva y no pueden invocarse, por tanto, en el recurso de casación, para relacionar la violación de esa ley, que no es sustantiva, con la causal 1ª de casación. (Casación, XLVIII, Nº 1947, abril 14 de 1939). 85, 2ª 86, 1ª

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

— 195 —

La ley 94 de 1938 —nuevo Código de Procedimiento Penal— que suprimió el fuero que amparaba a ciertos funcionarios públicos, no es aplicable respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de aquel año. El juzgamiento de aquellos empleados por los jueces comunes no puede considerarse como más favorable al reo que el hecho por la Corte Suprema de Justicia. El artículo 22 de la Constitución y los artículos 5º de la ley 57 de 1887 y 3º del nuevo Código Penal consagran expresamente el principio de que en materia penal la ley más favorable al reo, aun cuando sea posterior, debe preferirse a la desfavorable; pero tal cosa ha de entenderse respecto de una ley nueva vigente, no de una como la 94 de 1938, que deba empezar a regir paulatinamente, para aplicarla, por expresa voluntad del legislador, solamente en procesos que se vayan iniciando a partir de la expedición de esa nueva ley.

En virtud del artículo 722 del mismo Código, para dichos procesos no existe todavía la ley de naturaleza penal más favorable al reo; el nuevo Código de Procedimiento tiene existencia formal desde el primero de julio de mil novecientos treinta y ocho; pero no tiene existencia material o efectiva sino para procesos iniciados de aquella fecha en adelante. Quiso el legislador que la reforma penal no produjese sus efectos de manera súbita y brusca. Por lo que se refiere a la ley sustantiva, ese propósito se realiza, respecto de delitos cometidos antes del primero de julio de 1938, con la comparación que el juez debe hacer, en cada caso, entre el Código de 1890 y el de 1936, para aplicar el más favorable al reo. Y en cuanto al procedimiento, se ha suavizado la transición con lo que dispuso el art. 722, que establece la vigencia paulatina del Código.

Respecto de procesos iniciados antes del primero de julio de 1938 no se trata de escoger entre dos leyes de naturaleza penal para aplicar la más favorable al reo, sino de una ley vigente y de otra que por mandato expreso del legislador, no debe regir sino en determinados procesos: los iniciados a partir de aquella fecha. (Casación, XLVIII, Nº 1948, octubre 6 de 1938) (1) ..... 315, 1ª y 2ª

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

— 196 —

Para procesos iniciados antes del 1º de julio de 1938 no hay recurso de casación contra fallos que impongan pena privativa de la libertad inferior a seis años. (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLVIII, Nº 1949, agosto 9 de 1939) ..... 491, 2ª

RECURSO DE REVISION

— 197 —

El recurso de revisión tiene el carácter de extraordinario y no puede considerarse jamás como una tercera instancia. Para que él sea viable se requiere la comprobación de hechos nuevos que aparezcan después de la condena y que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado. (Sentencia, Sala de Casación

(1) Concordancia: la de la sentencia de casación del 14 de noviembre de 1938, publicada en el mismo número de la Gaceta.

Páginas

en lo Criminal, XLVIII, Nº 1949, agosto 19 de 1939).....

REGIMEN DE TIERRAS CONFORME A LA LEY 200 DE 1936

— 198 —

Contra la presunción de ser baldíos los predios rústicos no poseídos económicamente, que establece el artículo 2º de la Ley 200 de 1936, autoriza el 3º a que se compruebe la propiedad privada y se desvirtúe dicha presunción, por uno de estos medios: 1º Los títulos inscritos, anteriores a la ley 200, en que consten tradiciones de dominio entre particulares por un lapso de tiempo no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria; 2º El título originario expedido por el Estado, que no haya perdido su eficacia legal. Comprueba también dominio, según lo establece el artículo 4º, el título traslaticio de dominio otorgado con anterioridad al 11 de octubre de 1821.

La posesión inscrita, de títulos entre particulares, es eficaz para trasladar el dominio del Estado al particular cuando se exhiben títulos anteriores a la ley 200 que demuestren tradiciones durante el lapso de tiempo requerido. Los títulos inscritos se hallan provistos, frente al Estado, de una fuerza probatoria que no tenían antes de la ley 200 de 1936. Ellos son, además, no sólo un medio nuevo de prueba del dominio particular, sino que al propio tiempo constituyen o crean el dominio privado, ya que éste no existía, en relación con el Estado, por no haberse desprendido antes de sus tierras baldías. Los títulos inscritos son bastantes, por sí solos, para demostrar propiedad territorial superficiaria, sin que sea necesario establecer que el terreno respectivo salió del poder del Estado.

Expresa el artículo 3º que los títulos inscritos han de comprender un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Importa determinar si este término es el de 30 años que se indicó en el proyecto de ley, o el de 20 a que se redujo la prescripción extraordinaria en la ley 50 de 1936.

Páginas

498, 2ª Se ha pensado, sin suficiente fundamento, que tal término es de treinta años, por considerarse que el artículo consagra una prescripción. Pero él no es, en modo alguno, un estatuto de prescripción. Esta se basa en el hecho de la posesión material, y el art. 3º se refiere a la posesión inscrita. Falta un elemento constitutivo esencial de la prescripción. Y como ésta no existe, no puede deducirse la consecuencia que se pretende con base en la prescripción. Al decir hoy la ley 200 que las tradiciones de dominio deben comprender un término no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, ha de entenderse que alude a la que actualmente se halla establecida y para la cual se fija el lapso de 20 años.

La jurisprudencia de 1936 puso presente cómo el Estado, aunque intervenga como actor, se halla libre de la carga de la prueba, pero no determinó en qué consiste dicha prueba, o sea, por qué medios ha de comprobarse la propiedad privada. La jurisprudencia de 1934 exige comprobar que el bien de que se trata salió del patrimonio nacional y que el reclamante es el actual dueño, y que lo primero debe comprobarse con la exhibición del título originario. La Corte afirma que puede válidamente demostrarse la existencia del dominio territorial superficiario con sólo aducirse títulos inscritos, otorgados entre particulares antes de la ley 200, en que consten tradiciones de dominio por un lapso de veinte años.

Hay mucha analogía entre el título emanado del Estado y el anterior al 11 de octubre de 1821, en lo que se refiere a la prueba de la existencia de la propiedad territorial, pues sus efectos son idénticos respecto a la comprobación del dominio y a sus resultados frente a los derechos de los colonos. El título originario ha de ser no solamente el documento que consagra la merced, venta, composición o adjudicación de las tierras, sino, en general, el hecho jurídico que conforme a la legislación española o a la de la República ha

Páginas

dado origen al dominio privado de tierras realengas y baldías.

El título originario, posterior o anterior a 1821, realiza la prueba de la propiedad privada, para los fines del artículo 4º de la ley 200. El título traslaticio de dominio, anterior a 1821, otorgado entre particulares, forma también la prueba exigida en el citado artículo 4º. Si trascurrieron los cuatro señalados para el registro de las propiedades rurales, sin el lleno de esa formalidad por los propietarios, ello no los afecta, ya que la ley dejó a cargo del Gobierno la obligación de cumplirla.

La ley 200 de 1936, al decir que puede comprobarse la propiedad con la exhibición de un título anterior al 11 de octubre de 1821, ha hecho de dicha ley una interpretación con autoridad. En efecto, los artículos 13 y 14 de la de 1821 reconocen el dominio particular de las tierras adquiridas antes por compras sucesivas u otros títulos, con sólo el registro respectivo, y aun sin éste, en los casos en que por no hacerlo los dueños, quedaba esa obligación de cargo del Gobierno. Las otras tierras, las que fueron adquiridas por merced o composición, quedaron expuestas a ser reincorporadas al dominio de la República; no así las emanadas de ventas sucesivas u otros títulos. Luego el legislador de 1821 tuvo como buena y válida la propiedad particular que no tuviese origen en mercedes y composiciones. Por lo cual el de 1936 no hace otra cosa, al reconocerles validez a los títulos traslaticios otorgados con anterioridad al 11 de octubre de 1821, que reconocer los hechos cumplidos antes de aquel año e interpretar dicha ley. Los títulos traslaticios anteriores a 1821 han de entenderse hoy, por tanto, en el sentido de que si por virtud de ellos el Estado no se desprendió de las tierras a que se refieren, pues los tales instrumentos corrían entre particulares, sí estimó, según lo previsto en el artículo 14, que estos títulos eran válidos y debían respetarse.

Las disposiciones comentadas de la ley 200 que consagran el reconocimiento y la renuncia del Estado tocantes con las tierras baldías, obran, como se ha dicho, desde la vigencia de la ley y operan, por lo mismo, con la plenitud de sus efectos, en los juicios que se adelantaban entre la Nación y los particulares cuando la ley se expidió. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XVLIII, Nº 1947, marzo 13 de 1939) ..... 105, 2º y stes.

Páginas

## REGIMEN DE TIERRAS

— 199 —

Véase: TIERRAS.

## REGIMEN PATRIMONIAL EN EL MATRIMONIO CONFORME A LA LEY 28 DE 1932

— 200 —

La ley 28 de 1932, inspirándose en la igualdad de los sexos ante el derecho privado, cambió radicalmente el sistema del Código Civil, esto es, el de comunidad de bienes e incapacidad de la mujer con exclusiva gerencia del marido, por el actual de esa ley, calificado de fórmula afortunada por ilustres juristas. "El régimen legal de comunidad de bienes bajo la jefatura del marido, cuyo patrimonio y el de la sociedad conyugal se confundían y en que éste era el único de los cónyuges capaz de administrarlo, fue sustituído por uno combinado que conserva teóricamente dicha sociedad para que produzca efectos al disolverse el matrimonio, pero de modo que durante éste cada uno de los esposos disfrute de plena libertad y capacidad jurídica y del goce completo de los bienes que adquiera. Este sistema, inspirado en algunas legislaciones muy recientes, tiene la indudable ventaja de combinar la libertad y capacidad plenas de la mujer con las realidades sociales y la justicia, ya que tiene en cuenta el hecho de la cooperación de ambos cónyuges en la formación del patrimonio familiar'. Un régimen de separación pura y simple lesionaria sus derechos (los de la mujer), porque habiendo ella trabajado toda su vida se vería sin ningún patrimonio a la muerte del marido; en tanto que la concepción de la comunidad de adquisiciones, sin menoscabar la li-

Páginas

bertad de los cónyuges durante su vida, asegura en fin de cuentas a la mujer una parte de las economías a cuya formación ella contribuyó ampliamente'. Este sistema de manejo de los bienes matrimoniales, esquematizado así en sus lineamientos generales, es el consagrado en el artículo 1º de la Ley 28 de 1932 con imperio y aplicación inmediatos desde su vigencia para todos los matrimonios existentes de acuerdo con la regla contenida en los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887; pero como acontecía que al comenzar su vigencia existían sociedades conyugales formadas y gobernadas por los preceptos legales anteriores, fue necesario contemplar esta situación y la manera de resolver las dificultades a que diera origen el tránsito legislativo. A responder a esta necesidad de orden jurídico vino la disposición del artículo 7º, que otorgó de manera especial capacidad a los cónyuges para que pudieran definir, sin perjuicio de terceros, las cuestiones relativas a la distribución de bienes y gananciales que deben corresponder a cada uno de ellos, con el exclusivo objeto de acomodar la administración de su sociedad conyugal al nuevo régimen, finalidad ésta realizable por medio de convención extrajudicial formalizada en escritura pública, o por decisión judicial provocada por cualquiera de los cónyuges en caso de que falte la voluntad acorde del otro.

La Ley 28 de 1932 estuvo lejos de consagrar la disolución de las sociedades pendientes, limitándose a establecer un diferente manejo de ellas. La liquidación provisional del artículo 7º de dicha ley no debe asimilarse a la definitiva que sobreviene como consecuencia de la disolución de la sociedad. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 18 de 1939). . . . . 40, 2ª, y 41, 1ª y 2ª,

REGISTRO

— 201 —

La obligación del registro es una de las que pasan a los herederos en virtud de lo dispuesto en el artículo 1155 del C. C., en forma que el registro de un título produce contra los herederos de los contratantes los mismos efectos que se hubieran producido contra su causante. (Casación, XLVIII, número 1947, abril 18 de 1939). . . . . 43, 2ª

REGISTRO DE LA SENTENCIA

— 202 —

De acuerdo con los artículos 2652 y 2653 del C. C. las sentencias definitivas deben registrarse, para producir algún resultado en los juicios. La ley no ha sancionado con nulidad el instrumento público no registrado; apenas lo inhabilita en la forma que se ha expresado. Fuera de esto, el artículo 2674 del citado Código dice: "Ningún título sujeto al registro surte efectos legales respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro", lo que está patentizando que entre las partes sí los surte. Además, el registro es finalidad posterior al fallo, y es susceptible de cumplirse en cualquier tiempo. (1). (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, Nº 1947, marzo 30 de 1939) . . . . . 212, 2ª

REGLAMENTACION DE LA LEY

— 203 —

La reglamentación de la ley es una función ejecutiva y administrativa, para asegurar el cumplimiento de la ley para ciertos detalles, y no puede extenderse a más de su objeto porque se extralimitaría. Esa facultad es especial, general o limitada. La primera cuando la ley se refiere a ella; la segunda es la general consagrada en la Constitución, y la tercera cuando la ley ordena que se proceda de acuerdo con el Consejo de Estado. La potestad reglamentaria debe respetar la letra y el espíritu de la ley. Aunque a primera vista resulta difícil precisar hasta dónde llega la facultad del legislador para que empiece la del reglamento, esa

(1) Concordancia: véase la Gaceta Judicial, número 1934, página 253, en que se sostiene la misma doctrina.

Páginas

dificultad desaparece si se tienen en cuenta, conforme a nuestra legislación, los fines de la ley y el carácter de la función reglamentaria, que es ejecutiva y administrativa. La ley sienta los principios básicos, las normas fundamentales y los lineamientos esenciales de una cuestión y el reglamento establece las medidas necesarias para el cumplimiento del mandato legislativo, sin apartarse de su esencia ni de su espíritu. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, septiembre 4 de 1939) ... 615, 1ª y 2ª

REGLAMENTACION DE LA LEY

— 204 —

No pudiendo la ley regularizar todos los casos de su aplicación, el reglamento es su norma complementaria. El ejercicio de esa potestad de reglamentar la ley viene a ser en su origen y en su esencia una facultad constitucional conferida al ejecutivo con el fin de complementar la ley. Por este aspecto, es una competencia constitucional que se le otorga al gobierno por el Estatuto para alcanzar ese fin. En nuestro Derecho Político corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, entre otras funciones constitucionales, la de ejercer la potestad reglamentaria, lo que se justifica porque la experiencia ha glosado el principio rígido de la separación de los poderes, enunciado por Montesquieu.

La Corte ha sostenido de manera invariable que cuando el reglamento extralimita la ley, extravasa la competencia constitucional del Ejecutivo y equivale entonces a una nueva ley, lo cual es contrario a nuestros principios constitucionales sobre limitación de los poderes públicos.

El Jefe del Estado carece de competencia constitucional para reglamentar las leyes que versan sobre materia civil o penal, organización judicial y normas procesales en general. (Sentencia de la Corte Plena, XLVIII, número 1950, octubre 5 de 1939) ..... 648, 2ª, 649, 1ª

Páginas

REICINDENCIAS

— 205 —

En materia de reincidencia, respecto de las cuales el aumento de la pena corporal no constituye pena accesoria, la interpretación benigna de que habla el artículo 45 de la ley 153 de 1887, cuando sienta normas sobre aplicabilidad de la ley más favorable al reo, conduce a escoger el aumento menos gravoso para él, no obstante aplicarse la ley antigua en la condenación principal. (Casación, XLVIII, número 1950, octubre 3 de 1939) ..... 762, 1ª

REIVINDICACION

— 206 —

El demandado en juicio de reivindicación no puede defenderse eficazmente sino demostrando sus propias pretensiones de dominio, pero no alegando que la propiedad de la cosa reivindicada no es del actor sino de terceros, alegación con que destruye la presunción de dominio nacida de la posesión. Además, con ese tercero no versa el fallo que se profiera, que sólo y siempre tendrá fuerza relativamente al demandado y no efectos con respecto de todos. (Casación, XLVIII, Nº 1950, octubre 23 de 1939) ..... 753, 1ª

REIVINDICACION

— 207 —

La Corte ha sostenido de manera constante que no es lícito al juez apoyar su decisión en hechos comprobados en los autos, pero no alegados en la demanda. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, junio 22 de 1939) ..... 515, 1ª

REIVINDICACION

— 208 —

Ha sido doctrina constante de la Corte la de que decretada judicialmente una reivindicación, las prestaciones recíprocas se producen de jure, lo que significa que no es preciso que hayan sido pedidas en la de-

| | Páginas |
|---|---|
| manda o su respuesta. (Casación, XLVIII, Nº 1948, junio 23 de 1939).. | 289, 2ª |

REIVINDICACION PARA LA HERENCIA

— 209 —

Aunque el heredero puede reivindicar para la sucesión que representa las cosas hereditarias reivindicables, esa acción, consagrada por el artículo 1325 del C. C., no consigna nada distinto o que no armonice exactamente con la doctrina jurídica y los principios generales de la reivindicación. En ella se da al heredero el derecho de reivindicar, naturalmente para la sucesión ilíquida, las cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y que no hayan sido prescritas por ellos, esto es, para la sucesión que es el dueño y sobre cosas singulares que le pertenezcan. No se puede reivindicar como cosa singular o cuerpo cierto lo que corresponde o pertenece a una universalidad herencial en la que se tiene apenas un derecho herencial ilíquido que figura en el acervo herencial de otra sucesión, también ilíquida, demandando en favor de esta última. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 6 de 1939). ..... 898, 1ª

RENDICION DE CUENTAS

— 210 —

La constitución en mora, en virtud de requerimiento, es fenómeno distinto e independiente de la deducción en juicio de la obligación de rendir cuentas. Esta última puede ejercitarse sin que el requerimiento haya precedido a la demanda. Las normas que regulan el uno y la otra son diferentes. No es, por tanto, jurídico subordinar la rendición de cuentas a los efectos del requerimiento. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1947, febrero 27 de 1939). ..... 152, 1ª

RENUNCIA AL RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS

— 211 —

El derecho al resarcimiento de los perjuicios ocasionados por una lesión corporal que impida trabajar a la víctima, no puede ser renunciable cuando ésta carezca de otros medios de subsistencia, debido a que en esas circunstancias tal acto no mira al interés individual del renunciante. En efecto, el ejercicio del derecho para restablecer el menoscabo sufrido en su vida fisiológica por quien sólo cuenta con su capacidad de trabajo para cumplir sus deberes consigo mismo y como miembro de la colectividad, no puede ser renunciado válidamente, porque ello sería desplazar hacia el Estado, de facto y en forma unilateral, contra lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Nacional, la prestación de la persona obligada según la ley civil. (Casación, XLVIII, Nº 1947, marzo 24 de 1939). (1). . . . . 64, 2ª

RESOLUCION DEFINITIVA

— 212 —

Una Resolución, de aquellas a que se refiere el artículo 1059 del C. J., puede ser definitiva sin que aún esté ejecutoriada, como puede estar ejecutoriada sin ser definitiva. Los hechos generadores del carácter de definitiva de una providencia, son distintos de los que generan la calidad de ejecutoriada. Una Resolución es definitiva "si 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", dice el artículo 466 del C. J. Y se considera ejecutoriada, ya sea o no definitiva, cuando no está sujeta a reposición, súplica, apelación, consulta o casación, porque no proceda el recurso, o porque se haya vencido el término legal para interponerlo, o que se haya surtido la consulta. De manera que no es fundada la afirmación de que una Resolución no puede ser definitiva si puede ser materia de apelación, etc. Cosa distinta es que una Resolución definitiva pueda ser revocada, reformada, etc., por el superior del fun-


(1) Doctrina sentada por la Corte en la sentencia de instancia por haber de casar el fallo recurrido.

Páginas

cionario que la haya dictado, si a su conocimiento ha ido en virtud del recurso contra ella interpuesto. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1950, agosto 29 de 1939). . . . . 825, 1ª

RESOLUCION DE CONTRATO

— 213 —

La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del C. C., que se extiende a todos los contratos bilaterales, está, además, consagrada de una manera especial en el código citado en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador (artículos 1882, 1888 y 1930). El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, que es la de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (artículo 1880) pone al comprador en la capacidad legal para perseverar en el contrato o para desistir de él (artículo 1882). A su turno, el comprador constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenido, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Sólo pueden enervarse estas acciones cuando en el caso del artículo 1882 está el comprador en mora de cumplir su obligación y, cuando en el caso del artículo 1930, no ha cumplido el vendedor con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales. Puede también enervarse la acción resolutoria cuando el contratante contra quien se ejercita demuestra que, o por fuerza mayor, o por un caso fortuito no imputable a él, no pudo cumplir su obligación en los términos pactados. Por otra parte, las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto cuya resolución se demanda. (Casación, XLVIII, Nº 1949, agosto 30 de 1939). . . . . 404, 1ª

Páginas

RESOLUCION DE LA COMPRAVENTA

— 214 —

El estado de mora en el comprador es elemento indispensable para que la acción resolutoria se produzca. Nuestro Código Civil así lo establece, tanto en su artículo 1546 en general para los contratos bilaterales, cuanto en el 1930 en singular para la compraventa; de modo que este último declara que la acción asiste al vendedor "si el comprador estuviere constituído en mora de pagar el precio. . . . . " Por tanto, en un pleito en que se ejercita esa precisa acción, lo primero que debe indagarse es si el comprador está constituído en mora. Para saberlo hay que contemplar el caso ante el artículo 1608 de ese Código, cuyos tres numerales señalan taxativamente los caminos que a ella conducen o, por mejor decir, la manera de producirse. (Casación, XLVIII, Nº 1947, abril 21 de 1939).. 58, 2ª

RESOLUCIONES DEL MINISTERIO DE CORREOS Y TELEGRAFOS

— 215 —

Las resoluciones dictadas por el Ministerio de Correos y Telégrafos sobre responsabilidad de los empleados de manejo del Ministerio en la pérdida de valores postales, debidamente ejecutoriadas, prestan mérito ejecutivo de acuerdo con el artículo 1059 del C. J. La obligación que surge de esas resoluciones para el empleado es una multa o sanción que se impone de conformidad con las leyes sobre la materia. Los actos expresados pueden ser acusados ante la justicia administrativa por los interesados. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, julio 25 de 1939). . . . . 554, 2ª

RESPONSABILIDAD CIVIL

— 216 —

Cuando para exonerarse de la responsabilidad civil el demandado invoca el hecho de un tercero, para los efectos, tanto de la prueba como de

Páginas

la liberación misma, tal hecho, a opción del demandado, puede ser aducido o no como culposo. En el primer caso no le basta probar al demandado la circunstancia del hecho del tercero sino que también le es necesario acreditar que ese hecho es atribuíble a una persona determinada, porque de lo contrario aparecería equívoco, en el sentido de poder ser obra del azar o de culpa cometida por persona de quien el demandado tiene el deber legal de responder y nada permitiría excluír cualquiera de estas dos posibilidades. Y además, subsidiariamente, para permitir a la víctima poder perseguir a ese tercero. Cumplidas estas condiciones, el hecho culposo del tercero exonera de suyo por regla general al demandado, porque, en principio, nadie está obligado a prever las culpas de los terceros. En el segundo caso, el hecho del tercero invocado por el demandado se asimila a la causa extraña no imputable, y, por consiguiente, no le basta probarlo sino que es necesario que compruebe que reviste las características de irresistible e imprevisible. En ambos supuestos, el hecho del tercero debe aparecer como inevitable, debido a que todos tenemos el deber, dentro de nuestras actividades de evitar el hecho dañoso y atenuar sus consecuencias. La escogencia de uno de los términos de la opción dicha no implica pérdida del otro, y así, el juzgador que no encontró llenadas las condiciones exigidas para la existencia del hecho culposo del tercero, debe estudiar si se halla comprobada la causa extraña no imputable. (Casación, XLVIII, Nº 1947, marzo 24 de 1939). . . . . 63, 1ª y 2ª

## RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA

— 217 —

"El Título XXXIV del libro cuarto del Código Civil, consagrado a dar normas sobre la responsabilidad común por los delitos y culpas, divídese por materias en tres partes: la primera, que son los artículos 2341 y 2345, contiene los principios directores de la responsabilidad delictual y cuasidelictual del hecho personal; la segunda, constituída por los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, regula todo lo relativo a la misma responsabilidad por el hecho de personas que están bajo el cuidado o dependencia de otra; y la tercera, agrupada bajo los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, se refiere a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas. Cada uno de estos tres grupos contempla situaciones distintas e inconfundibles, de manera que no es posible, por ejemplo, resolver problemas relativos al tercer grupo con las normas del segundo. El dominio de la responsabilidad por el hecho del otro, como el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es de carácter excepcional. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan el primer grupo. Es apenas natural que todo el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, indemnice a la víctima. Este es el hecho directo producto de la actividad personal de los individuos. Pero fuera de esta responsabilidad directa, hay otra que no por indirecta es menos eficaz, en virtud de la cual estamos obligados a responder del hecho dañoso de personas que están bajo nuestra dependencia, o de las cosas animadas o inanimadas cuya guarda o custodia nos compete. Esta ya es una responsabilidad de carácter excepcional, porque no proviene inmediatamente del acto personal del interesado, sino de presunciones de culpa que la ley establece contra el responsable, culpa que consiste en una falta de vigilancia o en una mala elección. Cierto es que en estas faltas hay ya una culpa, pero ésta no es la causa próxima del daño. La causa próxima del daño reside en el hecho del hijo, del pupilo, el demente, el empleado, el animal o la cosa, mas como la actividad de dichas personas o el hecho del animal o de las cosas debe estar sometida al control y vigilancia de otra persona, la ley presume la culpa de ésta, sin la cual el daño no se hubiera ocasionado.

"No se crea que del sistema legal de la responsabilidad extracontrac-

tual están excluídas las personas morales, o más concretamente las personas jurídicas: sociedades, asociaciones, entidades de derecho público, etc. Es cierto que la persona moral no es penalmente responsable. La infracción cometida en nombre y por cuenta de la persona moral sólo compromete penalmente a la persona física que haya actuado. La condenación represiva o corporal ha sido concebida para castigar a la persona física, porque el fin y la naturaleza de las sanciones penales son incompatibles con la persona moral. La responsabilidad civil de las personas jurídicas por nadie se pone hoy en discusión, sea cual fuere el criterio que se adopte respecto a la naturaleza de ellas, así sea el antiguo de la ficción o el más moderno de la personalidad moral, realidad técnica. Y es porque a diferencia de la condenación penal, la condenación civil no es un castigo; tiende solamente a reparar el daño. Ahora, si la persona moral no puede ser castigada, en cambio tiene tanta capacidad como la persona física de resarcir los perjuicios que infiera a terceros. Los perjuicios pueden ser resarcidos sobre el patrimonio de las personas morales como sobre el patrimonio de las personas físicas. Para sostener la irresponsabilidad extracontractual de las personas morales, necesariamente habría que partir de la base de su irresponsabilidad contractual, como quiera que ambas formas de responsabilidad en el fondo descansan sobre la misma idea: obligación de diligencia y cuidado en el trato con nuestros semejantes.

En caso de responsabilidad por el hecho ajeno, y más particularmente de daños producidos por quien obra como dependiente, empleado o subordinado de otro, la responsabilidad contra el dueño y la consiguiente acción de indemnización que corresponde a la víctima tiene como base no el artículo 2341 del Código Civil, que regula el hecho personal, en materia civil delictual o cuasi delictual, sino los artículos 2347, apartes primero y quinto, y 2439 del mismo estatuto, los cuales establecen una presunción de culpa contra el empresario y dueño por razón de los daños ocasionados por sus dependientes con ocasión del ejercicio de las respectivas funciones'. (Casación, XLVIII, número 1947, mayo 12 de 1939). ..... 27, 1ª y 2ª, 28, 1ª y 30, 1ª

Páginas

Páginas

## RESPONSABILIDAD CIVIL POR PERJUICIOS

— 218 —

De acuerdo con la noción del riesgo inherente a determinadas empresas por la peligrosidad que ellas ofrecen, la Corte en numerosos fallos ha sentado la doctrina de que existe una presunción de culpabilidad en contra de tales empresas, según el artículo 2356 del C. C., la cual no puede desvirtuarse sino con la demostración plena de que el hecho ocurrió por fuerza mayor o caso fortuito. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1947, abril 18 de 1939). ..... 167, 2ª

## RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

— 219 —

La Corte ha sentado la doctrina de que para que exista responsabilidad por parte de las entidades de derecho público 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.

En la jurisprudencia colombiana está aceptada la doctrina de que las entidades de derecho público son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, junio 14 de 1939). ..... 506, 2ª

Páginas

RESPONSABILIDAD POR CULPA DELICTUAL

— 220 —

La Corte ha sentado en varios fallos, basada especialmente en el artículo 2356 del C. C., la jurisprudencia sobre la presunción de culpa en los casos de accidentes y a cargo de las empresas de transportes, por el peligro natural que para terceros implica el funcionamiento de los vehículos y elementos en que el transporte se realiza. Un convoy de ferrocarril en movimiento entraña un manifiesto peligro. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1950, mayo 19 de 1939). ..... 804, 2ª

REVERSION DE BALDIOS

— 221 —

Véase: BALDIOS.

REVISION EN MATERIA CRIMINAL

— 222 —

En materia de revisión de lo que se trata es de hacer resaltar la posibilidad de un error judicial cometido en los fallos de instancia, y, por tanto, la prueba en esas condiciones debe asumir tales caracteres de verosimilitud que induzca a desconocer toda la armazón de un proceso controvertido y, consecuencialmente, a ordenar que éste se rehaga. (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLVIII, número 1951, noviembre 22 de 1939). ..... 936, 2ª

REVOCACION DE AUTOS

— 223 —

La revocación de un fallo para el solo efecto de cumplirse una formalidad indispensable para fallar, no puede producir los efectos de una nulidad procesal para destruír una actuación legalmente consumada. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, julio 3 de 1939).. 523, 1ª

Páginas

S

SERVIDUMBRE

— 224 —

El concepto de servidumbre requiere como elemento básico dos predios relacionados entre sí en forma tal que el uno soporte un gravamen en beneficio del otro. (1). (Casación, XLVIII, Nº 1950, septiembre 11 de 1939). ..... 679, 1ª

SIMULACION

— 225 —

En la simulación hay dos contratos, uno aparente o ficticio y otro oculto, real y verdadero. Esos dos contratos deben coexistir, celebrarse simultáneamente, teniendo por fin oculto destruír, modificar o alterar los efectos del contrato aparente. De ahí que la simulación pueda ser total o parcial. En los casos de simulación el problema se reduce a investigar la existencia del contrato oculto, puesto que establecida ésta, surge la simulación. En los contratos simulados, algunas veces, escasas por cierto, queda un rastro y hasta una prueba de ésta por donde se llega a establecer el contrato verdadero y real, teniendo en cuenta las diversas pruebas complementarias, los diversos elementos probatorios, entre los cuales puede figurar la aplicación práctica de que trata el artículo 1618 del C. C. En ese estudio no puede pasarse por alto lo que preceptúa la Ley 153 de 1887 en sus artículos 90 a 92. En otros casos la simulación no deja huella visible y entonces es necesario estudiar el modo como las partes han entendido y ejecutado el pacto, juntamente con las demás pruebas que se aduzcan para demostrar la simulación y teniendo en cuenta, cuando es el caso, lo dispuesto en aquellos artículos.

En las acciones sobre simulación es forzoso desentrañar la verdadera voluntad e intención de las partes al celebrar el pacto acusado de simula-

(1) Artículo 879 del Código Civil.

Páginas

do, para llegar a una de estas dos conclusiones: o el pacto acusado encubre otro real y verdadero, o no lo encubre. En el primer caso la acción prospera. En el segundo es negada. No se ve cómo pudiera estudiarse y fallarse un litigio sobre simulación si el fallador no tuviera poder para hacer, de acuerdo con las pruebas aducidas al debate, la indagación del caso sobre la voluntad e intención de las partes al contratar y el modo como han ejecutado el contrato. Si tuviera que atenerse al pacto ostensible, y si no fuera permitido hacer ninguna indagación al respecto se concluiría que la acción de simulación sería imposible. El fallador se atiene a un pacto, cuando las partes disputan sobre las prestaciones o consecuencias de él, partiendo de la real existencia de la convención; pero no puede seguir ese mismo criterio cuando una de las partes, lejos de estar de acuerdo con la realidad del contrato, lo ataca por simulado.

Es la ejecución de un contrato la norma más adecuada para establecer la voluntad e intención de las partes y en los litigios sobre simulación desempeña un papel de mucha importancia.

El fin de la acción de simulación es el de que prevalezca el acto secreto sobre el ostensible; por más que este último acto sea lícito, no por eso puede primar sobre el oculto, cuando se demuestra la existencia de éste. Y prevalece el acto oculto sobre el secreto, cuando la acción prospera, precisamente para hacer primar la voluntad e intención de las partes. (Casación, XLVIII, número 1950, septiembre 25 de 1939). ..... 683, 2ª, 684, 1ª, 685, 2ª

SIMULACION

— 226 —

Cuando se pretende demostrar la simulación y, en consecuencia, la nulidad que como resultado de ella admitía la jurisprudencia tradicional, es preciso efectuarla en un juicio ordinario con audiencia de las partes que celebraron el contrato y no en un mero incidente. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1949, julio 3 de 1939). ..... 524, 2ª

Páginas

SIMULACION

— 227 —

La simulación, por sí misma, no es causa de nulidad de los contratos, como varias veces lo ha dicho la Corte. La simulación puede ser **absoluta** o **relativa.** La primera tiene lugar cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real; es decir, cuando la contraestipulación se ha limitado a destruír los efectos del acto ostensible, sin crear nada nuevo en el fondo. La simulación es **relativa** cuando se emplea para encubrir los efectos jurídicos de otro acto real que es el que las partes han querido celebrar, como en el caso de venta simulada para disfrazar una donación, o cualquiera otra operación destinada a cambiar o a modificar positivamente las relaciones de los contratantes del acto aparente. En estos casos se decía: "colorem habet, subtantiam vero alteram" (tiene color pero la sustancia es otra). Sobre esta base es natural que quien demanda la simulación de un contrato debe aportar la prueba de ella, es decir, que la causa expresada en el título no corresponde a la realidad. Producida esta prueba, la simulación, que es una acción de inexistencia del contrato ostensible, tiene que prosperar; entonces al demandante protegido por interés legítimo le asiste lógicamente el derecho de utilizar los efectos de la inexistencia de ese acto, consistentes en que se restablezca la verdad de las cosas y se elimine la sombra de título que había hecho creer a terceros que el deudor perseguido por sus acreedores carecía de bienes por haberlos vendido, o que una persona estaba recargada de deudas cuantiosas que lo hacían aparecer en insolvencia, etc. Empero, habrá ocasiones en que, descorrido el velo de la simulación, pretenda el demandado que la obligación reconoce otra causa verdadera, es decir, que bajo el engaño del acto ostensible surge otro acto, eficaz para frustrar los efectos de la declaración de

inexistencia de aquél. En tal evento, como esa actitud equivale a proponer una excepción, pues se alega un contraderecho que anula o desvirtúa los efectos naturales de la inexistencia, el demandado en calidad de excepcionante asume la obligación de comprobar el contraderecho con que se defiende, probando la existencia del acto oculto, su eficacia y que está ceñido a todas las condiciones de fondo requeridas por la ley. No sería dado al juzgador abstenerse de estudiar el contrato oculto a pretexto de que la demanda no lo precisó o lo dejó de plantear tal como fue celebrado, porque el contrato oculto que el demandado pretenda esgrimir como arma de su defensa ha quedado por esto mismo sub judice; observándose, además, que no sería lógico y sí aberrante exigir al actor, lesionado con el contrato aparente por cuyo motivo trata de hacerlo desaparecer, conocer o adivinar toda la trama de pactos secretos de los contratantes celebrados al rededor de la simulación, en cuya reserva cabalmente fincan ellos el éxito de llevar el engaño a los terceros. Al demandante en ese caso no se le puede reclamar porque sitúe en la demanda sus postulados sobre la base de una simulación absoluta, sin contenido positivo alguno. Lo dicho no se opone a que el demandante, ya sea el tercero en el contrato, o ya sea la misma parte contratante, tenga que probar el acto oculto cuando su acción se encamina a hacerlo prevalecer para aprovecharse de todas las consecuencias favorables que ese acto le reporta. Este beneficio del acto oculto para los terceros o para la misma parte que lo celebró, se condiciona y se explica según en diferentes sentencias sobre el problema de la simulación se ha expresado la Corte. En semejantes circunstancias le incumbe al actor demostrar la contraestipulación creadora de otra situación oculta cuyas ventajas aspira a conseguir, porque quien pretende prevalerse de determinada situación jurídica contraria a las relaciones que se presentan como normales entre partes, debe probarla; y porque esa es la función que voluntariamente toma a su cargo quien en la demanda se propone utilizar los derechos que a su favor nacen de determinado convenio. Sería inadmisible conceder las ventajas a quien no comience por establecer la situación de que ellas se deriven. (Casación, XLVIII, Nº 1951, noviembre 13 de 1939). (1). (2). ..... Páginas 877, 2ª y siguientes.

## SOCIEDAD ANONIMA

— 228 —

Existiendo la persona jurídica que es una sociedad anónima, y habiéndose designado los representantes de ella, quienes demandan como socios de esa persona jurídica no tienen acción para litigar, en su propio nombre, cuando se discute sobre la nulidad de convenciones realizadas por los gerentes de la entidad. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, Nº 1947, marzo 30 de 1939). Páginas 209, 2ª

## SOCIEDADES ANONIMAS

— 229 —

"La disolución de las sociedades anónimas puede obedecer a distintas causas: expiración del plazo determinado en los estatutos; llegada del evento de la condición que se ha prefijado en la carta social para que tenga fin; extinción de la cosa o de las cosas que forman su objeto total cuando éste no puede ser repuesto, y finalización del negocio para que fue contraída. Cualquiera de estos hechos produce la disolución en forma, por decirlo así, automática. Por consecuencia de esa disolución la sociedad paraliza su actividad y de ahí en adelante empieza a prepararse para desaparecer. En tanto que la sociedad vive plenamente, los mandatarios generales de ella, administradores, tienen por misión emplear los elementos activos del ser moral en el desarrollo

---

(1) Doctrina expuesta en los razonamientos de instancia.

(2) Sobre la técnica en el ejercicio de la acción de simulación salvó su voto el Magistrado doctor Hernán Salamanca.

Páginas

del objeto social previsto en los estatutos, de manera de desenvolver y cumplir lo mejor posible ese objeto. Pero a partir del momento en que sobreviene la disolución de la sociedad, aquel mandato queda terminado IPSO FACTO y reemplazado por otro en virtud del cual los nuevos mandatarios, liquidadores, no deben ocuparse sino en realizar el activo y en hacerlo fácilmente divisible entre los socios, previo el pago o extinción de las deudas osciales. Paul Pic define en general la liquidación así: 'el conjunto de operaciones tendientes a establecer las cuentas respectivas de los asociados, concluír los negocios en curso, saldar el pasivo y realizar el activo'. Realización metódica del activo, conclusión de las operaciones pendientes al entrar la sociedad en disolución y pago del pasivo, son las tres funciones esenciales que el art. 540 de nuestro Código de Comercio le impone al liquidador, antes de hacer la división del saldo repartible entre los accionistas.

"Mas cabe advertir que la disolución, como varias veces lo ha sostenido esta Corte, no produce por sí sola la desaparición del ser moral en su substancia. Nada cambia en la naturaleza del derecho de los asociados, el cual continúa siendo un derecho mobiliario, un derecho de crédito que en vez de recaer sobre una fracción alícuota de los beneficios, desde la disolución recae sobre una fracción alícuota del capital que quede como saldo después de atender al pago del pasivo. Los bienes sociales continúan siendo una masa colectiva; ningún derecho individual existe todavía sobre ellos. Y los asociados permanecen durante el período de liquidación sometidos a todas las reglas impuestas por el pacto social en tanto que esas reglas no pugnen con la nueva orientación que corresponde imprimir a los negocios sociales. El ser moral subsiste con el mismo órgano de expresión legislativa que antes. Se admite en efecto por todos los expositores que las asambleas generales deben ser convocadas por el liquidador cada vez que la necesidad lo requiera, sea para completar sus poderes, sea para ratificar determinadas operaciones, sea para darle el finiquito de las cuentas. De acuerdo con precepto aplicable igualmente a las sociedades anónimas (arts. 465 y 551 del C. de Comercio), la disolución de la sociedad antes de vencido el término estipulado en los estatutos debe llevarse a conocimiento de los terceros, entre quienes están en primer lugar los acreedores de la sociedad, mediante las solemnidades de rigor, bajo la sanción de la nulidad entre los socios prevista en el artículo 472. Pero como esta nulidad no es remedio para los terceros contra los cuales podría reflejarse en detrimento más bien de sus intereses, con relación a ellos lo que ocurre es que el acto que efectúa la disolución de la sociedad antes de tiempo y de que no han podido tener conocimiento auténtico, por declaración de la misma sociedad, les es inoponible, de manera que ellos en sus relaciones con ésta tienen dos caminos: o considerarla subsistente como si nada hubiese ocurrido, sin que le sea lícito a su antiguo representante —que en las nóminas será quien figure como tal en la última acta inscrita (artículo 3º de la ley 42 de 1898)— oponerles el conocimiento que los terceros hubieren podido adquirir por una vía distinta de la publicidad legal; o someterse a la situación creada, persiguiendo a la entidad en estado de liquidación en la persona de los liquidadores o de quienes están haciendo sus veces, no importa que no ostenten este nombre, si eso conviene mejor al éxito de las demandas. Con la agregación de esta libertad de elección, resultado necesario del fenómeno jurídico de la inoponibilidad a terceros de los actos jurídicos, se reitera ahora la siguiente doctrina de esta misma Corte: 'En los casos en que la disolución de la sociedad debe ser publicada, esto es, siempre que ocurra antes del vencimiento del término estipulado, deben ser observadas todas las formalidades legales a que se ha hecho referencia, bajo la pena de inoponibilidad, en forma que los terceros pueden ejercitar válidamente sus acciones judiciales contra la sociedad considerándola legalmente existente'. (Casación de 23 de febrero de 1939. GACETA JUDICIAL,

Páginas

Páginas

número 1944, tomo XLVII, página 653, 1ª).

"Es interesante anotar que hay un caso en que al acreedor, por circunstancias de orden práctico, no le conviene prevalerse de la inoponibilidad de la disolución y de la liquidación: cuando la sociedad por haber repartido sus bienes carece ya de patrimonio. En tales circunstancias es claro que en derecho el acreedor podría dar por existente una sociedad cuya disolución y liquidación no le son oponibles por la falta de publicación; pero en el hecho tal actitud le sería contraproducente, porque cuando pretenda ejecutar la sentencia y efectuar el embargo de los bienes sociales, ya no los encuentra en manos del gerente o del liquidador, sino en cabeza particular de los distintos accionistas.

"Uno de los principales deberes del liquidador 'consiste en liquidar y cancelar las cuentas de la sociedad, con terceros y con cada uno de los socios' (artículo 540, ordinal 4º del C. Co.). El liquidador está obligado, pues, a formar la lista de los acreedores sociales con el fin de apercibirlos para que se apresten a recibir el pago del monto de sus respectivas acreencias. Todo liquidador recibe así la misión primordial de atender al pasivo social, como el único medio legítimo de constituír el activo divisible entre los socios. No hay masa social susceptible de división si el pasivo no se ha cancelado. Por esto habría en el liquidador una violación de su mandato y por ende una actividad culposa, si él procediera a la distribución de un supuesto activo afectado todavía por deudas conocidas cuya preterición pudiera ocasionar perjuicios a los acreedores. No hay duda entonces de que esa culpa podría ser cobrada por ellos si la omisión del liquidador les ha irrogado perjuicios colocándolos en condiciones difíciles o imposibles respecto del pago. Por una disposición abstracta, el artículo 2141 del Código Civil, el legislador asimila la partición de los bienes sociales a la partición de las sucesiones en cuanto no repugne a la naturaleza de aquéllas. Y en materia de sucesiones la destinación de

Páginas

bienes al pago del pasivo es imperiosa, al punto que su omisión por el partidor lo hace responsable de los perjuicios que reciban los acreedores, según el artículo 1393 ibídem. Ahora, si bien es cierto que el artículo 2141 contempla únicamente las sociedades civiles y no las comerciales, también lo es que el principio que lo inspira es de simple equidad y de justicia, de tal manera que se atentaría contra el buen sentido y el equilibrio legal, al darle a ese principio un carácter excepcional, quitándole todo influjo en el dominio de la liquidación de sociedades comerciales. A que se agrega que de otro lado el artículo primero del Código de Comercio dispone la aplicación del Código Civil a las cuestiones comerciales que no estén previstas o no puedan ser resueltas por la analogía de los preceptos de aquel código. Pero es obvio que estas acciones de responsabilidad contra el liquidador, no podrán prosperar sino después de la clausura de la liquidación, en que ha desaparecido el ser moral y por ende la masa de bienes que sirve de garantía a los acreedores, se contempla palpable el perjuicio irrogado al acreedor por el abandono y la situación de inseguridad en que se le ha dejado.

"La clausura de la liquidación determina la disolución definitiva de la sociedad y la entera disgregación del ser moral que estaba constituído. Los asociados no estarán unidos en adelante entre sí por ningún vínculo contractual ni colectivo; de esta manera, cada uno de ellos recobra su plena independencia e individualidad. Sin embargo, la sociedad aunque disuelta y liquidada, puede dejar tras sí obligaciones insolutas que la clausura de la entidad no puede aniquilar o siquiera amenguar. Supóngase que una sociedad anónima durante el curso de la vida social hubiera contraído deudas de que el liquidador no hubiera podido enterarse por no aparecer inscritas en los libros o de las cuales él voluntariamente quiso prescindir, por estimarlas, por ejemplo, dudosas, y que han adquirido después de la disolución el carácter de ciertas y auténticas. Es, verbi gratia, un crédito contra la sociedad so-

Páginas

metido a litigio, el cual viene a decidirse cuando la liquidación está ya hecha, con el resultado de que el crédito se reconoce por la sentencia y se manda pagar. En situaciones semejantes, y en otras en que el acreedor, por presentarse tardíamente a cobrar el crédito, fuese el responsable de la situación difícil en que se encuentra por su negligencia, es claro que el cobro no puede hacerse a la sociedad, porque ésta ya dejó de existir; el liquidador por haber cesado en sus funciones tampoco la representa. Como se dejó dicho, contra el liquidador, en caso de convencérsele de culpa, podría prosperar una acción de indemnización; pero ésta ya no es propiamente una acción dimanada directamente de la sociedad extinguida sino del hecho personal del liquidador. Entonces, ¿cómo hacer efectivos aquellos derechos vigentes después de la clausura de la liquidación de la sociedad anónima? La doctrina francesa se inclina por reconocerle al acreedor que tardíamente aparece, en tales circunstancias, una acción individual contra cada uno de los ex-asociados, de restitución de la parte del activo que se les asignó y que prematuramente recibieron.... Entre nosotros es notoria también la ausencia de disposiciones reguladoras del pago de los créditos insolutos contra la sociedad anónima, después de consumada su desaparición por la liquidación. Corresponde, pues, a la doctrina definir el punto. Para lo cual no sería desacertado y antes sí muy conforme con el ancho derrotero de interpretación científica indicado por el art. 8º de la ley 153 de 1887 —acerca de la manera de resolver los casos en que no exista ley exactamente aplicable— aceptar la doctrina de que el acreedor, después de clausurada la liquidación tiene el derecho de perseguir individualmente a cada ex-accionista hasta concurrencia de las sumas o de los valores que éste haya retirado de la liquidación en proporción a sus acciones; sin perjuicio naturalmente de la acción personal de responsabilidad contra el liquidador o liquidadores, en caso de culpa. Esto está de acuerdo con el principio de equidad y de razón de que a nadie le es lícito enriquecerse a costa ajena. El accionista que retira de la liquidación sus participaciones antes de la completa extinción del pasivo, indudablemente se enriquece a costa de los acreedores. Impónese también el principio de que la asignación que se le haga al accionista en la masa social con igual anticipación, quebranta y desconoce el derecho de prenda de los acreedores sobre todo el patrimonio de la sociedad, a más de que desnaturaliza las finalidades de la liquidación, por cuyo motivo configura un verdadero pago de lo no debido, que debe ser reembolsado a quien agravia, el acreedor, en la medida de lo indebido. Los dos principios anotados, en armónica conjugación, conducen necesariamente a admitir como cierto e indiscutible el expresado derecho de los acreedores para perseguir a quienes en la partición figuraron como postreros accionistas de la sociedad anónima, con el fin de hacer efectivos sus créditos. Derecho que existe individualmente contra todos y cada uno de quienes fueron accionistas y recibieron prematuramente cuotas del producto del activo social; sabrá el acreedor a quién o a quiénes escoge; contra cuál o cuáles se dirige a fin de obtener el pago de la obligación. Por lo demás, es obvio que para estas acciones no puede entenderse vencida o en curso la prescripción quinquenal de que habla el Código de Comercio en su artículo 545, no mediando la publicación señalada por éste como punto de partida de dicha prescripción" (Casación, XLVIII, Nº 1949, julio 11 de 1939). 385, 2ª y stes.

Páginas

## SOCIEDADES EXTRANJERAS

— 230 —

Los actos ejecutados por sociedades extranjeras en el país quedan sometidos a las leyes colombianas. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, febrero 27 de 1939)..... 150, 2ª

Páginas

## SOCIEDADES EXTRANJERAS

— 231 —

El artículo 272 del C. Procedimental trata sobre la reglamentación judicial de las sociedades domiciliadas en el extranjero, porque la disposición hace parte del Capítulo II, Libro II, Título IV del C. J., que se refiere a los apoderados o personas que representan a otros en juicio (art. 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 representar en juicio en Colombia. Dicha disposición reemplaza los artículos 5º, 6º y 7º de la Ley 40 de 1907, que hablaba de apoderados o agentes en el sitio principal de los negocios, siempre que se tratase de sociedades domiciliadas en el extranjero y que se establecieran con ánimo de permanéncia en Colombia. El Decreto número 37 de 1906 prescribía normas semejantes. El artículo 272 del C. J. nada dijo en relación con el modo de comprobar la personería sustantiva de las sociedades domiciliadas en el extranjero, pues tal materia es más propia del Código de Comercio que del procedimental.

La existencia de una persona natural se presume desde que se presenta en el juicio, pero la de una persona jurídica nacida de la ley requiere plena demostración, como una cuestión fundamental del presupuesto procesal.

Si se trata de sociedades con domicilio extranjero, y con negocios permanentes en nuestra república, ellas, según lo prescribe el Decreto número 2 de 1906, deben protocolizar el documento de fundación y sus estatutos, fuera de otras formalidades como ciertas publicaciones en el periódico oficial.

Cuando tales sociedades tienen sus negocios transitorios, su personería sustantiva se rige por la ley extranjera, de conformidad con el principio: "locus regit actum". Por consiguiente, dichas compañías se rigen por la ley de su domicilio, y si allí no se requiere escritura pública, ésta no podría exigirse. (Sentencia, Sala Civil de Unica Instancia, XLVIII, número 1951, octubre 10 de 1939). . . . . 963, 2ª, 964, 1ª y 2ª

Páginas

## SORTEO DE JURADOS

— 232 —

Según jurisprudencia de la Corte, en los sorteos parciales de jurados no hay lugar a recusación; el número de balotas sorteables debe ser igual al número de jurados que se trata de reemplazar. Y cuando en un sorteo parcial se insacula un número mayor de balotas que las debidas, se incurre en irregularidad sustancial que invalida el acto procesal. (Artículos 277 y 288 de la Ley 57 de 1887 y 3º de la Ley 1ª de 1923). (Casación, XLVIII, número 1950, septiembre 27 de 1939) ..... 763, 1ª y 2ª

## SUCESION

— 233 —

Sucesión significa universalidad de derechos y cargas que deja el difunto. En este sentido toma el vocablo el artículo 2324 del C. C. Si la sucesión no es un ente real, una persona capaz de derechos y obligaciones, no se concibe cómo esa entidad ficticia pueda llamarse dueña, siendo así que los bienes herenciales no están en poder de otras personas distintas de los herederos o sus subrogatarios. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLVIII, Nº 1949, julio 3 de 1939). . . . . 525, 1º

## T

## TIERRAS

— 234 —

La Ley 200 de 1936 sobre régimen de tierras introdujo serios cambios en la situación de los varios casos a que atiende, en relación con los bienes a que en singular se refiere. Por ejemplo, llegó a invertir la accesión dando prelación al trabajo incorporado a la tierra, al punto de que el suelo siga como accesorio al trabajo,

Páginas

considerado como principal, contra lo que establecía para todos los casos y hoy sigue ordenando para los restantes, el artículo 739 del Código Civil. Dio para ciertos bienes la calidad de prueba del dominio al registro que, ante el Código y en términos generales, sólo lo es de la posesión inscrita. Mirando hacia la función social asignada por la Constitución al derecho de propiedad y, consecuente con este principio, dentro del grupo o clase de bienes a que se refiere exige determinados hechos para reconocer la explotación económica de la tierra con sus consecuencias de título. Establece una jurisdicción especial con régimen sui generis. (Casación, XLVIII, Nº 1947, mayo 29 de 1939). . . . . 35, 2º

TIERRAS

— 235 —

Véase: REGIMEN DE TIERRAS CONFORME A LA LEY 200 DE 1936.

TITULO EJECUTIVO

— 236 —

Véase: MERITO EJECUTIVO.

TRADICION DE DOMINIO

— 237 —

No habiéndose fijado en la escritura de venta el plazo para que el vendedor suministre los datos referentes a la tradición de los bienes vendidos, se entiende que debe hacerlo inmediatamente después del contrato, so pena de quedar constituído en mora de entregar su prestación, de acuerdo con el artículo 1609 del Código Civil. (Artículo 1882, ibídem). (1). (Casación, XLVIII, número 1949, agosto 30 de 1939). . . . . 405, 1º

Páginas

TRADICION

— 238 —

Aunque se venda cosa ajena, la tradición da al adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho. (Artículo 753, C. C.) (Casación, XLVIII, Nº 1949, agosto 23 de 1939). . . . . 475, 1ª

TRADICION DEL DOMINIO DE BIENES RAICES

— 239 —

En nuestro Código Civil no se regula la prueba directa del dominio. En efecto, para que la tradición trasfiera el dominio mediante el registro del título, tratándose de inmuebles, se requeriría, de acuerdo con el artículo 700 del C. C., que el tradente fuera el verdadero dueño. Los artículos 752 y 753, ibídem, prevén ese caso y lo resuelven en el sentido de hacer válida la tradición del inmueble por quien no es dueño, y expresan sus consecuencias. El artículo 1871, ibídem, al validar la venta de cosa ajena, indica implícitamente que la tradición del inmueble por medio del registro del título trasfiére la posesión inscrita y no el dominio, supuesto que deja a salvo los derechos del verdadero dueño. El artículo 980 indica expresamente que el registro es prueba de la posesión y de acuerdo con la jurisprudencia colombiana, que diferencia la posesión inscrita de la posesión material, los artículos 785, 789 y 2526 conducen igualmente a establecer que la inscripción es solamente prueba de la posesión (claro que de la inscrita). Respecto de este fenómeno todos los expositores, tanto chilenos como colombianos, se hallan de acuerdo, y así, para citar únicamente al más reciente, el señor Alessandri Rodríguez, en su Tratado de Derecho Civil dice: "A pesar de ser la inscripción la única manera de efectuar la tradición de derechos reales sobre inmuebles y a pesar de ser la tradición un modo de adquirir el dominio, debemos señalar la anoma-

(1) Doctrina expuesta en la sentencia de instancia.

Páginas

lía de que la inscripción no es prueba del dominio: sólo prueba la posesión, y es aquí, precisamente, donde reside la mayor dificultad e inconvenientes de la organización del registro del conservador de bienes raíces. El legislador dejó abierta la puerta al ejercicio de toda clase de acciones en contra del poseedor inscrito de bienes raíces. En el mensaje se dan las razones de esta anomalía. Se dice que si probar la inscripción fuera probar el dominio, habría sido necesario obligar a todo el mundo a inscribir sus títulos y a probar su valor en el momento de la inscripción. Este era el procedimiento prusiano que nuestro código estimó daba origen a procedimientos engorrosos y esperó que la iniciativa particular supliera estos defectos y que todo el mundo inscribiera sus títulos, pero los vaticinios de don Andrés Bello no se cumplieron, pues en Chile la mayoría de la propiedad raíz sigue tan mal constituída como el día en que se dictó el Código Civil. Tenemos entonces que la inscripción no acredita el dominio, sólo acredita la posesión. Para probar el dominio es necesario probar la posesión. Por esta razón, los pleitos sobre la propiedad raíz son tan numerosos entre nosotros. Estos inconvenientes se evitan con el procedimiento prusiano, según el cual la inscripción prueba el dominio". A ello se debe el que la Corte haya acogido las tesis de los tratadistas franceses contemporáneos para solucionar los diferentes problemas que se presentan en materia de reivindicación, evitando así exigir la prueba diabólica del dominio, desde luego que en su jurisprudencia no acepta que el registro sea la única manera de adquirir y conservar la posesión de un bien raíz inscrito.

El artículo 3º de la Ley 200 de 1936 no es aplicable sin retroactividad a este pleito, porque dio un valor nuevo a la prueba de la suma de títulos inscritos otorgados con anterioridad a esa ley en que que consten tradiciones de dominio por un lapso menor del término señalado por las leyes para la prescripción extraordinaria, valor consistente en acreditar el dominio mismo. Así, sin

Páginas

alterar el mérito probatorio dicho del registro de un título traslaticio de dominio, tomado aisladamente, el legislador de 1936 modificó el alcance, eficacia y valor probatorio del registro en relación con el tiempo que abarque el título. Esto es, hay una verdadera transformación de la cantidad en calidad, porque la inscripción en función del tiempo, que es cantidad, origina una calidad probatoria nueva y distinta de la establecida primitivamente por el C. C. No habiéndose cambiado, pues, la viciosa naturaleza del registro, la innovación del legislador está muy lejos de ser técnica y completa.

La posesión y el dominio son instituciones jurídicas distintas, de imposible confusión, no obstante lo cual aquélla es susceptible de presentarse como un reflejo de ésta. En tal sentido la posesión es un derecho auxiliar para el dueño de la cosa o es un derecho provisional para el que no es dueño de ella, pero puede estar en vía de serlo. En la primera hipótesis, la posesión manifiesta la realidad del dominio. Mediante el ejercicio de ella se revela la propiedad como existiendo materialmente y no en forma abstracta y aparente. En la segunda hipótesis, la posesión es un derecho provisional para el no propietario, derecho que se origina en la presunción de dominio que la acompaña. Se explica esa presunción porque el dominio no es un simple título desnudo sino que comprende también el derecho a poseer, como si se dijera el derecho a los emolumentos o a los atributos de la propiedad. Y es provisional por cuanto cede siempre ante el derecho de dominio. Para usucapir no puede alegarse la posesión como reflejo del dominio sino que es necesario que se inicie y se continúe por todo el tiempo legal como un hecho. Esto es, se requiere siempre para adquirir el dominio por prescripción de un bien raíz el ejercicio del señorío de hecho sobre la cosa durante el lapso de tiempo legai.

La simple posesión inscrita no es suficiente para usucapir. A este respecto el legislador colombiano ha consagrado con autoridad tal jurisprudencia, puesto que la ha respal-

Páginas

dado, como lo demuestran el artículo 5º de la Ley 120 de 1928 y la Ley 200 de 1936, en lo pertinente. (Casación, XLVIII, número 1947, mayo 10 de 1939). . . . . 17, 1ª y 2ª y siguientes

TRANSACCION

— 240 —

La transacción es un contrato bilateral, porque impone obligaciones recíprocas, y consensual, porque no está sometido a formalidad especial alguna, salvo que afecte bienes raíces. Debe recaer sobre cosas dudosas, vale decir, sobre derechos cuya extensión y existencia son materia de disputa. Es oneroso, dado que las partes deben hacerse recíprocas concesiones, y por regla general se celebra **intuitu personae**, en consideración a la persona con la cual se celebra. (Artículo 2464, C. C.) En la transacción resuelven las partes por sí mismas sus propias diferencias; constituye uno de los tres medios a que es dado acudir para poner término a las pretensiones encontradas de dos o más personas. Lo que en realidad define y delimita esta figura jurídica es que pone fin a un litigio o lo previene, mediante un sacrificio recíproco de las partes, sin que en forma alguna signifique que cada sacrificio sea conmutativo y equivalente, sino que cada contendor renuncia voluntariamente una parte de lo que cree ser su derecho. De manera que para que exista efectivamente este contrato se requieren en especial estos tres requisitos: 1º existencia de una diferencia litigiosa, aun cuando no se halle **sub judice**; 2º voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla; y 3º concesiones recíprocamente otorgadas por las partes con tal fin. En ocasiones ocurre que el olvido de estos principios conduce a que se tome por transacción un fenómeno jurídico o distinto; también es muy posible que la fórmula transaccional se presente en algunos casos combinada con otras figuras similares, para facilitar sus resultados dirimentes. En tal evento, la convención de ese modo celebrada tendrá un carácter mixto, pero tal circunstancia no desfigura la transacción, sino que a cada una de las cláusulas compromisorias habrá que aplicarle la reglamentación legal que le corresponda, hasta donde lo permita la intención de las partes de celebrar una convención, cuyo total depende especialmente del propósito de transigir. (Casación, XLVIII, Nº 1948, junio 6 de 1939). Páginas

268, 2ª y 269, 1ª

TRASMISION

— 241 —

Conforme al artículo 1014 del C. C., la condición de haber fallecido el trasmitente sin haber aceptado ni repudiado la herencia que se le ha deferido, constituye la esencia del fenómeno de la trasmisión hereditaria, puesto que lo que se trasmite es el derecho de aceptar o repudiar la herencia o legado deferido. (Casación, XLVIII, número 1951, noviembre 6 de 1939) . . . . . 896, 2ª

TRASPORTE

— 242 —

Véase: CONTRATO DE TRASPORTE.

U

URBANIZACION

— 243 —

La urbanización es un negocio consistente en convertir en suelo cotizable por metros o varas cuadradas para habitaciones, una extensión de terreno más o menos considerable que se vendería por hectáreas o fanegadas si a esto se procediese en relación con su cabida. El negocio lo espera lucrativo su empresario en razón del consiguiente aumento de precio. Su interés está en la rápida realización de los lotes que permita pronta liquidación y a la vez en cierta lentitud que dé campo a aprovechar la valorización creciente producida por la construcción de habita-

| | Páginas |
|---|---|
| ciones en los lotes vendidos y demás mejoras en éstos y la repercusión de estos pasos sobre el valor de los lotes restantes. (Casación, XLVIII, Nº 1950, septiembre 11 de 1939)... | 677, 1ª |


## V

### VENTA DE LA FINCA HIPOTECADA

— 244 —

En el juicio especial de venta de la finca hipotecada no es una formalidad para el remate la presentación con la demanda del título del crédito en forma que preste mérito ejecutivo, sino que es éste un requisito esencial, básico de la acción. Si el título no se presenta, o si no se acompaña en debida forma para que preste mérito ejecutivo, puede paralizarse la acción comprobándose tal deficiencia del título. Ello es materia de una excepción perentoria que ha de decidirse en la sentencia de excepciones o en la que le ponga término al juicio. El demandado debe proponer y demostrar la excepción. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLVIII, número 1947, noviembre 25 de 1938). . . . . 121, 1ª

### VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 245 —

Adolece de contradicción el veredicto que en su primera parte afirma la responsabilidad del acusado y en la segunda agrega la circunstancia de haberse ejecutado el hecho delictuoso en momentos en que padecía de una grave anomalía psíquica. (Casación, XLVIII, Nº 1951, octubre 19 de 1939). . . . . 929, 2ª

— 246 —

Es contradictorio el veredicto que en la primera parte afirma la responsabilidad del acusado y en la segunda agrega: "pero en momentos en qu epadecía una grave anormalidad psíquica". No se puede ser responsable en el sistema del Código Penal de 1890, sino cuando existe una determinación clara de la voluntad, definida, en personalidad completa, pues delito es la voluntaria y maliciosa violación de la ley (artículo 1º del Código citado), y no hay hecho voluntario cuando el actor procede privado de la razón. En ese caso no hay propiamente persona delincuente, y el mismo Código llama a esos autores de la violación de la ley "excusables" y no les sujeta a pena alguna.

Al prosperar la causal 6ª la Corte puede invalidar el fallo u ordenar, cuando lo estime conveniente, que se convoque un nuevo jurado para que dilucide la misma contradicción, si ella depende de elementos que estaban al alcance mismo del Jurado. (Casación, XLVIII, Nº 1950, octubre 20 de 1939) . . . . . 778, 2º

— 247 —

### VEREDICTO CONTRADICTORIO

El artículo 602 del Código Penal admite la posibilidad de que entre dos que riñen haya el uno promovido y el otro provocado tal riña; es decir, puede un veredicto expresar esa idea sin que ante la ley penal implique contradicción en sus términos; pero cuando el Jurado contesta que el acusado es responsable "en riña provocada por el matador y promovida por el occiso", ese veredicto es contradictorio y conduce a la invalidación de la sentencia por la causal 6ª de la ley 118 de 1931. (Casación, XLVIII, Nº 1950, abril 14 de 1939). 790, 1ª

### VEREDICTO CONTRADICTORIO

— 248 —

Cuando de dos heridas, ambas mortales, causadas, una con arma de fuego y la otra con arma punzante y cortante, no se ha podido deducir cuál fue la que causó la muerte, es anómalo concluír que uno de los acusados es responsable de homicidio y el otro de heridas. Esa anomalía implica contradicción en el veredicto. Prospera entonces el recurso por la causal 6ª de casación. En casos como ese la contraevidencia del veredicto reclama una declaración de injusticia notoria; la casación incide en la causal 5ª y trae por resultado

Páginas

la convocación de un nuevo Jurado cuyo veredicto, cualquiera que sea, tendrá que considerarse intocable. (Casación, XLVIII, Nº 1950, enero 31 de 1939) .....

Páginas

795, 2ª

## VIOLENCIA COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO

— 249 —

"Conduce a un concepto inexacto de la acción jurídica del vicio del consentimiento por violencia, aceptar que es ésta y no el temor que ella determina lo que constituye aquel vicio. Semejante criterio haría ininteligible el conjunto de reglas al respecto de nuestro Código Civil. Porque la rescisión no tiene como objeto infligir una pena al autor de la violencia, sistema represivo éste que únicamente concierne al derecho penal, sino devolver la voluntad de decisión a la parte cuyo consentimiento ha sido inyungido. Así, pues, la nulidad del acto jurídico realizado en virtud de la violencia la estatuye nuestro derecho civil en razón del temor experimentado por la víctima. Proviene del vicio del consentimiento de la persona que sufrió la acción, sin consideración a que la violencia sea obra de la otra parte contratante, haya sido practicada por un tercero, o provenga, en ciertos casos, de acontecimientos no imputables a una determinada persona. El concepto de pena no podría acomodarse a esta solución.

La definición descriptiva y casuística de los artículos 1513 y 1514 no es obstáculo para que se estime que la intimidación, esto es, la violencia moral, debe implicar una amenaza contraria a derecho en virtud de la cual úno haya sido determinado a prestar su consentimiento. En el concepto mismo de fuerza se halla implícito el que el temor bajo cuyo imperio consentimos resulte de hechos cumplidos con la intención de provocar un acto jurídico. Esto último es condición necesaria para la existencia de este vicio de la voluntad. En efecto, puesto que la ley exige que el consentimiento sea arrancado por la fuerza, no procede aplicar la teoría cuando el hecho constitutivo de la violencia no ha tenido por objeto imponer la celebración de un negocio jurídico. De ahí que para que exista vicio del consentimiento por violencia moral se requiera, además del nexo causal y no ocasional entre la amenaza y el consentimiento, que el mal futuro en cuyo anuncio, aun cuando sea embozado, estriba aquella, se represente, para su realización, como dependiendo en algún modo del poder del que amenaza. No es indispensable que esta voluntad de violentar aparezca inicialmente. En muchos casos, siempre que surta su efecto determinante sobre el consentimiento del intimidado, esa voluntad puede presentarse después de que hayan surgido las circunstancias mismas aprovechadas para la intimidación. Nada de lo cual obsta a la exigencia legal de que la amenaza sea bastante para producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.

El que la violencia para que exista debe ante todo ser injusta, no significa que con ausencia total de derecho se haya determinado a la víctima a consentir ni que precisamente medie culpa en el intimidado, sino que es suficiente, aun cuando se amenace para obtener una cosa permitida en sí, que el influjo o inflexión de la voluntad de violentar sobre el intimidado por la amenaza sea ilícito. De ahí que la violencia se pueda producir también mediante el ejercicio abusivo de un derecho.

Cuando se utiliza un derecho como instrumento de amenaza a fin de provocar la realización de un acto jurídico, para que proceda contra ésta la sanción rescisoria cuyo objeto es, se repite, el de desvirtuar la eficacia que pudiera tener la intimidación sobre el consentimiento, no es jurídico limitar la investigación a averiguar si el intimidante no tenía derecho para determinar al otro por la amenaza o si carecía del derecho a la declaración de voluntad del amenazado, sino que además es necesario inquirir la presencia de uno de estos dos extremos: si la coacción fue empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral, o si fue aplicado

| | Páginas |
|---|---|
| cierto medio de presión que a la luz de la buena fe aparezca como excesivo, injusto o intolerable, con la mira de conseguir determinado resultado, aun cuando se haya tenido derecho para producir éste. De acuerdo con lo dicho y en virtud de que se considera inmanente a toda obligación civil su exigibilidad, aun por medio de la fuerza si fuere necesario, no constituye, en principio, vicio del consentimiento por violencia emplear la coacción para hacer cumplir un deber jurídico, realizar un derecho o alcanzar la satisfacción de un interés legítimo. El inciso 2º del artículo 1513 es una ilustración práctica de esta noción. (Casación, XLVIII, Nº 1950, octubre 5 de 1939) | 720, 1ª y 2ª y 721, 1ª |


VOLUNTAD UNILATERAL

— 250 —

Véase: Actos JURIDICOS UNILATERALES.

# TABLA

## DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ADMINISTRATIVAS INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO XLVIII

### CONSTITUCION NACIONAL DE 1886

| Arts. | Números |
|---|---|
| 4º | 66 |
| 5º | 66 |
| 22 | 34, 152, 195 |
| 39 | 211 |
| 69 | 92, 93 |
| 117 | 92, 93 |

### CONSTITUCION DE 1936

| | |
|---|---|
| 11 | 122 |
| 28 | 122 |
| 187 | 162 |

### ACTO LEGISLATIVO Nº 3 DE 1905

| | |
|---|---|
| 2º | 66 |

### CODIGO CIVIL

| | |
|---|---|
| — | 78 |
| 17 | 123 |
| 18 | 130 |
| 19 | 130 |
| 20 | 130 |
| 21 | 130 |
| 27 | 121 |
| 180 | 130 |
| 346 | 83 |
| 404 | 83 |
| 409 | 83 |
| 700 | 239 |
| 706 | 19 |
| 739 | 2, 3, 130, 234 |
| 752 | 239 |
| 753 | 237, 239 |
| 764 | 177 |
| 766 | 175 |
| 768 | 177 |
| 785 | 239 |
| 789 | 239 |
| 980 | 239 |
| 1014 | 241 |

### CODIGO CIVIL (Continuación)

| Arts. | Números |
|---|---|
| 1053 | 130 |
| 1054 | 130 |
| 1127 | 121 |
| 1128 | 121 |
| 1155 | 201 |
| 1325 | 209 |
| 1326 | 175 |
| 1393 | 229 |
| 1502 | 44 |
| 1513 | 33, 249 |
| 1514 | 44, 249 |
| 1546 | 5. 13, 213, 214 |
| 1553 | 174 |
| 1607 | 174 |
| 1608 | 214 |
| 1609 | 213, 237 |
| 1617 | 167 |
| 1618 | 225 |
| 1744 | 109 |
| 1871 | 239 |
| 1882 | 213, 237 |
| 1888 | 213 |
| 1930 | 213, 214 |
| 2056 | 13 |
| 2059 | 13 |
| 2063 | 13, 134 |
| 2064 | 13 |
| 2066 | 76 |
| 2069 | 134 |
| 2072 | 48 |
| 2073 | 48 |
| 2078 | 48 |
| 2141 | 229 |
| 2144 | 133 |
| 2177 | 135 |
| 2323 | 39 |
| 2328 | 40 |
| 2324 | 233 |
| 2334 | 40 |
| 2338 | 40 |
| 2341 | 169, 217 |
| 2345 | 217 |
| 2346 | 217 |
| 2347 | 169, 217 |
| 2348 | 169, 217 |
| 2349 | 217 |

### (Continuación)

| Arts. | Números |
|---|---|
| 2350 | 217 |
| 2351 | 217 |
| 2352 | 217 |
| 2353 | 217 |
| 2354 | 217 |
| 2355 | 217 |
| 2356 | 169, 217, 218, 220 |
| 2443 | 104 |
| 2464 | 240 |
| 2525 | 39 |
| 2526 | 239 |
| 2528 | 177 |
| 2594 | 157 |
| 2595 | 157 |
| 2602 | 49 |
| 2603 | 49 |
| 2611 | 23 |
| 2612 | 23 |
| 2652 | 202 |
| 2653 | 202 |
| 2674 | 202 |

### CODIGO DE COMERCIO

| | |
|---|---|
| 266 | 48 |
| 272 | 48 |
| 283 | 48 |
| 306 | 48 |
| 465 | 229 |
| 472 | 229 |
| 540 | 229 |
| 551 | 229 |

### CODIGO PENAL DE 1890

| | |
|---|---|
| — | 70. 246 |
| 1º | 246 |
| 30 | 75 |
| 600 | 27 |
| 602 | 27, 247 |

### CODIGO PENAL DE 1938

| | |
|---|---|
| — | 34 |
| 3º | 34, 195 |
| 44 | 125 |

(Continuación)

| Arts. | Números |
|---|---|
| **CODIGO DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL ANTERIOR** | |
| 1620 | 149 |
| **CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ACTUAL** | |
| — | 195 |
| 722 | 34, 195 |
| **CODIGO JUDICIAL ANTERIOR** | |
| 837 | 121 |
| 1093 | 88 |
| **NUEVO CODIGO JUDICIAL** | |
| **(Ley 105 de 1931)** | |
| — | 68 |
| 40 | 36, 38, 47, 108 |
| 76 | 37, 163 |
| 147 | 68 |
| 251 | 230 |
| 272 | 230 |
| 274 | 74 |
| 294 | 50 |
| 329 | 226 |
| 336 | 50 |
| 398 | 10 |
| 458 | 50 |
| 461 | 68 |
| 466 | 212 |
| 471 | 121 |
| 472 | 15, 26, 121, 193 |
| 474 | 50 |
| 520 | 111, 171 |
| 555 | 130 |
| 556 | 130 |
| 575 | 50 |
| 597 | 190 |
| 600 | 15 |
| 630 | 72 |
| 632 | 72 |
| 636 | 72, 173 |
| 662 | 115 |
| 702 | 189 |
| 721 | 16 |
| 734 | 163 |
| 843 | 19 |
| 964 | 159 |
| 965 | 159 |
| 982 | 74, 137, 138 |
| 1015 | 67 |
| 1025 | 88 |
| 1059 | 74, 138, 212, 215 |
| 1127 | 55 |
| 1134 | 40 |
| 1135 | 40 |
| 1139 | 40 |
| 1149 | 40 |
| 1150 | 40 |
| 1151 | 40 |
| 1152 | 159 |

**CODIGO FISCAL DE 1912**

| Arts. | Números |
|---|---|
| 44 | 18 |
| 74 | 18 |
| 78 | 18 |
| 79 | 18 |
| 80 | 18 |
| 89 | 18 |
| 175 | 186 |
| 257 | 183 |
| **CODIGO DE MINAS** | |
| 165 | 141, 186 |
| 166 | 141, 186 |
| 168 | 141 |
| 169 | 141, 186 |
| 171 | 186 |
| 173 | 141 |
| 175 | 141 |
| 247 | 139 |
| 321 | 140 |
| 323 | 140 |
| 324 | 140 |
| 325 | 140 |
| 333 | 140 |
| **LEYES ESPECIALES** | |
| **LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1821** | |
| 13 | 198 |
| 14 | 198 |
| **LEY 292 DE 1875** | |
| 52 | 142 |
| **LEY 57 DE 1887** | |
| — | 130 |
| 5º | 34, 195 |
| 264 | 152 |
| 265 | 152, 155 |
| 277 | 232 |
| 288 | 232 |
| **LEY 153 DE 1887** | |
| 4º | 121 |
| 5º | 121 |
| 8º | 229 |
| 20 | 200 |
| 23 | 200 |
| 45 | 205 |
| 55 | 83 |
| 66 | 83 |
| 68 | 83 |
| 90 | 225 |
| 91 | 225 |
| — | 130 |
| **LEY 95 DE 1890** | |
| 1º | 29 |
| 7º | 83 |
| **LEY 105 DE 1890** | |
| 95 | 68 |
| 345 | 152 |

(Continuación)

| Arts. | Números |
|---|---|
| **LEY 42 DE 1898** | |
| 3º | 229 |
| **LEY 55 DE 1905** | |
| 1º | 19 |
| 5º | 19 |
| **LEY 40 DE 1907** | |
| 5º | 230 |
| 6º | 230 |
| 7º | 230 |
| **LEY 1ª DE 1908** | |
| — | 66 |
| 7º | 66 |
| **LEY 58 DE 1909** | |
| 3º | 142 |
| **LEY 65 DE 1910** | |
| — | 66 |
| **LEY 41 DE 1915** | |
| 21 | 61 |
| **LEY 130 DE 1913** | |
| 42 | 46 |
| **LEY 51 DE 1918** | |
| — | 20 |
| **LEY 4ª DE 1920** | |
| — | 48 |
| **LEY 76 DE 1920** | |
| — | 48 |
| 26 | 94 |
| **LEY 1ª DE 1923** | |
| 3º | 232 |
| **LEY 42 DE 1923** | |
| 6º | 45 |
| **LEY 43 DE 1923** | |
| — | 183 |
| **LEY 46 DE 1923** | |
| — | 20 |
| 2º | 87 |
| **LEY 78 DE 1923** | |
| — | 155 |

LEYES ESPECIALES
(Continuación)

| Arts. | Números |
|---|---|
| | LEY 120 DE 1928 |
| 5º | 178 |
| | LEY 118 DE 1931 |
| — | 155, 118 |
| 3º | 28, 247 |
| | LEY 133 DE 1931 |
| — | 4 |
| | LEY 28 DE 1932 |
| — | 200, 110 |
| 1º | 200 |
| 7º | 200 |
| | LEY 40 DE 1932 |
| 16 | 139 |
| | LEY 10 DE 1934 |
| — | 76 |
| | LEY 78 DE 1935 |
| 13 | 84 |
| | LEY 45 DE 1936 |
| — | 83, 86 |
| 7º | 83 |
| 12 | 83 |

LEYES ESPECIALES
(Continuación)

| Arts. | Números |
|---|---|
| | LEY 50 DE 1936 |
| — | 198 |
| | LEY 97 DE 1936 |
| 13 | 194 |
| 14 | 194 |
| | LEY 200 DE 1936 |
| — | 130, 178, 18, 234 |
| 2º | 198 |
| 3º | 198, 239 |
| 4º | 198 |
| 6º | 17 |
| | LEY 13 DE 1937 |
| — | 142 |
| | LEY 125 DE 1937 |
| 1º | 90, 117, 129 |
| 2º | 90, 129 |
| 4º | 91, 122, 129 |
| | LEY 135 DE 1938 |
| — | 163 |
| | LEY 153 DE 1938 |
| — | 127 |

DECRETOS

| Arts. | Números |
|---|---|
| | DECRETO Nº 2 DE 1906 |
| — | 230 |
| | DECRETO Nº 37 DE 1906 |
| — | 230 |

| Arts. | Números |
|---|---|
| | DECRETO-LEY Nº 92 DE 1932 |
| 1º | 84 |
| | DECRETO Nº 223 DE 1932 |
| 9º | 142 |
| | DECRETO Nº 1,600 DE 1937 |
| — | 142 |
| | DECRETO Nº 475 DE 1938 |
| — | 22, 61, 116 |
| 75 | 61 |
| | DECRETO Nº 836 DE 1938 |
| — | 142 |
| | ORDENANZA DE ANTIOQUIA Nº 48 DE 1935 |
| — | 4 |
| | CODIGO CIVIL FRANCES |
| — | 9 |

# INDICE ALFABETICO

## TOMO XLVII


Páginas

— A —

Achicué Evangelista y Lucio. Causa por homicidio. . . . . 759
Aldana José del Carmen contra Carlos Rodríguez Maldonado. Ordinario para el pago de una suma de dinero... 701
Andrade de Serna Clemencia contra Concepción Ferrer v. de Andrade. Ordinario sobre derechos a una sucesión y sobre restitución de bienes. 251
Angulo Reyes Gabriel y otro. Causa militar por deserción . . . . . 931
Anzola Cásseres Jorge. Acusa como inconstitucional el Decreto número 1283 de 1932, expedido por el Poder Ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias conferidas por las Leyes 99 y 119 de 1931 . . . . . 654
Arango C. Luis contra Gabriela Villa. Ordinario sobre propiedad de unas mejoras y otras acciones . . . . . 31
Arbeláez Juan N., como apoderado de numerosos maestros de escuela, contra el Departamento del Tolima . . . . 537
Arenas Abraham contra José Asunción Méndez. Ejecutivo. . . . . 570
Arias Eustorgio y Lisandro contra Martín Niño Martínez. Ordinario sobre petición de propiedad. . . . . 375
Arias Gerardo. Julio Duque y Jorge Cabal Jaramillo. Causa por homicidio y robo. . . . . 763
Artunduaga Manuel y otros. Causa por robo. . . . . 328
Arzayús Mariano, Ernesto, María Otilia y otros contra Bertilda, Encarnación Arzayús García y otros. Ordinario sobre nulidad de una cesión. . . . . 918
Avenia de Corredor Eufemia contra Lesmes A. Avenia. Ordinario sobre reivindicación. . . . . 282

— B —

Baena Alberto y otros contra Clímaco Velásquez. Ordinario sobre resolución de un contrato . . . . . 306
Báez Alicia contra Visitación Montaña de Torres. María Dolores Torres de Báez, Rafael Báez y Víctor Cenón Torres. Ordinario sobre reivindicación. . . . . 691
Barrera Uribe Carlos. Recurso de hecho en el proceso que se le siguió por heridas. . . . . 491
Barrientos H. Guillermo contra Alberto y María Teresa Barrientos. Recurso de hecho. . . . . 66
Becerra de Salcedo Concepción contra Mercedes Sánchez Arango (en religión Hermana San Pablo). Ordinario sobre nulidad de un contrato por pretendida simulación. . . . . 873
Bermúdez Ceferino contra la Compañía Autoviliaria Sidea, S. A. Ordinario para el pago de una suma de dinero. 292

— C —

Cabal Jaramillo Jorge, Julio Duque y Gerardo Arias. Causa por homicidio y robo. . . . . 763
Caicedo Hernando, Olegario Rojas y otros contra María Plaza de Delgado, Pedro Pablo Plaza, Eduardo Plaza, Sixto, Erasmo Plaza y otros. Ordinario de reivindicación. . . . . 426
Cala Leonardo contra Eusebio S. Rendón y Julio C. Santos. Ordinario sobre nulidad de un contrato . . . . . 67
Calero Mercado Efraín contra la Nación. Demanda de pensión . . . . . 346
Calderón Rubén y otros. Causa por robo. . . . . 328
Carrizosa Adolfo. Ordinario sobre declaración de vacancia de una finca raíz. . . . . 396
Carvajal Teodosio contra Jesús Gómez. Ordinario sobre resolución de un contrato. . . . . 402
Castañeda Roberto y otro demandan la inconstitucionalidad de la Ley 125 de 3 de diciembre de 1937. . . . . 611
Cely & Rueda contra la Societé National de Chemins de Fer en Colombie. Ordinario sobre indemnización de perjuicios. . . . . 266
Cerón Camargo Tomás Norberto. Acusación contra los Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que terminó con un sobreseimiento definitivo por no tratarse de delito alguno. . . . . 780
Coba Elías R., Eugenia Coba de Ortega, Agustina Coba v. de Bula, María de Jesús y María R. Coba contra el Departamento del Atlántico. Ejecutivo. . . . . 344
Compañía General Automotriz, S. A., contra la Nación. Ordinario para el pago de una suma de dinero . . . . . 192
Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A. Acción posesoria de una mina. . . . . 531

Páginas

Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales contra Fermín Albarracín. Ordinario de reivindicación. . . . . 513
Copete Mafla Alejandro. Sobreseimiento definitivo. . . . . 80
Cordero Víctor J. Causa por haberse negado a cumplir un auto del Tribunal. Se declaró prescrita la acción penal. . . . . 477
Corral Luis Carlos y Julia Maldonado de Corral contra la sociedad anónima denominada Corporación Colombiana de Crédito. Ordinario sobre rescisión de un contrato. . . . . 712
Correa Enrique. Causa por homicidio.. 921
Correa Castaño Alfredo. Causa por homicidio. . . . . 87
Crane Carlos contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios... 657

— Ch —

Chaljub de Name Nur. Ordinario sobre objeciones a la partición de la sucesión de Nicolás Name . . . . . 38

— D —

Dagua Velasco Alejandro. Causa por fuerza y violencia. . . . . 481
Decreto acusado como inconstitucional número 475 de 11 de marzo de 1938, "por el cual se reorganiza y reforma la Caja de Auxilios de la Policía Nacional, que en lo sucesivo se denominará Caja de Protección Social de la Policía Nacional". . . . . 643
Decreto acusado como inconstitucional número 1283 de 28 de julio de 1932, expedido por el órgano ejecutivo en uso de las facultades extraordinarias conferidas por las leyes 99 y 119 de 1931. . . . . 654
De Francisco José María contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario por pesos . . . . . 528
Del Castillo Edmundo contra la sociedad ordinaria de minas denominada Teraimbe, Cumainde y La Manuelita. Ordinario sobre minas . . . . . 271
Delgado Antonio. Cuasa por homicidio. 769
Del Pino Rafaela contra la sucesión de Victoria Hurtado v. de Del Pino. Ordinario sobre exclusión de bienes del inventario. . . . . 471
Departamento de Boyacá contra Evaristo Obregón Arjona. Oposición a la propuesta sobre exploración de petróleos presentada por éste . . . . . 185
Departamento de Caldas contra Luis González J. Ejecutivo. Excepciones. . . . . 952
Departamento de Cundinamarca contra Carlos de la Espriella. Juicio especial de venta de una finca hipotecada. 120
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company. Ordinario sobre rendición de cuentas..... 139
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway, Limited. Ordinario sobre rendición de cuentas..... 154
Díaz Ruiz Evangelista y Samuel Gómez. Causa por homicidio . . . . . 793
Duque Julio, Gerardo Arias y Jorge Cabal Jaramillo. Causa por homicidio y robo. . . . . 763

— E —

Echeverri Feliciano. Demanda de pensión. . . . . 330
Enciso Luis. Causa por homicidio .... 765

— F —

Fajardo Simón contra las sucesiones de Buenaventura Fajardo y Nicolasa Gómez de Fajardo, representadas por Miguel Fajardo y José León Ramírez. Deserción del recurso de casación. . . . . 22
Fernández Ester. Revisión. . . . . 935
Fletcher Feijóo Jaime contra la Nación. Demanda de pensión. . . . . 573
Forero Cote José María contra la sucesión de Rafael Angel. Ordinario sobre pago de honorarios profesionales médicos. . . . . 463
Forero de García Ifigenia contra Hipacio Correa. Ordinario sobre rescisión de un contrato. . . . . 72
Fuentes Octavio contra Teodoro Leguizamón. Ordinario sobre nulidad de un contrato. . . . . 867

— G —

Galvis Mario contra The Dorada Railway Company, Limited. Ordinario por perjuicios. . . . . 75.
García Franco Pablo y Enrique Antonio Fuentes. Acusación como inconstitucional de la ley 125 de 3 de diciembre de 1937. . . . . 641
Giraldo Urdaneta Jorge y Beatriz de van Meek contra Isabel Rodríguez de Albarracín. Ordinario de nulidad relativa de un contrato . . . . . 724
Goenaga González Carlos contra la United Fruit Company. Ordinario sobre pago de unos frutos en una comunidad. . . . . 451
Gómez Pinzón Daniel contra la Nación. Ordinario por perjuicios. . . . . 516
Gómez Samuel y Evangelista Díaz Ruiz. Causa por homicidio . . . . . 793
Gómez Plata Camilo. Se declara que no fue el caso de proseguir las diligencias sumarias porque no constituía delito el hecho imputado como tál. 322
González M. Ramón L. contra el Departamento del Tolima. Ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa. . . . . 334
González Ramón L. contra el Departamento del Tolima. Ejecutivo. Depósito. . . . . 556
Grueso Fabio contra Manuel José Maya, Sixto Rebolledo y Carmen Dulcey de Idrobo. Ordinario . . . . . 709
Gutiérrez Angel María contra Raimun-

Páginas

do Soto, Simón Rojas y Adriano Pino. Ordinario sobre reivindicación. 459
Guzmán José A. contra Manuel J. Gaitán. Ordinario sobre rendición de cuentas. . . . . 417

— H —

Hernández Carlos Guillermo y otro. Causa militar por deserción ..... 931
Hernández de Blanco María del Carmen contra Petronila Suárez. Ordinario sobre nulidad de unas asignaciones testamentarias. Se declara ejecutoriada la sentencia recurrida ..... 735
Holguín Arboleda Jorge contra la Nación. Ordinario. Acción de in rem verso. . . . . 124

— J —

Jaramillo E. Gregorio contra el Departamento de Boyacá. Ordinario. Excepciones. . . . . 948
Jaramillo Ossa Nepomuceno. Causa por homicidio. . . . . 324
Jiménez Manuel Vicente. Acusación como inconstitucional del Decreto número 475 de 11 de marzo de 1938, "por el cual se reorganiza y reforma la Caja de Auxilios de la Policía Nacional que en lo sucesivo se denominará Caja de Protección Social de la Policía Nacional". . . . . 643
Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca contra Eduardo Rojas. Ejecutivo. Excepciones. . . . . 521

— L —

La Nación contra "Hijos de Juan Francisco Pardo Roche, S. A." Ordinario sobre propiedad de unos baldíos. 93
La Nación (Juez de Ejecuciones Fiscales) contra Hernando y Benito Navarro. Ejecutivo. . . . . 118
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Sogamoso) contra la Compañía de Energía Eléctrica de Sugamuxi y Tundama. Excepciones en juicio ejecutivo ..... 132
La Nación contra la comunidad de Apiay. Ordinario. . . . . 136
La Nación contra Luis Eduardo Díaz Agudelo, Francisco Camacho y otro. Embargo. . . . . 172
La Nación contra Carlos Vergez. Ejecutivo. . . . . 187
La Nación contra The Anglo Colombian Development Company, Limited. Ordinario. Excepciones. . . . . 190
La Nación contra The Anglo Development Company, Limited. Ordinario. . . . . 354
La Nación contra Miguel Angel Uribe S. Ejecutivo. Excepciones. . . . . 518
La Nación (Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Ciro A. Téllez. Ejecutivo. Excepciones. . . . . 554

Páginas

La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Santander) contra Carmen Villamizar Tarazona. Ejecutivo. . . . . 572
La Nación (Agencia de Ejecuciones Fiscales de Correos y Telégrafos) contra Antonio J. Patiño y Benjamín Patiño H. Ejecutivo. Excepción .... 574
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Delfino Díaz R. Ejecutivo. Excepciones... 797
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Rafael Durán Acevedo. Ejecutivo. Excepción. . .. 818
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Cartagena) contra Leopoldo Porto. Ejecutivo. Excepciones. . . . . 820
La Nación (Juzgado de Rentas Nacionales de Cartagena) contra The Colombian Railway and Navegation Cº, Ltd. Ejecutivo. Excepción.... 828
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Luis Eduardo Díaz Agudelo. Ejecutivo ..... 829
La Nación contra Sixto A. Carvajalino. Ejecutivo. . . . . 937
La Nación contra The Dorada Railway Company. Ejecutivo. Excepciones.. 944
La Nación contra la sociedad minera De la Roche, Gavia & Cº, S. A. Ejecutivo. Incidente de nulidad ..... 956
La Nación (Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales) contra Luis Angel Gómez y Floro Emilio Zuluaga. Ejecutivo. Excepciones. . . . . 957
Laserna Alejandro contra la Nación. Demanda de pensión. . . . . 939
Latorre Luis E. y otros contra Clímaco Velásquez. Ordinario sobre resolución de un contrato. Recurso de hecho para obtener el de casación.... 306
Leal Felisa contra Luis Mantilla. Ordinario sobre separación de bienes. Desistimiento del recurso de casación. . . . . 281
León Juan de la Cruz y otros. Causa por robo. . . . . 328
León M. Antonio contra Manuel Salvador Arteaga y otros. Ordinario sobre reivindicación, resolución de un contrato y sobre perjuicios..... 697
Ley 125 de 3 de diciembre de 1937, por la cual se interviene en el fomento de la industria bananera, acusada como inconstitucional. . . . . 611
Linero Castillo Manuel. Causa ..... 783
Lizarazo o Villarreal Rubén y María Trinidad Becerra. Ordinario sobre petición de herencia en la sucesión de José Fabio Tarazona ..... 69
Londoño C. Andrés contra Ana J. Présiga de Molina. Ordinario sobre resolución de un contrato ..... 885
López Gómez Vicente contra Heliodoro Mosquera. Ordinario sobre nulidad de un deslinde y otras acciones.... 687
Lotería de la Beneficencia de Tunja contra el Departamento de Boyacá. Ordinario sobre nulidad de una Resolución administrativa. . . ..... 173

Páginas

— Ll —

Lloyd Wilbur A. contra la compañía minera denominada El Canadá Mines. Incorporation. Ordinario por pesos. 45

— M —

Maldonado José Alberto, Luis, Ignacio, Eduardo y otros contra la Nación. Ordinario sobre rescisión de un contrato. . . . 205
Martínez Roque. Causa por homicidio. 486
Marulanda Camilio contra el Municipio de Ibagué. Ordinario por perjuicios. . . . 736
Melo Otoniel y Florentino. Causa por homicidio. . . . 326
Mendieta Manuel María y Silvano Rodríguez. Causa por asesinato . . . . . 479
Mogrovejo Esilda y otros. Causa por robo. . . . 328
Molina Callejas Germán contra la Nación y contra las compañías denominadas Petroleum Company y South American Gulf Company. Ordinario sobre inexistencia de un contrato. . . . 576
Molina Callejas Germán contra la Nación y contra las compañías Colombian Petroleum Company y South American Gulf Company. Ordinario sobre inexistencia de un contrato. . . . 831
Moncada Luis y Sinforoso. Causa por homicidio, heridas e incendio . . . . . 933
Montenegro Daniel contra José Antonio Fernández de Castro. Ordinario para el pago de una suma de dinero. . . . 295
Moreno Alba Miguel. Sumario . . . . . 314
Moreno Manuel A. contra el Departamento del Tolima. Ordinario por perjuicios. . . . 559
Municipio de Tinjacá contra Leonidas Peña, Pedro y Eliseo Ortegón Pava. Ordinario sobre declaración de dominio. . . . 894

— N —

Nieto Campo Elías y Dilia Zárate de Nieto contra la sociedad denominada "Bavaria". Ordinario sobre perjuicios. . . . 23
Niño Carlos Arturo o Carlos Julio. Causa por heridas. . . . 500

— O —

Oposición de la Reachmond Petroleum Company a una propuesta sobre exploración de petróleos del Sindicato de Inversiones. . . . 161
Ordóñez José Celestino contra Manuel Antonio Ordóñez y otros. Ordinario sobre objeciones a una partición en juicio ordinario. . . . 621
Orduz Suárez Alfonso. Causa por heridas. . . . 489

Páginas

Ortiz Cañas Fernando y José Fernando y José Mario Ortiz Foronda. Causa por homicidio. . . . 774
Ospina Mario Rafael. Causa por fuerza y violencia. . . . 85
Ospina Orozco Jesús Antonio. Causa por homicidio. . . . 929
Ossa José Vicente contra el Departametno de Antioquia. Ordinario sobre pago de un salario. . . . 180
Ossa M. Marcelino contra el Ferrocarril del Pacífico. Ordinario por perjuicios. . . . 801

— P —

Paláu Alfonso contra el Departamento de Antioquia. Acción ejecutiva . . . . 808
Pardo de Guerrero Agustina contra Heliodoro Guerrero G. Ordinario sobre nulidad de una hipoteca . . . . . 348
Paredes Leopoldo contra Enriqueta Córdoba v. de Guerrero y María del Carmen Guerrero. Ordinario sobre pago de una suma de dinero. . . . 442
Parra Serna Luis A. Causa por homicidio. . . . 777
Pasmín Faustino contra Bernardino Cabal Molina y José María Azcárate. Ordinario para que se declarase que los demandados eran solidariamente responsables por no haber procedido a la liquidación de una sociedad . . . 382
Peralta Carlina contra la Nación. Ordinario para el pago de una suma de dinero. . . . 830
Pérez Rincón Antonio contra la Nación. Demanda de pensión . . . . . 170
Pillimué Rosa María. Causa por infanticidio . . . . 498
Pino (del) Rafaela contra la sucesión de Victoria Hurtado v. de del Pino. Ordinario sobre exclusión de bienes del inventario. . . . 471
Plaza Flórez Ildefonso y otros contra María Plaza de Delgado y otros. Ordinario de reivindicación . . . . . 426
Portilla Fernando J. Causa por falsedad y estafa. . . . 89
Portilla Ignacio. Causa por homicidio. 761
Posada Pedro Pablo y otros contra Clímaco Velásquez. Ordinario sobre resolución de un contrato. Recurso de hecho para obtener el de casación. . . . 306
Prieto B. Alfredo contra Carlos García y contra la sucesión de Cristóbal Rodríguez. Ordinario sobre resolución de un contrato. . . . 55
Pulido v. de Cortés Ana Josefa contra la Nación. Ordinario por perjuicios. . . . 548

— Q —

Quintero Faustino. Causa por homicidio. . . . 789

— R —

Rada P. Julio contra la sociedad deno-

Páginas

minada The Santa Marta Railway Company, Limited. Ordinario sobre indemnización de perjuicios ..... 61
Ramírez L. Luis contra Moisés Ochoa. Ordinario de reivindicación ..... 436
Ramírez Duque Teódulo. Sobreseimiento definitivo. . . . ..... 83
Restrepo Toro Julio contra el Municipio de Pereira. Ordinario para el pago de una suma de dinero ..... 258
Rincón Pedro contra Raúl F. Castillo Klinger. Oposición al denuncio de una mina que éste intentó ..... 308
Rodríguez Silvano y Manuel María Mendieta. Causa por asesinato .... 479
Rodríguez Teófilo. Causa por homicidio. . . . ..... 786
Rojas Olegario, Ildefonso Plaza Flórez y otros contra María Plaza de Delgado, Pedro Pablo Plaza y otros. Ordinario de reivindicación. . ..... 426
Ruiz v. de Alba Lastenia contra Walter Pilgrim. Ordinario para el pago de una suma de dinero ..... 299

— S —

Salvamento de voto del Magistrado doctor Liborio Escallón a la sentencia que puso fin al juicio ordinario de la United Fruit Company contra Roberto Salcedo para obtener la declaración de que cierto terreno no era baldío. . . ..... 19
Salvamento de voto del Magistrado doctor Ricardo Hinestrosa Daza a la sencia que decidió la demanda de inexequibilidad de la ley 125 de 3 de diciembre de 1937, por la cual se interviene en el fomento de la industria bananera. . . ..... 635
Salvamento de voto del Magistrado doctor Salvador Iglesias al auto que declaró no ser admisible el recurso de hecho intentado por Carlos Barrera Uribe contra la sentencia que le condenó por el delito de heridas ..... 493
Salvamento de voto del Magistrado doctor Juan Francisco Mújica a la sentencia que decidió la demanda de inexequibilidad de la ley 125 de 3 de diciembre de 1937. por la cual se interviene en el fomento de la industria bananera. . . ..... 635
Salvamento de voto del Magistrado doctor Pedro Alejo Rodríguez a la misma sentencia citada anteriormente.. 635
Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca a la misma sentencia. . . ..... 635
Salvamento de voto del Magistrado doctor Hernán Salamanca a la sentencia que decidió el juicio ordinario propuesto por Concepción Becerra de Salcedo contra Mercedes Sánchez Arango. . . ..... 881
Sandoval J. Eutimio contra la Nación. Ordinario sobre derechos a unos baldíos. . . ..... 203
Standard Brands Incorporated, S. A., contra la Nación. Ordinario por perjuicios. . . ..... 961
Sorzano de Canal Felisa, como cónyuge sobreviviente de Josué Canal G. y como representante de sus menores hijos legítimos Elvira, María Ana, Adelaida, Felipe, Helena, Ramón y Jaime de la Trinidad, y Josué, Carmen, Felisa, Pedro León y José Rafael de las Mercedes Canal Sorzano contra Antonio Reyes Moncada. Ordinario sobre declaración de dominio. . . ..... 744
Soto Andrés y otros. Causa por homicidio y heridas ..... 76
Sotomayor Julio contra Dolores v. de Bozzi. Ordinario sobre pago de honorarios profesionales. . . ..... 900
Suárez Alberto Camilo contra Efraín Durán R. Ordinario sobre oposición a un deslinde. . ..... 432

— T —

The Anglo South American Bank Limited contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario para el pago de una suma de dinero en oro americano. . . ..... 541
The United Fruit Company contra Roberto Salcedo M. Ordinario para obtener la declaración de que cierto terreno no era baldío ..... 11
Torres Clodomiro. Causa por homicidio. . . ..... 771
Torres Faustino. Causa por hurto de ganado mayor. . . ..... 319
Torres Gutiérrez Concepción, Primitiva y Elvira contra el Departamento de Boyacá. Ordinario por perjuicios. . . ..... 504
Torres José Vicente contra Leopoldo Henao y Mercedes Agudelo. Ordinario de reivindicación. . . ..... 302
Torres Manuel contra el Departamento de Antioquia. Ordinario en que se pidió una indemnización por causa de enfermedad . . ..... 122
Torres Manuel del Cristo contra la sociedad J. de J. Pérez & Co. Ordinario sobre simulación y otras acciones . . ..... 681

— U —

United Fruit Company contra Roberto Salcedo M. Ordinario para obtener la declaración de que cierto terreno no era baldío . . ..... 11
Uribe Afanador Manuel contra la Nación. Ordinario por perjuicios ..... 183
Uribe A. Rubén contra Pedro T. Arango. Ordinario para el pago de una suma de dinero . . ..... 909
Uribe Brigard Carlos contra el Municipio de Bogotá. Ordinario de reivindicación y sobre servidumbre negatoria . . ..... 672

— V —

Vásquez G. Jesús contra la Magdalena Fruit Company. Ordinario sobre perjuicios . . ..... 50